Les Institutes de l'Empereur Justinien, conférées avec le Droit François ; Par Noble François de Boutaric, Professeur en Droit François dans l'Université de Toulouse.

A Toulouse, 1740.

Page de titre

Préface

Table des Titres

Livre premier

Titre I. De Justitia & Jure, **3**

Tit. II. De Jure Naturali Gentium & Civili, **5**

Tit. III. De Jure Personorum, **13**

Tit. IV. De Ingenius, **23**

Tit. V. De Libertinis, **24**

Tit. VI. Quibus ex causis manumittere non licet, **25**

Tit. VII. De Lege fusia caninia tollenda, **28**

Tit. VIII. De his qui sui, vel alieni Juris sunt, **30**

Tit. IX. De Patria potestate, **32**

Tit. X. De Nuptiis, **34**

Tit. XI. De Adoptionibus, **72**

Tit. XII. Quibus modis jus patria potestatis solvitur, **74**

Tit. XIII. De Tutelis, **85**

Tit. XIV. Qui testamento Tutores dari possunt, **87**

Tit. XV. De Legitima adgnatorum Tutela, **88**

Tit. XVI. De Capitis De minutione, **92**

Tit. XVII. XVIII. & XIX. De Legitima patronorum tutela,
De Legitima parentum Tutela,
De fiduciaria Tutela, **94**

Tit. XX. De attiliano Tutore, & eo, qui ex Lege Julia & Titia dabatur, **95**
Tit. XXI. De auctoritate Tutorum, **102**
Tit. XXII. Quibus modis tutela finitur, **105**
Tit. XXIII. De Curatoribus, **107**
Tit. XXIV. De Satisdatione Tutorum, vel Curatorum, **110**
Tit. XXV. De Excusationibus Tutorum vel Curatorum, **115**
Tit. XXVI. De Suspectis Tutoribus vel Curatoribus, **122**

Livre second

Titre I. De rerum divisione & acquirendo earum Domino, **123**
Tit. II. De rebus corporalibus & incorporalibus, **162**
Tit. III. De Servitutibus pradiorum, **163**
Tit. IV. De Usufructu, **174**
Tit. V. De Usu & Habitatione, **180**
Tit. VI. De Usucapionibus & longi temporis praescriptionibus, **182**
Tit. VII. De Donationibus, **196**
Tit. VIII. Quibus alienare licet, vel non, **218**
Tit. IX. Per quas personas nobis acquiritur, **225**
Tit. X. De Testamentis Ordinandis, **232**
Tit. XI. De Militari Testamento, **246**
Tit. XII. De Testamento facere possunt, **250**
Tit. XIII. De Exheredatione liberorum, **258**
Tit. XIV. De heredibus instituendis, **267**
Tit. XV. De Vulgari substitutione, **274**
Tit. XVI. De Pupillari substitutione, **279**
Tit. XVII. Quibus modis Testamenta infirmentur, **287**
Tit. XVIII. De inofficioso Testamento, **295**
Tit. XIX. De Haerederum qualitate & differentia, **310**

Tit. XX. De Legatis, **319**
Tit. XXI. De Ademptione Legatorum, **340**
Tit. XXII. De Lege Falcidia, **340**
Tit. XXIII. De Fideicommissariis haereditatibus, & ad Senatus consultum Trebellianum, **343**
Tit. XXIV. De Singulis rebus per fideicommissum relictis, **357**
Tit. XXV. De Codicillis, **361**

Livre troisieme

Titre I. De Haereditatibus quae ab intestato, **363**
Tit. II. De Legitimo Agnatorum successione, **392**
Tit. III. De Senatus Consulto Tertuliano, **395**
Tit. IV. De Senatus Consulto Orphitiano, **403**
Tit. V. De Successione Cognatorum, **405**
Tit. VI. De Gradibus Cognationem, **406**
Tit. VII. VIII. & IX. De Servili Cognatione, De Successione Libertorum, De Assignatione Libertorum, **409**
Tit. X. De Bonorum Possessionibus, **410**
Tit. XI. XII. & XIII. De Acquisitione per arrogationem, De eo, cui libertatis causa bona addicuntur, De Successionibus sublatis, qua fiebant per bonorum venditionem & ex Senatus Consulto Claudiano, **414**
Tit. XIV. De Obligationibus, **415**
Tit. XV. Quibus modis re contrahitur obligatio, **418**
Tit. XVI. De Verborum obligationibus, **436**
Tit. XVII. De duobus reis stipulandi & promittendi, **442**
Tit. XVIII. De Stipulatione Servorum, **449**

Tit. XIX. De Divisione Stipulationum, **ibidem**
Tit. XX. De inutilibus stipulationibus, **450**
Tit. XXI. De Fidejussoribus, **458**
Tit. XXII. De Litteratum obligationibus, **469**
Tit. XXIII. De obligationibus ex consensu, **472**
Tit. XXIV. De Emptione Venditione, **ibidem**
Tit. XXV. De Locatione & Conductione, **484**
Tit. XXVI. De Societate, **495**
Tit. XXVII. De Mandato, **499**
Tit. XXVIII. De Obligationibus, quae quasi ex contractu nascuntur, **501**
Tit. XXIX. Per quas personas nobis obligatio acquiritur, **504**
Tit. XXX. Quibus modis tollitur obligatio, **ibidem**

Livre quatrieme

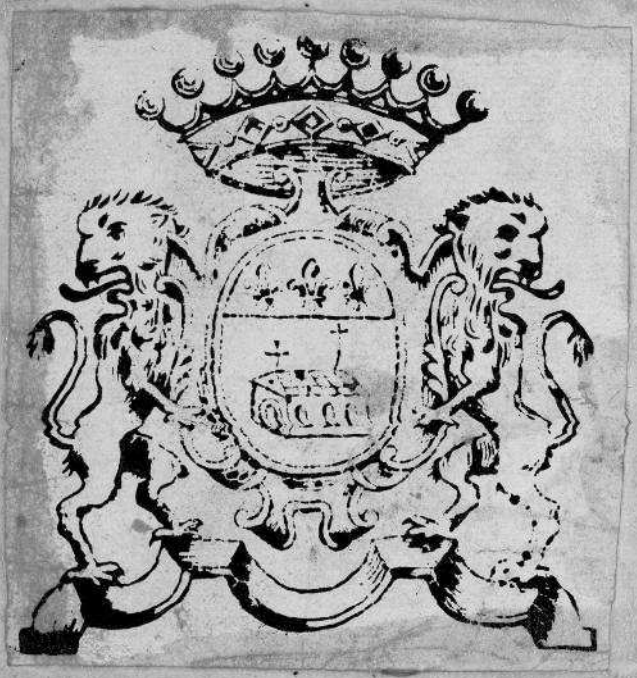
Titre I. De Obligationibus, quae ex delicto nascuntur, **509**
Tit. II. De vi bonorum Raptorum, **520**
Tit. III. De Lege Aquilia, **522**
Tit. IV. De Injuriis, **525**
Tit. V. De Obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur, **530**
Tit. VI. De Actionibus, **532**
Tit. VII. Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur, **544**
Tit. VIII. De Noxalibus actionibus, **546**
Tit. IX. Si quadrupes pauperiem feciffe dicatur, **547**
Tit. X. De his per quos agere possumus, **548**
Tit. XI. De Satisdationibus, **549**
Tit. XII. De perpetuis & temporalibus actionibus, & quae ad haeredes, & in haeredes transeunt, **550**

Tit. XIII. De Exceptionibus, **551**
Tit. XIV. De Replicationibus, **553**
Tit. XV. De interdictis, **554**
Tit. XVI. De poena temere litigantium, **557**
Tit. XVII. De Officia Judicis, **558**
Tit. XVIII. De publicis Judicis, **561**

Privilège du roi

[INDEX] Table générale des matieres contenuës dans cet ouvrage. **567**

5127



16,608

C
86

no 72

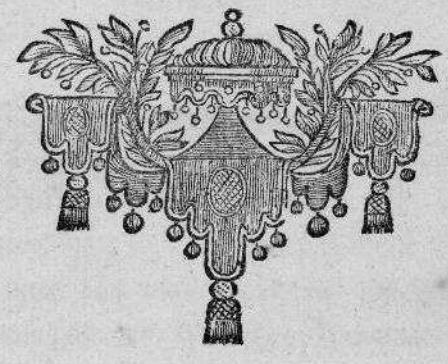
5122

LES INSTITUTES DE L'EMPEREUR JUSTINIEN,

CONFERÉES AVEC LE DROIT FRANÇOIS;

Par Noble FRANÇOIS DE BOUTARIC,
Professeur en Droit François dans l'Université de Toulouse.

UNIVERSITÉ SCIENCES SOCIALES
CENTRE HISTOIRE JURIDIQUE
TOULOUSE



ACADEMIE DE TOULOUSE
FACULTÉ DE DROIT

A TOULOUSE,

CHEZ { GASPARD HENAULT, Imprimeur-Libraire, ruë des Changes;
Et JEAN-FRANÇOIS FOREST, Libraire, ruë Saint Rome.

M. DCCC XL.
AVEC APPROBATION ET PRIVILEGE DU ROI.

LES
INSTITUTES
DE
L'EMPEREUR
JUSTINIEN,

CONFÉRÉES
AVEC LE DROIT FRANÇOIS;

UNIVERSITÉ DES SCIENCES SOCIALES DE TOULOUSE
CENTRE D'HISTOIRE DU DROIT

A TOULOUSE,
GASPARD HUMANIA, Imprimeur-Libraire
Et JEAN-FRANÇOIS ... Libraire
CHEZ

PREFACE.

NOUS lisons dans la Loi 6. *au ff. de Justitia & Jure*, que le Droit Civil ne s'éloigne, ni ne suit en tout la disposition du Droit Commun ; c'est-à-dire, du Droit naturel, ou du Droit des gens, *Nec in totum recedit, nec per omnia ei servit*: qu'il a été ajoûté à ce dernier, & qu'il en a aussi été retranché ; de maniere, ajoûte le Jurisconsulte, que le Droit propre & particulier des Romains, est composé des changemens qu'il a fait dans le Droit Commun, *Cùm aliquid addimus vel detrahimus Juri Communi, jus proprium, id est, civile efficimus.*

J'ai toûjours crû que le Droit François étoit par rapport au Droit Civil des Romains, ce qu'étoit le Droit Civil des Romains, par rapport au Droit naturel, ou au Droit des gens : que comme le Droit naturel ou le Droit des gens, étoit le Droit Commun des Romains, & que les changemens faits dans ce Droit Commun, étoient ce que les Romains appelloient le Droit Civil, leur Droit propre & particulier, *Jus proprium & Civile*, nous pouvions regarder le Droit Civil des Romains, comme le Droit Commun du Royaume, & que les changemens faits par les Or-

donnances de nos Rois, par nos Coûtumes, & par nos Uſages, étoient ce qui compoſe le Droit François, notre Droit propre & particulier. Me ſerois-je trompé dans mon idée ? C'eſt ce que nous allons examiner, & ce qui fera le ſujet de cette Préface.

On ne peut douter, que le Droit Romain ne fût le Droit Commun des Gaules, lorſque les François en firent la conquête ; les Romains avoient poſſedé les Gaules pendant cinq ou ſix ſiécles ; On ſçait combien ce Peuple étoit jaloux de faire obſerver ſes Loix dans les Païs où il étendoit ſa domination ; mais ſans recourir à des préſomptions, une foule de Loix que nous avons dans nos Livres, faites pour les Gaules & pour les Gaulois, rend la choſe évidente, & ne permet pas d'en douter.

Les François devenus Maîtres des Gaules, laiſſerent vivre leurs nouveaux Sujets comme ils vivoient auparavant ; ils admirerent la ſageſſe de leurs Loix, ils les reſpecterent, & voulurent eux-mêmes s'y aſſujettir ; Les Loix qu'ils firent après leur établiſſement, ne furent que des exceptions au Droit Romain toûjours regardé comme le droit Commun ; qu'on liſe les Prefaces de la Loi Salique, & de la Loi Ripuaire : Dans l'une, les Rois Childebert & Clotaire, proteſtent qu'ils n'ont point entendu abroger & donner aucune atteinte au Droit public. (C'eſt ainſi qu'ils appellent le Droit Romain :) *Salvâ in cæteris Juris Publici reverentiâ* : Il eſt dit dans l'autre, que ſi on a omis de traiter pluſieurs matieres importantes, s'il a été laiſſé une infinité de queſtions indéciſes, c'eſt

parce qu'on n'a voulu à cet égard faire aucun changement dans l'ancien Droit, *Quæ comprehendere nos vel edicti brevitas vel curæ publicæ non ſiverunt, quoties oborta fuerint, cuſtodito legum ac veteris Juris tramite terminentur.* Dans une Aſſemblée des Etats, tenuë ſous le Roi d'Agobert, eſt-il queſtion de ſçavoir & de déterminer la peine qu'ont encouru les enfans du Comte d'Aquitaine, pour avoir laiſſé impuni l'aſſaſſinat commis en la perſonne de leur pere, & n'en avoir pas pourſuivi la vengeance ? On conſulte (dit l'Hiſtorien) les Loix Romaines, & conformément à leur déciſion, la negligence des enfans eſt punie par la perte de l'entiere ſucceſſion, *Secundum Leges Romanas, quæ ſanciunt à puternâ eos decidere hæreditate, qui noluerint interfecti necem vindicare, omnibus expoliati ſunt bonis atque inanes relicti.*

Les Loix dont nous venons de parler, la Loi Salique, la Loi Ripuaire, & autres ſemblables, ne furent donc point faites ſous la premiere Race de nos Rois, pour abolir le Droit Romain, & pour être elles-mêmes le Droit commun de la France, nous l'avons déja dit, autant de Réglemens qu'elles font contraires au Droit Romain, autant d'exceptions à ce Droit: encore même eſt-il remarquable que ces exceptions n'étoient que pour les Barbares ; car c'eſt ainſi que les François s'appelloient eux-mêmes pour ſe diſtinguer des Romains, *Quoties inter Romanum & Barbarum fuerit exorta contentio licebit Romano Jure contendere, inter Romanos negotia cauſarum Romanis Legibus præcipimus vindicari.*

Les Rois de la ſeconde Race, firent peu de changemens dans le Droit qu'ils trouverent établi ; on ne

voit dans leurs capitulaires que des Réglemens generaux, dont la plûpart regardent la Diſcipline Eccleſiaſtique, la Loi Romaine y eſt par-tout ſuppoſée comme la Loi commune, elle y eſt appellée tantôt la Loi ſimplement, la Loi par excellence, tantôt la mere de toutes les Loix humaines, *humanarum mater Legum*; mais il eſt tems de venir à la difficulté, car ceux qui contrediſent notre propoſition, ne font point conſiſter notre Droit Commun, dans les premieres Loix faites après l'établiſſement de la Monarchie, & moins encore dans les capitulaires, & les autres Ordonnances de nos Rois: Un Droit Nouveau, diſent-ils, introduit ſous la Race regnante, un Droit formé par un long uſage, qu'on appelle Droit Coûtumier, a aboli les Loix Romaines, & c'eſt ce Droit Nouveau qui fait le Droit Commun de la France: Que quelques Provinces, continuent-ils, par des privileges particuliers, ou autrement, ſuivent le Droit Romain comme leur Droit Commun, & que par là elles ſoient connuës ſous le nom des Provinces de Droit Ecrit, cela même decide en leur faveur; car pourquoi cette diſtinction des Païs de Droit Ecrit, & des Païs Coûtumiers, ſi l'on ne ſuppoſe du moins, que dans ces derniers, qui font ſans difficulté le plus grand nombre, on ne reconnoît d'autre Droit Commun que les Coûtumes? On finit en s'applaudiſſant que par l'introduction de ce Droit Nouveau, la France ait ſçû enfin effacer les veſtiges de ſon ancienne dependance: & peu s'en faut qu'on n'impute à nos peres d'avoir par leur ſoûmiſſion aux Loix Romaines reconnu la ſuperiorité de l'Empire. Suivons ces objections, & voyons ſi elles ont quelque fondement raiſonnable.

Pour ne pas équivoquer ſur l'état de la queſtion, j'appelle ici Droit Commun, un Droit auquel il faut avoir recours dans le cas que les Coûtumes des Lieux ont omis, & je l'appelle ainſi dans tous les Païs, ſans diſtinction de ceux qui retiennent encore le nom de Droit Ecrit, & de ceux que nous connoiſſons ſous le nom de Païs Coûtumiers, parce qu'il n'eſt point revoqué en doute, que dans les cas prévûs & decidez par les Coûtumes des Lieux, les Coûtumes ne doivent prévaloir à la diſpoſition des Loix Romaines: que dans toutes les Provinces du Royaume indiſtinctement, le Droit Romain ne ſoit ſubordonné aux Coûtumes. Cela ſuppoſé, je demande aux Partiſans du Droit Coûtumier, à ceux qui veulent faire du Droit Coûtumier le Droit Commun de la France, comment & ſur quels principes doivent être jugez les cas que les Coûtumes des Lieux n'ont ni decidé ni prévû?

On n'a pû ſur cette queſtion convenir encore d'une réponſe uniforme: Les uns prétendent que dans les cas omis, il faut avoir recours à la Coûtume de Paris: & ce qu'il y a de ſingulier eſt, qu'ils fondent leur opinion ſur un texte de ce Droit même qu'ils ne veulent pas reconnoître, ſur la Loi 32. *de Legibus* au Digeſte, où il eſt decidé que dans les Lieux, & dans les cas où il n'y a point de Coûtume particuliere, il faut ſuivre le Droit & l'uſage reçû dans la ville de Rome: Les autres au contraire ſoûtiennent, que la Capitale du Royaume n'a à cet égard aucune prérogative, ni aucun avantange ſur les autres villes du Royaume, ils veulent que dans les cas omis, on ait recours aux Coûtumes voiſines, & ils ſe fondent ſur quelques textes

du Droit Canonique, le Chap. *Super eo extra de Cenſibus*, le Chap. *Extra de cognatione ſpirituali.*

Quand l'une ou l'autre de ces opinions ſeroit ſoûtenable, je dis plus, quand on voudroit les concilier toutes deux, en établiſſant la neceſſité du recours immediat à la Coûtume de Paris, & de celle-ci aux Coûtumes voiſines : ou du recours immediat aux Coûtumes voiſines, & de celles-ci à la Coûtume de Paris, on n'éluderoit pas la queſtion ; parce que les Coûtumes ne traitant que peu de matieres, & ne prévenant pas tous les cas qui peuvent arriver dans les matieres même qu'elles traitent, ce qui fait que Dumoulin les appelle ſi ſouvent ſéches & ſteriles : je demanderois toûjours, quel eſt le Droit Commun dans les cas & dans les matieres omiſes : ſi c'eſt le Droit Romain, ou un Droit arbitraire indépendant des regles & des principes ? Mais ni la Coûtume de Paris, ni les Coûtumes voiſines, ne peuvent, à l'excluſion du Droit Romain, ſuppléer aux cas omis par les Coûtumes des Lieux, en voici la preuve en deux mots.

Les Loix (dit-on) ont decidé, que dans les cas omis par les Coûtumes des Lieux, il falloit ſe conformer au Droit & à l'uſage reçu dans la ville de Rome, *Si quâ in re deficiat Jus moribus & conſuetudine inductum, tunc Jus quo urbs Roma utitur ſervari oportet* ; & ſur ce texte on fonde la neceſſité du recours à la Coûtume de Paris, dans les cas que les Coûtumes des Lieux n'ont ni prévû ni decidé. Il paroît d'abord, ainſi que nous l'avons déja obſervé, il paroît aſſez bizarre, que dans une conteſtation touchant la prééminence du Droit Coûtumier & du Droit Romain, on

on emprunte de celui-ci des autoritez pour le ſubordonner à l'autre, qu'on l'attaque pour ainſi dire, par ſes propres armes; ce que l'on fait ſans doute toutes les fois qu'on dit: dans les cas omis par les Coûtumes des Lieux, il faut avoir recours à la Coûtume de Paris, pourquoi? parce que le Droit Romain a decidé que dans les cas omis par les Coûtumes des Lieux, il falloit ſe conformer au Droit, à l'Uſage reçu dans la ville de Rome; mais ne ſuivons point cette refléxion, examinons ſeulement, ſi ce qui eſt decidé du Droit ou de l'Uſage reçu dans la ville de Rome, peut trouver quelque application à la Coûtume de Paris. *Jus* (dit le Juriſconſulte) *quo urbs Roma utitur ſervari oportet*, en faut-il être ſurpris? Et s'il y a quelque choſe de ſingulier en cette déciſion, n'eſt-ce point en ce qu'elle permet de ſe conformer aux Coûtumes des Lieux, dans les cas qu'elles ont prévû, & de ne recourir que ſubſidiairement au Droit de la ville de Rome? Rome faiſoit des Loix non-ſeulement pour elle & pour ſes Citoyens, *mais pour tous* les Peuples ſoûmis à ſa domination; & pourquoi des Peuples qu'elle avoit elle-même ſoûmis & domptez par la force des Armes, n'auroient-ils pas été aſſujettis à ſes Loix? Rome n'étoit pas moins la Maîtreſſe que la Capitale de l'Univers, elle étoit le Chef de l'Empire qui tiroit d'elle & ſon nom & ſon origine, les bornes de l'Empire étoient celles-la même de ſon Territoire & de ſa Juriſdiction; Rome ſuivant l'expreſſion de Juſtinien, dans une de ſes Novelles, étoit comme la Partie des Loix & la ſource du Sacerdoce, *Patria Legum*, *fons Sacerdotii*: En eſt-il

par rapport à nous, en eſt-il de même de la Coûtume de Paris? Non ſans doute, & il n'eſt perſonne qui ne ſente déja la raiſon de la difference, la même qui a été obſervée par M. Lemaitre, dans l'un des Plaidoyers qu'il a donné au Public, & avant lui par Coquille, Loyſeau, Dumoulin, & autres. Paris, il eſt vrai, eſt la Capitale du Royaume, mais elle n'eſt telle, & comme telle elle n'a de diſtinction & de prééminence, que parce que nos Rois l'ont choiſie pour y faire leur réſidence : Il n'y a de la part des autres Villes, ni ſubordination ni dépendance, toutes également ont été la conquête de nos Rois ; ſi nos Rois ont permis à la Capitale de rediger ſes Coûtumes, & de s'en faire un Droit propre & particulier, ils l'ont permis de même à toutes les Provinces & à toutes les Villes du Royaume : il ne peut être penſé, dit Dumoulin, qu'une Coûtume quelle qu'elle ſoit, puiſſe obliger que dans ſon Reſſort, que dans l'étenduë de ſon Territoire, hors de-là, point de Juriſdiction : *Statuta extra Territoria ſua ſine uſu ſunt, quia extra ea terreri nemo poteſt, quia extra Territorium Jus dicenti impunè non paretur, &c.*

Cette raiſon comme l'on voit, eſt commune à toutes les Coûtumes du Royaume, elle n'exclud pas moins le recours aux Coûtumes voiſines, que le recours à la Coûtume de Paris ; mais en voici une autre encore plus déciſive, je la trouve en remontant à l'origine des Coûtumes, en rappellant les conjonctures dans leſquelles les Coûtumes ont été introduites.

Il ne faut jamais (dit le Juriſconſulte) rechercher trop curieuſement l'origine des Coûtumes de peur d'en

affoiblir l'autorité, ou de les rendre mépriſables ; mais ſuivant l'obſervation de M. Cujas, ce que dit le Juriſconſulte, des Coûtumes en general, peut être bien mieux & plus juſtement appliqué aux Coûtumes du Royaume, *Quod de Jure recepto Neratius ſcripſit non eſſe ejus anxiè rationem inquirendam, ne multa ex his quæ certa ſunt ſubvertantur, id Galliæ moribus aptari veriſſimè poſſet.* En effet perſonne n'ignore, que nos Coûtumes furent introduites, dans ce tems où la France étoit tombée comme dans l'anarchie & dans une confuſion univerſelle : dans ce tems où par la foibleſſe du Gouvernement on vit dans les Provinces les Droits Royaux & la Puiſſance publique impunement uſurpez : dans ce tems où les Loix tombées dans l'oubli, dans le mépris, & comme abolies par l'ignorance & l'injuſtice, les Seigneurs érigez en Souverains permirent, & furent forcez de permettre à leurs nouveaux Sujets, de ſe faire un droit ſuivant leur caprice. Ce n'eſt pas tout : ſi la neceſſité obligea les uſurpateurs de la Puiſſance publique, de conſentir à l'introduction d'un Droit Nouveau, le même que nous appellons aujourd'hui Droit Coûtumier : on comprend qu'il dut ſe former neceſſairement autant de ces Droits Nouveaux, je veux dire autant de differentes Coûtumes, qu'il y avoit de differens Seigneurs ; mais cette difference dans les Coûtumes ne fut pas ſeulement l'effet du hazard, ou du caprice de ceux qui les introduiſoient, une autre raiſon qui n'a pas échappé à nos Hiſtoriens, une raiſon de politique y contribua encore davantage, c'eſt que les Seigneurs pleins de crainte & de défiance, cherchoient à s'éloigner reciproquement,

à ſe ſeparer les uns des autres : retranchez dans leurs nouvelles conquêtes, ils croyoient ne pouvoir les conſerver & s'y maintenir, qu'en jettant comme un mur de ſéparation entre eux & leurs voiſins : ils croyoient ne pouvoir s'attacher plus ſeurement leurs nouveaux Sujets, qu'en introduiſant parmi eux des Mœurs & des Coûtumes totalement oppoſées à celles de leurs voiſins ; les plus ſingulieres, les plus bizarres étoient celles qui convenoient le mieux à leurs interêts ; parce qu'ils les regardoient comme autant d'obſtacles à la réünion : Quelle époque pour l'établiſſement du Droit Commun de la France ! pour l'établiſſement d'un Droit auquel on veut aſſujettir ſubſidiairement les Provinces voiſines ; je veux dire, les Provinces dont le génie & les Mœurs doivent être naturellement les plus oppoſez à ce droit ſubſidiaire.

Mais dira-t'on, ſi le Droit Romain eſt le Droit Commun de tout le Royaume, que deviendra la diſtinction ſi connuë & ſi familiere des Païs Coûtumiers, & des Païs de Droit Ecrit ? cette diſtinction ne ſubſiſtera-t'elle plus ? non ſans doute, ou ſi elle ſubſiſte, ce ne ſera plus qu'une diſtinction, qu'une difference de nom ; car j'appellerai indifferament Païs Coûtumiers, ceux que j'appellois auparavant Païs de Droit Ecrit, la choſe eſt claire & ſe démontre d'elle-même : N'apelle-t'on Coûtumiers certains Païs, que parce que les Coûtumes y ont prévalû à la diſpoſition des Loix Romaines ? je puis par la même raiſon, appeller Coûtumiers, les Païs connus ſous le nom de Païs de Droit Ecrit : pourquoi ? parce que dans ceux-ci, comme dans les autres, le Droit Romain eſt ſubordonné aux Coûtumes : N'a-t'on donné

à certaines Provinces le nom de Droit Ecrit, que parce que le Droit Romain y ſupplée aux cas omis par les Coûtumes des Lieux ; je puis par la même raiſon appeller Païs de Droit Ecrit, les Païs connus ſous le nom de Païs Coûtumiers : pourquoi ? parce que dans ceux-ci, comme dans les autres, le Droit Romain doit ſuppléer aux cas que les Coûtumes des Lieux n'ont point prévû : Encore une fois, difference de nom ; ſi on ne veut dire que dans les Païs qui ont retenu le nom de Droit Ecrit, les Coûtumes qui doivent être regardées (je ne puis trop le repeter) comme autant d'exceptions à ce Droit, n'y ſont pas en auſſi grand nombre, que par tout ailleurs, ce qui peut être fondé ſuivant la conjecture de quelques Auteurs, ſur ce que ces Païs ayant été les premieres conquêtes des Romains, & les dernieres conquêtes des François, le Droit Romain ſemble y avoir jetté de plus profondes racines que dans les autres.

Mais quoi, dira-t'on encore, après avoir ſécoüé le joug de l'Empire Romain, devons-nous demeurer aſſujettis à *ſes Loix ? Ne rappellons-nous pas par-là le* ſouvenir de notre ancienne dépendance ? Je réponds, & je dis à ces perſonnes jalouſes de l'honneur de la France, reſpectez dans les Loix Romaines, *non* point la puiſſance d'où elles ſont *émanées*, *mais* la *raiſon* ou la ſageſſe qui les a dictées : c'eſt un Legiſlateur étranger, il eſt vrai, qui n'a ni Territoire ni Juriſdiction ; mais ſes Loix ne ſont autre choſe que la raiſon écrite, que les regles naturelles de l'équité ; reſpectés les, & reconnoiſſez-en l'autorité, *Non ratione Imperii ſed Imperio rationis.* Inſiſtera-t'on en diſant, que la raiſon & l'équité étant de toutes les Nations, rien n'empêche

que nous puiſſions, auſſi-bien que les Romains, & indépendament des Regles qu'ils nous ont preſcrit, trouver ſur chaque matiere & pour chaque cas en particulier, ce qui eſt raiſonnable & juſte? Je réponds encore, & je dis, que ce que nous appellons raiſon & équité, les Romains l'ont trouvée avant nous, qu'ils nous ont prevenus dans cette recherche, & que toute autre recherche que l'on voudroit faire aujourd'hui, n'aboutiroit qu'à introduire & autoriſer le droit arbitraire: Oui c'eſt par les Romains que fut conçu le noble & vaſte deſſein (deſſein vrayement digne d'un Peuple maître de l'Univers) de compoſer une ſcience qui eût pour objet tout ce qui ſe paſſe dans la Societé Civile; Quelle attention de leur part, durant le cours de pluſieurs ſiécles, à prévoir tous les differends qui pouvoient naître parmi les hommes! Quel étude! des hommes du monde les plus ſages & les plus éclairés, qui ſe ſuccedoient les uns aux autres, qui ſe communiquoient & ſe tranſmettoient leur reflexions, pour fixer ou perfectionner cet art admirable dont ils pouvoient s'aplaudir d'être les inventeurs, *Ars æqui & boni*: Ils y ont réüſſi de l'aveu de toutes les Nations, & de celles-là même qui n'ont jamais reconnu leur puiſſance. Or cela ſuppoſé d'une part, & de l'autre, que ſi la raiſon & la juſtice, ſont comme il eſt prétendu de toutes les Nations: elles ſont auſſi les mêmes dans tous les tems, & dans toutes les Nations; je veux dire, que les principes ſur leſquels eſt fondée une déciſion raiſonnable & juſte, ſont aujourd'hui les mêmes qu'ils étoient du tems de Juſtinien, les mêmes parmi nous, qu'ils étoient parmi les Romains: A quoi nous con-

duiroit cette liberté de juger indépendament des regles que le Droit Romain nous preſcrit ? Nos deciſions ne pouvant être juſtes qu'autant qu'elles ſe trouveroient conformes aux Loix Romaines, on Comprend aiſement qu'elle ſeroit l'inutilité de nos recherches ; ce ſeroit peu ſi à cette inutilité n'étoit jointe neceſſairement une variation, dans nos jugemens, une incertitude continuelle, tous les inconveniens en un mot qu'entraîne après ſoi une Juriſprudence arbitraire.

Heureux le Peuple, diſoit autrefois un grand Juriſconſulte, heureux le Peuple gouverné par des Magiſtrats qui ne ſe croyent jamais permis de juger *ex æquo & bono* ; & parce que cette propoſition paroît d'abord extraordinaire, il l'explique en démontrant que les Juges qui ne ſe croyent pas aſtraints à juger ſuivant les Loix, & qui veulent s'ériger eux-même en Legiſlateurs, des Juges, qui préſumant de leur ſageſſe & de leurs lumieres, croyent pouvoir impunément ignorer ou mépriſer les Loix, cauſent dans un Etat autant & plus de deſordre que n'en ſçauroit cauſer l'injuſtice la plus marquée : *Si Judicibus non liceat ex æquo & bono judicare, ſi patriis inſtitutis aſtringatur omnium judiciorum licentia, nec cuiquam fas ſit æquitatis ſpecie vim & authoritatem legum cconſtitutam eludere, &c.*

Il reſte une derniere objection qui ſemble m'intereſſer perſonnellement, mais qui ne m'obligera pourtant pas à me retracter : Si le Droit Romain eſt veritablement notre Droit : S'il eſt le Droit Commun de la France, pourquoi Loüis le Grand a-t'il créé & établi des Profeſſeurs du Droit François dans toutes les Univerſitez du Royaume ? Si nous ne voulons pas convenir

de l'inutilité de cet établiſſement, ne devons-nous pas convenir auſſi, qu'il y a un Droit propre & particulier à la Nation, & que ce Droit eſt autre que le Droit Romain ? Quelle idée nous ferons-nous du Droit François que nous ſommes obligez d'enſeigner, ſi ce Droit eſt autre que le Droit Romain, & que le Droit Romain ſoit le Droit Commun de la France ? Quelle idée nous ferons-nous du Droit François ? La même que les Loix nous donnent du Droit Civil des Romains par rapport au Droit Naturel ou au Droit des Gens : Nous l'avons déja dit à l'avance, & cette objection nous oblige de finir par où nous avons commencé ; les Romains compoſoient leur Droit Civil, *Jus proprium & Civile*, de ce qu'ils ajoûtoient au Droit Naturel, ou de ce qu'ils en retranchoient, *Cum aliquid addimus vel detrahimus Jus Civile efficimus* : Nous compoſons de même notre Droit François, de ce que nous ajoûtons au Droit Romain, ou de ce que nous en retranchons ; les Coûtumes, les Ordonnances de nos Rois, la Juriſprudence des Arrêts, la matiere des fiefs, & une infinité d'autres entierement inconnuës au Droit Romain. Voilà ce qui compoſe le Droit François, notre Droit propre & particulier, & ce qui concilie notre propoſition, avec l'utilité ou la neceſſité de l'emploi que nous avons l'honneur d'exercer.

Seroit-il auſſi aiſé de concilier l'opinion contraire, j'entends l'opinion, qui réfuſe au Droit Romain, l'avantage d'être le Droit Commun de la France, l'établiſſement de tant de Profeſſeurs propoſez pour enſeigner le Droit Romain dans toutes les Univerſitez du Royaume ? Non ſans doute, & ſur tout ſi nous faiſons

ſons attention aux motifs de cet établiſſement, tels qu'il a plû à Sa Majeſté de les declarer elle même.

Pour faire regner la Juſtice (dit le Roi dans un de ſes Edits) „ Nous avons crû ne pouvoir rien faire de „ plus avantageux pour le bonheur de nos Sujets, que „ de donner à ceux qui ſe deſtinent à ce miniſtere, la „ doctrine & la capacité neceſſaires, en leur im- „ poſant la neceſſité de s'inſtruire des principes de la „ Juriſprudence Romaine : Ayant d'ailleurs reconnu „ que l'incertitude des Jugemens, qui eſt ſi préjudicia- „ ble à la fortune de nos Sujets, provient principale- „ ment de ce que l'étude du Droit Romain a été ne- „ gligé, & que la Profeſſion publique en a été diſcon- „ tinuée dans l'Univerſité de Paris, &c.

Le Roi veut que le Droit Romain ſoit enſeigné publiquement dans tout le Royaume ; pourquoi ? Pour y faire regner la Juſtice, pour fixer l'incertitude des Jugemens, &c. Ces motifs ne ſuppoſent-ils pas évidamment, que les Juges n'ont point la liberté du choix de ſuivre le Droit Romain, ou de ne le ſuivre pas : de le ſuivre, ou de s'en éloigner arbitrairement, & de le ſubordonner pour ainſi dire, à leur raiſon, & à leur caprice ; une déciſion auſſi reſpectable, rend toute autre diſcution inutile. Concluons que le Droit Romain eſt le Droit Commun de la France, & qu'en le ſuppoſant tel, nous ne pouvons rien faire de mieux pour executer le projet que nous avons formé, que de ſuivre l'ordre, ou la methode que Juſtinien a ſuvi lui-même dans ſes Inſtitutes; c'eſt-à-dire, de parcourir toutes les matieres, dans le même ordre que Juſtinien les a parcourues, en obſervant ſur chacune, les change-

mens que peuvent avoir fait les Ordonnances de nos Rois, la Jurisprudence des Arrêts, les Coûtumes generales du Royaume, & celles de chaque Province en particulier.

TABLE DES TITRES.

LIVRE PREMIER.

TITTRE I. *De Juſtitia & Jure*, Page 3
TIT. II. *De Jure Naturali Gentium & Civili*, 5
TIT. III. *De Jure Perſonarum*, 13
TIT. IV. *De Ingenius*, 23
TIT. V. *De Libertinis*, 24
TIT. VI. *Quibus ex cauſis manumittere non licet*, 25
TIT. VII. *De Lege fuſia caninia tollenda*, 28
TIT. VIII. *De his qui ſui, vel alieni Juris ſunt*, 30
TIT. IX. *De Patria poteſtate*, 32
TIT. X. *De Nuptiis*, 34
TIT. XI. *De Adoptionibus*, 72
TIT. XII. *Quibus modis jus patriæ poteſtatis ſolvitur*, 74
TIT. XIII. *De Tutelis*, 85
TIT. XIV. *Qui teſtamento Tutores dari poſſunt*, 87
TIT. XV. *De Legitima agnatorum Tutela*, 88
TIT. XVI. *De Capitis Deminutione*, 92
TIT. XVII. XVIII. & XIX. *De Legit. patronorum tutela*, *De Legitima parentum Tutela*, *De fiduciaria Tutela*, 94
TIT. XX. *De attiliano Tutore, & eo, qui ex Lege Julia & Titia dabatur*, 95
TIT. XXI. *De autoritate Tutorum*, 102
TIT. XXII. *Quibus modis tutela finitur*, 105
TIT. XXIII *De Curatoribus*, 107
TIT. XXIV. *De Satisdatione Tutorum, vel Curatorum*, 110
TIT. XXV *De Excuſationibus Tutorum vel Curatorum*, 115
TIT. XXVI. *De Suſpectis Tutoribus vel Curatoribus*, 122

LIVRE SECOND.

TITRE I. *De rerum diviſione & acquirendo earum Dominio*, Page 123

TIT. II. *De rebus corporalibus & incorporalibus*, 162

TIT. III. *De Servitutibus prædiorum*, 163

TIT. IV. *De Uſufructu*, 174

TIT. V. *De Uſuſu & Habitatione*, 180

TIT. VI. *De Uſucapionibus, & longi temporis præſcriptionibus*, 182

TIT. VII. *De Donationibus*, 196

TIT. VIII. *Quibus alienare licet, vel non*, 218

TIT. IX. *Per quas perſonas nobis acquiritur*, 225

TIT. X. *De Teſtamentis Ordinandis*, 232

TIT. XI. *De Militari Teſtamento*, 246

TIT. XII. *De Teſtamento facere poſſunt*, 250

TIT. XIII. *De Exheredatione liberorum*, 258

TIT. XIV. *De heredibus inſtituendis*, 267

TIT. XV. *De Vulgari ſubſtitutione*, 274

TIT. XVI. *De Pupillari ſubſtitutione*, 279

TIT XVII. *Quibus modis Teſtamenta infirmentur*, 287

TIT. XVIII. *De inofficioſo Teſtamento*, 295

TIT. XIX. *De Hæredum qualitate & differentia*, 310

TIT. XX. *De Legatis*, 319

TIT. XXI. *De Ademptione Legatorum*, 340

TIT. XXII. *De Lege Falcidia*, 340

TIT. XXIII. *De Fideicommiſſariis hæreditatibus, & ad Senatus conſultum Trebellianum*, 343

TIT. XXIV. *De Singulis rebus per fideicommiſſum relictis*, 357

TIT. XXV. *De Codicillis*, 361

LIVRE TROISIE'ME.

TITRE I. *De Hæreditatibus quæ ab inteſtato deferuntur*, Page 363

TIT. II. *De Legitimo Agnatorum ſucceſſione*, 292

TIT. III. *De Senatus Conſulto Tertuliano*, 395

TIT. IV. *De Senatus Conſulto Orphitiano*, 403

TIT. V. *De Succeſſione Cognatorum*, 405

TIT. VI. *De Gradibus Cognationem*, 406

TIT. VII. VIII. & IX. *De Servili Cognatione*
De Succeſſione Libertorum,
De Aſſignatione Libertorum, } 409

TIT. X. *De Bonorum Poſſeſſionibus*, 410

TIT. XI. XII. & XIII. *De Acquiſitione per arrogationem*,
De eo, cui libertatis cauſa bona addicuntur,
De Succeſſionibus ſublatis, quæ fiebant per bonorum venditionem & ex Senatus Conſulto Claudiano, } 414

TIT. XIV. *De Obligationibus*, 415

TIT. XV. *Quibus modis re contrahitur obligatio*, 418

TIT XVI. *De Verborum obligationibus*, 436

TIT. XVII. *De duobus reis ſtipulandi & promittendi*, 442

TIT. XVIII. *De Stipulatione Servorum*, 449

TIT. XIX. *De Diviſione Stipulationum*, *ibidem*

TIT. XX. *De inutilibus ſtipulationibus*, 450

TIT. XXI. *De Fidejuſſoribus*, 458

TIT. XXII. *De Litterarum obligationibus*, 469

TIT. XXIII. *De obligationibus ex conſenſu*, 472

TIT. XXIV. *De Emptione Venditione*, *idem.*

TIT. XXV. *De Locatione & Conductione*, 484

TIT. XXVI. *De Societate*, 495

TIT. XXVII. *De Mandato*, 499

TIT. XXVIII. *De Obigationibus, quæ quaſi ex contractu naſcuntur*, 510

TIT. XXIX. *Per quas personas nobis obligatio acquiritur*, 504
TIT. XXX. *Quibus modis tollitur obligatio*, *idem.*

LIVRE QUATRIE'ME.

TITRE I. *De Obligationibus, quæ ex delicto nascuntur*, Page 509
TIT. II. *De vi bonorum Raptorum*, 520
TIT. III. *De Lege Aquilia*, 522
TIT. IV. *De Injuriis*, 525
TIT. V. *De Obligationibus, quæ quasi ex delicto nascuntur*, 530
TIT. VI. *De Actionibus*, 532
TIT. VII. *Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur*, 544
TIT. VIII. *De Noxalibus actionibus*, 546
TIT IX. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, 547
TIT. X. *De his per quos agere possumus*, 548
TIT. XI. *De Satisdationibus*, 449
TIT. XII. *De perpetuis & temporalibus actionibus, & quæ ad hæredes, & in hæredes transeunt*, 550
TIT. XIII. *De Exceptionibus*, 551
TIT. XIV. *De Replicationibus*, 553
TIT. XV. *De interdictis*, 554
TIT. XVI. *De pœna temere litigantium*, 557
TIT. XVII. *De Officia Judicis*, 558
TIT. XVIII. *De publicis Judiciis*, 561

Fin de la Table des Titres.

PRIVILEGE DU ROI.

LOUIS, PAR LA GRACE DE DIEU ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE : A nos Amez & Feaux Conſeillers, les Gens tenans nos Cours de Parlement, Meſſieurs des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand Conſeil, Prévôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenans Civils & autres nos Juſticiers qu'il appartiendra ; SALUT. Notre bien Amé JEAN-FRANÇOIS, FOREST, Libraire de Toulouſe, Nous ayant fait remontrer qu'il ſouhaitteroit faire imprimer un Ouvrage, qui a pour Titre *les Inſtituts ou les Inſtitutes de Juſtinien, conferez avec le Droit François*, s'il nous plaiſoit lui accorder nos Lettres de Privilege ſur ce neceſſaires : Offrant pour cet effet de le faire imprimer en bon Papier & beaux Caracteres, ſuivant la feuille imprimée & attachée pour modéle ſous le Contre-Scel des Préſentes. A CES CAUSES, voulant favorablement traiter ledit Expoſant, Nous lui avons permis & permettons par ces Préſentes de faire imprimer ledit Ouvrage ci-deſſus ſpecifié à un ou pluſieurs Volumes, conjointement ou ſéparement, & autant de fois que bon lui ſemblera, ſur Papier & Caracteres conformes à ladite feuille imprimée & attachée ſous notredit Contre-Scel, & de les vendre, faire vendre & debiter par tout notre Royaume pendant le tems de ſix années conſecutives, à compter de la date deſdites Préſentes : Faiſons défenſes à toutes ſortes de perſonnes de quelque qualité & condition qu'elles ſoient, d'en introduire d'impreſſion étrangere dans aucun lieu de notre Obéiſſance ; comme auſſi à tous Libraires, Imprimeurs & autres, d'imprimer, faire imprimer, vendre, faire vendre, debiter ni contrefaire ledit Ouvrage ci-deſſus expoſé, en tout ni en partie, ni de faire aucuns extraits ſous quelque prétexte que ce ſoit, d'augmentation, correction, chagement de Titre ou autrement, ſans la Permiſſion expreſſe & par écrit dudit Expoſant ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiſcation des Exemplaires contrefaits, de trois mille liv. d'amende contre chacun des contrevenans, dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, l'autre tiers audit Expoſant, & de tous dépens, dommages & interêts, à la charge que ces Préſentes ſeront enregiſtrées tout au long, ſur le Regiſtre de la Communauté des Libraires & Imprimeurs de Paris dans trois mois de la date d'icelles ; que l'impreſſion de cet Ouvrage ſera faite dans notre Royaume & non ailleurs ; & que l'Impetrant ſe conformera en tout aux Réglemens de la Librairie, & notamment à celui du dixiéme Avril mil ſept cens vingt-cinq ; & qu'avant que de l'expoſer en vente, le Manuſcrit ou imprimé qui aura ſervi de Copie à l'impreſſion dudit Ouvrage, ſera remis dans le même état où l'Approbation y aura été donnée, és mains de notre très-cher & féal Chevalier le ſieur Dagueſſeau Chancelier de France, Commandeur de nos Ordres, & qu'il en ſera enſuite remis deux Exemplaires dans notre Biblioteque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, & un dans

celle de notre très-cher & féal Chevalier le ſieur Dagueſſeau Chancelier de France, Commandeur de nos Ordres, le tout à peine de nullité des Préſentes. Du contenu deſquelles vous mandons & enjoignons de faire joüir l'Expoſant ou ſes ayans cauſe, pleinement ou paiſiblement, ſans ſouffrir qu'il leur ſoit fait aucun trouble ni empêchement : Voulons que la Copie deſdites Préſentes, qui ſera imprimée tout au long au commencement ou à la fin dudit Ouvrage, ſoit tenuë pour dûëment ſignifiée, & qu'aux Copies collationnées par l'un de nos Amez & féaux Conſeillers & Secretaires, foi ſoit ajoûtée comme à l'Original. Commandons au premier notre Huiſſier ou Sergent, de faire pour l'execution d'icelles tous Actes requis & neceſſaires ſans demander autre permiſſion, nonobſtant Clameur de Haro, Chartre, Normande, & Lettres à ce contraires; car tel eſt notre plaiſir. DONNE à Paris le cinquiéme jour d'Avril, l'An de Grace mil ſept cens trente-ſept, & de notre Regne le vingt-deuxiéme. Par le ROI en ſon Conſeil.

SAINSON.

Regiſtré ſur le Regiſtre IX. de la Chambre Royale des Libraires & Imprimeurs de Paris N°. 442. *Fol.* 405. *conformément aux anciens Réglemens confirmez par celui du* 28. *Février* 1723. *A Paris le douze Avril* 1737. G. MARTIN, Syndic.

J'ai fait part du préſent Privilege au ſieur GASPARD HENAULT, Imprimeur-Libraire.

LIVRE PREMIER

LES INSTITUTES
DE
L'EMPEREUR JUSTINIEN
CONFERÉES
AVEC LE DROIT FRANÇOIS.

PRÉFACE

DE CONFIRMATIONE INSTITUTIONUM, Imperator, Cæsar Flavius Justinianus, Alemanicus, Gothicus, Franciscus, &c.

AU LIEU de ces Titres magnifiques que les Empereurs Romains ajoûtoient à leur nom, nos Rois dans leurs Ordonnances, Edits & Declarations, ne prennent avec leur nom de Baptême, d'autre qualité, que celle de Roi par la grace de Dieu: En quoi, suivant la remarque de M. Lebret, Traité de la Souveraineté, *Liv. 1. ch. 2. & 3.* il y a avec moins de faste & d'ostentation,

autant & plus de grandeur & de dignité ; car il ne faut pas croire, dit cet Auteur, que le Roi en ſe qualifiant tel, par la grace de Dieu, en uſe ainſi par modeſtie ſeulement, ou par cette ſeule raiſon, que toutes les Puiſſances du monde émanent de Dieu, ſuivant ces paroles de l'Apôtre, *Omnis poteſtas à Deo eſt* : Il le fait encore pour marquer qu'il a dans ſes Etats une Souveraineté parfaite & abſoluë, & une autorité & une puiſſance qui releve de Dieu ſeul, contre l'opinion de quelques Auteurs Ultramontains & Allemans, qui ſe ſont donnez la liberté d'écrire : les uns que nos Rois, même en ce qui regarde le temporel, étoient ſoûmis au Pape & au ſaint Siége : les autres que le Royaume de France relevoit de l'Empire : Paſquier au Liv. 4. de ſes Recherches, Ch. 23. en fait une des differens ſurnoms qui ont été donnez à nos Rois depuis la Fondation de la Monarchie, non point des ſurnoms, ou des Titres que nos Rois priſſent eux-même pendant leur vie en les ajoûtant à leur nom propre, mais que le Public, ou les Hiſtoriens leur ont donné pour la plûpart après leur mort, & pour déſigner leurs bonnes ou leurs mauvaiſes qualitez.

LIVRE PREMIER
DES INSTITUTES
DE
L'EMPEREUR JUSTINIEN.

TITRE PREMIER.

DE JUSTITIA ET JURE.

Juſtitia & conſtans & perpetua voluntas, &c.

§. 1. *Juriſprudentia eſt divinarum atque humanarum rerum, &c.*

LEs définitions que donne ici Juſtinien de la Juſtice & de la Juriſprudence, ne peuvent être plus exactes ; elles nous apprennent que la Juſtice & la Juriſprudence ſont deux habitudes de l'ame, dont l'une écaire l'entendement, & l'autre regle la volonté ; deux habitudes de l'ame diſtinctes, mais dont le concours, par le ſecours mutuel qu'elles ſe doivent l'une à l'autre, eſt abſolument neceſſaire pour former un bon Juriſconſulte, ou un Juge équitable.

§. 3. *Juris præcepta ſunt : Hæc honeſtè vivere, alterum non lædere, ſuum cuique tribuere.*

VIvre honnêtement, n'offenſer perſonne, rendre à un chacun ce qui lui eſt dû, on peut dire que tout le Droit conſiſte dans ces trois préceptes, parce qu'ils nous appennent également à faire le bien, & à éviter le mal, à nous acquitter de nos dévoirs envers nous-mêmes & envers les autres. S'ils étoient religieuſement obſervez, il y auroit ſans doute peu de procès parmi les hommes ; mais c'eſt parce qu'ils ſont mal obſervez qu'il naît tous les jours des differends, pour la déciſion deſquels il a falu ſut toutes les matieres, & ſur chacune en particulier, tant de nouveaux préceptes & de nouvelles regles, ce qui d'une ſcience très-ſimple, a fait de toutes les ſciences la plus difficile & la plus étenduë.

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

NOus avons, ainſi que les Romains, notre Droit public, & notre Droit privé en particulier. Celui-là, dit Juſtinien, *ad ſtatum rei Romanæ ſpectat* ; & comme il eſt dit en la Loi 1. §. 2. *ff. de Juſtitia & Jure, in Sacris, in Sacerdotibus, in Magiſtratibus conſiſtit* : Celui-ci a pour objet l'interêt des Particuliers, *ad ſingulorum utilitatem pertinet.* Or dans ce ſens, nous pouvons ragarder comme notre Droit public, les Pragmatiques, les Concordats, les Ordonnances, Edits & Déclarations concernant la diſcipline exterieure de l'Egliſe, dont nos Rois ſont les protecteurs, la police du Royaume, le devoir & les fonctions des Magiſtrats ; ou ſi l'on veut encore, & dans un ſens plus étendu, les droits du Roi & de la Couronne par rapport aux Etats & aux Monarchies étrangeres, en vertu des traitez dePaix, des Alliances, &c. & nous pouvons regarder comme notre Droit privé ou particulier tout ce que nous obſervons des Loix Romaines, ou tout ce que nous preſcrivent les Ordonnances de nos Rois & les Coûtumes touchant la maniere d'inſtruire les Procès & de les juger.

TITRE II.

DE JURE NATURALI, GENTIUM, ET CIVILI.

§. 2. Quoties non addimus nomen, cujus sit Civitatis, Noſtrum jus ſignificamus, Sicuti cum Poëtam dicimus, &c.

IL n'eſt pas ſurprenant que les Romains, Maîtres de l'Univers, euſſent cette idée de l'excellence de leur Droit, qu'ils cruſſent qu'en parlant du Droit ſimplement, on entendît le Droit des Romains : Mais ce qu'il y a de ſurprenant, ſuivant la remarque de Dumoulin, c'eſt qu'après la décadance ou la chûte de leur Empire, il en ſoit encore de même parmi nous, & parmi toutes les Nations Chrêtiennes : Oui, dit cet Auteur, qu'on parle encore aujourd'hui du Droit ſimplement, il n'y a point d'équivoque ; c'eſt du Droit Romain que nous parlons ; nous en reconnoiſſons par là la prééminence ; & par là même nous le reconnoiſſons veritablement pour notre Droit Commun, On peut rappeller ici ce que nous avons obſervé dans la Préface, & on peut voir encore le Traité curieux qu'a fait Arturus Dux *de uſu & authoritate Juris Civilis Romanorum in Dominiis principum Chriſtianorum.*

§. 5. Senatus Conſultum eſt, quod Senatus jubet, atque conſtituit.

DAns les commencemens, ce qu'on appelloit Senatus Conſulte, ou Ordonnances du Senat, n'étoit proprement que des Déliberations qu'il dépendoit du Peuple d'approuver, ou de n'approuver pas, des Déliberations qui n'étoient regardées comme des Loix, qu'après que le peuple aſſemblé les avoit approuvées, *Senatorio Magiſtratu interrogante* : Cela changea dans les ſuites ; car ſous prétexte qu'il étoit difficile d'aſſembler le peuple Romain, le Senat commença à uſer de l'autorité Souveraine : il commença à faire des Loix, & à les faire

executer ſans conſulter & ſans appeller le Peuple : Par rapport à ce tems, il eſt vrai de dire, comme le dit en effet le Juriſconſulte dans la *Loi 9. ff. de Legibus Senatuſc. & longa conſuctudine, Senatum jus facere poſſe.*

L'autorité Souveraine ayant depuis été tranſportée du Senat aux Empereurs, comme elle l'avoit été du Peuple au Senat, celui-ci ne s'ingera plus à faire des Loix ; deſlors ſon pouvoir fut borné à connoître & juger les differends des Particuliers ; & c'eſt ſans doute par cette raiſon que l'Empereur Leon ordonna en ſa Novelle. 78. *que la Loi 9.* dont nous venons de parler, fut retranchée du Code comme une Loi devenuë inutile.

Quoique nos Parlemens ſoient tels à peu près qu'étoit le Senat de Rome dans le dernier tems, on ne peut néanmoins diſconvenir que ce qu'on appelle Juriſprudence des Arrêts, ne faſſe partie de notre Droit. On entend par Juriſprudence des Arrêts, la maniere de juger, la maniere dont les Parlemens & autres Cours Superieures ont expliqué, ou interpreté par leurs Arrêts quelques endroits des Loix Romaines, ou des coûtumes ; car comme il eſt dit en la *Loi* 38. au même titre *de Legibus in ambiguitatibus quæ ex Legibus proficiſcuntur, rerum perpetuo judicatarum authoritas vim Legis obtinere debet : rerum perpetuo judicatarum.* Ces paroles ſont remarquables, elles nous apprennent à ne pas confondre une Juriſprudence fixe & certaine avec quelques Arrêts de préjugé, qui comme l'on dit communement, ne peuvent ſervir qu'à ceux en faveur de qui ils ont été rendus : elles concilient cette déciſion, avec celle de la Loi *nemo, Cod. de Sententiis & interlocutionibus omnium judic.* où il eſt dit que les Juges doivent être inviolablement aſſujettis aux Loix, & ne pas ſe déterminer ſur ce qui peut avoir été jugé en ſemblable cas : *Judices noſtros veritatem & Legum & Juſtitiæ ſequi veſtigia Sancimus, cum non exemplis ſed Legibus judicandum ſit :* C'eſt donc en ce ſens que les Parlemens du Royaume peuvent faire des Loix, *Jus facere poſſunt*, ſi on ne veut dire qu'ils le peuvent encore, en ce qu'ils ont ſeuls, & à l'excluſion de tous Juges inferieurs, le droit de faire des Reglemens : Car comme il n'apartient qu'au Roi de faire des Reglemens generaux pour la Police du Royaume, & auſ-

quels tout le Royaume ſoit aſſujetti, ainſi qu'il eſt expliqué au long par Mr. Lebret, Traité de la Souveraineté, *Liv.* 4. *ch.* 15. Il n'appartient auſſi qu'aux Parlemens de faire des Reglemens dans l'étenduë de leur Reſſort : Tout ce qui va à Reglement, dit Mornac ſur la Loi. 23. *ff. de Legibus & Senatuſc.* appartient à la Cour : un Juge inferieur ne peut que connoître de la conteſtation qui eſt portée devant lui, il ne peut que prononcer ſur les differends des Parties plaidantes : S'il portoit ſes vûës plus loin, quelque juſte d'ailleurs que fût ſon Jugement, il ſeroit caſſé par attentat.

§. 6. *Sed & quod principi placuit, Legis habet vigorem : Cum Lege Regia, populus ei, & in eum omne Imperium ſuum poteſtatem conceſſerit.*

NOs Rois peuvent ſans difficulté faire des Loix, mais non point par la raiſon dont parle ici Juſtinien, car nos Rois tiennent leur puiſſance de Dieu ſeul, & ce n'eſt point le Peuple qui la leur a tranſmiſe, comme il l'avoit tranſmiſe aux Empereurs Romains. Il eſt rapporté par Automne ſur la Loi 1. *ff. de conſtitut. princip.* qu'un Avocat du Parlement de Paris, ayant voulu faire en plaidant une mauvaiſe application de ce texte, une application injurieuſe à l'autorité Royale, il en fut repris ſur les requiſitions des Gens du Roi, & ſi ſeverement que dès-lors, il ne rentra plus dans le Barreau. Du reſte, les Rois ſeuls en France peuvent faire des Loix, & ils ne communiquent point ce droit, ainſi que les Empereurs Romains au Peuple, aux Magiſtrats, aux Juriſconſultes, &c.

§. 6. *Quodcumque ergò Imperator per Epiſtolam conſtituit, vel cognoſcens decrevit, vel edicto præcepit, Legem eſſe conſtat, &c.*

ON entendoit par Epître, une déciſion de l'Empereur donnée ſur des queſtions douteuſes, & qui n'avoient pas été encore prévûës par aucune Loi, ſoit qu'elles lui fuſſent propoſées par les Gouverneurs des Provinces, ou par des Par-

ticuliers. On entendoit par decret une déciſion donnée par le Prince, entre deux Parties, avec connoiſſance de cauſe & par Reſcript, un Reglement general que faiſoit le Prince de ſon propre mouvement pour le bien & l'avantage des ſes Sujets.

Nos Rois ayant par-tout établi des Juges, ſur leſquels ils ſe ſont dechargez du ſoin de decider tous les differends qui peuvent naître entre leurs ſujets, n'ont pas accoûtumé de faire des Loix ou des Réglemens *per Epiſtolam*. Et pour ce qui regarde les Arrêts qui ſe rendent tous les jours au Conſeil privé du Roi, auſquels on pourroit comparer les decrets des Empereurs, comme ils ſont toûjours rendus ſur des circonſtances particulieres, nous n'avons point accoûtumé de les regarder comme des Loix qui aſtraignent les Juges à decider de la même maniere en des cas ſemblables. Ce que nous appellons proprement Loi, eſt toûjours conſigné dans une Ordonnance, Edit, ou Déclaration ; quoi qu'au fond il dépende toûjours du Roi d'expliquer ſes intentions en la forme & de la maniere que bon lui ſemble, & que ſa volonté de quelle maniere qu'elle ſoit expliquée, ſoit une Loi inviolable.

Edit, ou Ordonnance ; ces deux expreſſions ſont preſque ſynonimes, ſi on ne veut dire, que les Ordonnances contiennent ordinairement pluſieurs diſpoſitions ſur des matieres differentes : au lieu que les Edits ſont communement bornez à un ſeul objet ; mais le terme de Declaration ne convient qu'aux réglemens qui ſe font en execution, correction ou interpretation de quelque Ordonnance, ou Edit précedent.

La Loi *humanum*, *Cod. de Legibus*, nous apprend que lorſque les Empereurs Romains faiſoient publier quelque nouvelle conſtitution, ils ne la faiſoient executer qu'après que le Senat l'avoit approuvé : *Benè enim cognoſcimus patres conſcripti, quod cum veſtro Conſilio fuerit ordinatum, id ad beatitudinem noſtri Imperi & ad gloriam noſtram redundare* : & nos Rois en uſent à peu près de même en ce qu'ils ne font executer leurs Ordonnances, Edits ou Declarations, qu'après les avoir faites publier, verifier & enregiſtrer dans les Parlemens & autres Cours ſuperieures du Royaume. Par l'Ordonnance de Moulins, *art.* 2. il eſt permis aux Cours ſuperieures de faire des remonſtrances avant de proceder à l'enregiſtrement : par une

Declaration

Déclaration du mois de Février 1673. les remontrances ont ſi peu un effet ſuſpenſif, qu'il n'eſt pas même permis aux Cours Superieures de les déliberer, & d'en faire charger leurs Regîtres, qu'après l'Arrêt d'enregiſtrement pur & ſimple : tout ce qui émane de la ſeule autorité & propre mouvement du Roi pour affaires publiques, ſoit de juſtice ou de finance, devant être regiſtré & publié inceſſament, purement & ſimplement, ſans aucune modification, reſtriction, ni autres clauſes qui en puiſſent ſurſeoir, ou empêcher la pleine & entiere execution : Sa Majeſtté n'exceptant que les Lettres patentes expediées ſous le nom & au profit des particuliers, à l'égard deſquelles les oppoſitions peuvent être reçuës, & par autre Déclaration du mois de Septembre 1715. les choſes ont été remiſes ſur le même pied où elles étoient par l'Ordonnance de Moulins : c'eſt-à-dire que les Cours ſuperieures ont été rétablies dans le droit de répréſenter tout ce qu'elles jugent à propos avant de proceder à l'enregiſtrement.

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

AVons-nous ainſi que les Romains un Droit écrit, & un Droit non écrit ? Il ſemble qu'on ne peut en douter, ſurtout ſi on refléchit que toute la France eſt comme diviſée en païs de Droit écrit, & en païs Coûtumier, ce qui donne d'abort une idée du Droit Coûtumier comme de notre Droit non écrit ; cependant à bien examiner la choſe, il ſemble que les Coûtumes ne peuvent être regardées comme notre Droit non écrit ; car comme il a été obſervé par Mr. Coquille en ſa Préface ſur la Coûtume de Nivernois, puiſque parmi les Romains ce que le Peuple & ce que le menu peuple, même *plebs*, avoit une fois approuvé, *Senatorio, vel Plebeio Magiſtratu interrogante*, étoit regardée comme une Loi inviolable qui faiſoit deſlors partie du Droit écrit : Pourquoi ne dirons-nous pas la même choſe des Coûtumes depuis qu'elles ont été redigées en écrit du conſentement des Etats de toutes les Provinces ?

Avant que les Coûtumes du Royaume fuſſent reformées & redigées par écrit, en execution des Ordonnances de Charles VII. & de Henry III. lorſqu'on ne convenoit pas d'une Coûtume, ou de la maniere dont une Coûtume devoit être interpretée, on étoit reçû à faire des enquêtes par turbes, ainſi appellées, parceque les Témoins dépoſent de dix en dix, dix Témoins faiſant une turbe, & deux turbes faiſant une preuve complette : ces ſortes d'enquêtes continuerent à être en uſage même après la redaction des Coûtumes, ſoit parce qu'il reſtoit encore dans pluſieurs Provinces du Royaume de Coûtumes non-écrites, ſoit parceque la maniere d'expliquer, ou d'interpreter les Coûtumes donnoit lieu tous les jours à une infinité de conteſtations; mais l'experience en ayant fait connoître l'abus & les inconvenians cauſez par la longueur & les fraix, elles furent entierement abrogées par l'Ordonnance de 1667. de maniere que ſi deux Parties conteſtent aujourd'hui, ou la Coûtume même, ou la maniere dont une Coûtume doit être interpretée, on les appointe contraires, & on ordonne la preuve des faits conteſtez par des enquêtes ordinaires : les faits conteſtez ſe prouvent par des Sentences, Contrats ou Tranſactions; & en défaut de preuve litterale, on s'adreſſe au Juge du lieu, lequel après avoir conferé avec les autres Officiers, & entendu les Avocats & Procureurs, atteſte que tel eſt l'uſage inviolament obſervé.

A régarder les Coûtumes redigées comme faiſant partie de notre Droit écrit, on ne pourroit faire conſiſter le Droit non-écrit que dans les Uſages ou Coûtumes non redigées encore, ou dont la rédaction n'a pas été autoriſée; mais après tout, & quoi qu'en diſe Mr. Coquille, les Coûtumes même aprés la redaction, peuvent en un ſens être regardées comme Droit non-écrit, parce qu'il eſt vrai de dire qu'à leur égard l'écriture eſt choſe purement accidentelle, & qu'elles avoient force & caractere des Loix avant qu'elles fuſſent redigées ou écrites, ce qui les caracteriſe & les diſtingue eſſentiellement du Droit que l'on appelle écrit.

Il y a preſqu'autant de differentes Coûtumes dans le Royaume, qu'il y a de differentes Provinces; & voici à peu près les principes ſur leſquels doivent être reglées les conteſtations qui peuvent naître de cette difference des Coûtumes.

Dans les Teſtamens on diſtingue entre les Coûtumes réelles & perſonnelles: on appelle Coûtumes réelles, celles qui regardent la maniere de ſucceder, ou de partager l'heritage: on appelle perſonnelles, celles qui regardent la capacité de la perſonne: s'il s'agit de la maniere de ſucceder & de ſçavoir, par exemple, de quoi un Teſtateur a pû diſpoſer, ou quelle portion de ſes biens il a pû leguer, on doit ſuivre la Coûtume des lieux où les biens ſont aſſis: s'il s'agit de la capacité de la perſonne, & de ſçavoir, par exemple, à quel âge l'on peut teſter, on doit ſuivre la Coûtume du domicile.

Il y a cette difference entre les Coûtumes perſonnelles & les réelles, que celles-là ont un pouvoir indefini & qui n'eſt point borné par le territoire; au lieu que les réelles, ſuivant l'expreſſion de Dumoulin, *ſuo clauduntur territorio nec ultrà territorium diſponunt.* ſuppoſons, par exemple, que Titius habitant de Toulouſe, où il eſt permis de teſter à l'âge de puberté, ait partie de ſes biens ſituez dans un païs dont la Coûtume ne permet de teſter qu'à l'âge de 20. ou de 25. ans, ſon Teſtament fait à l'âge de 14. ans vaudra pour tous ſes biens indiſtinctement, pourquoi? Parce que les Coûtumes qui regardent la capacité de la perſonne ſont perſonnelles, parce que dans les Coûtumes perſonnelles on n'a égard qu'au domicile de la perſonne, parce que le pouvoir des Coûtumes perſonnelles n'eſt point borné, & s'étend par tout: Mais ſuppoſons au contraire que Titius ait une partie de ſes biens à Toulouſe, ou la liberté de diſpoſer par Teſtament n'eſt point bornée, & l'autre partie dans des païs, où la Coûtume ne permet de diſpoſer par Teſtament, qu'à concurrence de certaine portion, ou regle de quelqu'autre maniere, *modum ſuccedendi*, ſon Teſtament ne vaudra qu'autant qu'il ſera conforme aux Coûtumes des lieux où les biens ſont ſituez, pourquoi? Parce que les Coûtumes qui regardent la maniere de ſucceder, ou de partager un heritage ſont réelles, parce que les Coûtumes réelles ont un pouvoir borné & reſtreint dans les limites du territoire pour lequel elles ont été faites.

On obſerve dans les Contrats la même choſe que dans les Teſtamens, c'eſt-à-dire, que s'il s'agit de la capacité ou habilité des contractans, il faut ſe regler par la Coûtume de

leur domicile ; & que s'il s'agit au contraire de la choſe même, ou d'un Droit purement réel, il faut ſuivre la Coûtume des lieux où les biens ſont aſſis ; ainſi par Arrêt du Parlemenrde Paris rapporté par Loüet, *Lett. C. ch.* 42. il fut jugé qu'un particulier domicilié dans le païs d'Anjou, ou par la Coûtume on eſt reputé majeur à 20. ans, avoit pû à cet âge aliener valablement ſans aucune ſolemnité, les biens qu'il avoit dans la Coûtume de Senlis, ou conformement au Droit commun, on n'eſt reputé majeur qu'à 25. ans : Ainſi dans l'eſpece de l'Arrêt rapporté par Mr. D'Olive, *Liv.* 3. *ch.* 25. il fut jugé, qu'en la diſtribution des biens du mari, aſſis dans le Reſſort du Parlement de Toulouſe, la femme devoit être alloüée pour le payement de ſa dot, ſuivant la Loi *aſſiduis* qui s'y obſerve, quoique les Parties fuſſent domiciliées, & que le Contrat de mariage eût été paſſé dans le Reſſort du Parlement de Bordeaux, où cette Loi de Juſtinien n'eſt point obſervée.

Il a cela de particulier dans les Contrats, que la Coûtume du lieu où ils ont été paſſez, regle toutes les conventions qui en dépendent, lorſqu'il n'y a point de déclaration contraire de la part des Parties contractantes, ſuivant cette maxime que les Docteurs ont pris de la Loi *ſi fundus*, *ff. de evictionibus locus contractus regit contractum judiciorum & agendi decidendique ordinem* : * Ainſi, par exemple, lorſqu'un Contrat de mariage a été paſſé dans un païs où la Coûtume a établi la Communauté des meubles & des conquets entre les mariez, cette Communauté doit avoir lieu quel que ſoit le domicile des mariez, & quelque part que leurs biens ſoient aſſis : de même lorſqu'il eſt queſtion de ſçavoir quel augment doit appartenir à la femme, ſi c'eſt le tiers ou la moitié de la dot, & ſi ce gain lui demeure acquis en proprieté ou en uſufruit : c'eſt toûjours la Coûtume du lieu où le mariage a été contracté qui regle ces ſortes de differends.

* *Vide* le Préſident Faber en ſon Code, *Liv.* 1. *tit.* 5. de Leg. definit. 3.

Journal des Audiences, *tom.* 1. *Liv.* 2. *ch.* 46

Dolive, *Liv.* 3. *ch.* 25.

Bardet, *tom.* 2. *pag.* 138. Ce dernier Auteur parle

Dans les Teſtamens, comme dans les Contrats, on ſuit toûjours, pour ce qui regarde la forme & la ſolemnité de l'Acte, la Coûtume du lieu où il a été paſſé : en ſorte qu'un Teſtament fait à Toulouſe avec deux Temoins, ſuivant la Coûtume de cette Ville, ſera bon & valable pour tous les biens du

Teſtateur indiſtinctement : & ſoit que le Teſtateur ſoit habitant de Toulouſe, ou étranger.

a Dans le Jugement des procès évoquez, on ne ſuit la Coûtume du lieu où l'on plaide, que pour ce qui regarde la formalité & l'ordre de la Procedure, tout ce qui regarde le fonds & la déciſion, devant être jugé ſuivant les Coûtumes des lieux où les Parties ont contracté, *b* dont elles ſont domiciliées, où dans leſquels les biens ſont ſituez, le tout ſuivant la differente nature des conteſtations.

d'un mariage contracté en France par un étranger.

a Dolive *Liv. 3. ch. 25.* en la nouvelle addition, rapporte un Arrêt, qui dans un procès évoqué du Parlement de Bordeaux où la Loi Lucius eſt obſervée, n'alloüa les intérêts qu'en dernier rang.

b Ordonnance de 1669. *tit. des évocations art. 46.* Loüet *let. C. ſom. 42.*

TITRE III.

DE JURE PERSONARUM.

Omnes homines aut liberi ſunt, aut ſervi.

NOus ne reconnoiſſons point cette premiere diviſion des perſonnes, en libres & en eſclaves, tous les hommes ſont libres en France : & juſques-là ſuivant l'expreſſion de Mr. Loyſel en ſes Inſtitutions Coûtumieres, Tit. des perſonnes, N°. 6. que tout Eſclave eſt affranchi dès le moment qu'il a atteint les Marches du Royaume. M. Lafaille dans le 1. Tome de ſes Annales, *pag.* 204. remarque, qu'avant que cette derniere maxime fût bien établie en France, je veux dire, avant qu'on tint pour maxime, que tout Eſclave étoit affranchi dès le moment qu'il entroit dans le Royaume, la ville de Toulouſe, joüiſſoit conſtament de ce privilege : & il rapporte deux Hiſtoires, qui ne permettent pas d'en douter : La premiere, d'une jeune eſclave de Perpignan, d'une beauté, dit-il, extraordinaire, qui s'étant refugiée en cette Ville, fut inutilement reclamée par ſon Maître, par le Gouverneur de Rouſſillon, & par le Roi même d'Arragon : La deuxiéme, d'un Genois, qui voyant que les Capitouls alloient déclarer franc & libre un Eſclave qu'il avoit acheté en Eſpagne, prit le parti de l'affranchir lui-même.

Il eſt parlé dans le Titre du Code de *agricolis cenſitis*

& Colonis, d'une eſpece de ſervitude qui rendoient ceux qui y étoient ſujets comme membres & inſtrumens de la terre, *a Servi adſcriptitii, adſcripti Glebæ*: de maniere qu'ils ne pouvoient être alienez ſans le fonds: & que le fonds ne pouvoit être aliené ſans eux. Nous avons pluſieurs Coûtumes *b* qui parlent d'une ſervitude qui donne à ceux qui y ſont ſujets, le nom de Serfs de pourſuite, Gens de Main-morte ou Mortaillables, mais de celle-ci encore *c*. il reſte très peu de veſtiges, les Seigneurs l'ayant eux-mêmes abolie, & ſubſtitué aux Droits qu'elle leur donnoit des Droits plus utiles pour eux, & moins onereux à leurs Emphytéotes, c'eſt-à-dire, des redevences en argent, en grains ou en corvées: & c'eſt de-là vraiſemblablement que la plûpart des Droits Seigneuriaux & ceux-là ſurtout qui paroiſſent les plus contraires à la liberté publique, avoient tiré leur origine.

a Leg. ſi iniquilinos 112. *de Leg.* 1. L. 7. *Cod de Agricolis.*

b Vitry, Châlons, Bourgogne, Nivernois, Auvergne, Lamarche, *&c.*

c. Chaſſanée ſur la Coûtume de Bourgogne, *tit.* des Mains-mortes, Coquille ſur la Coûtume de Nivernois, *ch.* 8.

Serfs de pourſuite, on les appeloit ainſi, parce que le Seigneur pouvoit les reclamer & les pourſuivre en quelque lieu qu'ils allaſſent demeurer, & même après avoir abandonné tous leurs biens; il n'y avoit d'exception que pour certaines Villes dont le Roi faiſoit comme des lieux d'aſile: & ce ſont vraiſemblablement ces Villes que nous connoiſſons aujourd'hui ſous le nom de Villes franches. Mr. Boiſſieu en ſon Traité de l'uſage des Fiefs rapporte un article des libertez Delphinales, qui donne lieu à cette conjecture, un article où il eſt dit que le Dauphin ne pourra faire des Villes franches au préjudice des Egliſes ou des Nobles de la Province de Dauphiné, c'eſt-à-dire, des Villes où puiſſent ſe retirer les Serfs appartenant aux Egliſes ou aux Nobles, que les Egliſes & les Nobles n'ayent été préalablement indemniſez: *Item quod ſi Dominus Delphinus, vel aliqui ex ſucceſſoribus ſuis vellent quocumque tempore aliquam Villam francam facere, homines quicumque Eccleſiarum vel Nobilium Delphinatus in Franchesiis dictæ Villæ, nequaquam recipi debeant vel admitti, niſi priùs facta fuerit emenda competens ipſis Eccleſiis, vel Nobilibus quorum homines recipi peterentur in Franchesiis ante Dictis.*

Parmi les arrêtez de Mr. le P. P. de Lamoignon, donnez au public par Mr. Auzanet, on trouve un projet de Reglement, ſuivant lequel le Roi donnant à tous ſes Sujets une

liberté entiere & commune, aboliroit tout ce qui peut reſter encore dans les Coûtumes de traces de ſervitudes perſonnelles, tant pour le fait de la demeure & reſidence, ventes, alienations, hypotéques, donations, & diſpoſitions teſtamentaires, que pour le mariage, ordre des ſucceſſions, promotions à l'ordre de Clericature, & generalement pour toutes les autres charges auſquelles les Mortaillables ſe trouvent encore aſſujettis; ſans qu'à cauſe de l'affranchiſſement, liberté & manumiſſion qui ſeroit ordonnée, les Seigneurs pûſſent pretendre, que les biens & heritages ſujets à la condition ſervile leur fuſſent acquis: & ſans abroger auſſi, ni éteindre les corvées d'hommes, & des beſtiaux, les Droits de Guet & Garde, les Tailles Seigneuriales, ni les bannalitez des Moulins, Fours, & Preſſoirs, qui pourroient être dûës en conſequence des ſervitudes, toutes leſquelles Charges demeureroient conſervées aux Seigneurs comme droits réels, Seigneuriaux & Domaniaux dépendans de leurs Terres.

§. 4. *Fiunt aut Jure gentium, id eſt, ex captivitate, aut Jure civili, cum liber homo major viginti annis ad pretium participandum ſe ſe vedundari paſſus eſt.*

PArmi nous, & parmi toutes les Nations Chrêtiennes la victoire ne change point l'état des perſonnes: de maniere que ceux qui ſont pris par les Ennemis, ſont ſeulement Priſonniers de Guerre, & obligez de payer une rançon, telle dont les deux Nations ennemies ont publiquement convenu, ou en défaut de convention telle qu'il plaît aux Vainqueurs d'exiger.

On eſt dabord ſurpris que le Droit Romain ſi attentif aux interêts des Mineurs, & qui les reſtituë envers tous les actes par leſquels ils ſont lezez, leur permette de ſe vendre eux-même, de vendre la liberté que les Juriſconſultes, appellent en tant d'endroits un bien ineſtimable; mais on ne l'eſt plus, dès qu'on refléchit ſur la rigueur des anciennes Loix, qui permettoient aux Créanciers de retenir dans les fers, ou de punir de mort leurs debiteurs inſolvables: ce n'étoient ſans doute qu'à ceux qui cherchoient ainſi à s'acquiter de leurs dettes,

qu'il étoit permis de se vendre, à ceux qui ne pouvoient échaper à la mort que par la perte de leur liberté.

Quelques Auteurs ont voulu comparer les Moines & les Religieux, à ceux qui parmi les Romains se livroient volontairement à l'esclavage; mais cette comparaison est fort éloignée & très-ingenieuse d'ailleurs à un état, qui bien loin d'imprimer aucune marque de servitude, éleve au contraire ceux qui l'embrassent au dessus du commun des hommes: noble servitude, dit un Auteur, qui fait la Royauté des justes, & la vraye liberté même des serviteurs de Dieu: Tout ce que l'on peut dire, c'est que les Moines & les Religieux sont morts au monde par le genereux mépris qu'ils en ont fait, & que pour tout ce qui regarde les effets civils, ils ne sont absolument comptez pour rien.

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

A Cette autre division que fait ici Justinien, & qui ne peut être non plus d'aucun usage parmi nous, nous pouvons en substituer une autre, en disant qu'en France tous les hommes sont ou Nobles, ou Roturiers.

La Noblesse, comme le Poëte l'a dit depuis long-tems, n'est autre chose que la vertu, ou la récompense de la vertu *nobilitas nihil aliud est quam cognita virtus.* Le Roi seul peut accorder cette récompense à ses Sujets, & il l'accorde, ou expressement à ceux qu'il annoblit par des Lettres, ou tacitement à ceux à qui il permet l'exercice de certaines Charges ou Emplois.

Les Lettres d'annoblissement sont sans doute infiniment honorables, lorsqu'elles sont causées pour recompense de quelque service important rendu au Prince ou à l'Etat; mais elles le sont peu lorsqu'elles sont accordées pour de l'argent. Le Roi par Edit du mois de Mars *1696.* ordonna l'expedition de 500. Lettres pour autant de personnes qui voudroient acquerir la Noblesse; mais ces Lettres trouverent peu d'acquereurs, quoique le prix fixé d'abord à 6000. liv. eût été reduit depuis à quatre, & à 2000. liv.

Le

Les Lettres d'anobliſſement doivent être verifiées par la Chambre des Comtes, & par la Cour des Aydes : ſans quoi l'anobli ne pourroit point joüir des privileges de la Nobleſſe, & de ceux-là ſur tout, qui conſiſtent en l'exemption des Droits des francs-Fiefs, & de la Taille dans les Païs où elle eſt perſonnelle ; & pour une plus grande précaution, on doit ſuivant le conſeil que donne Bacquet du Droit d'anobliſſement, *ch.* 21. les faire verifier encore au Parlement, ſans quoi on pourroit conteſter à l'anobli cet autre privilege, qui conſiſte à ne reconnoître d'autres Juges en premiere inſtance que les Sénéchaux.

On a demandé ſi un Roturier anobli par le Prince, pouvoit être recherché pour l'uſurpation de la qualité de Noble ou d'Ecuyer, priſe avant l'anobliſſement : Loyſeau Traité des Ordres, *ch.* 4. *N°* 42. ſemble donner à l'anobliſſement un effet retroactif, lorſqu'il dit qu'il purge le ſang & la poſterité de l'anobli de toute tâche de roture, & le réduit en même qualité & dignité, que ſi de tout tems ſa race avoit été ingenuë, &c. Dumoulin ſur la Coûtume de Paris, §. 8. *Gloſ.* 1. & Mornac ſur la *Loi* 5. *ff. de Senatoribus*, ſont d'un avis contraire, *primogenitum, ſcilicet Pagani natum, antequam pater à Principe nobilitaretur, non effici Nobilem* ; mais après tout, cette queſtion eſt aſſez oiſeuſe, parce qu'il eſt preſque inoüi & ſans exemple, que le Roi annobliſſe quelqu'un, ſans annoblir en même tems & par clauſe expreſſe ſes enfans nez & à naître, &c.

Parmi les Charges qui annobliſſent, ou par l'exercice deſquelles la Nobleſſe eſt préſumée tacitement accordée, il y en a, qui, comme l'on dit ordinairement, font ſouche de Nobleſſe, c'eſt-à-dire, qui acquierent d'abord la Nobleſſe au Pourvû & à toute ſa Poſterité : & il y en a d'autres qui ne donnent au Pourvû qu'une Nobleſſe perſonnelle, qui ne ſe tranſmet point aux deſcendans, à moins que le Pere & l'Ayeul ayent été conſecutivement Officiers, & qu'ils ayent exercé leurs Charges durant vingt années, ou qu'ils en ſoient morts revêtus.

Les Charges qui acquierent d'abord une veritable Nobleſſe, & au Pourvû, & à ſa poſterité, ſont celles de Chancellier de France, Garde de Sceaux, Conſeillers & Secretaires d'Etat, Maîtres des Requêtes, Préſidens és Cours Superieures, & les

Les Secretaires du Roi font ſouche, pourveu qu'ils décedent revêtus de leurs Char-

ges, ou après 20. ans de service. Ils peuvent disposer de leurs Charges en faveur d'un de leurs enfans, ou d'un Gendre pour cause de mariage; & en ce cas, quand ils n'auroient joüi qu'une année, ils ne laissent pas d'anoblir leur famille.

Charges Municipales de quelques Villes du Royaume, comme le Capitoulat de Toulouse, les Secraitaires du Roi, Maison & Couronne de France: & les Charges au contraire qui n'anoblissent qu'à la troisiéme génération, sont celles de Trésoriers de France, & des Officiers en Cour Superieure autres que les Présidens: on comprend parmi les Officiers des Chambres des Comptes, les Auditeurs & les Correcteurs.

Il paroît sans doute bizarre que des descendans d'un même Ayeul, les uns soient nobles, & les autres roturiers: ce qui arrive toutes les fois qu'un Trésorier de France, ou un Officier en Cour Superieure, laisse deux ou plusieurs enfans, & que l'un deux seulement lui succede en la Charge; mais c'est ainsi que la chose a été reglée par l'Usage, & non point comme quelques Auteurs * l'ont crû sur la Loi 1. de *Dignatibus* au Code, cette Loi ne decidant autre chose, sinon qu'une fille dont l'Ayeul avoit été Consul, & le pere Prêteur, conservoit l'éclat de sa Famille, pourveu qu'en se mariant, elle ne se mes-alliât pas: ce qui, comme l'on voit, est totalement étranger, & ne conclut rien, ni pour, ni contre les descendans des Officiers.

* Laroque, page 569.

Il en est des Emplois Militaires comme des Charges de Robe: Les premieres Dignitez de l'Epée anoblissent sans doute, & la personne & la posterité de ceux qui les exercent; mais les Emplois inferieurs n'anoblissent la posterité qu'à la troisiéme generation. Dans la derniere recherche, on a declaré nobles ceux dont l'Ayeul & le Pere avoient été Capitaines, pourveu toutefois que l'un & l'autre fussent morts dans leur Emploi, ou après vingt ans de Service.

Laroque, page 571. *in fine.*

Nos Auteurs parlent d'une autre Concession tacite de la Noblesse qui se fait par l'investiture des Fiéf de Dignité; & il semble en effet qu'on ne peut raisonnablement présumer que le Roi fasse un Roturier, Duc, Comte, ou Marquis, sans vouloir en même tems l'anoblir; mais comme nous avons une Maxime qui dit, que le Fief n'anoblit point, *Feudum non nobilitat*, il faut supposer necessairement, pour donner lieu à la présomption, que c'est le Roi lui-même en personne qui donne l'investiture du Duché, Marquisat, ou Comté, l'investiture reçûë de la Chambre des Comptes ne produisant point le même effet, &

ne pouvant changer l'état de l'acquereur du Fief. Voyez l'art. 256. de l'Ordonnance de Blois; Loyseau, Traité des Ordres, *ch. 6. n. 65.* & Bacquet, Traité du droit d'Anoblissement, *ch. 20.*

S'il est ainsi, comme nous venons de le dire, qu'il n'y ait d'autre Noblesse en France que celle qui émane de la Concession du Prince, ou expresse, ou tacite, comment qualifierons-nous cette Noblesse tant vantée, & à qui on donne si hautement la préference sur la Noblesse de Concession ? J'entends parler de la Noblesse de race & d'extraction, dont on ne découvre point l'origine, & dont on ne peut rapporter d'autre preuve que la possession. Il est aisé de repondre que la Noblesse de race & d'extraction, ne constituë point une espece de Noblesse differente de l'autre, parce qu'en effet elle n'a, & ne peut avoir eu d'autre origine que la Concession du Prince : qu'elle n'a par consequent d'autre avantage sur l'autre, qu'en ce que son origine est plus éloignée; & que si dans l'opinion du Public, elle est plus estimée que l'autre, c'est parce qu'il a plû au Public de donner à une Noblesse ancienne, & si ancienne, que les titres de la Concession ne substituent plus, la préference sur une Noblesse dont la Concession est recente: En quoi, suivant l'observation de Mr. Laroque en son Traité de la Noblesse, *pag. 569.* nous pensons bien differamment des Romains, chez lesquels la Noblesse acquise par les Charges ou autrement : *Ultra pro nepotes non extendebatur* : l'éclat de la Dignité, qui avoit acquis la Noblesse, étant, dit cet Auteur, comme un rayon qui diminuoit à mesure qu'il se répandoit, & qui se perdoit enfin à force de s'éloigner de sa source.

Quand on dit que la Noblesse est d'autant plus estimée quelle est ancienne, & qu'on ne peut douter de son ancienneté lorsque les Titres de la concession ne subsistent plus : on n'entend pas que la possession seule sans Titre & sans Concession puisse acquerir la Noblesse : on entend seulement que la possession fait présumer le titre; & pour ne pas s'y tromper, il n'y a qu'à jetter les yeux sur un Arrêt du Conseil d'Etat, rendu le 19. Mars 1667 pour l'instruction des Commissaires qui furent lors nommez pour la recherche des faux Nobles : Il est conçu en ces termes : " *Sa Majesté a ordonné & ordonne, que ceux qui soûtien-* "

» *dront être Nobles, ſeront tenus de juſtifier, comme eux, leur* » *pere & leur ayeul, ont pris la qualité de Chevalier, ou d'Ecu-* » *yer, depuis l'année 1560. juſqu'à preſent, & prouveront leurs* » *filiations avec poſſeſſion des Fiefs, emplois ou ſervices de leurs* » *Auteurs, par des Contrats de mariages, Partages, Actes de* » *Tutelle, Aveus, Dénombremens, & autres Actes authenti-* » *ques, ſans avoir fait ni commis aucune dérogeance, moyenant* » *quoi ils ſeront maintenus : & néanmoins au cas il ſoit rap-* » *porté aucunes piéces par leſquelles il paroiſſe que les Auteurs* » *& ceux qui ſoûtiendront leur Nobleſſe, fuſſent roturiers avant* » *ladite année 1560. Sa Majeſté n'entend que leſdits Commiſ-* » *ſaires ayent aucun égard aux qualifications portées par leſdits* » *Contrats & autres Actes.*

Le Reglement des Tailles de l'année 1600. *art.* 25. ſemble ne pas exiger une poſſeſſion immemoriale, lorſqu'il dit : *Faiſons défenſes à toutes perſonnes de prendre la qualité d'Ecuyer, & de s'inſerer au corps de la Nobleſſe, s'ils ne ſont iſſus d'un Ayeul & Pere, qui ayent fait profeſſion des armes ſans avoir fait aucun acte vil & dérogeant.*

On voit par cet Arrêt, premierement, qu'on ne peut acquerir la Nobleſſe que par une poſſeſſion immemoriale : En ſecond lieu, qu'à la preuve d'une poſſeſſion immemoriale, il faut joindre encore la preuve de la poſſeſſion des Fiefs, ou des emplois, ou ſervices : je mets l'alternative, parce qu'en effet les Commiſſaires interpreterent l'Arrêt du Conſeil, de maniere que la preuve de la poſſeſſion des Fiefs avec la qualification fut ſuffiſante, ſans la preuve des emplois & ſervices : & que la preuve des emplois & ſervices fût ſuffiſante auſſi ſans la preuve de la poſſeſſion des Fiefs. * En troiſiéme lieu, que la poſſeſſion quelque longue qu'elle ſoit, eſt moins un Titre qu'une préſomption de Nobleſſe : La poſſeſſion immemoriale met à l'abri de toute recherche, mais bien entendu qu'on ne découvre pas le vice de l'origine : ſi le vice eſt découvert, la préſomption ceſſe, & la poſſeſſion n'eſt plus regardée que comme une uſurpation : C'eſt à ce cas, ainſi qu'à pluſieurs autres, que peut être appliquée la maxime *melius eſt non habere Titulum, quàm habere vitioſum.*

* Laroque, *page* 577.

La Nobleſſe ſe perd par le crime, ou par la dérogeance : Elle ſe perd par le crime, lorſque le Jugement de condamnation dégrade de l'ordre de la Nobleſſe, & le condamné & toute la poſterité ; les Jugemens de condamnation ne dégradent gueres la poſterité que pour les crimes de leze-Majeſté au premier chef ; & toutes les fois qu'ils ne dégradent pas, les enfans du condamné conſervent inconteſtablement la Nobleſſe

Laroque, *page* 533.

par un argument pris de la Loi 3. *ff. de interdictis & relegatis*, où il eſt dit : *Eum, qui Civitatem amiteret, nihil aliud juris adimere liberis, niſi quod ab ipſo perventurum eſſet ad eos, &c. Quæ verò non à patre ſed à genere tribuerentur ea manere eis incolumina, &c.*

La Nobleſſe ſe perd par la dérogeance : c'eſt-à-dire, par le Commerce, autre toutefois que le Commerce en gros, & le Commerce Maritime, * par l'exploitation des Fermes, par l'exercice des Arts Mécaniques, & de certaines Charges viles, comme de Sergens, Notaires, Procureurs, &c. La choſe eſt ſans difficulté pour le Noble même qui déroge, & il ne peut y en avoir qu'à l'égard de ſes deſcendans.

Or celui qui déroge a acquis lui-même & commencé ſa Nobleſſe, ou il la tient & la reçue de ſes Ancêtres : Dans le premier cas, la dérogeance a fait perdre la Nobleſſe aux enfans qui naiſſent depuis, mais elle ne nuit point aux enfans nés auparavent, par cette raiſon, que les enfans ayant déja acquis la Nobleſſe, il ne dépend plus du pere de la leur faire perdre ; elle ne nuit pas même aux enfans conçus auparavant, ſuivant la Loi *Emancipatum* 7. §. 1. *ff. de Senatoribus*, dont les termes ne peuvent être plus précis : *Si quis conceptus quidem ſit antequam pater ejus Senatu moveatur, natus autem poſt patris amiſſam dignitatem, magis eſt ut quaſi Senatoris filius intelligatur, tempus enim conceptionis ſpectandum pleriſque placuit.*

Dans le ſecond cas, les enfans nés avant & depuis la dérogeance ſans diſtinction, conſervent inconteſtablement la Nobleſſe, parce qu'ils ne la tiennent point du pere qui a dérogé, & qu'il eſt décidé en la Loi 3. *de Interdictis & Relegatis*, que nous avons déja citée, *quæ non à patre, ſed à genere tribuerentur manere liberis incolumia*, ſans qu'on puiſe oppoſer que la Déclaration du 19. Mars 1667. dont nous avons rapporté les termes au commencement de ce Chapitre, ordonne, que ceux qui ſoûtiennent être Nobles, ſont tenus de juſtifier comme leur Pere & leur Ayeul ont pris la qualité de Noble, ſans avoir fait ni commis aucune derogeance ; parce qu'il eſt évident que cette Déclaration ne parle que de la Nobleſſe fondée ſur la préſomption, & de la préſomption fondée ſur la poſſeſſion : Si je ne fonde ma Nobleſſe que ſur des qualifications, je ſuis obli-

* Edit du mois de Decembre 1701. regiſtré au Parlement de Toulouſe le 15. Mars 1704. qui permet le commerce en gros, ſans déroger à la Nobleſſe ; & declare cependant déchûs de ce titre honorable ceux qui en commerçant, font faillite, prennent des Lettres de Repi, ou font des Contrats d'attermoyement avec leurs créanciers. * Laroque, *Page* 586.

gé ſans doute de juſtifier que mon Pere & mon Ayeul, ont pris la qualité de Noble & le moindre Acte de dérogeance de mon Ayeul, ou de mon Pere, ſera un obſtacle à ma prétention, parce qu'elle fera ceſſer la préſomption ſur laquelle uniquement ma prétention eſt fondée: mais ſi je prouve indépendamment des qualifications, que mon Ayeul étoit Noble, la dérogeance de mon Pere ne me nuira point; & il en ſera de même ſi je prouve la Nobleſſe de mon bis-Ayeul, quoique mon Ayeul & mon Pere ayent tous les deux dérogé. Il y a un Arrêt du Conſeil du 10. Octobre 1668. portant que les enfans nés avant la dérogeance de leurs Peres Nobles, ſont dipenſez de prendre des Lettres de Rehabilitation; d'où on peut conclure que dans le premier cas, c'eſt-à-dire, lorſque le Pere qui a dérogé a acquis lui-même & commencé ſa Nobleſſe, les enfans nés depuis la dérogeance, peuvent être rehabilitez; & dans le ſecond, c'eſt-à-dire lorſque celui qui déroge a reçu la Nobleſſe de ſes Ancêtres que les enfans nés après la dérogeance, ne peuvent ſe diſpenſer de ſe faire rehabiliter, ſuivant la Doctrine de Mr. Lebret en ſon action 37. * la dérogeance ne fait jamais perdre irrevocablement la Nobleſſe à une famille, ſi elle n'a continué pendant ſept generations, la nature après le ſeptiéme degré, ne reconnoiſſant plus de parenté. *Leg.* 4. *ff. de Gradibus & affinibus.* Cependant on trouve des Arrêts, qui ont declaré la Nobleſſe perduë après une dérogeance de cent années. Dictionnaire des Arrêts, *lett. N. pag.* 493.

* Les deſcendans doivent par précaution prendre des Lettres de rehabilitation.

Les Nobles ne ſont pas ſeulement diſtinguez des Roturiers par ce titre d'honneur; Ils le ſont encore par divers privileges: ils ſont ſeuls capables de poſſeder des Fiefs: ils ſont exempts de toutes Charges perſonnelles, & par conſequent des Tailles dans les Païs où elles ne ſont pas réelles: Ils ont droit de chaſſer dans les Terres du Roi éloignées des plaiſirs de Sa Majeſté, & même en certains cas dans les Terres des Seigneurs Juſticiers: Ils ont par l'Edit de Cremieu de l'année 1536. leurs Cauſes comiſes devant les Senéchaux au préjudice des premiers Juges Royaux, non de ceux des Seigneurs, ſuivant la Déclaration donnée en interpretation de l'Edit de Cremieu à Compiegne le 24. Février 1537. ceux-ci étant en droit de revendiquer leurs Juſticiables qui veulent ſe ſouſtraire de leur Ju-

riſdiction, ou qui ſe trouvent aſſignez ailleurs, ils peuvent en matiere Criminelle, demander d'être jugez par la Grand'Chambre & la Tournelle aſſemblées : Les Coûtumes en divers endroits reglent les Succeſſions des Nobles, d'une autre maniere que celles des roturiers ; elles donnent plus d'étenduë à la garde Noble, qu'à la garde-Bourgeoiſe ; elles accordent au ſurvivant des deux conjoints Nobles un *préciput*, dont les roturiers ne joüiſſent pas, &c.

TITRE IV.

DE INGENUIS.

Sed & ſi quis ex matre naſcitur libera, patre verò ſervo, ingenuus nihilominùs naſcitur, &c.

NOus diſons communement en France que la verge anoblit, & que le ventre affranchit : le ſecond membre de cette propoſition eſt pris de ce que dit ici Juſtinien, que l'ingenuité eſt acquiſe par la naiſſance d'une mere libre ; & le premier eſt fondé ſur ce qui eſt dit en la Loi *cum legitimæ* 19. *ff. de ſtatu hominum*, que pour tout ce qui regarde le nom, la famille, les honneurs & les dignitez, les enfans ſuivent la condition de leur pere, outre qu'à cet égard même les femmes ſuivent la condition de leurs maris, *L. fœminæ*, *ff. de Senatoribus*, &c.

Par la diſpoſition de quelques Coûtumes le ventre anoblit, c'eſt-à-dire, que les enfans des meres Nobles ſont reputez Nobles, quoique iſſus des peres roturiers : dans la Champagne, par exemple, après que les Nobles de cette Province eurent preſque tous peri dans une Bataille, * leurs veuves & autres femmes Nobles obtinrent le privilege d'anoblir les enfans qui naîtroient de leur mariage avec des roturiers ; mais il y a déja long-tems que ces Nobles du côté maternel ne joüiſſent d'aucuns avantages attachez à la Nobleſſe, la queſtion même s'ils

* L'an 842 de Nôtre-Seigneur Jeſus-Chriſt.

peuvent prendre impunement le nom & la qualité de Nobles ; étant encore indéciſe, comme on peut voir par ce qui eſt rapporté au long par Laroque en ſon Traité de la Nobleſſe, & par Ferriere en ſes Notes ſur Bacquet, Traité du Droit des francs-Fiefs, *ch.* 11.

Il y a pareillement des Coûtumes où le ventre n'affranchit pas, j'entends parler des Coûtumes où il reſte encore des Serfs, ou gens de Main-morte ; * mais il en ſeroit autrement de la ſervitude proprement dite, & en effet, lorſqu'il a été queſtion de regler la choſe par rapport aux Eſclaves que nous avons dans l'Amerique Françoiſe, ce que le Roi a fait par un Edit du mois de Mars 1685. on s'eſt entierement conformé à la diſpoſition du Droit Romain, „ *Voulons*, dit l'art. 13. de cet Edit, *que ſi le* „ *mari eſclave a épouſé une femme libre, les enfans tant mâles* „ *que filles ſuivent la condition de leur mere, & ſoient libres* „ *comme elle, nonobſtant la ſervitude de leur pere : & que ſi le* „ *pere eſt libre, & la mere Eſclave, les enfans ſoient Eſclaves* „ *pareillement*. L'article qui precede immediatement, déclare les enfans nés d'un mariage entre Eſclaves, appartenir aux Maîtres des femmes Eſclaves, & non à ceux de leur Mari, ſi le mari & la femme ont des Maîtres differents.

* Coquille inſtitution du Droit François, titre des ſervitudes perſonnelles. Guipape, *quæſt.* 312.

TITRE V.

DE LIBERTINIS.

TOut ce qui eſt dit en ce Titre des differentes manieres d'affranchir les Eſclaves, & des differentes conditions des perſonnes affranchies, eſt abſolument inutile, & n'eſt d'aucun uſage parmi nous ; tout ce que l'on peut obſerver, c'eſt que la condition de certains Religieux, à qui il eſt permis de diſpoſer de leur pecule par des Actes entre-vifs, & non point par Teſtament, ou donation à cauſe de mort *vivunt ut liberi, moriuntur ut ſervi*, eſt aſſez ſemblable à la condition des affranchis, appellez *Latini* ; car telle eſt en effet l'idée que nous donne

Juſtinien

Juſtinien de cette eſpece d'affranchis, lorſqu'il dit au §. dernier du Titre *de Succeſſione libertorum*, que, *licet ut liberi vitam ſuam peragerent, attamen ipſo ultimo ſpiritu ſimul animam atque libertatem amittebant, & quaſi ſervorum bona eorum jure quodammodo peculii manumiſſores detinebant.*

TITRE VI.

QUIBUS EX CAUSIS MANUMITTERE NON LICET.

§. 1. *Licet Domino, qui ſolvendo non eſt, ſervum cum libertate hæredem inſtituere, &c.*

LE Droit Romain permettoit à un homme, quoi qu'inſolvable, d'affranchir par ſon Teſtament un de ſes Eſclaves, pour le faire ſon heritier neceſſaire; je ne ſçai s'il en ſeroit de même parmi nous, quand nous aurions encore des Eſclaves; mais je ſçai bien que ce ne ſeroit point par la raiſon qu'allegue ici Juſtinien, *ne injuria defuncti afficiatur*; car il n'eſt rien de plus trivial que de voir des hereditez repudiées, & ces repudiations dans l'opinion du Public, n'ont rien d'injurieux, ou d'infamant pour la mémoire du défunt: L'uſage eſt tel qu'on donne à l'heredité jacente un Curateur, avec qui les Créanciers font toutes les pourſuites.

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

CE texte nous apprend que pour être dans le cas de la Loi *ælia ſentia*, qui declaroit nul l'affranchiſſement que faiſoit un Maître de ſes Eſclaves, au préjudice de ſes Créanciers, il falloit le concours de deux choſes; le deſſein de tromper en la perſonne du Maître, & les Créanciers trompez en effet, *conſilio & ipſa re.* Il auroit été à ſouhaiter que Juſtinien

eût preſcrit des regles certaines auſquelles on eût pû decouvrir cet eſprit de fraude ; mais la choſe étoit difficile ; car ce n'eſt guere que par les circonſtances du fait que l'on peut juger ſi on a eu deſſein de tromper : L'Ordonnance de 1673. Titre des Faillites & Banqueroutes, *art.* 4. declare *nuls tous tranſports, ceſſions, ventes & donations des biens meubles & immeubles faits en fraude des créanciers* ; mais elle n'explique pas non plus comment & dans quel cas la fraude doit être préſumée ; il n'y a à cet égard qu'un Réglement * qui a été fait pour la ville de Lion, & où il eſt dit : Que toutes ceſſions & tranſports faits par les Négocians & Marchands qui ont failli, ſeront nuls, s'ils ne ſont faits dix jours au moins avant la Faillite publiquement connuë : Réglement dont le Roi par une Declaration du mois de Novembre 1702. a fait une Loi generale par tout le Royaume : Il eſt vrai que cette Déclaration n'a pas été enregiſtrée au Parlement de Toulouſe, & il y a entre autres quatre Arrêts de ce Parlement. Le premier, du 24. Mars 1696. au Rapport de Mr. de Juges, dans la Diſtribution du ſieur Borelly, en faveur des ſieurs Colomés, qui jugea qu'un créancier qui avoit un Contrat de la veille de la Banqueroute, étoit hypotecaire de ce jour-là. Le ſecond, du 9. Mars 1714. par lequel la Dame de Reboul, veuve du ſieur Viguier de Lunel, fut declarée créanciere hypotecaire de Chapelier, Compagnie & autres, en vertu d'un Appointement obtenu trois jours avant le Concordat. Le troiſiéme, eſt du 19. Juillet 1724. qui l'a jugé de même en faveur de Mr. le Baron de Mauſac, contre les ſieurs Mariette & Alran. Et le quatriéme, du 1733. rendu à la troiſiéme des Enquêtes, en la cauſe de Me. Flavard Avocat, contre la Dame de Lavergne & le ſieur de Beſeſſe créanciers de Corbeſſas, qui a jugé, qu'un Appointement obtenu deux heures avant la remiſe du Bilan, acqueroit l'hypotéque de ce moment-là.

* 2 Juin 1667. art. 13.

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

PAr les Arrêts que nous trouvons rapportez par Bardet, *Tom.* 1. *Liv.* 1. *ch.* 72. & dans le Journal des Audiences, *Tom.* 1. *Liv.* 1. *ch.* 133. il a été jugé qu'un pere étoit tenu de racheter ſon fils en captivité, & de rembourſer la rançon, quoique payée ſans ordre & ſans procuration de ſa part : on comprend par-là que ſi l'eſclavage n'étoit pas aboli en France, les cauſes de manumiſſion ou d'affranchiſſement que propoſe ici Juſtinien, ne ſçauroient être plus juſtes & plus favorables.

§. 5. *Aut ſervum Procuratoris habendi gratia ; dùm tamen non minor decem & ſeptem annis manumittatur, &c.*

UN Eſclave âgé de 17. ans pouvoit être affranchi, ſi le Maître vouloit faire de cet Eſclave ſon Agent, ou ſon Procureur : & Juſtinien ſur la fin de ce titre en donne la raiſon, c'eſt, qu'à l'âge de 17. ans accomplis, il étoit permis de plaider & de poſtuler dans toutes les Juriſdictions, *cum antiquitas hujuſmodi ætati & pro aliis poſtulare conceſſerit, &c.* Cette cauſe de manumiſſion, ou la raiſon ſur laquelle elle eſt fondée, ne conviendroit point à nos uſages ; car nous n'admettons point à la poſtulation toute ſorte de gens indiſtinctement : & nous les y admettons encore moins à l'âge de 17. ans : on ne peut poſtuler que comme Avocat, ou comme un Procureur ; pour poſtuler en cette derniere qualité, il faut avoir obtenu des Proviſions du Roi, qui ne s'accordent qu'à l'âge de 25. ans ; & pour poſtuler comme Avocat, il faut avoir étudié pendant trois années dans quelqu'une des Univerſitez du Royaume, & y avoir pris les Grades de Bachelier & de Licence, les études ne pouvant par les Reglemens, commencer qu'après la ſeiſiéme année.

§. 5. *Aut Ancillam matrimonii habendi cauſa, &c.*

PAr l'art. 9. de l'Edit de 1685. touchant la Police des Iſles de l'Amerique Françoiſe, il eſt dit, que l'Eſclave qui ſera épouſée par ſon Maître, ſera par ce moyen affranchie, les en-

fans nés du mariage declarez libres : & il eſt ajoûté, que ſi le Maître après avoir eu des enfans de ſon Eſclave, refuſe de l'épouſer, l'Eſclave & les enfans ſeront confiſquez au profit de l'Hôpital, ſans jamais pouvoir être affranchis.

§. 7. *Cum libertas inæſtimabilis res ſit, & propter hoc antè vigeſimum ætatis annum antiquitas libertatem ſervo dare prohibebat : Ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, &c.*

L'Ancien Droit Romain ne permettoit à un Maître d'affranchir en mourant ſes Eſclaves, qu'après la vingtiéme année, quoiqu'il fût permis de teſter à l'âge de 14. ans, & de tranſporter ainſi tous ſes biens, & ſes Eſclaves même à un heritier : Juſtinien croit prendre un temperament fort judicieux, en fixant à la dix-huitiéme année l'âge auquel on peut donner la liberté par une derniere diſpoſition : mais on peut dire que la raiſon ſur laquelle il ſe fonde, eſt la même ſur laquelle étoit fondé l'ancien Droit, qui ne peut être plus frivole : La liberté eſt un bien ineſtimable, il eſt vrai, mais elle n'eſt telle, que par rapport à celui qui la perd, ou qui la recouvre après l'avoir perduë : Par rapport au Maître qui affranchit, les Eſclaves ne ſont-ils pas de même nature que les autres biens, tous également ſuſceptibles de prix & d'eſtimation ?

TITRE VII.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

Cum ſatis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam ſuam familiam libertate donare, morientibus autem hujuſmodi licentiam adimere.

LA Loi *Fuſia Caninia* ne permettoit à un Maître d'affranchir par ſon Teſtament qu'un certain nombre d'eſclaves : Juſtinien trouve qu'il y avoit à cela une eſpece d'inhumanité,

& il a raiſon ; quoi qu'au fonds rien n'empêche qu'on ne puiſſe en certains cas reſtreindre le pouvoir des mourans dans la derniere diſpoſition qu'ils font de leurs biens, & qu'on leur refuſe la liberté de faire par teſtament, ce qu'ils auroient pû faire impunement pendant la vie, & par des actes entre vifs. Nous aurons occaſion de parler ailleurs de cet article de la Coûtume de Paris, qui défend de donner par diſpoſition de derniere volonté au-delà du Quint des propres, quoiqu'elle permette de diſpoſer indiſtinctement de tous ſes biens par des donations *inter vivos* ; & nous avons parlé ci-deſſus de certains Religieux, dont il eſt dit, qu'ils meurent en eſclaves, après avoir vécu en perſonnes libres, parce qu'en effet il ne leur eſt défendu que de diſpoſer à cauſe de mort, les diſpoſitions qu'ils font entre vifs étant ſeules valables.

Au ſurplus, nous ne pouvons plus nous recrier ſur l'injuſtice des Loix Romaines, qui cherchoient à reſtraindre la liberté des affranchiſſemens, depuis que le Roi par une Declaration du mois de Decembre 1721. a jugé lui même à propos, de défendre aux Mineurs qui poſſedent des habitations dans les Colonies de l'Amerique, de diſpoſer de leurs eſclaves avant qu'ils ayent atteint l'âge de 25. ans accomplis, quoique Sa Majeſté reconnoiſſe que les eſclaves ne peuvent être regardez que comme des effets mobiliers, & qu'elle entende qu'ils ſoient reputez tels par raport à tous autres effets. Cette Declaration eſt fondée ſur le préjudice que les Mineurs, trop faciles à donner la liberté, ou à diſpoſer autrement de leurs Negres, ſe faiſoient à eux-mêmes, & à leurs propres habitations, & qu'ils faiſoient encore aux Colonies, dont la principale utilité dépend du travail des Negres qui font valoir les terres, &c.

TITRE VIII.

DE HIS QUI SUI, VEL ALIENI JURIS SUNT.

Sequitur alia deviſio. Nam quædam perſonæ ſui Juris ſunt, quædam alieno Juri ſubjectæ, &c.

CEtte diviſion de perſonnes independantes, & de celles qui ſont ſous la puiſſance d'autrui, a lieu parmi nous; mais comme nous n'avons point d'eſclaves, nous ne reconnoiſſons pas la ſous-diviſion que fait d'abord Juſtinien, des perſonnes qui ſont ſous la protection d'autrui, lorſqu'il dit: *Rurſus earum quæ alieno juris ſubjectæ ſunt, aliæ ſunt in poteſtate parentum, aliæ in poteſtate Dominorum.* Outre les fils de Famille dont il ſera parlé dans le Titre ſuivant, la plûpart des Coûtumes mettent encore au nombre des perſonnes qui ſont ſous la puiſſance d'autrui les femmes mariées; & l'effet de cette puiſſance eſt tel, que les femmes pendant leur mariage, ne peuvent, ni contracter, ni eſter en Jugement, ſans l'autorité & le conſentement exprès de leurs maris. *

* Bacquet du Droit d'Aubaine, Part. 2. *Ch.* 17. N. 5. Coquille, inſtitutions du Droit François titre des Droits des Mariez, tome 1. *Ch.* 23. page 211. & ſuivantes.

§. 1. *Quodcumque per ſervum adquiritur, in Domino adquiri.*

L'Edit de 1585. pour les Iſles de l'Amerique Françoiſe, contient la même diſpoſition: „ *Déclarons les Eſclaves*, dit „ l'art. 28. *ne pouvoir rien avoir qui ne ſoit à leur Maître; &* „ *tout ce qui leur vient par induſtrie, ou par liberalité d'autres* „ *perſonnes, ou autrement, à quel titre que ce ſoit, être acquis* „ *en pleine proprietté à leur Maître, ſans que les enfans des Eſcla-* „ *ves, leur pere & mere, leurs parens, & tous autres libres ou* „ *Eſclaves, puiſſent rien prétendre par ſucceſſion, diſpoſition en-* „ *trevifs ou à cauſe de mort, leſquelles diſpoſitions nous decla-* „ *rons nulles: enſemble toutes les promeſſes & obligations qu'ils* „ *auront faites, comme étant faites par gens incapables de diſpo-* „ *ſer & contracter de leur chef, &c.*

§. 2. *Antonius Conſultus de his ſervis, qui ad ædem ſacram, vel ad ſtatuam principum confugiunt, &c.*

PAr la diſpoſition du Droit Civil & du Droit Canonique, ceux qui ſe refugioient dans les Egliſes y étoient à couvert des pourſuites de la Juſtice, *tot. tit. Cod. de his qui ad Eccleſias confugiunt & ne quis ab Eccleſia extrahetur. Cap. inter alia 6. ext. de immunitate Eccleſiarum.* M. Lafaille rapporte dans ſes Annales, * qu'en l'année 1288. un Criminel s'étant refugié dans l'Egliſe de Nazareth de cette Ville, les Capitouls qui lui faiſoient le Procès, l'en firent arracher : que le Chapitre ſaint Etienne, à qui appartenoit, & à qui appartient encore cette Egliſe, ſe plaignit du violement de l'azile, & que les Commiſſaires du Roi qui tenoient alors le Parlement dans Toulouſe, rendirent Arrêt, portant, que les Capitouls ſeroient tenus de remettre le Priſonnier dans l'Egliſe, où il lui ſeroit permis de manger & dormir ; c'eſt ainſi qu'étoit conçu l'Arrêt : Mais enfin l'Ordonnance de 1539. a entierement aboli cet uſage : Il eſt dit en l'art. 166. " *qu'il n'y aura plus de lieux de franchiſe ou immunité, pas même pour ceux qui ſeroient pourſuivis pour dettes,* " *ou affaires civiles.* "

* Tome 2. page 17.

On a demandé ſi le Royaume étoit un azile pour les Etrangers qui avoient delinqué de leur païs ; & on a jugé, qu'il l'étoit : avec ce temperament néanmoins, que les parties intereſſées pouvoient ſe pourvoir par les voyes de Droit, pour faire arrêter & conduire les coupables fugitifs au lieu du délit : On entend par voye de Droit, le recours au Prince, ſans l'ordre duquel, manifeſté par des Lettres Patentes, un étranger ne peut être empriſonné ou arrêté ; & les Arrêts qui l'ont jugé ainſi, n'ont rien de contraire à celui rapporté dans le troiſiéme Tome du Journal des Audiences, *Liv.* 5. *Ch.* dernier, par lequel deux Sienois furent condamnez aux Galeres par un vol de diamans fait à Veniſe à un Armenien, parce que, comme il eſt obſervé par l'Auteur, l'expoſition qu'avoient fait dans la ville de Paris les deux Sienois des diamans volez, fut regardée comme un nouveau crime, ou comme une ſuite du premier : Ils ſont moins contraires encore à celui que rapporte Mornac ſur l'Autentique *qua in Provin-*

oia, *Cod. ubi de criminibus agi oporteat*, & par lequel un Italien fut condamné en France pour raiſon d'un meurtre commis à Bologne, parce qu'il étoit queſtion d'un meurtre commis en la perſonne d'un François, & qu'il n'eſt pas douteux que les Juges du Royaume, peuvent & doivent connoître d'un crime, quoique commis dans un Païs étranger, en la perſonne d'un Sujet du Roi, ſoit qu'il ait été commis par un François en la perſonne d'un Etranger, ou par un Etranger en la perſonne d'un François : On peut voir ſur cette matiere une ſçavante diſſertation dans le ſecond tome de Bardet, *ch.* 41. *page* 101.

TITRE IX.

DE PATRIA POTESTATE.

§. 1. *Matrimonium, eſt viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ conſuetudinem continens.*

PArmi les Romains, les Mariages pouvoient être diſſous pour les cauſes énoncées en la Loi *conſenſu Cod. de repudiis*; ainſi lorſque Juſtinien parle ici du mariage comme d'une ſocieté indiſſoluble, il entend parler, ſuivant la remarque de la Gloſe, du mariage tel qu'il étoit dans la vûë & dans l'intention des Contractans : Aujourd'hui, & depuis le Concile de Trente, nulle puiſſance humaine ne peut diſſoudre un Mariage valablement contracté, ſuivant ces paroles de l'Evangile, *quod Deus conjunxit, homo non ſeparet*; & les cauſes pour leſquelles le divorce étoit toleré par le Droit Romain, ne peuvent produire tout au plus qu'une ſeparation de corps & de biens, qui ne donne aucune atteinte au lien du Sacrement. La choſe ne paſſa pas ſans contradiction dans le Concile, du moins pour ce qui regarde le divorce fondé ſur l'Adultere : les Venitiens ſur tout repreſentoient, que les Grecs qui habitoient les Iſles, & les Royaumes de leur Republique, ayant obſervé de toute ancieneté l'uſage de repudier la femme adultere, & d'en épouſer une autre, il n'étoit pas juſte de les condamner ſans les entendre;

tendre ; mais enfin le Decret paſſa en la maniere que nous le trouvons dans la Seſſion 24. *Si quis dixerit Eccleſiam errare cum docuit & docet juxta Evangelicam & Apoſtolicam Doctrinam propter Adulterium alterius conjugum Matrimonii vinculum non poſſe diſſolvi, anathema ſit.* Nous laiſſons aux Théologiens le ſoin de concilier ce Decret avec ces paroles de l'Evangile : *Quicumque dimitti uxorem ſuam, excepta cauſa fornicationis, & aliam ducit mœchatur.* S. Mathieu, Ch. 19. V. 9.

§. 2. Nulli alii ſunt homines, qui talem in liberos habeant poteſtatem, qualem nos habemus.

JUſtinien entend ſans doute parler de la puiſſance paternelle telle qu'elle étoit dans les premiers tems de la Republique Romaine, dans ce tems où la ſujection des fils de Famille ne differoit preſque en rien de la ſervitude ; ce qui fit, ſuivant la conjecture de quelques Auteurs, qu'on donna aux enfans le nom de, *Liberi*, pour marquer qu'ils étoient libres, quelque raſſemblant d'ailleurs que fût leur état à celui des eſclaves. Dans tous les Païs que l'on appelle du Droit Ecrit, la puiſſance paternelle, & les effets de cette puiſſance ſont les mêmes qu'ils étoient par les dernieres Loix des Romains ; mais il en eſt autrement dans les Païs que l'on appelle Coûtumiers où les peres n'ont gueres plus de droit ſur la perſonne & les biens de leurs enfans, que les Tuteurs ſur la perſonne & biens de leurs Pupilles.

§. 3. Qui igitur ex te & uxore tua naſcitur, in tua poteſtate eſt. Item qui ex filio tuo, id eſt, nepos tuos & pronepos, &c.

IL y a pluſieurs Provinces dans le Royaume où le Mariage émancipe, & où par conſequent les enfans ſont toûjours en la puiſſance de leur pere, & jamais en celle de leur Ayeul : Ce n'eſt que dans les Païs où le mariage ne fait aucun changement en l'état des enfans, qu'on peut appliquer ce que dit ici Juſtinien : que l'Ayeul paternel retient ſur ſes petits-fils, & ſes autres deſcendans du côté des mâles en quelque degré qu'il ſoient, la même puiſſance qu'il a ſur ſes propres enfans.

TITRE X.

DE NUPTIIS.

Juſtas nuptias inter ſe cives Romani contrahunt, &c.

* Du Droit d'Aubaine, *Part. I. Ch. 4.*

S'Il en faut croire Bacquet, * il a été un tems que les Etrangers ne pouvoient contracter mariage enſemble ſans la permiſſion du Roi : Ils le peuvent aujourd'hui ſans difficulté ; mais c'eſt toûjours ſauf le droit du Roi, le cas écheant, ce droit que l'on appelle Aubaine, & dont nous aurons occaſion de parler ailleurs.

Maſculi quidem puberes, fœminæ autem viri potentes, &c.

L. 4. *Cod. de Rit. nuptiar. Cap. de illis ext. de Deſponſatione impub. Cap. unico de Deſponſ. Impub. in 6.*

LE Droit Canonique, ainſi que le Droit Civil, déclare nul le Mariage contracté entre des impuberes, & les Arrêts raportez par Mornac ſur la Loi *6. ff. de Sponſalibus*, l'ont jugé de même ; mais par la diſpoſition auſſi de l'un & de l'autre Droit, la conſommation du Mariage après la puberté, & la ſeule cohabitation même des mariez après la puberté, valide le Mariage : & c'eſt là une exception remarquable à cette regle du Droit, *quod ab initio non valet, eſt poſt facto convaleſcere non poteſt.*

Par la raiſon que la cohabitation des mariez après la puberté, valide le mariage, Mornac ſur la Loi 4. *ff. de ritu nupt.* a crû que ſuivant l'eſprit de l'Ordonnance de Blois en l'art. 28. la nullité d'une Profeſſion Religieuſe faite avant ſeize ans accomplis, demeuroit couverte, par le ſilence du Religieux pendant trois mois à compter de la ſeiziéme année accomplie : *niſi conqueratur intra menſes tres, valere Profeſſionem vult conſtitutio*, Blezentis, *art.* 28. Mais il nous paroît que cet Auteur s'eſt évidament trompé ; & pour en être convaincu, il n'y a qu'à faire attention aux termes dans leſquels eſt conçu cet article de l'Ordonnance : „ *La Profeſſion, tant des Religieux que Religieuſes,* „ *ne ſe fera auparavant l'âge de ſeize ans accomplis : & où elle*

„ *ſeroit faite auparavant, nous avons déclaré les Contrats, obli-*
„ *gations & diſpoſitions des biens faits à cauſe d'icelles, nulles*
„ *& de nul effet; & pourront ceux qui auront fait Profeſſion avant*
„ *lidit âge, diſpoſer de leurs biens au profit de qui bon leur ſem-*
„ *blera, & ce trois mois après qu'ils auront atteint ledit âge de*
„ *ſeize ans; & s'ils n'en diſpoſent dedans ledit tems, viendront*
„ *leſdits biens à leurs proches heritiers ab inteſtat, &c.* Il eſt aiſé de comprendre que l'eſprit de l'Ordonnance n'eſt autre que d'annuller comme ſuggerées & captées toutes les diſpoſitions faites par les Religieux en vûë de leur Profeſſion Religieuſe de permettre aux Religieux de faire des diſpoſitions contraires après avoir atteint l'âge requis; & faute par le Religieux d'avoir diſpoſé dans trois mois après avoir atteint l'âge requis, de tranſporter les biens aux plus proches parens, les choſes au ſurplus & par rapport à la nullité de la Profeſſion, demeurant en la diſpoſition du Droit Commun, ſuivant lequel tout Religieux dont la profeſſion eſt nulle, peut la faire déclarer telle, en reclamant dans les cinq années: L'eſprit de l'Ordonnance eſt ſi peu de donner au ſilence du Religieux pendant les trois mois, à compter du jour qu'il a atteint l'âge requis, l'effet d'une ratification tacite, & d'une ratification qui couvre le moyen de nullité de la Profeſſion, que les diſpoſitions même faites par le Religieux, ne ſubſiſtent point, quoique le Religieux perſevere dans la même volonté, les biens dont il a diſpoſé acquis, comme il a été dit, en défaut de diſpoſition contraire, aux ſucceſſeurs *ab inteſtat.*

Dum tamen ſi filii familias ſint, conſentum habeant parentum, in quorum poteſtate ſunt, &c.

LEs Romains comme nous l'apprenons par ces paroles, fondoient ſur la puiſſance paternelle, la neceſſité du conſentement des parens: Ainſi parmi eux le conſentement des meres n'étoit point neceſſaire; & ſi le fils étoit émancipé, il n'avoit pas beſoin du conſentement de ſon pere. Mais il en eſt autrement parmi nous, nos Rois ont crû avec raiſon, que les enfans dans l'affaire la plus importante de la vie, ne pouvoient mépriſer l'avis de leurs parens, ſans contrevenir à cette Loi divine, *honora patrem tuum & matrem*; ainſi par leurs Ordon-

nances, le conſentement des meres eſt auſſi neceſſaire que celui des peres; & ce conſentement eſt également neceſſaire, ſoit que les enfans ſoient émancipez, ou non, ſoit qu'ils ſe marient pour la premiere fois, ou qu'ils convolent à des ſecondes nôces. Il n'y a qu'une exception en faveur des fils de Famille, qui ont trente ans paſſez, & des filles qui en ont vingt-cinq: l'Edit d'Henri II. de l'année 1556. leur permettant après cet âge, de paſſer outre à la celebration du mariage ſans le conſentement des parens, pourveu qu'ils les ayent requis par des actes qu'on appelle communement, actes de reſpect. On voit par ce qui eſt rapporté dans Bardet, tome 2. page 192. qu'on a douté ſi l'Edit de 1556. comprenoit dans ſa diſpoſition les enfans qui paſſoient à des ſecondes nôces: Mais il n'eſt plus permis d'en douter depuis l'Ordonnance du 19. Decembre 1639. & moins encore depuis l'Edit du mois de Mars 1697. Voyez Bardet en l'endroit cité, Journal des Audiences, tome 2. page 495. & Cambolas, *Liv. 4. ch. 6.*

Quand nous diſons que le conſentement de la mere n'eſt pas moins neceſſaire que celui du pere, nous ſuppoſons que la mere n'eſt point remariée; car ſi elle avoit paſſé à des ſecondes nôces, le même Edit de 1556. permet aux enfans majeurs ou mineurs ſans diſtinction, de requerir leur conſentement, ſans être obligez de l'attendre: & nous ſuppoſons encore que le pere eſt decedé; car ſi l'un & l'autre, c'eſt-à-dire, le pere & la mere étoient vivans, ſans doute que le conſentement du pere ſeroit ſeul ſuffiſant, & qu'on auroit peu d'égard à l'oppoſition qui pourroit être formée de la part de la mere: le Parlement de Paris ne voulut enregiſtrer l'Edit qu'avec cette modification, qui après tout, n'ajoûte rien au Droit Commun, ſuivant lequel, lorſque le mari & la femme ſont de differens avis, l'avis du mari, ſur tout en matiere auſſi eſſentielle & ſi intereſſante, doit ſans difficulté prévaloir.

On a demandé ſi la neceſſité du conſentement des pere & mere eſt telle, que ſans ce conſentement on ne puiſſe jamais, & en aucune circonſtance, contracter mariage, ſans encourir les peines prononcées par les Edits? Un fils de famille, par exemple, a ſéduit une fille, & pour les dommages & interêts auſquels il a été condamné, il eſt détenu en priſon, il peut en ſortir s'il épouſe la plaignante: Pourra-t'il l'épouſer ſans le

conſentement de ſon pere ? Les Arrêts ont jugé qu'il ne le pouvoit pas * & ils l'ont jugé même dans un cas, où le fils de Famille par Sentence des premiers Juges, avoit été condamné à la mort, ſi mieux il n'aimoit épouſer. Il en auroit été ſans doute autrement de cette alternative de la mort, ou du mariage avoit été ordonnée par Arrêt, comme elle l'avoit été par une Sentence ſujette à l'appel, & qui à cet égard n'étoit pas ſoûtenable.

* Catelan, *Liv. 4. ch. 30.*

La liberté qu'ont les filles après 25. ans, de ſe marier ſans le conſentement de leurs pere & mere, & après l'avoir requis, a donné lieu à une queſtion, ſçavoir : ſi une fille ainſi mariée pouvoit obliger ſon pere à lui conſtituer une dot proportionnée à ſes facultez ? Cette queſtion en théſe, & lorſque c'eſt la fille elle-même qui demande à être dotée, ne peut recevoir de difficulté ; mais elle pouvoit en recevoir beaucoup dans le cas qui ſe préſenta, il y a quelques années en la cauſe du ſieur Lacaze Monbel ancien Capitoul de cette Ville, & le ſieur Campiſtron : Celui-ci avoit épouſé la Demoiſelle de Lacaze majeure de vingt-cinq ans, qui s'étoit conſtituée vaguement ſes droits paternels, & qui étoit decedée ſept ou huit jours après le mariage ſans avoir fait aucune demande de la dot ; le ſieur de Campiſtron fondé ſur la Coûtume de Toulouſe, ſuivant laquelle le mari par le prédecès de ſa femme gagne l'entiere dot, demandoit les droits paternels qui avoient été conſtituez ; & par Arrêt du 23. Août *1696*, ils lui furent adjugez & reglez *arbitrio boni viri*, à la ſomme de 1500. liv.

Le Roi Henry II. par Edit, dont nous venons de parler, permet aux peres & aux meres d'exhereder les enfans qui ſe ſont mariez ſans leur conſentement ; mais l'Ordonnance de *1639. art.* 2. paſſe bien plus avant : elle ôte aux peres & aux meres la liberté de remettre, ou de pardonner l'injure qui leur a été faite par les enfans, ou pour mieux dire, elle regarde le mépris que font les enfans de leurs peres & meres en ſe mariant ſans leur conſentement, comme une contravention aux Loix du Royaume, à des Loix qui ont pour objet un interêt tout public, & non point l'interêt particulier des peres & des meres ; & dans cette vûë elle declare * les fils & les filles qui auroient contrevenu, privez & déchus par le ſeul fait : enſemble les enfans qui naîtront de leur mariage, indignes & incapables à jamais des ſuc-

* Cette Ordonnance, dit *fils & filles moindres de*

25. *ans.* Le Prêtre, des Mariages clandestins, *page* 28.

ceſſions de leurs pere & mere, ayeul & ayeule ; & de toutes autres directes collaterales, comme auſſi des droits & avantages qui pourroient être acquis par Contrat de Mariage & Teſtament, ou par les Coûtumes & Loix du Royaume, même du droit de legitime : elle ne laiſſe au pouvoir & en la liberté des peres & des meres d'exhereder ou de n'exhereder pas, que lorſque les fils âgez de 30. ans, & les filles de 25. auront contracté mariage ſans requerir auparavant leur avis & conſeil.

Cette Ordonnance eſt-elle ſuivie à la lettre ? On en peut juger par deux Arrêts que nous trouvons raportez, l'un par M. Soëfve, *tom.* 2. *ch.* 66. & l'autre dans le 5. Tome du Journal des Audiences, *Liv.* 8. *ch.* 1. *pag.* 582. Le premier, rendu ſur les concluſions de Mr. Bignon Avocat General, le ſecond, ſur les concluſions de Mr. d'Agueſſeau lors Avocat General, aujourd'hui Chancelier de France. On voit que ces deux grands Magiſtrats obſervent dans leurs Plaidoyers, que c'eſt une maxime conſtante, que les peres & les meres ſont ſeuls perſonnes legitimes pour reclamer du mariage contracté ſans leur conſentement, pour en conteſter les effets civils : ils repreſentent les inconveniens qu'il y auroit d'ôter à un pere la liberté de pardonner à un fils, & d'interdire à un fils toute eſperance de rentrer en grace avec ſon pere ; mais ſi d'un côté la Juriſprudence des Arrêts eſt moins ſévere, que la diſpoſition des Ordonnances, d'un autre côté auſſi elle ſemble ajoûter & encherir ; car ſous prétexte que l'Ordonnance de 1629. *art.* 39. rapotée par le Prêtre des Mariages clandeſtins, *p.* 27. & plus préciſement encore l'Edit de 1606. *art.* 12. veut que tous mariages contractez contre la teneur de l'Ordonnance de Blois, ſoient déclarez non-valablement contractez ; & que l'Ordonnance de Blois en l'art. 40. enjoint aux Curez de s'enquerir ſoigneuſement de la qualité de ceux qui voudront ſe marier, leur défendant au cas qu'il s'agît du mariage des fils de famille, de paſſer outre à la célebration, s'il ne leur apparoît du conſentement des parens, à peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt ; ſous ce prétexte (diſons-nous) les Parlemens lorſqu'il s'agit des mariages auſquels les peres & meres n'ont point conſenti, ne ſe contentent pas de prononcer ſur les effets civils ; ils declarent encore ces mariages nuls & abuſifs ; ils font défenſes aux Parties de ſe fréquenter, & leur permettent par une conſequence neceſſaire de

prendre d'autres engamens : On n'excepte que les mariages contractez par les enfans majeurs de 25. ans : & cette exception eſt fondée ſur ce que l'art. 40. de l'Ordonnance de Blois, dont nous venons de parler, & ſur lequel eſt fondée la nullité, requiert le conſentement ; non-ſeulement des peres & des meres, mais encore des tuteurs & des curateurs : d'où on a conclu qu'il ne comprenoit dans ſa diſpoſition que les mineurs de 25. ans : Les Arrêts les plus recens qui ayent été rendus ſur cette matiere, ſont ceux que nous trouvons rapportez dans le 5. Tome du Journal des Audiences, *Liv. 6. ch.* 25. & *Liv. 7. ch.* 48.

Les deux peines prononcées par les Ordonnances, ſçavoir, l'exheredation & la nullité du mariage, peuvent-elles concourir enſemble? Un fils de famille ſe marie ſans le conſentement de ſon pere : le pere après avoir fait declarer le mariage nul & non valablement contracté, pourra-t-il encore exhereder ſon fils ? Les Arrêts rapportez dans le Journal des Audiences, *Tom.* 3. *Liv.* 1. *ch.* 29. * ſemblent l'avoir jugé ainſi ; mais ceux que nous trouvons rapportez par Bardet, *Tom.* 2. *pag.* 376. ont jugé le contraire ; ſçavoir, que le pere n'avoit que le choix, & qu'il ne pouvoit, après avoir pourſuivi la caſſation du mariage, exhereder encore ſon fils : Les termes dont ſe ſert Mr. l'Avocat Géneral Talon dans ſes concluſions ſont remarquables, & fourniſſent une nouvelle preuve, de ce que nous avons dit ci-deſſus, de la validité des mariages contractez par les fils de famille majeurs de 25. ans ſans le conſentement de leurs peres ; * " *il faut*, dit-il, faire diſ- " tinction des fils de famille qui contractent mariage ſans le con- " ſentement & contre le gré de leurs peres & meres, lorſque tels " fils de famille ſont majeurs de 25. ans, comme en ce cas leurs " mariages ſont bons & valables, quoique leurs peres reclament " & ſe plaignent de tels mariages approuvez par les Arrêts de la " Cour : alors les peres & meres pour ſe venger du mépris & de " l'injure faite à leurs perſonnes, peuvent uſer de l'exheredation ; " mais lorſque tels fils de famille ſont mineurs, comme leurs " prétendus mariages ne peuvent ſubſiſter par la diſpoſition des " Ordonnances, l'exheredation faite de leurs perſonnes ne le peut " pareillement, parce qu'alors elle eſt faite ſans ſujet & ſans cauſe, &c.

* Edition de 1733.

* Voyez le Journal des Audiences, *Tom.* 2. *pag.* 262.

Le Concile de Trente en la ſeſſion 24. *ch.* 1. declare valables

les mariages contractez par les fils de famille ſans le conſentement des parens : & il prononce anathême contre ceux qui tiennent une opinion contraire : *Sancta Synodus anathemate damnat, qui falsò affirmat matrimonia à filiis familias ſine conſenſu parentum contracta, irrita eſſe, & parentes ea rata, vel irrita facere poſſe* : Mais il en eſt de ce decret comme de tous les autres, concernant la réformation & la diſcipline, que nous avons reçû en France qu'autant qu'ils ſe ſont trouvez conformes à nos anciens uſages, ou qu'ils ont été autoriſez par les Ordonnances de nos Rois. L'hiſtoire du Concile nous apprend qu'il avoit été fait un premier decret à la ſollicitation du Roi de France, par lequel les mariages des fils de famille ſans le conſentement des parens, étoient déclarez invalides : & que la ſeule crainte de porter les enfans à des débauches en retardant leur mariage fit changer cette réſolution : De-là on conclud que le Concile a entendu decider, non point un article de Foi, de Dogme & de Doctrine, mais de réformation & de Diſcipline.

On a demandé ſi un François ſe mariant dans un païs où le Concile de Trente eſt également obſervé, & en ce qui regarde la Diſcipline, & en ce qui regarde le Dogme & la Foi, le mariage peut être attaqué & declaré nul par le défaut du conſentement des parens ? Et la queſtion s'étant préſentée au Parlement de Paris, pour un mariage contracté en Lorraine, par Arrêt rapporté dans le 1. Tome du Journal des Audiences, *Liv. 1. ch. 24.* ce mariage fut declaré valable : ſi on avoit jugé autrement il en ſeroit ſuivi cet inconvenient, que le mariage en Lorraine, auroit été declaré valable, les enfans legitimes, & ſans que la femme pût ſe marier pendant la vie de ſon mari ; au lieu qu'en France ce même mariage auroit été regardé comme un concubinage, les enfans bâtards, & la femme libre à convoler à des ſecondes nôces.

Les Ordonnances dont nous venons de parler, exigent pour la validité des mariages des mineurs de 25. ans qui n'ont ni pere ni mere, le conſentement des tuteurs & des curateurs ; & afin que les tuteurs & curateurs ne puiſſent pas abuſer de leur pouvoir, il leur eſt défendu, à peine de punition exemplaire, * de donner aucun conſentement au mariage de leurs mineurs, ſans l'avis & conſeil des proches parens, tant paternels que maternels.

* Ordonnance de Blois, art. 43.

In tantum, ut jußus parentis præcedere debeat, &c.

LEs Ordonnances, & notamment celle de 1639. *art.* 2. declarant les peines qu'elles prononcent, encouruës par le ſeul fait : il eſt évident que le conſentement donné par les peres & meres, après le mariage contracté, eſt un conſentement inutile ; mais les Arrêts ayant jugé que les peres & meres étoient ſeuls perſonnes legitimes pour attaquer le mariage, & pour en conteſter la validité, qu'ils avoient la liberté d'exhereder ou de n'exhereder pas, il paroît aſſez indifferent qu'ils conſentent avant ou après.

Par le Droit Romain le conſentement tacite avoit le même effet qu'un conſentement exprès: & il en eſt ſans doute de même parmi nous, en ſuppoſant ce que nous venons de dire, que les peres & meres ont la liberté de punir leurs enfans, ou de leur pardonner ; mais le Droit Romain décide que le conſentement tacite eſt préſumé de-là que les parens inſtruits du mariage n'y ont point formé oppoſition ; c'eſt aſſez que les Arrêts laiſſent la faute des enfans impunie, lorſque les parens eux-mêmes ne la puniſſent pas, ſans ôter aux parens cette liberté de punir, ou de pardonner pendant tout le cours de leur vie, ſans donner au ſilence & au défaut de contradiction, ou d'oppoſition de la part des parens, tout l'effet que pourroit avoir un conſentement exprès : Nous trouvons deux Loix bien préciſes, qui donnent au défaut de contradiction ou d'oppoſition tout l'effet du conſentement. La *Loi* 7. §. 1. *ff. de ſponſalibus*, qui décide, *intelligi ſemper filiæ patrem conſentire niſi evidenter diſſentiat Julianus ſcribit :* & la Loi 5. *Cod. de nuptiis*, où il eſt dit, *ſi ut proponis, pater quondam mariti tui cognitis nuptiis veſtris non contradixit, veteri non debes, nè nepotem ſuum non agnoſcat.*

Permiſſum eſt, filium quoque furioſi poſſe & ſine patris interventu matrimonium ſibi compulare, ſecundum datum ex noſtra conſtitutione modum.

LA raiſon pour laquelle le Droit Romain ne permettoit pas de contracter mariage au fils d'un furieux, ou d'un inſenſé, étoit ſans doute moins ſolide que ſubtile ; mais elle nous apprend

à quel point on jugeoit neceſſaire le conſentement du pere pour la validité du mariage de ſes enfans, & des fils encore plus que des filles. Pour ſuppléer au défaut de conſentement du pere furieux ou inſenſé, la conſtitution dont parle ici Juſtinien, c'eſt la Loi 25. *Cod. de nuptiis*, preſcrit diverſes formalitez, & veut qu'outre le curateur & les parens, on appelle le Juge des lieux, ou l'Evêque Diocéſain; mais tout cela n'eſt point obſervé parmi nous: les enfans d'un furieux ou d'un inſenſé, ſans diſtinction de ſexe, ont une liberté entiere de ſe marier, & ils n'ont beſoin pour cela ni de l'Evêque, ni des Magiſtrats; bien plus, le furieux ou l'inſenſé peut ſe marier lui-même valablement, mais bien entendu qu'il ait de ces intervalles qu'on appelle *dilucides*, *dulucida intervalla*, ſur quoi on peut voir une curieuſe & ſçavante diſſertation dans Bardet, *Tome 2. pag. 467.*

§. 1. *Inter eas perſonas, quæ parentum liberorumve locum inter ſe obtinent, veluti inter patrem & filiam, &c.*

CEtte prohibition juſqu'à l'infini entre les aſcendans & les aſcendans, eſt du Droit naturel: les Nations les plus barbares l'ont reconnu de même; & s'il en faut croire le Poëte, *feræ quoq. ipſe veneris evitant nefas, generiſq. Leges inſcius ſervat pudor*: Il n'y a que quelques Eſpagnols, qui par une adulation outrée, ayent oſé ſoûtenir & écrire, que le Pape pour la conſervation de la Maiſon d'Autriche, pouvoit diſpenſer *in 4°. aſcendentium Gradu.*

§. 2. *Inter fratrem ſororemque nuptiæ prohibitæ, ſunt, &c.*

CEtte prohibition encore eſt regardée comme de Droit naturel, *turpitudinem*, dit le Levitique dans le chapitre 18. *nom. 7. & chap. 20. nom. 17. turpitudinem ſororis tuæ non revelabis, qui acceperit uxorem ſororem ſuam, nefariam rem operatus eſt, & occidetur in conſpectu Populi*: Il n'y a que les fils & les filles d'Adam qui ayent pû ſans crime ſe marier enſemble, Dieu l'ayant ainſi permis & ordonné de cela qu'il n'avoit créé

qu'un homme & qu'une femme pour être les Auteurs du genre humain.

§. 3. *Fratris, vel ſororis filiam, uxorem ducere non licet: Sed nec neptem fratris vel ſororis quis ducere poteſt, quamvis quarto Gradu ſint, &c.*

LA raiſon pour laquelle le Droit Civil défend les mariages en ligne collaterale inégale juſques à l'infini, eſt marquée dans le §. ſuivant, parce que les oncles, les grands oncles, &c. tiennent lieu d'aſcendans à leurs néveus, petits néveus, &c. *quia parentum loco habentur*: Dieu dans le Levitique défend bien les mariages des oncles & des tantes avec leurs niéces & leurs néveus; mais il n'étend pas la prohibition au-delà, *turpitudinem ſororis patris tui & ſororis matris tuæ non revelabis, &c.*

Le Droit Canonique, qui en cette matiere eſt notre Droit François, parce que les Ordonnances veulent que pour le fait des mariages entre parens, on ſuive les Loix de l'Egliſe, ne fait point de diſtinction entre la ligne collaterale égale & inégale: il n'exige autre choſe, ſinon que les Parties qui veulent contracter mariage enſemble, ſoient au-delà du quatriéme degré; & pour compter les degrez en ligne collaterale inégale, il obſerve la regle preſcrite dans le Chapitre dernier, *extrà de conſanguinitate & affinitate, quo Gradu diſtat remotior à ſtipite eo Gradu diſtant inter ſe.* Ainſi, par exemple, ſi quelqu'un ſe marioit avec la fille de l'arriere petit-fils de ſon frere, le mariage ſeroit valable par le Droit Canonique, parce que l'épouſe ſe trouveroit au cinquiéme degré: & il ſeroit nul par le Droit Civil, parce que l'époux tiendroit lieu de tris-ayeul à l'épouſe.

Et non-ſeulement le Droit Canonique permet les mariages en ligne collaterale inégale, lorſque les Parties ſont au-delà du quatriéme degré; Mais il tolere encore les diſpenſes pour les mariages des oncles avec les niéces, & des tantes avec les néveus: la Loi du Levitique qui défend ces ſortes d'alliances, n'étant point regardée comme une Loi divine naturelle, mais comme une Loi purement de police & de ceremonie, qui n'o-

bligeoit que le Peuple Juif, abrogée par la Loi de l'Evangile, *ſi quis dixerit* (dit le Concile de Trente en la Seſſ. 24. *ch.* 3.) *eos tantum conſanguinitatis vel affinitatis Gradus qui Levitico exprimuntur poſſe impedire matrimonium contrahendum, nec poſſe Eccleſium in nonnullis eorum diſpenſare, anathema ſit* ; le Droit Canonique, diſons-nous, tolere ces ſortes de diſpenſes, par cette raiſon ſans doute ; qu'en ſuivant la regle dont il ſe ſert pour compter les degrez de parenté en ligne collaterale, inégale, cette regle dont nous venons de parler, *quo Gradu diſtat remotior à ſtipe eo Gradu diſtant inter ſe* ; l'oncle & la niece, la tante & le néveu, ſe trouvent au deuxiéme degré, dont le Concile de Trente en la même Seſſion 24. *ch.* 5. permet de diſpenſer *inter magnos Principes, vel ob publicam cauſam.*

Journal du Palais, Tome 1. p. 185.

§. 4. *Duorum fratrum, vel ſororum liberi, vel fratris & ſororis conjungi poſſunt.*

LEs enfans de deux freres, de deux ſœurs, ou d'un frere & d'une ſœur, peuvent ſe marier enſemble par le Droit Civil ; mais il en eſt autrement par le Droit Canonique qui prohibe le mariage juſqu'au quatriéme degré incluſivement, & qui d'ailleurs compte les degrez de parenté tout autrement que le Droit Civil.

* *Cap. 7. extra de conſanguinitate & affinitate.*

Le Droit Canonique * ne compte les degrez entre deux collateraux, qu'autant qu'il y en a de l'un deux à la ſouche commune ; ainſi, par exemple, deux freres ſont au premier degré, parce que chacun d'eux n'eſt éloigné du pere commun que d'un degré : les couſins germains ſont au ſecond degré, parce que chacun d'eux n'eſt éloigné que de deux degrez de l'ayeul qui eſt la ſouche commune, & ainſi des autres.

Le Droit Civil au contraire compte autant de degrés qu'il y a de perſonnes, *quælibet generata perſona gradum adjicit* ; ainſi les deux freres, qui par le Droit Canonique ne font que le premier degré, font le ſecond par le Droit Civil : les Couſins germains, qui par le Droit Canonique ne ſont qu'au deuxiéme degré, ſont au quatriéme par le Droit Civil, & ainſi des autres.

Deux raiſons principalement ont obligé les Papes & les Con-

ciles à étendre la prohibition à des dégrés plus éloignez que n'avoit fait le Droit Civil, & la Loi de Moïse.

La premiere, parce que par là l'union s'établit d'avantage parmi les hommes, le Mariage unissant des personnes & des familles, qui à peine se connoissent auparavant.

La deuxiéme, parce que les parens étant la plûpart du tems nourris & élevez ensemble, il a fallu pour les contenir, leur interdire l'esperance de se marier, & attacher une idée d'inceste au commerce qu'ils pourroient avoir entr'eux. Ceux qui faisoient profession de la Religion Prétenduë Réformée, ne pouvoient avant leur réünion à l'Eglise, se marier avec leurs parens aux degrés prohibez par les Constitutions Canoniques; mais comme à leur égard la prohibition étoit regardée comme une Loi Civile & Politique, le Roi en dispensoit pour les causes, & dans les cas où le Pape dispense les Catholiques.

§. 6. Adfinitatis quoque veneratione à quarumdam nuptiis abstinere necesse est, &c.

L'Effet du Mariage est celui-là, que les parens du mari deviennent les aliez de la femme, & les parens de la femme les alliez du mari, ainsi l'alliance ou affinité est justement définie. *Propinquitas personarum ex carnali copula proveniens omni carens parentela.*

L'empêchement provenant de l'affinité est par le Droit Civil le même en ligne directe, que celui provenant de la consanguinité; ainsi comme il est dit en ce paragraphe, le beau pere ne peut épouser sa belle-fille, ni le gendre sa belle-mere, le fils en premieres nôces ne peut épouser la seconde femme de son pere, ni le second mari, la fille en premieres nôces de sa femme. *O mulieris*, s'écrie Ciceron dans une de ses Oraisons, en parlant d'une belle mere qui avoit épousé son Gendre, *O mulieris scelus incredibile, & præter hanc unam in omni vita inauditum*: Et cet empêchement est encore le même en ligne collaterale; car nous trouvons dans la Loi 5. *Cod de incestis & inutilibus nuptiis*, qu'il n'est pas permis d'épouser successivement deux sœurs, non plus que la femme de son frere, *fratris uxorem ducendi, vel duabus sororibus conjungendi licentiam penitùs summovemus.*

* *Cap. non debet, extra de consanguinitate & affinitate.*

Le Droit Canonique * ne distingue pas non plus l'affinité de la consanguinité, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, quoiqu'on tolere pourtant sur les degrés de consanguinité.

Nous trouvons dans le second tome du Journal du Palais un Arrêt du 22. Janvier 1683. qui declara n'y avoir abus dans la dispense que le nommé Vaillant avoit obtenu du Pape pour épouser la sœur de sa femme, & qui avoit des enfans de son premier mariage : & on comprend qu'il en eut été autrement d'une dispense accordée pour épouser sa propre sœur.

Il y a une alliance spirituelle qui se contracte par le Baptême, & qui fait que le parrain ne peut épouser sa filleule, ni la mere de sa filleule, non plus que la marrine son filleul, ou le pere de son filleul. *Unus & una*, dit le Concile de Trente en la Session 24. *Ch.* 2. *unus & una baptisatum suscipiant : inter quos, & baptisatum ipsum, ac illius patrem, & matrem, nec non inter baptisantem, & baptisatum, baptisatique patrem, ac matrem spiritualis cognatio contrahatur.* Ce Decret, comme l'on voit, étend la prohibition au parrain & à la marrine : je veux dire, qu'il défend au parrain de se marier avec la marrine, ainsi qu'avec sa filleule ; mais à cet égard il n'est point observé parmi nous : M. Portail, Avocat General au Parlement de Paris soutient même dans le Plaidoyé que nous trouvons rapporté au Chapitre dernier du cinquiéme Tome du Journal des Audiences, & au même Chapitre du quatriéme Tom. de la nouvelle Edit. de 1733. que l'affinité spirituelle ne seroit en aucun cas un empêchement dirimant : cet empêchement, dit-il, ayant été inconnu dans la primitive Eglise, & les Loix qui l'ont introduit devant être regardées comme des Loix bursales, par la necessité qu'elles imposent d'obtenir des dispenses.

L'alliance qui procede d'une conjonction illegitime produisoit autrefois le même empêchement que celle provenant du Mariage. Mais par le Concile de Trente, Session 24. *Ch.* 4. il fut dit, que cet empêchement n'auroit lieu que dans le premier & second degré : *Sancta Sinodus impedimentum, quod propter affinitatem ex fornicatione contractam inducitur, ad eos tantum qui in* 1°. *&* 2°. *gradu conjunguntur restringi* : J'ai dit, l'alliance qui procede d'une conjonction illegitime ; car à l'égard de la con-

ſanguinité, on ne fait aucune difference entr celle qui provient du crime, & celle qui provient du mariage, ſuivant la Loi *& nihil intereſt* 54. *ff. de ritu nupt.* à laquelle il n'a été rien changé par les Conſtitutions Canoniques.

§. 6. *Quia eadem duobus eſſe nupta non poteſt, &c. Quia duas uxores eodem tempore habere non licet.*

ON appelle Bigamie, ou Poligamie, le crime de ceux qui épouſent une ſeconde femme, la premiere étant encore en vie, ou des femmes qui épouſent un ſecond mari, avant que le dernier ſoit decedé: Ce crime eſt ſans doute très grave, ſur tout depuis que les Loix du Chriſtianiſme nous le font regarder comme la prophanation d'un Sacrement: Cependant il faut convenir que nous n'avons ni Loi, ni Ordonnance qui le puniſſe de mort: L'Auteur du Journal du Palais, tom. 2 pag. 972. rapporte que cette queſtion, ſçavoir, ſi un Bigame pouvoit être condamné à mort, ayant été agitée au Parlement de Paris le 22 Janvier 1658. il fut jugé que non, par la raiſon que nous venons de dire, qu'il n'y avoit point de Loi qui prononçât cette peine; on condamne ordinairement les Bigames, ſçavoir, les hommes aux galeres, & les femmes au banniſſement, les uns & les autres préalablement attachez au Carean, les hommes avec deux quenoüilles, & les femmes avec deux chapeaux, Bretonier ſur Henrys, tom. 1. pag. 618.

La Loi 18. *Cod. ad Leg. Jul. de Adulteriis*, parle vaguement d'une peine infamante.

Le Droit Canonique appelle encore Bigames ceux qui ont épouſé ſucceſſivement deux femmes, ou qui ont épouſé une veuve; mais l'effet de cette Bigamie n'eſt autre que de mettre un obſtacle à la Promotion aux Ordres ſacrez, à moins d'une diſpenſe expreſſe du Pape, *toto titulo, extra de Bigamis non Ordinandis, &c.*

L'abſence du mari, quelque longue qu'elle ſoit, ne peut jamais ſervir de prétexte à une femme pour contracter un ſecond mariage: il faut des preuves de la mort, l'extrait mortuaire par exemple: ou ſi le mari eſt decedé à l'Armée, le Certificat de l'Officier ſous lequel il ſervoit; en obſervant neanmoins que ſi dans les ſuites la nouvelle de la mort ſe trouvoit fauſſe, le ſecond mariage ſeroit diſſous de plein droit, & la femme obligée

de revenir avec ſon premier mari. On peut voir les divers Arrêts qui ont été rendus ſur cette matiere, & que nous trouvons rapportez dans le premier tome du Journal du Palais, page 493. par M. Leprêtre, Centurie 1. Chap. 1. Loüet, lettr. L. Ch. 14. Albert, lettre A. Arrêt 10. & Henrys, tom. 1. page 618.

§. 9. *Conſtat, nec ſponſam filii murum eſſe, nec patris ſponſam novercam eſſe : Rectius tamen, & jure facturos qui ab hujuſmodi nuptiis abſtinuerint.*

L'Empêchement qui naît des fiançailles, & que l'on appelle communement d'honnêteté publique, s'étendoit autrefois par le Droit Canonique juſqu'au quatriéme degré, *Cap. ad audientiam, Cap. Sponſam extra de Sponſalibus & Matrimon.* Mais par le Concile de Trente, Seſſion 24. Chap. 3. il fut reſtraint au premier degré, il fut même entierement ſupprimé dans le cas où il y auroit quelque nullité dans les fiançailles : *Publicæ honeſtatis impedimentum, ubi ſponſalia quacumque ratione valida non erunt, ſancta Sinodus prorſus tolli : ubi autem valida fuerint, primum gradum non excedant* ; Je ne puis donc pas épouſer la fiancée de mon pere, ni la fiancée de mon frere, non plus que la ſœur de ma fiancée ; mais je puis épouſer valablement & ſans Diſpenſe la fiancée de mon parent, même au ſecond degré.

Les Canoniſtes qui ont voulu confondre l'empêchement qui naît de l'honnêteté publique, avec celui qui provient *ex Matrimonio rato & non conſummato*, ſe ſont évidamment trompez, comme l'a fort bien remarqué l'Auteur des Notes ſur Fevret, *Tom. 2. Liv. 5. chap. 3. N. 9.* Le Concile de Trente n'a rien changé à ce dernier, & la laiſſé par conſequent tel qu'il étoit par les anciens Canons, qui ne diſtinguent point entre le Mariage conſommé & non conſommé, par rapport aux empêchemens que l'un & l'autre doivent produire, *Canon. ſi quis Deſponſaverit 27. quæſt. 2.*

Au ſujet des Diſpenſes qui doivent être obtenuës ſur les empêchemens dont nous venons de parler, il a été agité deux queſtions : La premiere, ſi un Mariage contracté entre des perſonnes prohibées pouvoit être validé par la Diſpenſe obtenuë après la mort de l'un ou de l'autre, & ſi l'on pouvoit en ce cas donner

ner à la Diſpenſe un effet retroactif? La deuxiéme, ſi la Diſpenſe ayant été obtenuë après le Mariage ; mais pendant la vie du mari & de la femme, l'un ou l'autre pouvoit s'oppoſer à la fulmination, & réfuſer de donner un nouveau conſentement pour rehabiliter le premier? Ces deux queſtions s'étant preſentées au Parlement de Paris, elles parurent difficiles : elles furent appointées ; Mais quoique par là nous ignorions les Arrêts qui furent rendus, il eſt aiſé de comprendre par les Concluſions de Meſſieurs les Gens du Roi rapportées au long dans Bardet, *Tom.* 2. *Liv.* 8. *Ch.* 12. *&* 14. que dans le premier cas, il n'étoit pas poſſible de donner l'effet retroactif à une diſpenſe obtenuë après la mort : & dans le ſecond, que la partie qui réfuſoit de rehabiliter un Mariage nul, ne pouvoit y être forcée.

§. 10. *Illud certum eſt, ſerviles quoque cognationes impedimento nuptiis eſſe, ſi forte pater & filia, aut frater & ſoror manumiſſi fuerint.*

QUand Juſtinien décide, ou pour mieux dire, quand il ſuppoſe, que le Mariage eſt interdit aux Eſclaves, il regarde ſans doute le Mariage comme un Contrat Civil ; car à le regarder comme Sacrement, où peut être la difficulté que les Eſclaves ne puiſſent ſe marier auſſi-bien que les perſonnes libres? *Sicut in Chriſto Jeſu*, dit un Canon, * *neque liber, neque ſervus à Sacramentis Eccleſiæ eſt removendus : ita nec inter ſervos Matrimonia debent ullatenus prohiberi.* L'Edit de 1685. touchant la Police des Iſles de l'Amerique Françoiſe, fait divers Reglemens pour le Mariage des Eſclaves : il veut à l'article 10. qu'on y obſerve toutes les formalitez preſcrites par les Conſtitutions Canoniques & par les Ordonnances, ſans néanmoins que le conſentement du pere & de la mere y ſoit neceſſaire, mais celui du Maître ſeulement.

* *Cap.* 1. *extra de Conjugis ſervor.*

Par la raiſon, que les Eſclaves ſont capables du Mariage comme Sacrement, ceux qui ſont morts civilement le ſont auſſi : L'Ordonnance de 1639. *art.* 6. le décide textuellement, lorſque parlant des Mariages des condamnez à mort par défaut, elle ſe contente de leur ôter tous les effets Civils, & de déclarer les enfans qui en ſont procréez, incapables de toutes ſucceſſions.

Cet article de l'Ordonnance de 1639. qui declare nuls quant aux Effets civils, les Mariages que contractent ceux qui ſont condamnez à mort par défaut, donne lieu à une queſtion qui paroît d'abord difficile, & qui a partagé le ſentiment des Auteurs ; ſuppoſons que celui qui s'eſt marié depuis la condamnation à mort vienne à deceder pendant les cinq ans que l'Ordonnance accorde pour ſe repreſenter & purger la Contumace, ce Mariage ne ſubſiſtera t'il que comme Sacrement, & les enfans qui en auront été procréez, ſeront-ils incapables de ſucceder ?

Ceux qui, dans le cas propoſé, ſoûtiennent la validité du Mariage, même quant aux Effets civils, * ſe fondent ſur la faveur de la liberté, qui fait, diſent-ils, qu'un homme meurt *integri ſtatus*, l'orſqu'il meurt dans un tems où il pouvoit en ſe repreſentant, aneantir le Jugement de condamnation ; & tel eſt ſans doute, ajoûtent-ils, l'eſprit de l'Ordonnance de 1670. *tit.* 17. *art.* 29. lorſqu'elle dit : „ *Que celui qui aura été condamné* „ *à mort, aux galeres perpetuelles, ou à être banni à perpetuité hors* „ *du Royaume, & qui decedera après les cinq années ſans s'être* „ *repreſenté, ou avoir été conſtitué priſonnier, ſera reputé mort* „ *civilement du jour de l'execution de la Sentence de Contumace.* QUI DECEDERA APRE'S LES CINQ ANNE'ES, &c. De ces termes, il ſemble qu'on doive naturellement conclure, que le decès du condamné arrivant dans les cinq années, le Mariage contracté depuis la condamnation eſt valable, même pour les effets civils.

* Lebrun, Traité des Succeſſions, *Liv.* 1. *pag.* 32. & 33.

Ceux qui ſoûtiennent au contraire la nullité du Mariage quant aux effets civils, ſe fondent ſur ce que, tout homme condamné à mort par défaut eſt dès ce moment reputé mort civilement, & comme tel incapable de contracter, de teſter, & de ſucceder, ſuivant les Arrêts rapportez par Mr. Dolive, *Liv.* 5. *ch.* 7. conformes à la diſpoſition du Droit en la Loi 6. §. *Sed & ſi quis, ff. de injuſto rupto & irrito facto teſtam. capite damnatus, ſervus pœnæ efficitur, non tunc cum conſumptus eſt, ſed cum Sententiam paſſus eſt.* Et les termes, ajoûtent-ils, dans leſquels eſt conçûë l'Ordonnance de 1639. excluent formellement toute diſtinction du tems auquel le condamné vient à deceder, puiſqu'il eſt dit : que les enfans procréez par ceux qui ſe marient après avoir été condamnez à mort, ſeront incapables de

toutes ſucceſſions, ſi leurs peres avant leur decès, n'ont été remis au premier état, par les voyes preſcrites par les Ordonnances.

Il ſemble que ces differentes opinions peuvent être aiſément conciliées, ſi l'on refléchit, que par l'Art. 1. du Titre 27. de la même Ordonnance de 1670. il eſt permis à la veuve, aux enfans, & aux parens du condamné decedé pendant les cinq années, de ſe pourvoir contre le Jugement, ou Arrêt de condamnation, & de purger la mémoire du défunt: Procedure qui ſeroit abſolument inutile, ſi la condamnation n'avoit fait aucun changement en l'état du condamné, ou pour mieux dire, ſi le decès du condamné dans les cinq années, avoit emporté tout l'effet de la condamnation; mais qu'il ſeroit plus inutile encore, ſi on ſuppoſoit le condamné mort civilement du jour de la condamnation; de maniere qu'il fut indifferent par rapport à ſon état, & à celui de ſes enfans, qu'il vînt à deceder avant ou après les cinq années expirées: L'eſprit de l'Ordonnance de 1670. lors qu'en l'art. 29. du tit. 17. elle déclare mort civilement le condamné qui decede après cinq années, eſt celui là, non point que ſi le condamné décede pendant les cinq années, il decede *integri ſtatus*, & que pendant les cinq années, il conſerve la liberté de contracter, de teſter, de ſucceder, mais de laiſſer comme en ſuſpens, l'état du condamné pendant les cinq années: l'eſprit de l'Ordonnance eſt celui-là, que tout homme condamné à mort par défaut, eſt mort civilement du jour de la condamnation, ſoit qu'il decede après, ou pendant les cinq années; mais avec cette difference pourtant, que decedant pendant les cinq années, la veuve, les enfans, ou autres ayant interêt, peuvent être reçus à purger ſa mémoire, & remettre par-là les choſes en l'état où elles étoient avant la condamnation, ainſi que le condamné l'auroit pû faire lui-même en ſe repreſentant; au lieu qu'après les cinq années, les parens du condamné ne peuvent être reçus à purger ſa mémoire que par une grace extraordinaire du Prince, & après avoir obtenu des Lettres de la grande Chancelerie.

* Pour revenir à la queſtion, & pour la décider en un mot, le Mariage contracté depuis la condamnation à mort (le condamné venant à deceder dans les cinq années) ſera valable, même pour les Effets civils, ſi les enfans qui en ſont procréez, ſont en état de purger ſa mémoire; dans le

* Ordonnance de 1670. tit. 27. art. 2.

cas contraire, le mariage ne ſubſiſtera que comme Sacrement, & les enfans qui en ſont procréez, ſeront incapables de ſucceſſion. Ce que nous diſons des condamnez à mort par défaut, doit être auſſi entendu de ceux qui ſont condamnez aux Galeres perpetuelles, ou au banniſſement perpetuel hors du Royaume: On peut voir ſur cette matiere Louet & Brodeau lett. E. Som. 8. Journal des Audiences, *Tom.* 1. *Liv.* 1. *ch.* 39. *pag.* 32. Lebret en ſes Queſtions notables, *Liv.* 1. *page* 1. *deciſion* 6. Mornac ſur la Loi derniere, *Cod. de his qui veniam ætatis impetraverunt*, & Bardet, *Tom.* 1. *page* 131. *page* 188.

§. 11. *Sunt & aliæ perſonæ, quæ propter diverſas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in Libris Digeſtorum enumerari permiſimus.*

PArmi ceux dont Juſtinien entend parler dans ce Paragraphe, il y en a à qui le Mariage eſt abſolument interdit, & il y en a d'autres à qui le Mariage n'eſt interdit qu'avec certaines perſonnes : Du nombre de ces derniers ſont, en premier lieu, les perſonnes libres qui par la Loi *cum ancillis*, *Cod. de inceſtis & inutil. nuptiis*, ne peuvent valablement ſe marier avec des Eſclaves. Si nous avions des Eſclaves en France, rien n'empêcheroit qu'un Eſclave ne pût ſe marier avec une perſonne libre, l'Edit de 1685. touchant la Police des Iſles de l'Amerique Françaiſe le ſuppoſe ainſi, lorſqu'il ordonne en l'art. 10. que ſi le mari Eſclave a épouſé une femme libre, les enfans ſuivront la condition de leur mere, & ſeront libres comme elle, nonobſtant la ſervitude du pere; & que ſi le pere eſt libre & la mere Eſclave, les enfans ſeront Eſclaves pareillement.

Cap. 2. *&* 4. *extra de Conjugio ſervor.*

Par le Droit Canonique, la condition ſervile de l'un des mariez, diſſout le mariage lorſque l'un a été trompé, c'eſt-à-dire, lorſqu'au lieu d'une perſonne libre qu'on croyoit épouſer, on a épouſé un Eſclave; mais hors de ce cas, l'erreur ou la qualité de la perſonne, ne forme jamais un empêchement dirimant : qu'on épouſe, par exemple, une femme pauvre que l'on croyoit riche, une roturiere que l'on croyoit noble, ou une proſtituée que l'on croyoit vierge : ces erreurs & autres

ſemblables ne donnent aucune atteinte à la validité du mariage. On peut voir dans Bardet, *Tom. 2. Liv. 2. ch. 45.* les raiſons ſur leſquelles eſt fondée l'opinion de quelques Auteurs, qui ont crû, que la malverſation de la femme avant le mariage formoit un empêchement dirimant : enſemble l'Arrêt, qui malgré les preuves & l'aveu même de la malverſation fait par la femme, declara le mariage valablement contracté.

En deuxiéme lieu, les Senateurs qui par la Loi *Popia*, ne pouvoient ſe marier avec des affranchies ou autres perſonnes de vile condition ; de maniere pourtant que la dignité de Senateur acquiſe depuis le mariage, ne devenoit pas un empêchement dirimant : *non enim patimur*, comme il eſt dit en la Loi *ſi libertam, Cod. de nuptiis, in uno eodemque connubio mariti felicitatem uxori fieri infortunium.* Parmi nous l'inégalité de condition eſt un foible moyen contre un mariage que l'on veut conteſter ; & on n'en pourroit tout au plus induire qu'une preuve de ſéduction en la perſonne d'un mineur qui voudroit ſe marier contre l'avis de ſes parens & de ſon curateur. Rien ne prouve mieux combien dans le mariage on fait peu de cas de l'inégalité des conditions, que cet article de l'Ordonnance de Blois *, qui ne punit les veuves qui épouſent en ſecondes nôces leurs Valets ou Domeſtiques, qu'en leur ôtant la liberté de diſpenſer de leurs biens à titre de vente ou autrement, afin qu'elles ne puiſſent directement ni indirectement, faire aucuns avantages à leurs ſeconds maris : & qui ne prononce même cette peine que contre les veuves, ayant des enfans de leur premier mariage : On trouve bien dans le premier Tome du Journal du Palais, pag. 325. un Arrêt qui declara un mariage mal & abuſivement contracté ſur pluſieurs moyens, parmi leſquels il y en avoit un pris de l'inégalité des conditions, c'étoit un Maître qui avoit épouſé ſa ſervante ; mais il eſt aiſé de comprendre que ce ne fut point celui-là qui determina les Juges : Mr. Talon Avocat General l'ayant mépriſé dans ſes concluſions, & l'ayant regardé comme un moyen, qui parmi nous & par les Loix du Chriſtianiſme ne pouvoit donner aucune atteinte à la validité du mariage. Si l'inégalité des conditions n'eſt point un empêchement du mariage, l'inégalité ou la diſproportion de l'âge l'eſt encore moins ; & on peut voir comme

L. 23. ff. de ruptæ nuptiarum.

* Art. 182.

un pareil moyen hazardé contre un troiſiéme mariage qu'avoit contracté une femme à l'âge de 70. ans, fut mepriſé par l'Arrêt que rapporte Bardet, *Tom.* 2. *Liv.* 8. *ch.* 43. la *Loi Popia Poppæa* n'a jamais eu lieu parmi nous: & les Romains même qui l'avoient établie, pour reparer les pertes qu'ils avoient fait de leurs Troupes pendant les Guerres civiles, ne l'obſerverent pas long-tems. La plus noble & la principale fin du mariage eſt ſans doute la procréation des enfans; mais rien n'empêche qu'à cet âge ou l'eſperance des enfans eſt interdite, on ne puiſſe chercher dans le mariage l'agréément d'une ſocieté domeſtique, ou un remede à l'incontinence.

En troiſiéme lieu, les tuteurs & les curateurs qui ne peuvent eux, ni leurs enfans épouſer celle qui a été leur pupille s'ils n'ont auparavant rendu compte de l'adminiſtration tutelaire, & laiſſé paſſer le tems que les Loix accordent aux pupilles pour demander d'être reſtituez envers la clôture du compte.* Il y a un titre entier dans le Code qui a pour rubrique *de interdicto matrimonio inter pupillam & tutorem ſeu curatorem filioſque eorum.* Et le Juriſconſulte en la Loi *non eſt*, *ff. de ritu nuptiarum*, ajoûte à la nullité du mariage, l'infamie & d'autres peines arbitraires, ſuivant les circonſtances & la qualité des Parties: *Uterq. infametur, & pro dignitate puellæ coerceatur.* Le Parlement de Paris par l'Arrêt que nous trouvons rapporté dans le 2. Tome de Soëfve, *pag.* 174. chercha à ſe conformer à la diſpoſition du Droit, en declarant nul, abuſif, & non-valablement contracté le mariage d'une mineure avec le fils de ſon tuteur, le tuteur exclus de la tutelle, & condamné ſolidairement avec ſon fils à aumôner la ſomme de 2000. liv. aux Priſonniers de la Conciergerie; mais l'arrêt rapporté par Mr. Dolive, *Liv.* 3. *ch.* 2. eſt moins ſevere, en ce qu'il ſe contenta de declarer le tuteur indigne de la ſucceſſion de la pupille devenuë ſa belle-fille, qui l'avoit inſtitué heritier.

En quatriéme lieu, les raviſſeurs qui par la Loi unique, *Cod. de raptu Virginum*, & par les Novelles 143. & 150. ſont exclus à jamais de toute eſperance de mariage avec les perſonnes ravies. Les Conſtitutions Canoniques paroiſſent moins ſeveres; car en declarant qu'il ne peut jamais y avoir de ma-

* Quatre ans par la conſtitution de Juſtinien, *L. ult. Cod. de temp. in integ.* Dix ans *Jure noſtro.*

riage entre les raviſſeurs & la perſonne ravie, tandis que celle-ci eſt entre les mains & en la puiſſance de l'autre, elles ajoûtent, que ſi la perſonne ravie ſeparée de ſon raviſſeur, & remiſe en lieu de ſûrete, donne, ou renouvelle ſon conſentement deſlors il n'y a plus d'empêchement : *Quamdiu*, dit le Concile de Trente en la Seſſ. 24. ch. *6. quamdiu rapta in poteſtate raptoris manſerit, nullum poſſit inter eos conſiſtere matrimonium, ſed ſi à raptore ſeparata, & in loco tutò conſtituta, illum in virum habere conſenſerit eam raptor in uxorem habeat.*

L'Ordonnance de 1639. art. 3. ſemble avoir voulu ſe conformer à la déciſion du Concile, lorſqu'elle declare le mariage du raviſſeur avec la perſonne ravie non-valablement contracté, tandis que la perſonne ravie eſt en la poſſeſſion du raviſſeur : & qu'elle ſe contente d'ôter les effets civils à ces mêmes mariages, dans le cas où la perſonne ravie étant majeure & remiſe en liberté, donne un nouveau conſentement ; mais il eſt remarquable, que comme le Concile en tolerant les mariages qui ont commencé par le rapt, ne laiſſe pas de declarer les raviſſeurs excommuniez, infames, incapables de toutes dignitez : de même l'Ordonnance de 1639. en faiſant ſubſiſter le mariage comme Sacrement, ne laiſſe pas pour cela le crime impuni, car elle enjoint aux Procureurs Generaux de faire toutes leurs pourſuites neceſſaires contre les raviſſeurs & leurs complices, & à tous Juges de punir les coupables de peine de mort & confiſcation de biens ; ce qui a donné lieu ſans doute au proverbe dont parle Mr. Loyſel en ſes Inſtitutions Coûtumieres, *Liv. 1. tit. 2. n. 28.* qu'il n'y a ſi bon mariage qu'une corde ne rompe. Par l'Ordonnance de Blois, art. 42 ainſi que par la *Loi unique*, *Cod. de raptu Virginum*, le rapt de ſeduction commis en la perſonne des enfans de l'un & de l'autre ſexe doit être auſſi ſeverement puni que le rapt de force & de violence ; mais dans l'uſage on ne condamne guere les ſéducteurs prétendus qu'en des dommages & interêts, plus ou moins conſiderables ſuivant les circonſtances.

Voyez Bardet, *Tom. 2.* pag. 17.

Pour le rapt de ſeduction, voyez Bardet, *Tom. 2 pag. 22.*

Ceux à qui le mariage eſt abſolument interdit, ſont en premier lieu, les Réligieux & Réligieuſes qui ont fait des vœux ſolemnels de chaſteté, Juſtinien le decide ainſi en la Novelle 5. chapitre 8. & le Concile de Trente * prononce anathême

* Seſſ. 24. *De Sacramento*

matrimonii, Canon 9.

contre ceux qui tiennent une opinion contraire : *ſi quis dixerit regulares caſtitatem ſolemniter Profeſſos, poſſe matrimonium contrahere, contractumque validum eſſe, anathema ſit :* J'ai dit les vœux ſolemnels de chaſteté, parce que les vœux ſimples forment ſeulement un de ces empêchemens que l'on appelle *impedientia & non dirimentia* : c'eſt-à-dire, qui ſont un obſtacle au mariage non encore contracté, & non point un moyen de diſſolution du mariage contracté ; la difference des vœux ſimples & des vœux ſolemnels eſt marquée dans le Chapitre *unique de voto & voti redemptione in 6°*. L'anathême prononcé par le Concile de Trente, ne fait pas qu'on doive regarder comme de Droit Divin, l'empêchement qui naît de la profeſſion Réligieuſe ; l'hiſtoire nous fournit divers exemples des Réligieux & Religieuſes diſpenſez pour le mariage : La Profeſſion Réligieuſe de l'un des deux mariez, n'eſt pas ſeulement un empêchement dirimant lorſqu'elle précede le mariage ; elle l'eſt encore après le mariage celebré & non conſommé ; je veux dire, que la Profeſſion Réligieuſe de l'un des mariez rompt & diſſout le mariage qui n'eſt pas encore conſommé, ſoit que l'autre y conſente, ou n'y conſente pas : Après la conſommation le mariage ne peut être diſſous que par la Profeſſion Réligieuſe, tant du mari que de la femme.

. 56. Cod. epoſat. & Clericis, cap. 2. extra de converſ. conjugator. cap. 1. 4. 5. extra eodem.

En deuxiéme lieu, ceux qui ſont engagez aux Ordres ſacrez de Sous-Diaconat, Diaconat, & Prêtriſe : Parmi les Canons des Apôtres il y en a un, c'eſt le Canon 5. qui défend aux Evêques, aux Prêtres, & aux Diacres de ſe ſeparer de leurs femmes : *Epiſcopus, aut Præsbyter, aut Diaconus uxorem ſuam prætextu Religionis non abjiciat :* ce qui ſuppoſe que la promotion aux Ordres n'étoit pas un obſtacle au mariage, ou que le mariage n'étoit pas un obſtacle à la promotion aux Ordres ; mais enfin les Loix Civiles & Canoniques l'ont ainſi decidé, elles ont mis la promotion aux Ordres ſacrez au nombre des empêchemens dirimans, & il n'eſt plus permis aujourd'hui d'en douter, *authentica multò magis Cod. de Epiſcopis & Clericis, Concil. Triden. Seſſ. 24. cap. 9.* le Pape diſpenſe aiſement ceux qui n'ont que le Sous-Diaconat ; & s'il y a quelque choſe de ſingulier dans l'Arrêt que rapporte Bardet, *Tom. 2. pag. 583.* le même que rapporte Soëfve, *Tom. 2. pag. 316.* c'eſt en ce

Ce Canon eſt ainſi entendu, qu'on pouvoit être promû aux Ordres, quoique marié ; mais qu'on ne pouvoit ſe marier étant déja promû aux Ordres.

ce qu'il declara le mariage valable, quoiqu'il eût été contracté avant que la Diſpenſe eût été fulminée.

En troiſiéme lieu, ceux qui ſont impuiſſans & hors d'état de conſommer le mariage, par la Loi 10. *Cod. de repudiis*, Juſtinien veut que l'on attende deux ans pour voir ſi l'impuiſſance n'eſt pas l'effet de quelque maladie ou de quelque malefice; mais cet Empereur par la *Novelle* 22. d'où a été priſe l'authentique, *ſed hodiè* au même titre du Code, proroge le délai juſqu'à trois années, à compter du jour de la celebration du mariage. Le Droit Canonique s'eſt conformé à cet égard à la diſpoſition du Droit Civil, le Chapitre *laudabilem extra de frigidis & maleficiatis & impotentia cœundi*, défend de prononcer ſur la diſſolution du mariage pour cauſe d'impuiſſance, que les mariez n'ayent demeuré trois années enſemble; mais bien entendu pourtant que l'impuiſſance ne ſoit pas évidente, notoire & manifeſte: *Si tamen prius frigiditas probari non potuerit*; car en ce cas le délai ne pourroit que ſervir de prétexte à une plus longue profanation du Sacrement. Pour verifier l'impuiſſance on avoit autre fois accoûtumé d'ordonner le congrés; mais la malheureuſe experience qui fut faite de nos jours en la perſonne du Marquis de Langey, qui après la diſſolution de ſon premier mariage en contracta un ſecond, duquel il eut ſept ou huit enfans, obligea le Parlement de Paris à l'abolir & à la défendre pour toûjours: l'Arrêt en forme de Reglement eſt rapporté dans le ſecond Tome du Journal du Palais, *pag.* 780.

Fevret, *tom.* 2. *pag.* 101.

Outre les empêchemens dont nous venons de parler, il y en a encore deux par les Coſtitutions Canoniques, qui ſont inconnus au Droit Civil.

Le premier, eſt pris de l'adultere commis avec celui ou celle que l'on veut épouſer, durant la vie du premier mari ou de la premiere femme: par les anciens Canons l'adultere ſeul étoit un obſtacle au mariage, *Can.* 1. 2. *&* 3. 31. *quæſt.* 1. Mais il faut aujourd'hui pour former l'empêchement, de deux choſes l'une, ou qu'il y ait eu promeſſe entre les adulteres de ſe marier enſemble quand ils ſeroient libres, *fides data de contrahendo matrimonio*: ou qu'ils ayent l'un & l'autre, ou l'un deux, conſpiré contre la vie du premier mari ou de la premiere femme, *cap. ſignificaſti extr. de eo qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterium.*

Le second est pris, de la difference de culte & de religion. Un Chrêtien ne peut se marier avec un infidelle ; & jusques-là que de deux infidelles mariez ensemble, deux idolâtres, par exemple, deux Juifs, ou deux Turcs, celui qui renonce à ses erreurs pour embrasser la Foi Catholique peut, valablement contracter un second mariage, *Can. si infidelis* 28. *quæst.* 2. il n'en seroit pas de même de deux fidelles mariez ensemble, dont l'un renonceroit à la Foi : car le mariage en ce dernier cas étant bon dans son principe, ne seroit point dissous pour une cause survenuë depuis, *cap.* 7. *extra de divortiis.* Les Canonistes & les Théologiens ne sont pas d'accord sur la question touchant la nullité ou validité du mariage contracté entre un Héretique & un Catholique ; mais ce qu'il y a de certain, c'est que ces mariages ont été pendant long-tems permis & tolerez en France ; & ce qu'il y a de certain encore, c'est que deux Héretiques étant mariez ensemble, l'abjuration de l'héresie faite par le mari ou par la femme, n'étoit pas un moyen de dissolution du mariage. Catelan, *Liv.* 1. *ch.* 7.

erreur. jugé solemnellement la contraire. Fevret, tom. 2. page 88. & en 1758 §. 9. auparlmt. de paris entre deux juifs. le mary s'étant fait Chrétien a voulu prendre une autre femme attendu que sa femme juive ne vouloit pas embrasser le christianisme voir le petit traité sur cette question

§. 12. *Si adversus ea, quæ diximus, aliqui coierint : nec vir, nec uxor, nec nuptia intelliguntur, &c.*

Il ne suffiroit pas pour la validité du mariage d'avoir observé ce que Justinien prescrit dans ce Titre. Les Loix du Royaume conformément aux Constitutions Canoniques, exigent encore essentiellement deux choses ; sçavoir, la présence du Curé de ceux qui contractent, & la publication des Bans.

Le Concile de Trente dans le Chap. 1. de la Sess. 24. fait de la présence & de la Benediction du Curé, une condition essentielle à la validité du mariage : *Qui aliter, quam præsente Parocho vel alio Sacerdote, de ipsius Parochi, seu Ordinarii licentia, coram duobus, vel tribus Testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, & hujusmodi contractus irritos, & nullos decernit.* Nos Rois ne se sont pas contentez d'ordonner que ce decret fut religieusement observé : ils ont pris de sages précautions pour en assûrer l'execution ; & sans rappeller à cet égard la disposition des anciennes Ordonnances, il n'y a qu'à

voir l'Edit du mois de Mars 1697. & la Déclaration du mois de Juin de la même année.

Par l'art. 1. de l'Edit du mois de Mars 1697. Sa Majeſté « défend à tous Curés & Prêtres, tant ſeculiers que régu- « liers, de conjoindre en mariage autres perſonnes que leurs « vrais & ordinaires Paroiſſiens, demeurant actuellement & pu- « bliquement dans leurs Paroiſſes, au moins depuis ſix mois « à l'égard de ceux qui demeuroient auparavant dans un autre « Parroiſſe de la même Ville, ou dans le même Diocéſe; & « depuis un an pour ceux qui demeuroient dans un autre Dio- « céſe, ſi ce n'eſt qu'ils en ayent une permiſſion ſpeciale & « par écrit du Curé des Parties qui contractent, ou de l'Evê- « que Diocéſain. Et à l'art. 2. enjoint à cet effet à tous Curés « & autres Prêtres qui doivent celebrer des mariages, de s'in- « former avant d'en commencer les cerémonies, & en préſence « de ceux qui y aſſiſtent, par le témoignage de quatre témoins « dignes de foi, domiciliez & qui ſçachent ſigner leurs noms, « s'il s'en peut aiſément trouver autant dans le lieu où l'on « celebrera le mariage, du domicile, auſſi-bien que de l'âge & « de la qualité de ceux qui contractent, &c. veut à l'art. 3. « que ſi aucuns Prêtres tant ſeculiers que réguliers celebrent « ſciament & avec connoiſſance de cauſe des mariages entre « des perſonnes qui ne ſoient pas effectivement de leurs Paroiſ- « ſes, ſans en avoir la permiſſion par écrit des Curez de ceux « qui les contractent, ou de l'Evêque Diocéſain, il ſoit proce- « dé contre eux extraordinairement; & qu'outre les peines Ca- « noniques que les Juges d'Egliſe pourront prononcer contre « eux; les Juges Royaux les puniſſent encore; ſçavoir, les « Prêtres ſeculiers par la privation pendant trois ans des revenus « de leurs Benefices, s'ils en ont, ou au baniſſement pour trois « ans s'ils n'ont aucuns Benefice; & en cas de recidive, au baniſ- « ſement pour neuf années; & les Prêtres réguliers en les envoyant « dans un Couvent de leur Ordre, tel que leur Superieur leur « aſſignera, hors des lieux qui ſeront marquez par le Jugement « ou Arrêt, pour y demeurer pendant le tems qui ſera ordon- « né, ſans y avoir aucune charge, fonction, ni voix active & « paſſive; le tout ſans préjudice de plus grandes peines en « cas de rapt fait avec violence; s'ils prêtoient leur Miniſtere «

» pour celebrer des mariages entre les raviſſeurs & les perſon-
» nes ravies.

La Déclaration du 15. de Juin de la même année 1697.
» Enjoient aux Parlemens & autres Juges Royaux, lorſqu'ils
» jugeront des Cauſes ou des Procès dans leſquels il s'agira
» des mariages celebrez pardevant des Prêtres autres que les
» propes Curés des contractans, ſans en avor obtenu les diſ-
» penſes neceſſaires, & qu'ils les jugeront ſur les pourſuites
» que les Parties intereſſées & que les Procureurs même du
» Roi pourront en faire d'office: Dans la premiere année des
» prétendus mariages, d'obliger les Parties de ſe retirer par-
» devant leur Archevêque ou Evêque pour les rehabiliter,
» après avoir accompli la pénitence ſalutaire qui leur ſera par
» eux impoſé, telle qu'ils l'eſtimeront à propos: Permet aux
» Promoteurs, au cas que ni les Parties inteſſées ni les Procu-
» reurs ne fiſſent aucunes Procedures, d'aſſigner auſſi dans le mê-
» me terme, c'eſt-à-dire dans la premiere année, ceux qui vivent
» enſemble, & qui n'ont point été mariez par leurs propres
» Curés, aux fins de repréſenter les Actes de celebration de
» leurs mariages aux Archevêques & Evêques, leſquels ne
» trouvant d'ailleurs aucun autre empêchement, pourront
» renvoyer aux Curés pour la rehabilitation, & en cas de
» réfus de ſatisfaire à l'aſſignation ainſi donnée à la Requête
» des Promoteurs, il eſt ordonné aux Officiers Royaux dans
» le reſſort deſquels demeurent les prétendus mariéz, de les
» obliger à ſe ſeparer par des condamnations d'amande, &
» autres plus grandes peines s'il eſt neceſſaire, ſans prejudice
» aux Archevêques ou Evêques, de les exclure de la partici-
» pation aux Sacremens de l'Egliſe, après les Monitions con-
» venables, s'ils perſiſtent dans leur déſordre.

Quelques Auteurs ont prétendu que la préſence du Curé ſuffiſoit pour la validité du mariage, ſans fonction & ſans miniſtere de ſa part; mais cette opinion a été condamnée comme contraire à la déciſion du Concile de Trente, lequel en preſcrivant la forme en laquelle doit être celebré le mariage, veut que le Curé prononce ces termes, ou autres équipollens: *Ego vos conjunguo*, pour marquer que le Curé n'eſt pas ſeulement un témoin néceſſaire de la celebration du mariage, mais

qu'il eſt encore le Miniſtre de ce Sacrement ; & que c'eſt lui qui l'applique aux Parties, lorſqu'il trouve en elles les diſpoſitions neceſſaires, conſiſtant dans le conſentement mutuel de l'un & de l'autre.

Nous trouvons dans le Journal du Palais, & dans le Journal des Audiences, une foule d'Arrêts qui l'ont jugé ainſi : des Arrêts qui dans le cas ou ſur les réfus du Curé de départir la benediction nuptiale, les deux parties avoient en ſa preſence requis un Notaire de retenir acte de leur conſentement reciproque, ont declaré ces prétendus Mariages nuls & abuſifs, & ordonné qu'ils ſeroient reïterez. L'Ordonnance de Blois, *art.* 44. défend à tous Notaires ſur peine de punition corporelle, de paſſer, ou recevoir aucunes promeſſes de Mariage par parole de preſent ; & par la Declaration dont nous avons parlé du mois de Juin 1697. il eſt dit: " *Que les coujonctions de ceux qui ſe prétendront* " *mariez, & vivront enſemble en conſequence des actes qu'ils* " *auront fait retenir de leur conſentement, n'emporteront ni com-* " *munauté, ni douaire, ni aucuns autres effets civils, ſoit en* " *faveur des prétendus conjoints, ſoit en faveur des enfans qui en* " *pourront naître.* "

Journal du Palais, *tom.* 1. *pag.* 583. & 529. Journal des Audiences, *tom.* 5. *p.* 240. & 622.

La publication des Bans étoit neceſſaire par l'uſage & par les Loix du Royaume, avant qu'elle le fût par les Loix de l'Egliſe ; c'eſt ce que nous apprenons par le Chapitre *cum inhibitio*, *extra de clandeſtina deſponſât*, où le Pape Innocent III. loüe en cela la Coûtume des François, & veut qu'à l'avenir elle ſoit commune à toutes les Nations : *ſpecialem quorundam locorum conſuetudinem ad alia generaliter prorogando ſtatuimus, ut cum Matrimonia fuerint contrahenda in Eccleſiis, per Presbyteros publicè proponantur, competenti termino præfinito, ut intrà illum qui voluerit & valuerit legitimum impedimentum opponat.* Le Concile de Trente, *Seſſ.* 24. *ch.* 1. renouvelle ce Reglement, & l'Ordonnance de Blois, *art.* 40. le renouvelle auſſi en ces termes : *Ordonnons que nos Sujets ne pourront contracter Maria-* „ *ge ſans proclamations precedentes des Bans par trois divers* „ *jours de Fête, avec intervale competant, dont on ne pourra ob-* „ *tenir diſpenſe, ſinon après la premiere proclamation faite : & ce* „ *ſeulement pour quelque urgente & legitime cauſe, & à la re-* „ *quiſition des principaux & plus proches parens : le tout ſous les* „ *peines portées par les Conciles.*

Nous avons dit en parlant des Mariages des fils de Famille ſans le conſentement des peres & des meres, que les Arrêts, les declaroient non-valablement contractez, parce que l'Ordonnance de 1629. *art.* 39. ainſi que l'Edit de 1606. *art.* 12. declare tels tous Mariages contractez contre la teneur de l'Ordonnance de Blois : & que l'Ordonnance de Blois en l'art. 40. enjoint aux Curez de s'informer de la qualité de ceux qui ſe preſentent pour recevoir la Benediction nuptiale, & leur défend de paſſer outre ſi ce ſont des fils de famille qui n'ayent pas le conſentement de leurs peres & meres : Il ſemble qu'on pourroit faire le même raiſonnement ſur les Mariages contractez ſans publication de Bans, ou avec diſpenſe de trois Bans, parce que l'Ordonnance de Blois ne les condamne pas moins, que les Mariages contractez, par les fils de famille ſans le conſentement des peres & des meres ; Cependant les Arrêts ne l'ont pas jugé ainſi, & il faut convenir en effet qu'il y a quelque raiſon de difference : l'Ordonnance de Blois défend, il eſt vrai de contracter Mariage ſans proclamation precendente des Bans, mais, elle ne le defend que ſous les peines indites par les Conciles. Or il eſt évident que les Conciles n'ont jamais entendu, que le défaut de publication, ou la diſpenſe de trois Bans, pût fournir un moyen de nullité ou de diſſolution du Mariage ; le Concile de Latran, d'où a été pris le Chap. *Cum inhibitio*, ci deſſus cité, ne donne d'autre effet au défaut de publication des Bans, que de conſtituer les mariez en mauvaiſe foi, au cas il y eût entr'eux quelque empêchement : d'autre effet que celui de rendre les enfans inhabiles & incapables de ſucceder à leurs pere & mere, malgré l'ignorance où étoient les pere & mere de l'empêchement qui étoit entr'eux : *Si quis hujuſmodi clandeſtina, vel interdicta Matrimonia contrahere præſumpſerit in gradu prohibitio etiam ignoranter, ſoboles de tali conjunctione ſuſcepta prorſus illegitima cenſeatur, de parentum ignorantia nullum habitura ſubſidium* : & le Concile de Trente, que l'Ordonnance de Blois a eu principalement en vûë, n'ajoûte abſolument rien au Concile de Latran, il ne fait qu'en renouveller la diſpoſition : *Sacri Lateranenſis Conſilii veſtigis inhærendo præcipit, ut in poſterum antequam Matrimonium contrahatur, ter à proprio contrahentium Parrocho tribus continuis feſtivis diebus inter Miſſarum ſolemnia publicè denuntietur*

Si les Arrêts ont jugé quelquefois pertinent le moyen d'abus, pris du défaut de publication des Bans, ils ne l'ont jugé tel, qu'à l'égard des Mariages contractez par les Mineurs & les fils de famille, le défaut de publication regardé alors comme une préſomption de ſubornation : ou s'il l'ont jugé pertinent à l'égard des Mariages contractez par autres que par des Mineurs & des fils de famille, ce n'eſt que lorſqu'il a été propoſé par des perſonnes intereſſées, c'eſt-à-dire, par des perſonnes qui auroient pû, ou qui auroient eu interêt à former oppoſition au Mariage. Journal des Audiences, *Tome* 1. *Liv.* 2. *Ch.* 122. *pag.* 182. *& Tom* 5. *Liv.* 7. *Ch.* 14. *pag.* 473. Journal du Palais, *Tom.* 1. *pag.* 325. Brodeau ſur Loüet, *lett.* M. *Ch.* 6. & Sœfve, *Tom.* 1. *Ch.* 6.

Le défaut de publication des Bans conſtituë, diſons-nous, les mariez en mauvaiſe foi, à l'effet de rendre les enfans inhabiles & incapables de ſucceder, malgré l'ignorance où étoient leurs pere & mere de l'empêchement qui étoit entr'eux : il faut donc conclure de là, que ſi les Bans ont été publiez, & les autres formalitez obſervées, la bonne foi des deux mariez, ou la bonne foi même de l'un ou de l'autre, ſuffit pour garantir l'état des enfans, & pour les rendre habiles à ſucceder : *Si ambo conjuges*, diſent les Canoniſtes ſur le *Chap. ex teneor, extr. qui filii ſint legit ex probabili facti ignorantia impedimentum Canonicum neſcierunt, proles erit legitima : & idem eſt, ſi alter conjugum ignoraſſet, alius ſcivisſet, nam ad huc ſoboles reſpectu utriuſque parentis legitima naſceretur ; quia ignorantis intereſt, prolem nedum reſpectu ſui, ſed & reſpectu alterius conjugis, etiam legitimam eſſe*, & telle eſt en effet la déciſion expreſſe de la Decretale que nous venons de citer: *ex probabili facti ignorantia* : Ces termes ſont remarquables ; la queſtion touchant la bonne foi des mariez, eſt une queſtion arbitraire : elle dépend toûjours des circonſtances du fait, & c'eſt ce que l'on comprendra parfaitement, ſi on ſe donne la peine de lire les deux Arrêts rapportez par Bardet, l'un au *Tome* 1. *page.* 388. & l'autre au *Tome* 2. *pag.* 1. 12. enſemble les Plaidoyers ſur leſquels ces Arrêts furent rendus.

Les mariages qui n'ont pas été celebrez en face de l'Egliſe, & qui n'ont pas été precedez de la publication des Bans, ſont appellez communement clandeſtins ; Mais ce terme convient plus

particulierement aux Mariages dont parle l'Ordonnance de 1639. en l'art. 5. à ces Mariages, que les Parties ont tenu secrets pendant leur vie, contre le respect dû à un si grand Sacrement, & qui par cette raison, semblent ne differer en rien du concubinage : Tels Mariages sont bons *quod fœdus*, mais l'Ordonnance, dont nous venons de parler, leur ôte tous les effets Civils, & declare les enfans qui en sont procréez, indignes & incapables de toutes successions soit directes, ou collaterales. *Voyez* le Journal des Audiences, Tome 2. *Liv.* 4. *Chap.* 64. *pag.* 452.

§. 12. *Itaque ii, qui ex coitu nascuntur, in potestate patris non sunt : Sed tales sunt (quantum ad Patriam potestatem pertinet) quales sunt ii, quos mater vulgo concepit.*

L'Etat de tous les enfans qui ne sont pas procréez d'un Mariage legitime étoit le même, *quantum ad patriam potestatem pertinet* : c'est-à-dire, qu'ils étoient tous sans distinction affranchis de la puissance paternelle ; Mais il n'en étoit pas ainsi par rapport au droit & à la faculté de succeder : le Droit Romain à cet égard faisant une très-grande difference entre les enfans nés d'une concubine domestique, appellez proprement enfans naturels, & ceux qui étoient nés d'un pere incertain ou inconnu, appellez par cette raison, *spurii seu vulgo quæsiti* : ceux-ci, de même que les enfans nés d'un commerce incestueux ou adulterin, étoient incapables de rien recevoir, pas même à titre d'alimans ; tandis qu'on donnoit aux autres la sixiéme partie des biens de leur pere decedé sans enfans legitimes & *ab intestat*, capables d'ailleurs de recüeillir l'entiere succession, si elle leur étoit déferée par testament de leur pere decedé sans enfans legitimes : *authentica licet patri*, *Cod. de naturalibus liberis*.

Auth. ex complexu, Cod de incestis & inutilibusnuptiis.

Les enfans naturels succedoient à leurs meres, même en concours des enfans legitimes, les enfans même *vulgo quæsiti*, n'étoient pas exclus de la succession de la mere, si ce n'est que la mere fût *mulier illustris*, *L. si qua illustris. Cod. ad Senatus-Orphitiam.*

Le concubinage n'étant point regardé parmi nous comme un commerce licite, tel qu'il étoit chez les Romains, les enfans naturels n'ont par rapport à la succession paternelle & maternelle, aucun avantage sur les autres ; les Loix du Royaume les en excluent tous, & de la succession testamentaire, aussi-bien que de la succession *ab intestat* : l'exclusion, ou incapacité fondée sur une raison prise de l'honnêteté publique, & la même à peu près dont se sert l'Empereur Justinien en la Loi derniere, *Cod. de naturalibus*

naturalibus liberis, lorſqu'il dit : *filiis naturalibus relinqui conſtitutiones quantum voluerit ideò prohibuerunt, quia vitium paternum refrenandum eſſe exiſtimaverunt.* Mais ſi nos Loix n'ont pas la même indulgence qu'avoient les Loix Romaines pour les enfans naturels nés dans le concubinage, elles n'ont pas auſſi la même dureté pour les enfans nés d'un commerce inceſtueux, adulterin, ou autre illicite : ſi les uns & les autres ſont exclus de la ſucceſſion paternelle & maternelle, les uns & les autres auſſi ſont en droit de demander les alimens juſqu'à ce qu'ils ſoient en état de gagner leur vie : & nous nous ſommes en cela conformez à la diſpoſition du Droit Canonique, dans le Chapitre *Cum haberet extra de eo qui duxit in Matrimonium quam polluit per adulterium.* Voyez le Journal des Audiences, *Tom* 1. *pag.* 754. Cambolas, *Liv.* 1. *ch.* 1. Dolive, *Liv.* 5. *ch.* 34. Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 95. Loüet & Brodeau, *lett. A. Somm.* 4. de l'Edition de 1700. & *Somm.* 6. de la penultiéme.

Si les Bâtards ſont exclus de la ſucceſſion de leurs peres & meres, ils le ſont encore plus de la ſucceſſion *ab inteſtat* des autres parens, l'incapacité fondée à cet égard ſur ce que les Bâtards *nec genus, nec gentem habent, nec ullo neceſſitudinis jure aut propinquitatis gradu conjungi cenſentur*; je dis de la ſucceſſion *ab inteſtat*; parce que rien n'empêche que les Bâtards ne puiſſent recevoir par teſtament d'autres que de leurs pere & mere, comme rien n'empêche auſſi que les Bâtards ne puiſſent par teſtament diſpoſer librement de leurs biens.

Le Bâtard decedé ſans teſtament & ſans enfans procréez de legitime Mariage, le Seigneur Haut-Juſticier lui ſuccede, pourveu toutefois, & non autrement, que le Bâtard ſoit né dans ſa Terre, qu'il y ait eu ſon domicile pendant ſa vie, qu'il y ſoit décedé, & que les biens dépendans de la ſucceſſion y ſoient ſituez : ſans le concours de ces quatre conditions, le Seigneur Juſticier eſt exclus par le Roi.

Bacquet du Droit de Bâtardiſe, *Part.* 1. *Ch.* 8. *n.* 18. & Traité des Droits de Juſtice, *chap.* 23. *nom.* 3.

§. 12. *Qui prohibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ ſacris conſtitutionibus continentur.*

JUſtinien entend ſans doute parler ici de la Novelle 12. *Ch.* 1. d'où a été priſe l'authentique *Inceſtas*, *Cod. de inceſtis & inutilibus nuptiis*, qui punit les Mariages inceſtueux par la confiſcation des biens, l'exil, & l'infamie. Nous trouvons des Arrêts* qui ont condamné le pere & la fille, la mere & le fils, le frere & la ſœur à être brulez, pour avoir eu entr'eux un commerce inceſtueux, également prohibé par les Loix divines & humaines; mais hors de ce cas, & lorſque la prohibition n'eſt que de droit Eccleſiaſtique, on ne fait point le procès aux coupables: ſi le Mariage eſt contracté, on le diſſout, & on fait défenſes aux Parties de ſe frequenter, juſqu'à ce qu'elles ayent obtenu des diſpenſes neceſſaires.

* Laroche *Liv.* 2. *tit.* 3. *art.* 2.

§. 13. *Aliquandò evenit, ut liberi, qui ſtatim, ut nati ſunt, in parentum poteſtate non ſunt, poſteà redigantur in poteſtatem patris: Qualis eſt is, qui dum naturalis fuerat, poſteà curiæ datus, poteſtati patris ſubjicitur, &c.*

IL y avoit par le Droit Romain trois differentes manieres de legitimer les Bâtards, *per oblationem curiæ*, *per reſcriptum principis*, *per ſubſequens Matrimonium*. Il eſt difficile de comprendre par quelle raiſon on avoit attaché au Decurionat le privilege de rendre legitimes les enfans qui ne l'étoient pas; mais quoiqu'il en ſoit, nous ne reconnoiſſons de legitimation en France que celle qui ſe fait par le reſcript du Prince, & par le Mariage ſubſequent.

Le Roi peut legitimer toutes ſortes des Bâtards, & ceux-là même qui ſont nés d'un commerce adulterin, ſacrilege, ou inceſtueux; Mais il eſt remarquable que le Roi n'accorde jamais ou n'entend jamais accorder des Lettres de legitimation à l'effet de pouvoir ſucceder, qu'aux Bâtards nés de deux perſonnes libres *ex ſoluto & ſoluta*; les autres reſtant toûjours inhabiles & incapables de ſucceder à leurs pere & mere, non-ſeulement *ab inteſtat*, mais encore par teſtament.

On convient qu'afin que les Bâtards nés *ex ſoluto & ſoluta*, legitimez par le Roi, puiſſent ſucceder à leur pere, il faut que les pere & mere ayent expreſſement conſenti à la legitimation; Mais une queſtion difficile, & ſur laquelle nos Auteurs ne ſont pas d'accord, eſt de ſçavoir, s'il faut non-ſeulement que le pere ait conſenti à la legitimation, mais encore ſes heritiers préſomptifs? Argentré ſur la Coûtume de Brétagne eſt d'avis, que les Bâtards legitimez par le Prince ne ſuccedent point, ſi les heritiers préſomptifs n'ont donné leur conſentement à la legitimation; & juſques-là, ajoûte cet Auteur, que ſi ceux qui étoient héritiers préſomptifs lors de la legitimation, ne le ſont plus lors que la ſucceſſion eſt ouverte, c'eſt-à-dire, lors du decès du pere, le conſentement qu'ils ont donné eſt inutille au Bâtard legitimé: *Si plures eodem gradu ſint, his tantummodò ſit préjudicium qui conſenſere: ſive cum prior gradus conſenſiſſet, evenit, ut ſecundus mortuo priore ſuccederet, tempus ſpectandum eſt mortis ejus cui ſucceditur ad dijudicandam capacitatem, aut intereſſe ſucceſſoris: cæteri antè mortui ſic habeantur tanquam non nati.* Lebrun, Traité des Succeſſions, *pag. 26. Nom.* 13. & ſuivans, ſuit encore la même opinion, & prétend qu'il a été rendu divers Arrêts conformes.

Cependant tout bien examiné, je croi beaucoup plus ſûre l'opinion contraire: J'entends l'opinion qui admet les Bâtards legitimez par le Prince à la ſucceſſion paternelle, malgré le défaut de conſentement des heritiers préſomptifs. Bacquet, Traité du Droit de Bâtardiſe, *Part.* 2. *Ch.* 12. *Nom.* 6. & 19. Lebret, Traité de la Souveraineté, *Liv.* 2. *Ch.* 12. *pag.* 134. & pluſieurs autres le décident ainſi; & je ſuis perſuadé que ſi le cas ſe preſentoit, on n'y fairoit aucune difficulté, ſur tout dans les Provinces regies par le Droit Ecrit, où on a une liberté entiere de diſpoſer de ſes biens par teſtament, auſſi bien que par donation entre-vifs, & d'en diſpoſer même en faveur d'un étranger au préjudice des parens; s'il eſt vrai, comme il eſt atteſté par Lebrun, qu'il ait été rendu des Arrêts qui ayent jugé autrement, ce ne peut être que dans des Païs, & à raiſon des biens dont la Coûtume ne permet pas de diſpoſer par teſtament, dans des Païs, & à raiſon des biens, ſur leſquels les proches parens ont comme un droit acquis, même avant l'ouverture de la

ſucceſſion, les proches parens regardez par cette raiſon, non-ſeulement comme des heritiers préſomptifs, mais comme des heritiers neceſſaires.

Les Bâtards legitimez par le Roi, & les parens qui ont conſenti à la legitimation, ſe ſuccedent reciproquement ; & ce qu'il y a de ſingulier, c'eſt que les parens qui n'ont pas conſenti à la legitimation ſuccedent au Bâtard à l'excluſion du fiſc, quoique le Bâtard ne puiſſe pas leur ſucceder. Lebret, Traité de la Souveraineté, *Liv. 2. ch. 12.* Bacquet, du Droit de Bâtardiſe, *Part. 2. ch* 13. & 14.

Bacquet du Droit de Bâtardiſe, *Par. 2 ch. 12 nom. 20.*

Le Pere qui a des enfans legitimes ne peut faire legitimer ſes Bâtards à l'effet de ſucceder ; mais l'effet de la legitimation n'eſt point emporté par la ſurvenance des enfans legitimes. Brodeau ſur Loüet, *lett.* L. *Som.* 7. rapporte un Arrêt qui admit un enfant legitimé à demander la legitime ſur les biens de ſon pere, contre le fils legitime né depuis la legitimation inſtitué heritier univerſel.

Quelques Auteurs, du nombre deſquels eſt le Preſident Faber en ſon Code, *Liv. 6. tit.* 25. *definit.* 19. ont crû que les enfans legitimez par le Roi, faiſoient défaillir le Fideicommis dont un pere naturel étoit chargé ſous la condition *ſi ſine liberis* ; mais dans l'uſage, l'opinion contraire a prévalu, & toutes les fois que le cas s'eſt preſenté, on a jugé conſtamment en faveur du ſubſtitué, contre les enfans legitimez.

Il en ſeroit autrement, ſi la queſtion étoit entre le ſubſtitué & les Bâtards legitimez par le Mariage ſubſequent : C'eſt de ceux-ci que l'on peut dire, que la condition eſt veritablement la même que celle des enfans nés legitimes : le Droit Civil & le Droit Canonique ne faiſant abſolument aucune difference des uns aux autres. *Cap. tanta vis, extra qui filii ſint legitimi. L. cum quis. Cod. de naturalibus liberis.*

Je ne ſçache qu'un cas où le Bâtard legitimé par le mariage ſubſequent, eſt exclus par le fils né legitime : c'eſt celui que propoſe Dumoulin ſur la Coûtume de Paris, §. 81 *Gloſſ.* 1. *num.* 34. Titius ayant un fils d'une concubine épouſe un autre femme dont il a un fils, & après la mort de cette femme, il reprend & épouſe ſa concubine : le fils legitimé par ce dernier Mariage n'aura point, dit l'Auteur que nous venons de citer, le droit

† de l'ancienne Coût. de la Rochelle.

d'aîneſſe au préjudice du fils qui eſt né du premier mariage : l'aîné des enfans legitimez par le Mariage ſubſequent ſeroit préferable, il eſt vrai, pour le droit d'aîneſſe, s'il étoit en concours avec l'aîné des enfans nés pendant le mariage ; mais la raiſon de la préference en ce dernier cas, priſe de ce que l'aîné des enfans nés dans le Mariage, n'a point lors de la legitimation un droit acquis qui puiſſe être un obſtacle à l'effet retroactif, puiſqu'il eſt né du mariage même qui legitime, & qu'il n'a point par conſequent prevenu la legitimation : cette raiſon, diſons-nous, ne ſe trouve plus dès que nous ſuppoſons un mariage anterieur à celui qui a produit la legitimation, & des enfans déja nés de ce mariage : l'aîné de ces enfans procréez du Mariage intermediaire ſe trouvant comme ſaiſi & en poſſeſſion du droit d'aîneſſe avant la legitimation des Bâtards, la legitimation ne peut l'en dépoſſeder, ni avoir un effet retroactif à ſon préjudice, parce qu'enfin il a été un tems où il étoit le premier né, & legitime heritier, n'ayant alors que des freres naturels incapables du droit d'aîneſſe.

Lebrun de la Succeſſion des fiefs, *pag.* 172. eſt d'un avis contraire à celui de Dumoulin. Si la legitimation *per ſubſequens &c.* revoque les Donations. Lebrun, *Ibid.*

§. 13. *Cujus Matrimonium minimè legibus interdictum fuerat, &c.*

JUſtinien nous apprend par ces paroles, qu'afin que les Bâtards ſoient legitimez par le mariage ſubſequent, il faut qu'au tems de leur naiſſance, ou de leur conception, le pere & la mere ayent pû ſe marier, & qu'il n'y eut aucun empêchement entr'eux : & telle eſt auſſi la diſpoſition du Droit Canonique dans le Chap. *tanta eſt vis extra qui filii ſint legitimi* ; ainſi par Arrêt du Parlement de Paris, rapporté dans le ſecond Tome du Journal des Audiences, *Liv.* 4. *Ch.* 4. des enfans nés d'un commerce adulterin, malgré le Mariage ſubſequent de leur pere & de leur mere, furent declarez illegitimes, & incapables de ſucceder. On comprend aiſément ſur quoi cette déciſion eſt fondée, c'eſt qu'on donne au Mariage ſubſequent un effet retroactif au jour de la conception des enfans, & que l'empêchement qui ſe trouve lors de la conception, eſt un obſtacle à cette fiction.

Il faut pourtant remarquer, que l'empêchement pour être un obſtacle à la legitimation doit être nonſeulement de ceux

que l'on appelle dirimans, mais tel encore qui ne puiſſe être levé par une Diſpenſe : ainſi par les Arrêts rapportez dans le Journal du Palais, *Tome* 1. *page* 718. & par Lebrun, Traité des Succeſſions, *Liv.* 1. *Ch.* 2. Sect. premiere, Diſtinction premiere, il a été jugé, qu'un Clerc tonſuré pourvû de Benefices ſimples pouvoit en les quittant legitimer *per ſubſequens Matrimonium*, les enfans qu'il avoit eu d'une concubine, quoique conçus & nés dans le tems que le pere actuellement Beneficier, ne pouvoit épouſer la mere : comme auſſi que le Mariage ſubſequent fait entre couſins germains avec Diſpenſe du Pape legitimoit les enfans nés d'un commerce inceſtueux.

§. 3. *Sed ad quam pater conſuetudinem habuerat, &c.*

AUtrefois le mariage contracté avec une concubine, même à l'article de la mort, legitimoit les enfans nés dans le concubinage, & les rendoit capables de ſucceſſions, Benedicti *in Cap. Rainutius*, ſur ces mots, *in extremis poſitus*, *n.* 13. & Dolive, *Liv.* 3. *Ch.* 1. Mais cette Juriſprudence a changé, le Mariage contracté par un Moribond, ſubſiſte bien *quoad fœdus*, mais il ne peut produire aucuns effets Civils. L'Ordonnance de 1639. après avoir en l'art. 5. declaré les enfans nés des Mariages clandeſtins incapables de toutes ſucceſſions, prononce en l'article ſuivant la même peine contre les enfans nés des femmes que les peres ont entretenu, & qu'ils épouſent lorſqu'ils ſont à l'extremité de la vie.

Je dis que le mariage contracté *in extremis* ſubſiſte *quoad fœdus* ; car c'eſt ainſi en effet que les Arrêts ont interpreté l'Ordonnance de 1639. & cet Arrêt entr'autres que nous vîmes rendre, il y a quelques années à l'Audience de la Grand'-Chambre, entre la Demoiſelle Françoiſe de Guery, & les parens du ſieur Dichy de Villefranche de Lauragois : ceux-ci appellans comme d'abus de la celebration du mariage contracté entre ledit ſieur Dichy à toute extremité de vie, & ladite Demoiſelle de Guery : il fut déclaré n'y avoir abus en la celebration du mariage ; mais on caſſa en même-tems l'inſtitution hereditaire faite par le ſieur Dichy au profit des enfans nés dans le concubinage, à chacun deſquels il fut adjugé ſeulement une

ſomme de 2000. liv. pour leur tenir lieu d'alimens. Voyez le Journal des Audiences, *Tom.* 1. *Liv.* 6. *Ch.* 5. & *Tom.* 5. *Liv.* 5. *Ch.* 14.

Pour être dans le cas de l'Ordonnance, il faut qu'il y ait preuve de la débauche précedente : Nous trouvons dans le premier Tome du Journal du Palais, un Arrêt du Parlement de Paris, du 8. Juillet 1675. qui par le défaut de cette preuve confirma un mariage quant aux effets civils, quoique contracté la veille, ou le jour même du decès du mari. Il faut encore que le mariage ait été contracté *in extremis* ; & ſuivant le ſentiment de quelques Auteurs, cette circonſtance ſe trouve non ſeulement dans les mariages contractez pendant la maladie, mais dans ceux-là encore que l'on contracte ſur le declin de l'âge, & dans les dernieres années de la vie : Voyez le Journal du Palais, *Tom.* 1. *pag.* 324.

Le Roi par ſa Déclaration du mois de Mars 1697. ajoûte à l'Ordonnance de 1639. en ce qu'il veut, que l'Ordonnance de 1639. ait lieu tant à l'egard des femmes qu'à l'égard des hommes; c'eſt-à-dire, que tout mariage contracté *in extremis* ſoit nul pour les effets civils, ſans diſtinguer ſi c'eſt la femme, qui à l'extrêmité de la vie épouſe celui qui l'a debauchée, ou ſi c'eſt l'homme qui épouſe la concubine dans la maladie dont il decede : avant cette Déclaration on n'entendoit point la peine d'un cas à l'autre, comme on peut voir par les Arrêts rapportez par Mr. Leprêtre, *Centurie* 2. *Ch.* 11.

Quelques Auteurs ſont d'avis, que ſi ceux ou celles dont la naiſſance & la qualité rendent le mariage inégal, ſe trouvant eux-même en ſenté, épouſent ceux ou celles qui cauſent la meſalliance, quoiqu'à l'extrêmité de la vie, le mariage en ce cas legitime les enfans à l'effet de ſucceder ; mais je doute que cette opinion fût ſuivie : L'Arrêt ſur lequel on la fonde rendu au Parlement de Paris, le 5. Septembre 1675. & rapporté dans le premier Tome du Journal du Palais, ne jugea autre choſe ſi-non, que le mariage contracté par une concubine malade ne tomboit point ſous la prohibition de l'Ordonnance, parce que l'Ordonnance ne parloit que de ceux qui étant malades épouſoient leurs concubines ; ſans compter que dans l'eſpece de cet Arrêt la maladie même de la concubine étoit conteſtée.

Lebrun des ſucceſſions, *Liv.* 1. *Ch.* 2. *Sect.* 1. *diſtinction.* 1.

§. 13. Dotalibus inſtrumentis compoſitis, in poteſtate patris efficitur, &c.

JUſtinien exige ici comme une condition ſous laquelle, & non autrement, les enfans ſont legitimez par le mariage ſubſequent, ſçavoir; que le mariage ſoit précedé d'un Contrat, *dotalibus inſtrumentis*; mais c'eſt ce qui n'eſt point obſervé parmi nous, non plus que ce qui eſt decidé en la Novelle 89. Cap. 11. *quibus modis naturales efficiantur legitimi*, touchant la Déclaration que doit faire le pere du nombre des enfans qui doivent être legitimez, & du conſentement que les enfans doivent eux-même donner à la legitimation, nous ſuivons à la Lettre la diſpoſition du Droit Canonique, dans le Chap. *tanta eſt vis extra qui filii ſunt legitimi*, qui donne au mariage l'effet de legitimer *ipſo jure* les enfans nés auparavant: & ce qu'on obſerve communement de mettre lors du mariage les enfans ſous le poële, *proles ſub pallio*, n'eſt après tout qu'une formalité dont l'omiſſion ne fairoit pas que les enfans ne fuſſent moins legitimes.

Bardet, *tom.* 2. *pag.* 77.

TITRE XI.

DE ADOPTIONIBUS.

L'Uſage des adoptions, qui font la matiere de ce Titre, eſt entierement aboli parmi nous: Nous avons crû ſans doute, & nous l'avons crû avec raiſon, que les Adoptions étoient également contraires aux Loix de la nature & du Chriſtianiſme, qui nous font regarder les Droits des peres ſur les enfans comme des Droits ſacrez, & pour ainſi dire inalienables, les devoirs & les obligations des peres envers les enfans, comme des obligations perſonnelles, dont il n'eſt pas permis de ſe décharger ſur des perſonnes étrangeres. A cette maniere inventée par les Romains de perpetuer le nom en défaut d'enfans naturels, nous avons ſubſtitué les donations & les inſtitutions

rutions, à la charge de porter le nom & armes du donateur ou du Teſtateur: & on peut voir par ce qui eſt rapporté par Bouvot, *Tom.* 1. *Part.* 2. *pag.* 111. quel eſt l'effet de cette condition, ou pour mieux dire, quelle eſt la peine de la contravention.

L'Arrêt que rapporte Bacquet, Traité du Droit d'Aubaine, *Part.* 3. *ch.* 23. *nom.* 8. *pag.* 709. eſt cité mal-à-propos pour prouver que nous connoiſſons encore l'uſage des Adoptions; car ſi bien par cet Arrêt le fils adoptif fut maintenu en la ſucceſſion de celui qui l'avoit adopté, ce ne fut qu'en conſequence de l'inſtitution faite de ſa perſonne; d'où on peut bien conclure que l'adoption, ſi on peut ſe ſervir encore de ce nom dans le choix que l'on fait d'un heritier ou d'un donataire, n'eſt point un obſtacle aux liberalitez que l'on veut faire au fils adoptif, mais non point que le fils adoptif acquiere en cette qualité aucuns Droits dans la famille, & ſur les biens de celui qui l'adopte.

Lebrun, Traité des ſucceſſions, *Liv.* 3. *ch.* 3. cherche inutilement des veſtiges de l'ancienne adoption des Romains, dans les affiliations dont il eſt parlé dans les Coûtumes de quelques Provinces du Royaume, & dont l'effet eſt tel, que l'affilié ſuccede avec les enfans naturels & legitimes ès biens meubles, & acquets immeubles faits par l'affiliant: Cet Auteur après une longue diſſertation, eſt obligé de convenir, qu'il n'y a aucun rapport de l'un à l'autre, les affiliations dont parlent les Coûtumes ne donnant aucun droit à l'affiliant ſur la perſonne & ſur les biens de l'affilié comme elles ne donnent point auſſi à l'affilié ce droit d'agnation, qui parmi les Romains étoit le principal objet, & l'effet le plus conſiderable de l'adoption.

On cherchoit encore inutilement quelque rapport de l'adoption des Romains, avec cette eſpece d'adoption qui ſe pratique dans l'Hôpital de la Charité de la ville de Lyon; car quelques droits que cet Hôpital acquiere ſur la perſonne & les biens des enfans que la neceſſité oblige à s'y retirer, & qu'il qualifie d'enfans adoptifs, on comprend aiſement que ce n'eſt rien moins que l'effet d'une adoption legitime: Par des Lettres Patentes du mois de Novembre 1672. les Adminiſtrateurs de l'Hôpital ſont maintenus dans l'uſage d'adopter les enfans or-

phelins, depuis l'âge de ſept ans juſqu'à celui de quatorze: ils ont ſur ces enfans adoptifs les mêmes droits qu'a un pere ſur ſes enfans legitimes, ils leur ſuccedent à défaut de freres & de ſœurs, & à l'excluſion même des freres & des ſœurs, qui étant en majorité, ont ainſi abandonné les adoptifs à la charité publique : Ces Patentes ſont rapportées par Henrys, *Liv. 6. ch. 5. queſt. 35.* avec divers Arrêts rendus en conformité.

TITRE XII.

QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS ſolvitur.

Si moriente avo pater eorum vivit, & in poteſtate patris ſui eſt, tunc poſt obitum avi in poteſtate patris ſui fiunt, ſi verò is, quo tempore avus moritur, &c.

Brodeau ſur Loüet, *lett. M. ſomm. 18.*

IL y a pluſieurs Provinces en France où le mariage émancipe, & dans leſquelles par conſequent la diſtinction que fait ici Juſtinien ne peut être d'aucun uſage : dans les païs où le mariage tient lieu d'émancipation, un ayeul ne peut jamais avoir ſes petits-fils en ſa puiſſance ; & les enfans par conſequent après la mort de leur pere, *omnimodò ſui juris efficiuntur.*

Dans les païs au contraire où le mariage n'émancipe pas, l'ayeul a également en ſa puiſſance ſon fils & ſon petit-fils ; le pere ne peut avoir ſes enfans en ſa puiſſance, qu'au cas il ait été émancipé avant leur naiſſance, ou que l'ayeul ſoit decedé ſans avoir émancipé ni ſon fils, ni ſes petits-fils ; je dis ſans avoir émancipé ſon fils, parce que les enfans nés avant l'émancipation & retenus en la puiſſance de l'ayeul, ne retombent plus après la mort de l'ayeul en la puiſſance du pere : je dis encore ſans avoir émancipé ſes petits-fils, parce que les

petits-fils émancipez par l'ayeul ſont émancipez pour toûjours.

Par la Coûtume de Toulouſe, *Tit.* 3. *de emancipationibus*, le mariage émancipe : ſçavoir, le fils, lorſque le pere en le mariant lui fait une donation à cauſe des nôces, & la fille, lorſque le pere en la mariant lui conſtituë une dot ; mais les Arrêts en ont reſtraint la diſpoſition à l'égard du fils, au cas où le fils après le mariage habite ſeparement de ſon pere, & que demeurant avec ſon pere, il agît en pere de famille, chargé, par exemple, du ſoin & de la conduite de la maiſon, *ſi vivat ſeorſim à patre, vel in domo patris tanquam pater familias.* Duranty, *queſt.* 21. Maynard, *Liv.* 5. *ch.* 2. & Catelan, *Liv.* 4. *ch.* 51.

Ce que nous venons de dire de l'émancipation qui ſe fait par le mariage dans preſque tous les païs Coûtumiers, & dans quelques Provinces auſſi regies par le Droit écrit, a donné lieu à une queſtion ; ſçavoir, ſi par le mariage le droit de puiſſance paternelle eſt abſolument éteint, ou ſi l'exercice en eſt ſeulement ſuſpendu pendant le mariage ; enſorte, par exemple, que ſi le mariage eſt diſſous par la mort du mari, les enfans qui en ſont procréés, reviennent en la puiſſance de leur ayeul paternel, & que la femme rentre elle-même en la puiſſance de ſon pere ? Cette queſtion toutes les fois qu'elle s'eſt preſentée, a été jugée & contre l'ayeul & contre le pere, c'eſt à dire que les Arrêts ont jugé, que l'ayeul, après la mort de ſon fils, n'acqueroit aucune puiſſance ſur ſes petits-fils, & que le pere ne reprenoit point ſur ſa fille, après la mort du mari, la puiſſance à laquelle il avoit une fois renoncé en la mariant : Dans le premier cas, on ne peut donner à l'ayeul ſur les petits-fils, un droit qu'il n'a jamais eu, puiſque leur pere étoit émancipé avant leur naiſſance. Dans le ſecond, le pere ne peut faire revivre ſur ſa fille un droit duquel il s'eſt une fois dépoüillé, *quia jus ſemel extinctum non poteſt reviviſcere.* Henrys, *Tom.* 2. *pag.* 338. Sœfve, *Tom.* 2. *pag.* 357. & Argentré ſur l'art. 410. de la Coûtume de Bretagne.

On ne fait pas toûjours aſſez d'attention à ce que nous avons dit touchant l'émancipation que fait le pere de ſon fils, ou l'ayeul de ſes petits-fils, dans les païs où le mariage n'émancipe pas : & j'ai ſouvent vû des perſonnes d'ailleurs éclairées, être là-deſ-

ſus dans l'erreur : Un fils de famille marié, & ayant déja des enfans, eſt émancipé par ſon pere, ſes enfans nés avant l'émancipation ne ſeront jamais en la puiſſance paternelle : ils n'y ſeront point pendant la vie de l'ayeul qui les a retenus en ſa puiſſance ; & ils n'y retomberont pas après la mort de leur ayeul, parce que la puiſſance retenuë par l'ayeul demeure éteinte par ſa mort : Un fils de famille marié a des enfans, & ces enfans ſont émancipez par leur ayeul, ils ne ſeront jamais en la puiſſance de leur pere : ils n'y ſeront pas pendant la vie de leur ayeul qui ne les a pas affranchis de ſa puiſſance pour les faire paſſer en la puiſſance d'un autre: & ils n'y retomberont pas non plus après la mort de l'ayeul, parce qu'étant une fois émancipez, ils le ſont pour toûjours.

§. 1. *Cum is, qui ob aliquod maleficium in inſulam deportatur, civitatem amittit : Deſinunt liberi in poteſtate ejus eſſe, &c.*

LE banniſſement perpetuel hors du Royaume, eſt à peu près parmi nous, ce qu'étoit parmi les Romains, *deportatio in inſulam*, & la condamnation aux galeres perpetuelles, ce qu'étoit la condamnation aux métaux dont il eſt parlé au §. 3. de ce Titre: l'une & l'autre de ces peines retranchent le condamné de la ſocieté civile, & le condamné mort civilement ne peut avoir des enfans en ſa puiſſance, ni être lui-même en la puiſſance de ſon pere.

Le condamné à mort par défaut eſt reputé mort civilement, ainſi que le condamné au banniſſement perpetuel, & aux galeres perpetuelles; cependant l'Arrêt que rapporte M. de Catelan, *Liv. 4. ch. 8.* ſemble avoir decidé ; qu'un pere condamné à mort par défaut conſervoit ſur ſes enfans les droits de la puiſſance paternelle : Il s'agiſſoit de ſçavoir, ſi on avoit pû donner valablement un tuteur aux enfans pupilles d'un condamné à mort par défaut : & cette queſtion, comme l'on voit, dépendoit de ſçavoir, ſi le pere malgré la condamnation à mort retenoit ſes enfans en ſa puiſſance ; l'Arrêt, il eſt vrai, confirme la nomination qui avoit été faite d'un tuteur ; mais ne la confirme qu'à la charge par le nommé à la tutelle d'agir & d'adminiſtrer les biens en qualité de curateur:

par cette maniere de prononcer on jugea que le pere, quoique condamné, conſervoit toûjours la même autorité ſur ſes enfans; car autrement il auroit fallu ſans difficulté donner un tuteur, & à la perſonne & aux biens des pupilles : ſi on ne veut dire qu'en prononçant ainſi, on regardoit l'état du condamné comme en ſuſpens; & que par cette raiſon on affecta de ne pas juger préciſement la queſtion, ſçavoir : ſi la condamnation avoit fait perdre ou non, les droits de la puiſſance paternelle. Il faut joindre à cette obſervation celle que nous avons fait ſur le §. 10. du Tit. *de nuptiis*, & celle que nous fairons ſur le §. 5. de ce Titre.

§. 2. *Relegati autem patres, in poteſtate liberos retinent, &c.*

PArmi les Romains la relégation étoit une eſpece de banniſſament à tems : parmi nous, c'eſt un ordre de ſe retirer en quelque lieu du Royaume, avec inhibition d'en ſortir juſqu'à ce qu'on ſoit rappellé : Le Roi ſeul donne de pareils ordres, & ſouvent pour des raiſons qui ne ſont connuës qu'à Sa Majeſté, ils n'emportent aucune note d'infamie, & ne donnent par conſequent aucune atteinte à la puiſſance paternelle.

§. 4. *Filius familias ſi militaverit, vel ſi Senator, vel Conſul factus fuerit : Remanet in poteſtate patris. Sed ſumma Patriciatus dignitas, filium à patria poteſtate liberat, &c.*

JUſtinien par la Novelle 81. d'où a été priſe l'autentique, *ſed Epiſcopalis, Cod. de Epiſcopis & Clericis*, donne à pluſieurs charges ou dignitez, & à toutes celles generallement qui exemptoient du Decurionat, le droit d'affranchir de la puiſſance paternelle; mais je n'en connois point en France qui ait un ſemblable privilege; le Préſident Duranty, *queſt.* 21. ne le donne qu'à l'Epiſcopat, encore même ne le donne-t'il qu'avec quelque reſtriction, *Epiſcopalis dignitas liberat filium à patris poteſtate in hiquæ ei utilia ſunt.* Rebuffe ſur le Concordat au Titre *de electionis & rogatione in verbo Regium advocatum*, compte ce privilege parmi ceux des Procureurs & Avocats Généraux des Cours ſuperieures; mais la déciſion de cet Auteur n'eſt pas d'un grand

poids, parce qu'il ne la fonde que ſur la comparaiſon qu'il fait de ces Charges, avec quelques-unes de celles dont il eſt parlé en la Novelle que nous venons de citer.

§. 5. *Si ab hoſtibus captus fuerit parens, pendet jus liberorum propter jus poſt-liminii, &c.*

S'Il arrivoit que quelqu'un fût pris par les Turcs, ou par des Corſaires, dont la Religion n'a point adouci les mœurs, & chez qui la victoire a conſervé le droit de faire des Eſclaves, rien n'empêcheroit qu'en ſe conformant à la diſpoſition du Droit Romain, on ne regardât comme ſuſpendu le droit ou l'exercice de la puiſſance paternelle, & que dans le cas du retour, ou du decès en captivité, on n'uſât pour l'interêt du pere & des enfans, de ces fictions dont parle ici Juſtinien, mais je ne ſçai s'il ne conviendroit pas mieux à nos mœurs, que ſans recourir aux fictions, on regardât la liberté comme perduë de fait ſeulement, & non de droit, ainſi qu'il arrive à ceux que des voleurs retiennent par force, & qui par rapport aux effets civils, ſont conſiderez comme abſens.

On a comparé avec aſſez de fondement l'état d'un condamné à mort par défaut, à celui d'un captif, tandis qu'il eſt détenu en eſclavage; ſi le captif revient, il rentre dans tous ſes droits, & on feint même qu'il ne les a jamais perdus, *poſt liminium fingit eum in civitate ſemper fuiſſe*; s'il décede en captivité, il eſt reputé mort du premier moment qu'il a été pris, *ex quo captus eſt pater, filius ſui juris fuiſſe videtur*: Son état en un mot eſt comme en ſuſpens; & tel eſt préciſement l'état d'un condamné à mort par défaut; s'il ſe repreſente pour inſtruire ſa juſtification, c'eſt comme s'il n'avoit jamais été condamné, le Jugement de condamnation eſt anéanti de plein droit; s'il meurt ſans s'être repreſenté, & que les parens ou autres intereſſez ne ſoient pas en état de purger ſa mémoire, il eſt reputé mort civilement du jour de la condamnation: C'eſt ſans doute par cette raiſon que le Parlement de Toulouſe par l'Arrêt que nous avons rapporté ſur le §. premier de ce Titre, ne voulut ni caſſer, ni confirmer la nomination qui avoit été faite d'un Tuteur aux enfans impuberes d'un condamné à mort par défaut, en ordonnant com-

me il fit, que le nommé à la Tutelle adminiſtreroit en qualité de Curateur ; il ne jugea préciſement, ni que le pere condamné eût perdu les droits de la puiſſance paternelle, ni qu'il les eût conſervez, l'état du condamné étoit comme en ſuſpens, & la queſtion auſſi demeura indéciſe.

§. 6. Fictione priſtinâ exploſa, rectâ via ad competentes judices, parentes intrent : & filios ſuos, à manu ſuâ dimittant, &c.

JUſtinien s'applaudit avec raiſon d'avoir aboli l'uſage des formalitez que l'on pratiquoit anciennement dans les émancipations, de ces ventes feintes & ſimulées, de ces affranchiſſemens feints & ſimulez : vaines ceremonies, qu'un Auteur appelle, les joüets de l'enfance des Loix Romaines. M. de Cambol. *Liv. 2. Ch. 11.*

On a jugé pendant long-tems au Parlement de Toulouſe, que l'émancipation ne pouvoit être faite que devant le Juge, cette Juriſprudence fondée ſans doute ſur ce qui eſt dit en ce Paragraphe, & en la Loi derniere *de emancipationibus* au Code *ad competentes judices parentes intrent & filios à manu ſuâ dimittant* : Mais on juge conſtamment aujourd'hui, que l'émancipation peut être faite indifferamment, & devant le Juge, & par acte devant Notaire. M. de Catelan. *Liv. 4. Ch. 52.*

En l'année 1682. il fut jugé à l'Audience de la Grand'Chambre, qu'un pere pouvoit émanciper ſon fils *ad hoc* ; c'eſt-à-dire, pour la validité de certain acte taxativement : Le ſieur de Fimarcon plaidant contre Mr. le Duc de Roquelaure fit recevoir ſon fils partie intervenante, quoiqu'il ne l'eût émancipé que pour cette intervention ſeulement ; mais le cas s'étant preſenté depuis, en la cauſe de M. Auriol Conſeiller au Parlement, contre les créanciers du ſieur Auriol ſon pere, l'Arrêt, dont nous venons de parler, ne fut pas regardé comme un préjugé déciſif ; le ſieur Auriol pere avoit conſenti que ſon fils fût émancipé à l'effet d'accepter une donation qui devoit lui être faite par un de ſes oncles ; & ayant enſuite fait faillite, ſes créanciers demandoient que l'émancipation fût declarée nulle ; il eſt aiſé de comprendre dans quelle vûë ils formoient cette demande, & que ce n'étoit que pour parvenir à faire entrer les fruits & Dictionaire des Arrêts, *lett. E. page 75.* Autre Arrêt conforme.

revenus des biens donnez, parmi les effets du ſieur Auriol pere leur débiteur, pour faire fonds à leur payement. On convenoit unanimement qu'une émancipation *ad hoc*, une émancipation mementanée ſpeciale, étoit contraire aux principes du Droit, qui met l'émancipation au nombre de ces actes, *qui non recipiunt diem neque conditionem*; mais la nullité tombe-t'elle ſur l'émancipation même, ou ſur la condition? Tombe-t'elle ſur l'émancipation pour remettre les choſes en l'état où elles ſeroient, ſi ce fils étoit encore en la puiſſance paternelle? Tombe-t'elle ſur la condition, en ſorte que la rejettant comme nulle & de nul effet, l'émancipation doive être regardée comme faite purement & ſimplement, & le fils affranchi pour toûjours de la puiſſance de ſon pere? On ne jugea pas préciſement cette derniere queſtion, mais en opinant ſur une proviſion demandée par le ſieur Auriol pere, tous les Juges convinrent que la condition rendoit l'émancipation nulle; c'eſt-à-dire, que l'émancipation faite ſous condition, ne pouvoit avoir aucun effet, même par rapport à l'acte pour lequel elle avoit été faite; & c'eſt à mon avis à quoi il faut s'en tenir: le texte eſt précis, & ne paroît pas ſuſceptible de differentes interpretations, *actus legitimi*, dit la Loi 77. *de reg. juris*, *in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem.*

L. Actus legitimi, ff. de reg. Juris.

Le conſentement que donne le pere à l'habitation ſeparée de ſon fils eſt regardé comme une émancipation tacite, mais il faut pour cela que la ſeparation ait duré dix années, les Arrêts ayant ainſi interpreté *le Diù* dont il eſt parlé en la Loi 1. *Cod. de patria poteſtate: Si Diù paſſus ſis, ut patris familias res ejus agi, &c.* & il faut encore que cette ſeparation ſoit bien volontaire de part & d'autre; car on comprend aiſément que l'émancipation tacite eſt fondée ſur une preſomption, qui ceſſe toutes les fois que la ſéparation eſt forcée: qu'une fille mariée par exemple demeure pendant dix ans ſéparée de ſon pere, & dans la maiſon de ſon mari, elle ne ſera point cenſée émancipée, parce que le Mariage qui oblige la femme à ſuivre ſon mari, la ſepare neceſſairement de ſon pere: Qu'un Curé demeure ſeparé de ſon pere pendant dix ans, il ne ſera point cenſé émancipé, parce qu'il eſt attaché neceſſairement au ſervice de ſa Paroiſſe: Qu'une fille quitte la maiſon paternelle pour aller ailleurs

M. de Cambolas, *Liv. 1. ch. 27.*

Dolive, *Liv. 3. ch. 3.*

Graverol ſur M. Laroche, *Liv. 6. in verbo* Emancipation, *Tit. 44.*

ailleurs gagner sa vie en qualité de servante, l'habitation separée ne l'émancipera jamais, parce que la necessité l'a contrainte à vivre ainsi separée de son pere, &c. Il est remarquable que les Arrêts donnent à l'emancipation tacite qui se fait après la dixiéme année un effet retroactif au temps que le fils a commencé d'habiter séparement de son pere; de maniere que tout ce qui est fait par le fils dans l'intervale est bon & valable, s'il ne se trouve d'autre obstacle que celui de la puissance paternelle.

M. de Catelan, *Liv.* 4. *ch.* 51.

M. de Catelan, *ibid.*

§. 6. Et tunc in bonis hujusmodi filii, eadem jura præstantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti, &c.

LE fils après l'émancipation n'étoit plus regardé comme de la famille de son pere, & le fils émancipé ne se succedoient point reciproquement: le pere, comme dit ici Justinien, ne conservoit de droit sur les biens de son fils, qu'autant que les Loix en donnoient à un maître sur les biens de son affranchi; cela fut changé dans les suites, & sur tout par la Novelle 118. qui par rapport à la maniere de succeder ne laisse aucune difference entre les enfans émancipez, & ceux qui sont encore sous la puissance paternelle.

§. 7. Admonendi sumus, liberum arbitrium esse ei, qui filium, & eo nepotem in potestate habebit, filium quidem de potestate dimittere: nepotem verò retinere & è converso, &c.

UN ayeul peut émanciper son petit-fils sans émanciper son fils, ou émanciper son fils, sans émanciper son petit-fils: la chose est sans difficulté; mais on demande si un ayeul qui émancipe son fils a besoin d'une reservation expresse pour conserver la puissance sur les petits-fils, ou s'il la perd de cela seul, qu'il ne l'a pas expressement reservée? J'ai été surpris de voir cette question traitée par quelques uns de nos Auteurs comme une question douteuse, n'y ayant en effet aucune raison de douter après ce que dit Justinien sur la fin de ce Titre, que si quelqu'un émancipe son fils, tandis que sa belle-fille est enceinte, l'enfant conçu avant l'émancipation est en la puissance de l'ayeul, *si filium emancipa-*

Henris, *Tom.* 2. *pag.* 338. Suite de Boniface. *Tom* 2. *pag.* 285.

veris prægnante nuru tua, quod ex ea naſcitur, in poteſtate tua naſcitur; puiſqu'un enfant qui ſe trouve ſeulement conçu lorſque ſon pere eſt émancipé, demeure en la puiſſance de l'ayeul : il eſt évident que l'ayeul conſerve, ou retient la puiſſance ſur tous les enfans nés avant l'émancipation, je veux dire, qu'il la conſerve & qu'il la retient, quoique non expreſſement reſervée ; il y auroit peut-être plus de difficulté à ſçavoir, ſi un ayeul en émancipant ſon fils peut donner cet effet à l'émancipation, que les petits enfans déja nés ou conçus entrent en la puiſſance du fils émancipé? On peut rappeller ici l'obſervation que nous avons faite au commencement de ce Titre.

§. 8. *Sed & ſi pater filium, quem in poteſtate habet, avo vel pro avo in adoptionem dederit : Solvitur jus patriæ poteſtatis, & tranſit in hujuſmodi parentem adoptivum, &c.*

LEs enfans ſortoient de la puiſſance paternelle par l'adoption qu'en faiſoit l'ayeul ou le bis-ayeul : cela ſans doute n'eſt d'aucun uſage parmi nous ; mais je ne ſçai ſi cette maniere de tranſmettre la puiſſance paternelle de la perſonne du pere à celle de l'ayeul ou bis-ayeul ne pourroit point ſervir à la déciſion propoſée ſur le §. qui précede : Si un ayeul en émancipant ſon fils peut donner cet effet à l'émancipation, que les petits-fils déja nés & conçus entrent en la puiſſance du fils émancipé ; il ſemble qu'on en peut conclure, que puiſque la puiſſance paternelle n'eſt pas un droit ſi perſonnel, ſi eſſentiellement inherant à la perſonne du pere, que le pere ne puiſſe s'en dépoüiller en faveur de l'ayeul ou du bis-ayeul, rien n'empêche que l'ayeul en émancipant ſon fils, ne puiſſe ſe dépoüiller en ſa faveur de la puiſſance qu'il a ſur les petis-fils nés avant l'émancipation.

§. 8. *Si hoc ipſum apud competentem judicem manifeſtaverit, præſente eo, qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo præſente qui adoptat, &c.*

JUſtinien exige pour la validité de cette eſpece d'émancipation quiſe faiſoitpar l'adoption, la preſence de toutes les parties intereſſées, & du pere qui donnoit ſon fils en adoption, & de l'ayeul qui adoptoit, & du fils qui étoit adopté. La Loi 5. *de emancipationuibus* au Code, permet à un pere d'émanciper ſon fils, quoiqu'abſent ; mais elle exige que le pere en perſonne faſſe l'émancipation, *precibus à ſemet oblatis* ; c'eſt ſans doute ſur ce fondement que fut rendu l'Arrêt du Parlement de Bordeaux, rapporté par Lapeyrere, *lett.* E. *nom.* 6. qui déclara une émancipation faite en vertu de la procuration d'un pere abſent, nulle & de nul effet : Peut être qu'aujourd'hui, que la Juriſprudence des Arrêts ſemble avoir ramené les émancipations au Droit Commun & ordinaire de tous les Actes, * on pourroit regarder la neceſſité de la preſence du pere, comme un reſte de l'ancienne ſolemnité, dont le défaut ne ſeroit pas un moyen de nullité ; mais quoiqu'il en ſoit, puiſque la Loi que nous venons de citer permet d'émanciper les fils de famille abſens, & ceux là même qui par leur âge ſont ancore hors d'état de donner leur conſentement, il ſeroit très-imprudent dans le cas où le pere & le fils ſe trouveroient en des lieux éloignez l'un de l'autre, très-imprudent, diſons-nous au pere, d'envoyer une procuration pour émanciper ſon fils, plûtôt que de n'émanciper pas lui-même ſon fils abſent.

*M. de Catelan, *Liv.* 4. *ch.* 52.

Juſtinien ne parle jamais du Juge devant qui doit être faite l'émancipation, qu'il n'ajoûte la qualification de Juge competant : *Apud competentem judicem parentes intrent, &c. Si hoc ipſum apud competentem judicem manifeſtaverit, &c.* Mais ce que nous avons déja obſervé, que dans l'uſage l'émancipation peut être faite indifferamment, & devant le Juge, & par acte devant Notaire, nous fait aſſez comprendre que l'incompetence du Juge ſeroit un foible moyen pour faire déclarer une émancipation nulle. Nous trouvons dans le ſecond Tome du Journal du Palais, page 707. un Arrêt qui declara valable l'é-

mancipation qu'avoit fait un Seigneur devant ſon propre Juge ; & M. Catelan, *Liv. 4. ch. 52.* en raporte un autre, qui jugea valable l'émancipation qu'avoit fait un pere dans ſa propre maiſon, devant un Conſeiller du Senéchal de Beziers, en preſence d'un Notaire, & de deux témoins, le Notaire ayant retenu acte, non comme perſonne publique, ce qu'il auroit pû faire ſans aucune autorité judiciaire ; mais comme Secretaire ou Greffier du Magiſtrat, &c.

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

ON trouve non-ſeulement dans le Droit divers cas dans leſquels un pere peut être contraint d'émanciper ſes enfans, comme on peut voir en la Loi *ſi lenones*, 12. *Cod. de Epiſcopali audientia*, & en la Loi derniere *ſi à parente quis manum* ; mais on y en trouve encore un, dans lequel le pere retenant la puiſſance paternelle, en perd néanmoins les avantages, & celui-là ſur tout, qui conſiſte à joüir de l'uſufruit des biens avantifs du fils non émancipé : j'entends parler du cas propoſé en la Loi *Imperator* 50. *ff. ad Trebell.* où l'Empereur condamne un pere à anticiper la reſtitution d'un fideicommis dont il étoit chargé en faveur de ſon fils, & dont il diſſipoit les biens : *Cum multa in fraudem fideicommiſſi fieri probaretur, reſtitui hæreditatem filio juſſit ; nam quia cautiones non poterant interponi conſervata patria poteſtate, damnum conditionis propter fraudem inflixit* : déciſion ſuivie dans l'uſage, & conformément à laquelle par Arrêt rendu en la Troiſiéme Chambre des Enquêtes le 2. Avril 1705. il fut ordonné ſur la preuve des diſſipations faites par le ſieur Pocheville, habitant de Toulouſe, que le fideicommis dont il étoit chargé par ſon pere, demeureroit reſtitué au profit de ſon fils, âgé ſeulement de ſix ans, auquel effet il ſeroit pourvû de Curateur à ce fils.

TITRE XIII.

DE TUTELIS.

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

LE Droit Romain diſtingue trois ſortes de Tutelles, la teſtamentaire, la legitime, & la dative : Nous ne reconnoiſſons point en France les deux premieres : toutes les Tutelles, dit-on communement, ſont datives, & cette maxime, comme l'on voit, abroge ou rend inutiles bien de choſes contenuës en ce Titre, & dans les Titres ſuivans. *Loüet & Brodeau, lett. C Som. 25.*

Ce n'eſt pas que les peres ne puiſſent parmi nous donner par leur teſtament de Tuteurs à leurs enfans pupilles, ou qu'en défaut du Tuteur teſtamentaire, la Tutelle ne ſoit ſouvent déferée aux plus proches parens des pupilles & leurs heritiers préſomptifs, mais c'eſt que toute nomination à la Tutelle doit être confirmée par le Juge, & que c'eſt la confirmation du Juge, ſuivant la remarque de Cujas au Liv. 7. de ſes Obſervations Ch. 7. qui caracteriſe la Tutelle dative, ce qui la diſtingue eſſentiellement de la Tutelle teſtamentaire, & de la Tutelle legime ; ſi on attaque, dit le Juriſconſulte en la Loi 26. §. dernier, *ff. de teſtamentaria Tutela*, ſi on attaque un teſtament qui contient nomination de Tuteur, le Magiſtrat doit pendant procès confirmer le Tuteur nommé par le Teſtament, & ce n'eſt que par l'évenement qu'on pourra juger de la nature de cette Tutelle, ſi elle eſt teſtamentaire ou dative : ſi par l'évenement le teſtament eſt confirmé, la Tutelle ſera teſtamentaire, & elle ſera dative ſi le teſtament eſt caſſé : *eventus judicatæ rei declarabit, utrum ex teſtamento patris, an ex decreto Prætoris autoritatem acceperit.*

Mornarc ſur la Loi 20. *Cod. de Epiſcopali Audientia*, rapporte un Arrêt qui nous fait comprendre combien malgré la maxime, que toutes les tutelles ſont datives en France, on dé-

fere à la volonté du pere, qui par ſon Teſtament nomme un tuteur à ſes enfans pupilles: Un pere par ſon Teſtament avoit nommé nn tuteur à ſon fils, la mere du pupille vouloit exclure ce tuteur teſtamentaire, ou l'obliger à donner caution, comme elle offrit d'en donner elle-même; caution de la part du tuteur nommé paroiſſoit néceſſaire: & à défaut de caution la préference de la mere juſte & favorable, parce que ce tuteur étoit un étranger, & que la ſucceſſion conſiſtoit toute en effets mobiliaires; cependant le choix du pere fut confirmé purement & ſimplement; & on le confirma (dit Mornac) parce que les raiſons d'excluſion alleguées par la mere, avoient été connuës au pere teſtateur, & que par la Loi 10. *ff. de confirmando tutore vel curatore*, un tuteur teſtamentaire ne peut être exclus que par des raiſons dont le pere teſtateur n'a eu vraiſemblablement aucune connoiſſance; *patris voluntatem Prætor ita accipere debet, ſi pater non fuit ignarus eorum quæ ipſe Prætor de tutore comperta habet*, dans le Journal du Palais, Tom. 1. pag. 144. on trouve un autre Arrêt rendu à peu près dans le même cas, & ſur le même principe: une mere alleguoit divers moyens d'excluſion contre le tuteur teſtamentaire: & celui-là entr'autres, que le Teſtament qui le nommoit étoit un Teſtament inparfait, & où il n'avoit été obſervé aucune formalité; cependant la raiſon priſe de la volonté du pere prévalût, le tuteur nommé par le pere fût confirmé à l'excluſion de la mere. On défere donc, & on doit beaucoup déferer au choix que le pere fait d'un tuteur par ſon Teſtament; mais ce choix doit être confirmé par le Juge, ce qui caracteriſe comme nous avons dit la tutelle dative: & non-ſeulement il doit être confirmé par le Juge, mais agréé encore par les parens; juſques-là que dans le concours de deux tuteurs nommez, l'un par le Teſtament du pere, & l'autre par les parens, les Arrêts rapportez par Loüet, Lett. T. Som. 2. ont donné la préference à ce dernier, on trouve des Arrêts ſemblables dans M. Laroche, pag. 388.

TITRE XIV.

QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

NOus n'avons qu'une obſervation à faire ſur ce Titre : & c'eſt au ſujet de l'excluſion que donne Juſtinien dans le §. 2. aux mineurs de 25. ans : La regle eſt certaine, mais elle ſouffre une exception en faveur des meres, que les Arrêts ont jugé pouvoir être tutrices de leurs enfans, quoique mineurs de 25. ans, * lorſque la tutelle leur a été déferée par le Teſtament de leurs maris ; je parle taxativement de la tutelle teſtamentaire, parce qu'il n'en eſt pas de même de la tutelle legitime qui eſt déferée aux meres à l'excluſion de tous autres parens, par l'autentique *matri & aviæ*, *Cod. quando mulier tutelæ officio fungi poteſt*, les Arrêts ayant jugé pluſieurs fois qu'il falloit à cet égard s'en tenir à la regle genérale, & un Arrêt entre autres rendu à la Grand'-Chambre le 1. Mars 1701. contre la Demoiſelle de Sage, veuve de Me. Jacques de S. Chriſt Procureur du Roi à Tarbe, appellante d'une Ordonnance du Senéchal, portant qu'elle ſe préſenteroit pour juſtifier qu'elle étoit majeure ; & que faute par elle de rapporter des preûves de ſa majorité, il ſeroit procedé à la nomination d'un tuteur ; l'Ordonnance du Senéchal fut confirmée, & la Demoiſelle de Sage démiſe de ſon appel. Les Arrêts rapportez par Brodeau ſur Loüet, lettre G, ſomm. 6. nomb. 5. & 6. ajoûtent à celui que nous venons de citer, en ce qu'ils ont jugé que la caution même, offerte par la mere mineure de 25. ans, ne pouvoit lever l'excluſion & ſuppléer au défaut de l'âge.

* Mr. de Cambolas, *liv.* 4. *Ch.* 22.

Juſtinien en parlant des perſonnes à qui la tutelle ne peut être deferée, oublie de parler des femmes autres que les meres des pupiles : la tutelle, diſent les Loix eſt une charge virile, *virile munus ultrà ſexum fœminæ infirmitatis* ; & ſur ce fondement il a été jugé pluſieurs fois que les femmes ne pouvoient pas même être admiſes aux aſſemblées des parens convoquées pour la nomination du tuteur. *

L. 1. *quando mulier tut. off. fueri poteſt.*

* M. de Catelan, *Liv.* 8. *Ch.* 2.

TITRE XV.

DE LEGITIMA ADGNATORUM TUTELA.

Quibus Teſtamento tutor datus non eſt, his ex Lege duodecim tabularum adgnati ſunt tutores, qui vocantur legitimi.

LA maxime dont nous avons parlé, que les tutelles ſont datives en France, trouve encore plus d'application aux tutelles légitimes qu'aux teſtamentaires ; car non-ſeulement la tutelle n'eſt pas déferée de plein droit à celui qui ſe trouve le plus proche parent du pupille, mais cette qualité même de plus proche parent, n'eſt point un titre pour être choiſi & nommé préferablement à tous autres : les parens ſuivant les circonſtances pouvant nommer un d'entre eux dans un degré plus ou moins éloigné, ſans que le tuteur ainſi nommé, puiſſe s'excuſer par la raiſon qu'il n'eſt pas l'heritier préſomptif du pupille, & ſans que le plus proche parent puiſſe auſſi par la même raiſon, ſe plaindre de l'excluſion qui a été faite de ſa perſonne : Bien plus ; le juge devant lequel les parens aſſemblez, procedent à la nomination d'un tuteur n'eſt pas aſtraint à la neceſſité de ſuivre & confirmer leur choix, il eſt établi pour en juger, & non pour y ſouſcrire aveuglement & ſans connoiſſance de cauſe, ayant interêt par l'action ſubſidiaire qui pourroit être intentée contre lui en cas d'inſolvabilité du tuteur & des nominateurs, qu'on nomme une perſonne capable, dont la conduite ne ſoit point ſuſpecte.

Il y a quelques Coûtumes dans le Royaume qui ont introduit une action connuë ſous le nom de condecente, & par laquelle le tuteur nommé par les parens fait rejetter la tutelle ſur un autre parent en degré plus proche. Le nom de cette action n'eſt point connu dans cette Province de Languedoc, mais rien n'empêche pourtant ſuivant l'obſervation de Mr. Maynard, Liv. 7. Ch.

ch. 26. que le parent plus proche, & le parent plus éloigné ne ſoient écoutez s'ils ſe plaignent, l'un de la nomination qui a été faite de ſa perſonne, & l'autre de ſon excluſion ; pourveu toutefois qu'ils ayent d'ailleurs & independament de cette qualité de parent plus proche, ou de parent plus éloigné, des raiſons legitimes de ſe plaindre ; ce qui doit être examiné par le Juge, & décidé, comme le dit le même Auteur, *inſpecta perſonarum qualitate, & variis cauſarum figuris.*

Nous ne reconnoiſſons proprement de tutelle legitime, que celle qui eſt déferée à la mere : il ne faut pour celle-ci ni aſſemblée des parens, ni confirmation du Juge, la mere eſt tutrice de plein droit ; & ſi fort, que n'ayant point fait nommer d'autre tuteur à ſes enfans, elle ne peut ſe diſpenſer de défendre aux aſſignations qui lui ſont données en cette qualité de tutrice, quelque déclaration qu'elle faſſe qu'elle ne veut point accepter la tutelle : Je l'ai vû juger ainſi à l'Audience de la Grand'-Chambre le 26. Février 1703. une mere demandoit d'être relaxée de l'aſſignation qui lui avoit été donnée comme tutrice, diſant qu'elle ne l'étoit ni ne vouloit l'être : l'Arrêt declara les pourſuites valablement faites, & ordonna qu'elles ſeroient continuées avec la mere, ſauf à elle à faire nommer un autre tuteur. Une mere n'eſt pas tutrice neceſſaire, je veux dire, qu'on ne peut pas la forcer à être tutrice, ſi elle ne le veut ; mais elle eſt tutrice née, reconnuë pour telle, & en cette qualité obligée d'agir & de défendre juſqu'à ce qu'elle en ait fait nommer un autre à ſa place : Nous trouvons dans le 2. Tome de Baſſet, *pag.* 238. des Arrêts conformes à celui que nous venons de rapporter.

Si nous ne faiſions que déferer à la mere la tutelle legitime de ſes enfans pupilles, notre Juriſprudence ſeroit très-conforme à la diſpoſition du Droit en l'Autentique, *matri & aviæ, Cod. quandò mulier tutellæ officio, &c.* mais nous nous éloignons de la diſpoſition du Droit. 1°. En ce que nous tolerons, qu'un mari puiſſe par ſon Teſtament déferer la tutelle à ſa femme, quoique mineure de 25. ans, ainſi que nous l'avons obſervé ſur le Titre précedent. 2°. En ce que nous tolerons que la mere demeure tutrice même après avoir convolé en ſecondes nôces ; veritablement la mere remariée n'exerce plus cette tutelle

legitime qui lui étoit déferée de plein droit; mais rien n'empêche que les parens ne déferent la tutelle à la mere, quoique remariée; * & c'eſt ce que le Droit Romain ne permettoit point : *matri & aviæ*, dit l'Autentique que nous venons de citer *tutelam ſubire permittimus, ſi nuptiis aliis renuntiaverit* : & dans l'Autentique *eiſdem pœnis*, *Cod. de ſecundis nuptiis, contractis nuptiis*, (dit Juſtinien) *à tutela repellitur*. Encore une fois, notre Juriſprudence s'éloigne également de la diſpoſition du Droit, & à l'égard de la tutelle teſtamentaire qu'on permet au mari de déferer à ſa femme, quoique mineure de 25. ans, & à l'égard de la tutelle dative que l'on permet aux parens de déferer à la mere quoique remariée.

* M. Durantry, *queſt.* 65.

Une mere remariée exerce ſi peu, ou continuë ſi peu à exercer cette tutelle legitime qui lui eſt d'abord deferée de plein droit, que ſi elle ſe remarioit ſans avoir plûtôt aſſemblé les parens pour élire un nouveau tuteur, elle encouroit des peines ſeveres, & les mêmes qu'encourent les femmes qui ſe remarient dans l'an du deüil, le tout ſuivant la diſpoſition de la Novelle 22. d'où a été priſe l'Autentique *eiſdem pœnis*, *Cod. de ſecundis nuptiis* ; dans l'uſage ces peines ſe reduiſent à la privation des liberalitez que la femme a reçu de ſon premier mari en proprieté & en uſufruit ; car pour ce qui regarde la ſucceſſion des enfans du premier lit decedez en pupillarité, dont elle eſt auſſi privée, Mr. Dolive a très-bien obſervé que c'eſt moins une peine du convol à des ſecondes nôces, *non petitis tutoribus*, que la punition de ſa negligence, qui lui eſt commune avec les plus proches parens du pupille ; & qu'à l'égard même des femmes qui ſe remarient dans l'an de deüil, cette peine n'étoit point du nombre de celles dont les Loix les puniſſent : les Arrêts en cela plus ſeveres que les Loix, mais plus indulgens auſſi pour ce qui regarde les autres peines, une deſquelles étoit l'infamie. Voyez Mr. Dolive, *Liv. 3. ch. 5. 6. 31. & 32.* & Mr. de Catelan, *Liv. 4. ch. 21. & 58.*

Cette peine concernant la ſucceſſion des enfans du premier lit, decedez en pupillarité, de laquelle ſont privées les meres qui ſe remarient, *non petitis tutoribus*, ou dans l'année du deüil, a donné lieu à une queſtion; ſçavoir, ſi l'excluſion ou l'incapacité s'étend juſqu'aux enfans du ſecond lit, & là-deſſus les Arrêts ont

diſtingué : La mere eſt-elle vivante lors du decès des enfans du premier lit en pupillarité, ou étoit-elle déja decedée ? Dans le premier cas ſon exiſtance & ſon indignité empêchent les enfans du ſecond lit de ſucceder, mais dans l'autre rien n'empêche que les enfans du ſecond lit ne ſuccedent, ces enfans venant alors de leur chef, & la faute de leur mere étant comme effacée par ſa mort ; lorſque les enfans du ſecond lit ſont exclus par l'exiſtance de leur mere, la ſucceſſion eſt devoluë aux parens paternels à l'excluſion des maternels. M. de Catelan, *Liv. 4. ch. 72. & 73.* M. Maynard, *Liv. 3. ch. 99.* M. Cambolas, *Liv. 5. ch. 31.* & M. Dolive en ſes Notes ſur le Ch. *6.* du Liv. 3.

§. 1. Sunt autem adgnati, [cognati] per virilis ſexus cognationem conjuncti, &c.

NOus ſuivons en France la diſpoſition de la Novelle 118. *ch.* 4. *&* 5 où Juſtinien abroge tant pour les tutelles que pour les ſucceſſions, la difference qu'il fait ici entre les parens par les mâles, appellez *adgnati*: & les parens maternels ou les parens par les femmes appellez *cognati* : Par la Juriſprudence des Arrêts on peut déferer la tutelle, non-ſeulement à tous les parens par les mâles, ou par les femmes ſans diſtinction, mais à ceux-là même qui ne ſont qu'alliez du pupille, quoique les alliez ſoient exclus de toute eſperance de ſucceſſion : & qu'à leur égard la regle, *ibi tutelæ onus, ubi & ſucceſſionis emolumentum*, ne puiſſe trouver aucune application; ce qui doit être néanmoins entendu avec le temperament dont nous avons parlé au commencement de ce Titre. M. Maynard, *Liv. 7. ch. 49.* M. Dolive, *Liv. 1. ch.* 33. M. Catelan, *Liv. 8. ch. 2.* & Lapeyrere, *let.* T. *N°. 699.*

TITRE XVI.

DE CAPITIS DE MINUTIONE.

§. 1. *Maxima capitis deminutio accidit his, qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ, &c.*

§. 2. *Minor sive media capitis deminutio, &c.*

LEs Galeres perpetuelles ſont à peu près parmi nous, ce qu'étoit parmi les Romains, cette condamnation qui faiſoit le grand changement d'état, la condamnation aux métaux, & le banniſſement perpetuel hors du Royaume, ce qu'étoit parmi les Romains la déportation ou l'interdiction de l'uſage de l'eau & du feu, qui faiſoit le ſecond changement d'état, *minor ſeu media capiti deminutio* : Les derniers Arrêts du Parlement de Toulouſe, * ont ſuivi cette comparaiſon en jugeant la queſtion ; ſçavoir, ſi la condamnation à l'une ou à l'autre de ces peines, dont nous venons de parler, donnoit lieu à l'ouverture de la ſubſtitution ; car comme par le Droit Romain, la condamnation aux métaux donnoit lieu à l'ouverture de la ſubſtitution, & non la déportation : Il a été jugé de même que la ſubſtitution étoit ouverte par la condamnation aux Galeres perpetuelles, & non par la condamnation au banniſſement perpetuel: Je dis les derniers Arrêts, parce qu'on jugeoit autrefois, * que la ſubſtitution étoit auſſi peu ouverte par la condamnation aux Galeres perpetuelles, que par le banniſſement perpetuel, la déciſion de la Loi *ſtatius Florus*, §. *Cornelio felici, ff. de jure fiſci*, appliquée également à l'un & à l'autre cas, *dicibat felix ſe antè pœnam eſſe, hoc enim conſtitutum eſt, ſed ſi nondum dies Fideicommiſſi veniſſet, repulſas eſt interim petitione Fideicommiſſi, &c.* Par la condamnation au banniſſement perpetuel hors du Royaume, la ſubſtitution eſt donc comme en ſuſpens, elle dépend du prédecès du ſubſtitué ou de l'heritier grevé ; en ſorte que ſi l'heritier grevé ſurvit au ſubſtitué, la ſubſtitution

* M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 76.*

* M. Dolile, *Liv. 5. ch. 8.*

par l'art. 24. tit. 1. de l'ord. des ſubſtit. de 1747 dans tous les Cas où la condamnation pour crime emporte mort civile y a ouverture à la ſubſtitution ainſy que par la profeſſion religieuſe

devient caduque, & les biens en dépendans acquis irrevocablement au fisc ; & il en est de même de la condamnation à mort par défaut, je l'ai vû juger ainsi il y a quelques années, en faveur du sieur de Lavalete, contre le sieur Lugol ; celui-ci demandoit le délaissement des biens que son pere condamné à mort par Contumace étoit chargé de lui rendre : Le sieur de Lavalete au profit de qui les biens du pere avoient été confisquez, s'opposoit à cette demande : Arrêt le 3. Septembre 1701. au Rapport de Mr. de Roussi, qui declare n'y avoir lieu quant à present d'ouvrir la substitution, ordonne que le sieur de Lavalete joüira des biens en dépendans jusqu'à la mort naturelle du pere condamné. Le condamné à mort par défaut est reputé sans doute mort civilement, ainsi que le condamné au banniſſement perpetuel ; mais l'effet de cette mort civile par rapport à la substitution, n'est pas le même que celui de la mort naturelle : la mort civile par rapport à la substitution n'a le même effet que la mort naturelle qu'en la personne du condamné aux Galeres perpetuelles, & de celui qui a fait Profession Réligieuse.

Arrêts semblables dans M. Dolive, *Liv. 5. Ch. 8.*

M. Dolive *ibid.* Leprêtre, *Cent. 3. Ch. 81. pag. 667.* rapporte des Arrêts qui ont jugé que la substitution n'étoit pas ouverte par la Profession Réligieuse ; mais Gueret en ses remarques sur cet Auteur, rapporte des Arrêts posterieurs contraires.

§. 3. *Minima capitis deminutio, &c. veluti si filius familias à patre emancipatus fuerit, &c.*

PAr l'émancipation, les enfans sortoient également de la famille, & de la puissance de leur pere, ce qui faisoit ce petit changement d'état, dont parle ici Justinien, *minima capitis deminutio* ; mais nous avons observé ailleurs, que la Novelle 118. avoit déja ôté cet effet à l'émancipation.

§. 5. *A Senatu motos capite non minui constat.*

CEs paroles de Justinien, donnent occasion à Loyseau, traité des Offices, *Liv. 1. Ch. 13. nom. 65. pag. 193.* d'examiner, si celui qui par délit a été privé de sa charge, ou qui a été declaré inhabile & incapable de l'exercer, doit être mis au rang des infames ; cet Auteur convient que l'Officier dégradé ne souffre aucun changement d'état, mais il fait voir aussi, que l'état changé, ou non, ne conclut rien pour l'infamie, &

il le prouve entr'autres par la Loi 5. *ff de extraordinariis cognitionibus*, où le Juriſconſulte définit la reputation d'un Magiſtrat, une reputation entiere & ſans tâche & oppoſée à l'infamie, *ſtatus illæſæ dignitatis.*

§. 6. Si maxima capitis deminutio interveniat : Jus quoque cognationis perit, &c.

JUſtinien ſemble démentir ici ce qu'il a dit ſur la fin du Titre precedent, que les droits du ſang & de la parenté, fondez ſur les loix de la nature, loix éternelles & immuables, ne peuvent recevoir aucun changement, & qu'ils peuvent encore moins être éteints pour toûjours : *Civilis ratio civilia quidem jura corrumpere poteſt, naturalia verò non utique* : Mais quoiqu'il en ſoit, ce qui eſt dit en ce §. ne peut être appliqué, ni à la condamnation aux galeres perpetuelles, ni au baniſſement perpetuel, dans la comparaiſon que nous faiſons de la premiere de ces peines à la condamnation aux métaux, & de la ſeconde, au baniſſement perpetuel-

TITRES XVII. XVIII. & XIX.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

CEs trois Titres ne ſont d'aucun uſage parmi nous, ſi on n'excepte, ce qui eſt dit dans le ſecond, de la Tutelle du pere, après qu'il a émancipé ſon fils pupille : On obſerve par tout que la Tutelle eſt ſubſtituée de droit à la puiſſance paternelle perduë par l'émancipation, que le pere après l'émancipation conſerve la qualité de Tuteur & de legitime adminiſtrateur de la perſonne & biens de ſon fils.

Nous parlerons ailleurs de cet article de l'Ordonnance de

1539. c'eſt l'art. 131. qui declare nulles toutes diſpoſitions faites en faveur des Tuteurs & Curateurs par les Pupilles ou les Mineurs ; & nous obſerverons ici, qu'il a été jugé par les Arrêts, que cet article ne devoit point être appliqué aux aſcendans : c'eſt à-dire, que les aſcendans n'étoient point compris dans la prohibition : „ Pourront toutefois, dit la Coûtume de Paris en l'art. 276. „ *diſpoſer* en faveur de leurs pere, mere, „ de la qualité ſuſdite, pourveu que lors du Teſtament & de- „ cès du Teſtateur, leſdits pere & mere ou autres aſcendans, „ ne ſoient remariez. *Voyez* Ricard, *Tome* I. *page* 101. *&* 102. & Bardet, *Tome* I. *pag.* 142.

TITRE XX.

DE ATTILIANO TUTORE, ET EO QUI EX LEGE Julia & Titia dabatur.

Si cui nullus omniò tutor fuerat ; ei dabatur, in urbe quidem ex Lege Atilia, in Provinciis ex Lege Julia & Titia, &c.

NOus l'avons déja dit, toutes les Tutelles ſont datives en France, ſi on excepte celles qui ſont déferées aux aſcendans, pere, mere ayeul & ayeule ; ainſi ce que les Juges parmi les Romains ne faiſoient qu'en défaut de tuteurs teſtamentaires & legitimes, les Juges le font toûjours parmi nous : les parens néanmoins préalablement aſſemblez pour donner leur avis, & en défaut des parens, les amis & les voiſins, le tout à la requiſition & à la diligence du Procureur du Roi, ou du Procureur fiſcal du lieu où le pere du pupille avoit ſon domicile : *Prætor*, dit la Loi 1. *ff. de Minoribus, tutelam minorum ſuſcepit* ; & delà quelques-uns de nos Auteurs * ont voulu conclure, qu'en rendant toutes les Tutelles datives, nous n'avions fait après tout que nous conformer à la diſpoſition du Droit ; Mais on com-

* Brodeau ſur Louet, *lett.* T. *Somm.* 2.

prend aiſement que cette obſervation eſt fondée ſur un texte mal entendu, ou mal appliqué, la Loi que nous venons de citer ne parlant de rien moins que de la Tutelle proprement dite, de cette Tutelle qu'on donne & à la perſonne, & aux biens d'un pupille.

§. 5. *Defenſores Civitatum una cum ejuſdem Civitatis Antiſtite, Tutores vel Curatores creare, &c.*

LEs Magiſtrats Municipaux ne ſe mêlent point en France de décerner les Tutelles, & les Evêques encore moins. Par l'art. 6. de l'Edit de Cremieu, les Juges Royaux ſont ſeuls en droit de nommer des Tuteurs, ſçavoir : les Baillifs & les Senéchaux aux perſonnes nobles, & les Juges inferieurs aux roturiers ; mais cet Edit eſt mal obſervé, du moins pour ce qui regarde la tutelle des perſonnes roturieres, les Juges des Seigneurs étant en poſſeſſion d'en connoître, de même que les Juges Royaux.

Brodeau, *ibid.*

§. 7. *Cum pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant, poſt pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.*

LEs Tuteurs, dit Juſtinien, doivent après que la Tutelle a pris fin rendre compte de leur adminiſtration : Nous ajoûterons que ce n'eſt que par le compte que les Tuteurs peuvent eſperer d'être déchargez de leur adminiſtration, & qu'il n'y a ni acte ni Tranſaction qui puiſſe ſuppléer ; quelque ratification même qu'en faſſe le pupille devenu majeur de vingt-cinq ans, une Tranſaction paſſée à raiſon de la tutelle, *non viſis neque diſpunctis rationibus*, ne décharge point le Tuteur, elle eſt abſolument nulle, & ſi fort, que quoique les actions reciſoires ne durent ſuivant les Ordonnances que dix ans, celles du pupille pour ſe pourvoir & demander à être reſtitué en dure trente ; la Juriſprudence pour ce qui regarde la nullité de l'acte eſt la même dans tous les Parlemens du Royaume ; mais pour ce qui regarde la durée de l'action reciſoire pendant trente ans, elle eſt particuliere au Parlement de Toulouſe. *Voyez* Loüet & Brodeau, *lett.* T. *Som.* 3. Maynard, *Liv.* 2. *Ch.* 99. Dolive, *Liv.* 4. *Ch.* 16.

4. *ch.* 16. Catelan, *Liv.* 8. *ch.* 6. Henris, *Tom.* 1. *Liv.* 4. *ch.* 74. & Bardet, *Tom.* 1. *pag.* 142.

Le Tuteur doit ſe charger dans ſon compte de l'interêt des deniers délaiſſez par le pere du pupille, s'il a negligé de les employer en rente ou achat d'heritage: enſemble des deniers provenus de la vente des meubles periſſables qu'il a fait, ou qu'il a dû faire d'abord après le decès: Telle eſt la diſpoſition de l'Ordonnance d'Orleans, art, 102. conforme à la Loi 7. §. 1. & à la Loi 15. *ff. de adminiſtr. Tutor.* mais contraire à la Novelle 72. chap. 6. dont la déciſion convient également aux Curateurs & aux Tuteurs, quoiqu'il n'y ſoit parlé nommement que des premiers: *Sancimus*, dit Juſtinien en cette Novelle, *Nullam neceſſitatum eſſe curatoribus minorem pecuniam fœnerare, ſed cautè reponere & reſervare, quoniam melius eſt eis in antiquis tutamen manere, quam uſurarum appetitione etiam antiqua pecunia cadere.* Les deux Loix dont nous venons de parler, paroiſſent un peu oppoſées touchant le délai qui doit être donné au Tuteur pour placer les deniers du pupille, la Loi 7. ne donnant que deux mois, & la Loi 15. en donnant ſix; mais la Juriſprudence des Arrêts * a cherché à les concilier, en diſtinguant les ſommes trouvées dans l'heredité lorſque la Tutelle eſt décernée, d'avec les ſommes reçuës par le Tuteur durant le cours de ſon adminiſtration: à l'égard des premieres, on donne au Tuteur un délai de ſix mois, & de deux mois ſeulement à l'égard des autres.

* M. de Catelan, *Liv.* 8. *ch.* 4.

Pour ce qui regarde les ſommes exigées par le Tuteur pour les interêts des capitaux, ou les ſommes provenant des épargnes que le Tuteur a fait ſur les revenus du pupille, les Loix ſemblent les confondre, & n'en faire aucune difference des capitaux, même à l'effet de charger le Tuteur de l'interêt, s'il a negligé de les placer: *quod nomine uſurarum cum ſorte datur, ei qui accipit, totum vice ſortis fungitur, &c. omnis pecuniæ quæ ad Tutorem tranſit par cauſa eſt, quia omnis ſors efficitur.* Mais cette déciſion paroît bien dure pour les Tuteurs: auſſi ne l'obſerve-t'on dans aucun Parlement du Royaume; pas même quoi qu'en diſe Mr. de Catelan, *Liv.* 8. *ch.* 4. Dans le Parlement de Toulouſe, où l'uſage eſt communement tel, que ſi le Tuteur à la fin de l'année ſe trouve avoir du reliqua, parce que la dépen-

L. 7. §. 12. L. 58. *ff. adminiſtr. Tutor.*

ſe n'aura pas conſommé tous les revenus du pupille, on lui permet de retenir pour la dépenſe de l'année immediatement ſuivante, & ainſi des autres juſqu'à la clôture du compte, lors de laquelle tout ce qui ſe trouve entre les mains du Tuteur, compoſe un capital, qui produit interêt en faveur du pupille : * Je dis que tel eſt communement l'uſage, parce qu'en effet il n'eſt pas poſſible de fixer ſur cette matiere des regles certaines, les circonſtances pouvant déterminer les Juges à uſer de plus ou de moins de rigueur envers les Tuteurs, les circonſtances pouvant déterminer les Juges quelquefois à faire courir au profit du pupille les interêts même des épargnes, & quelquefois à décharger les Tuteurs des interêts, même des capitaux non placez dans le délai dont nous avons parlé : les Juriſconſultes l'ont penſé de même ; car nous trouvons divers textes du Droit, dans leſquels il eſt dit d'un côté, qu'on ne peut imputer à un Tuteur d'avoir laiſſé oiſifs les deniers pupillaires qu'il n'a pas trouvé à placer : *Si pecuniam pupillarem credere non potuit, quod non erat cui crederet, pupillo vacabit. L.* 12. §. *ult. ff. de adminiſt.* & de l'autre, qu'un Tuteur ne peut être excuſé, s'il a laiſſé oiſifs les deniers pupillaires, dans le temps qu'il a placé ſes propres deniers : *non eſt audiendus, ſi arguatur eo tempore ſuam pecuniam benè collocaſſe, L.* 13. §. 1. *ff. eod.* ce qui démontre que toutes les regles qu'on ſçauroit propoſer n'empêchent point que la queſtion ne ſoit toûjours arbitraire : la regle ſûre, s'il peut y en avoir quelqu'une ſur cette matiere, eſt celle qui eſt propoſée en la Loi 1. *Cod. de Tutellæ & rationibus diſtrahendis, in omnibus quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quæ non fecit, cum facere deberet, rationem reddat, præſtando dolum, culpam, & quantam in rebus ſuas diligentiam. Vid.* Dolive, *Liv.* 4. *ch.* dernier. Graverol ſur Laroche, *Liv.* 6. *Tit.* 54. *art.* 3. & *Tit.* 78. *art.* 2. Albert, *lett.* I. *art.* 6. Leprêtre, *Cent.* 1. *ch.* 52. & Maynard, *Liv.* 3. *ch.* 55.

* Cet interêt court ſans interpellation. M. de Catelan, *Liv.* 8. *ch.* 5.

Une choſe à laquelle un Tuteur doit avoir attention, c'eſt que la dépenſe ordinaire du pupille n'excede jamais ſes revenus, diſtraction faite des charges. J'ai vû, il n'y a pas long-tems, un acte de notorité, * par lequel M. le Lieutenant Civil de Paris atteſte là-deſſus l'uſage du Châtelet en ces termes : *On a toûjours jugé, conformément à la diſpoſition des Loix & du*

* Cet acte de notorieté eſt dans le Traité du Mariage, par Horry, *pag.* 116. le ſurplus dans les arrêtez de M. le P. P. de Lamoignon, *pag.* 36.

Droit, qu'un Tuteur étoit obligé de loger, nourrir & entretenir ſon pupille pour ſon revenu, ſi petit qu'il ſoit; & que s'il n'a rien, le Tuteur le doit faire à ſes dépens, comme étant une obligation qu'il contracte en faiſant le ſerment de tutelle; en ſorte que le Tuteur ne peut faire jamais dépenſer à ſon pupille plus que le revenu de ſon bien, & que le pupille lors de la reddition du compte a le choix d'abandonner tous ſes revenus à ſon Tuteur; au moyen de quoi il ne s'en chargera plus en recette, & ne lui fera aucun chapitre de dépenſe, ſinon par l'ordre du compte, où les articles ſeront ſeulement employez pour memoire, parce qu'il ſe fait par ce moyen une compenſation legale des revenus avec la dépenſe; d'où il s'enſuit que toute la dépenſe que le Tuteur a fait faire excedant le revenu du pupille, lui tombe en perte, comme étant une dépenſe inutile, ou une charge de la tutelle, ſans neanmoins que la prohibition de faire dépenſer au pupille plus que ſon revenu, donne un droit au Tuteur de dépenſer tout le revenu, quand il excede la dépenſe legitime. Cet acte de notorieté paroît un peu extraordinaire, en ce qu'il parle de l'entretien du pupille comme d'une obligation perſonnelle du Tuteur, & comme d'une charge de la Tutelle : les Loix cependant n'ont point decidé, qu'un pupille dût être nourri & entretenu aux dépens de ſon Tuteur; ainſi dans le cas d'une inſuffiſance notoire, le Tuteur, qui ne voudroit point contribuer du ſien, pourroit ſans difficulté faire de deux choſes l'une, ou mettre le pupille en ſervice, ou faire ordonner par le Juge qu'il ſeroit aliené un capital, ou un immeuble, le tout de l'avis des proches parens du pupille.

Les pupilles ont ſur les biens de leurs Tuteurs une hypoteque tacite & légale du jour de la nomination à la tutelle, ſuivant la Loi *pro officio, Cod. de adminiſtratione tutorum*, & la Loi *unique*, §. *& ut plenius, Cod. de rei uxoriæ actione* : & par l'Ordonnance de 1667. *tit.* 34. *art.* 3. ils ont encore la contrainte par corps après les quatre mois, pourveu que par Sentence, Jugement, ou Arrêt diffinitif, la ſomme ſoit liquide & certaine : l'hypoteque legale dont nous venons de parler, produit cet effet, que dans la diſtribution des biens du tuteur, tout ce qui eſt dû pour le reliqua de la tutelle eſt alloüé au pupille du jour que la tutelle a été decernée, quelques creanciers qu'il puiſſe y

avoir en ce temps-là, & la clôture du compte : & non-ſeulement le reliqua, mais les interêts même du reliqua qui ont couru depuis que le compte a été clos & arrêté : Il ſemble d'abord que les interêts qui ont couru depuis la clôture du compte devroient être regardez comme une dette commune & ordinaire, & qu'en faiſant remonter à cet égard l'hypoteque du pupille au jour que la tutelle a été decernée, on donne une extention au privilege ; mais dans le fonds, tout dépend du même principe, parce que ſuivant l'eſprit des Loix & des Ordonnances, un Tuteur eſt toûjours Tuteur, & toûjours regardé comme tel, juſqu'à ce qu'il ait payé tout ce qu'il doit de ſon adminiſtration : l'Authentique *eiſdem pœnis*, *Cod. de ſecundis nuptiis*, ne fait aucune difference entre la mere tutrice de ſes enfans qui ſe remarie ſans avoir fait donner un nouveau Tuteur, & celle qui ſe remarie après avoir fait donner un nouveau Tuteur, mais ſans avoir payé le reliqua du compte, l'une & l'autre encourent les mêmes peines : *eiſdem pœnis ſubjicitur quæ ſuſcepta liberorum tutela ſecundò nubiit, non prius tutorem petens, & rationem reddens, & exſolvens* ; & l'Ordonnance de 1667. *tit.* 29. *art.* 1. declare comptables les Tuteurs & autres qui ont adminiſtré le bien d'autrui, quoique leur compte ſoit clos & arrêté, s'ils n'ont d'ailleurs payé le reliqua, & remis toutes les pieces juſtificatives.

Les pupiles, diſons-nous, ont hypoteque ſur les biens des Tuteurs, du jour que la tutelle a été decernée ; mais il n'en eſt pas de même des Tuteurs, lorſque par la clôture du compte ils ſe trouvent créanciers des pupilles, je veux dire, que les Tuteurs n'ont point ſur les biens des pupilles cette hypoteque tacite qu'ont les pupilles ſur les biens des Tuteurs, *à die cæptæ adminiſtrationis*, mais du jour ſeulement de la clôture du compte, * les choſes en effet n'étant point égales, parce que rien n'oblige un Tuteur à faire des avances, & qu'il ne peut être en ſouffrance pour en avoir fait, que par ſa facilité & ſon imprudence ; ſi le Parlement de Paris par l'Arrêt que rapporte M. Loüet, *lett.* H. *Somm.* 23. jugea la queſtion tout autrement : s'il alloüa les ſommes pour leſquelles un Tuteur étoit en avance, du jour que la tutelle avoit été décernée, il faut croire que ce fut pour des circonſtances qui nous ſont inconnuës : outre que M. Loüet

V. infra, Liv. 3. *Tit.* 28. *de Obligationibus quæ quaſi ex contractu naſcuntur*, où cette déciſion ſe trouve confirmée.

* Brodeau ſur Louet, *lett.* T. *Somm.* 3.

observe lui-même que l'Arrêt fut rendu, *multâ magnique nominis Senatoribus contradicentibus*. Tout ce que les Loix ont accordé de plus favorable au Tuteur qui a fait des avances pour le pupille, c'eſt d'en faire courir l'interêt du jour qu'elles ont été faites; encore même ces Loix ne ſont point obſervées, les Arrêts rapportez par Mr. de Catelan, *Liv. 8. ch. 5.* n'ayant adjugé au Tuteur l'interêt de ſes avances, que du jour que la tutelle avoit pris fin, & que le Tuteur avoit rendu les biens au pupille devenu adulte. Outre les Auteurs que nous venons de citer, on peut voir encore Henrys, *Tom. 1. page 445.*

L. 3. §. 1° & 4. ff. de contraria tutela actione.

Tout ce que nous venons de dire du compte tutelaire, ſuppoſe qu'un tuteur ne s'eſt point ingeré dans l'adminiſtration ſans avoir fait plûtôt proceder à l'inventaire des effets du pupille: les Loix *a* & les Ordonnances *b* le ſuppoſent ainſi. Mais s'il arrivoit par hazard qu'on eût omis une formalité ſi eſſentielle, quelle ſeroit la peine de cette omiſſion? Comment & de quelle maniere y pourroit-il être ſuppléé? La Loi derniere, *Cod. arbitrium tutelæ*, declare le tuteur infame, *quaſi ſuſpecti ab officio removebuntur, & pœnis legitimis ſubjacebant, perpetua infamiæ macula notati*; mais c'eſt la ne rien decider; ou ne rien decider du moins pour l'interêt du pupille, à qui il importe peu que ſon tuteur ſoit infame, *quid enim ſalvis infamia nummis*, ſi on ne le dedommage d'ailleurs de ce qu'il peut ſouffrir par le défaut d'inventaire: M. de Catelan, *Liv. 8. ch. 3.* rapporte un Arrêt par lequel un tuteur fut privé du payement du reliqua qui lui étoit dû par la clôture du compte; mais ce préjugé ne peut pas non plus faire une regle sûre, ſoit parce qu'il arrive rarement que les tuteurs ſe trouvent creanciers des pupilles à la fin de leur adminiſtration, ſoit parce qu'ils peuvent ſe trouver creanciers des pupilles en des ſommes qui ne ſuffiroient pas pour l'indemnité des pupilles: Je ne ſçai ſi la Loi derniere, *Cod. arbitrium tutelæ*, que nous venons de citer, entend par peine legitime, celle dont parle la Loi 7 *ff. de adminiſtrat. tut.* ſçavoir, le ſerment *in litem* deferé au pupille; mais enfin on n'en voit point de plus propre à punir le dol ou la negligence du tuteur, & de plus propre auſſi à dedommager le pupille: Ce ſerment *in litem* doit être deferé à concurrence d'une certaine ſomme, & le plus ou le moins determiné par une En-

a L. 7. in princip. ff. de adminiſt. tut. L. ultima, Cod. arbitrium tutelæ.

b Ordonnance d'Orleans, art. 102. Que le pere des pupilles peut prohiber au Tuteur de faire inventaire. Dita L. ult. Cod. arbitrium tutelæ, Bardet, Tom. 1. pag. 81. Si les Notaires ou Officiers de Juſtice peuvent indifferamment proceder à l'inventaire. Voyez M. Laroque, page 523.

quête precedente, *ex communi fama*, ſur la quantité, qualité & valeur des effets mobiliaires délaiſſez par le pere du pupille : Parmi les arrêtez de M. le Premier Preſident de Lamoignon, il y en a un au Titre des tutelles, conçu en ces termes : „ Défendons aux tuteurs de s'immiſcer en l'adminiſtration des „ biens des mineurs, ſans avoir prealablement fait inventaire : „ & à faute de faire inventaire, ils tiendront compte du dou- „ ble de la ſomme à laquelle ſeront évaluez les meubles & „ effets mobiliaires des mineurs, ſuivant la preuve qui en ſera „ faite, joint la commune renommée : On peut voir là deſſus une longue diſſertation dans Lapeyrere, *page* 186. de la nouvelle Edition de 1725.

TITRE XXI.

DE AUCTORITATE TUTORUM.

Auctoritas tutoris in quibuſdam cauſis non eſt neceſſaria : Ut ecce, ſi quid dari ſibi ſtipulentur, &c.

MOnſieur de Catelan au *Liv.* 5. de ſes Arrêts, *ch.* 24. ſe ſert de ce texte pour la deciſion d'une queſtion importante ; ſçavoir, ſi l'acceptation d'une donation même univerſelle peut obliger le donataire envers les creanciers du donateur au-delà de la valeur des choſes données : S'il eſt ainſi (dit cet Auteur) d'un côté, que les Loix ne permettent pas aux pupilles de paſſer ſans l'autorité du tuteur aucun de ces actes qui obligent reciproquement les deux parties, & où il peut y avoir la moindre apparence de danger : & de l'autre que les Loix permettent aux pupilles d'accepter une donation ſans l'autorité du donateur : Il faut conclure qu'il eſt de la nature d'une donation de ne pouvoir être jamais onereuſe au donataire & de n'obliger par conſequent le donataire qu'à concurrence de la valeur des choſes données, ſans diſtinguer ſi la donation eſt univerſelle, ou d'une partie des biens, & ſans diſtinguer auſſi s'il a été fait inventaire, ou non : Si M. de Catelan en l'endroit

cité rapporte des Arrêts qui ne ſont point conformes à ſon avis, & qui en regardant la donation comme un acte obligatoire de part & d'autre, ont jugé, que le donataire ne pouvoit la repudier, lorſqu'il la trouvoit onereuſe, & qu'il ne pouvoit ſe diſpenſer d'acquiter les charges auſquelles il s'étoit aſſujetti, quoi qu'excedant la valeur des choſes données, devant s'imputer, comme dit le Préſident Faber en ſon Code, *Liv.* 8. *Tit.* 37. *définit.* 4. *cur res donatas tanti eſtimaverit*, nous ſommes inſtruits qu'il a été rendu depuis nombre d'Arrêts contraires: des Arrêts par leſquels il a été jugé, qu'un donataire devoit toûjours & en tout tems être reçu à repudier: & c'eſt à ceux-ci qu'il faut s'en tenir; ſi nous avons dit nous-même quelque choſe de contraire dans nos premieres obſervations ſur le Titre *de Donationibus*, au ſecond Livre, d'hors & déja nous le retractons.*

* *Vide* les obſervations ſur le §. 2. du Titre 7. au ſecond Livre.

§. 1. *Neque tamen hæreditatem adire, niſi tutoris auctoritate, (quamvis [illis] lucroſa ſit) ne ullum damnum habeant.*

JE laiſſe aux Interprêtes du Droit Romain à expliqner comment, & de qu'elle maniere ce texte doit être lû, s'il faut le lire comme nous l'avons écrit, ou s'il faut lire ſans aucune parantheze, *quamvis illis lucroſa ſit ne ullum damnum habeant.* Il nous ſuffit d'obſerver, qu'en l'un & en l'autre ſens, cette déciſion trop ſubtile ne pourroit convenir à nos uſages, & qu'en ſuppoſant l'acceptation d'une heredité utile & avantageuſe au pupille, l'interêt du pupille ſeroit en ce cas, comme dans le cas de la donation, une raiſon ſuperieure pour la validité de l'Acte.

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

DAns l'uſage, le tuteur fait plus qu'intervenir pour donner ſon conſentement aux actes paſſez par les pupilles, car c'eſt le tuteur lui-même qui en cette qualité agit, qui contracte, &c.

§. 3. *Si inter tutorem, pupillumque judicium agendum sit : Non prætorius tutor (ut olim) sed curator in ejus locum datur, &c.*

SI nous observions la disposition de la Novelle 72. qui exclud de la tutelle les créanciers & les débiteurs du pupille, la décision de ce §. seroit assez inutile, parce qu'il ne pourroit jamais y avoir entre le tuteur & le pupille aucune de ces discussions pour lesquelles le Droit Romain donnoit au pupille un curateur ou un tuteur Prétorien ; mais comme nous suivons en France la décision des Loix abrogées par cette Novelle, la décision des Loix qui ne donnent point l'exclusion aux créanciers & aux débiteurs du pupille, & qui ne permettent pas même au tuteur de s'excuser par cette raison, qu'il est créancier ou débiteur, il faudroit bien sans difficulté, le cas écheant, donner au pupille un curateur qui pût le défendre contre son propre tuteur.

la qualité de créancier ou débiteur du pupille n'est pas une excuse légitime de la tutelle en France

On ne suit pas, disons-nous, en France, la disposition de la Novelle 72. d'où a été prise l'autentique *minoris*, *Cod. qui dare tutores vel curatores*, en ce qu'elle exclud de la tutelle les créanciers & les débiteurs du pupille : & on s'en tient au contraire à la décision des Loix qui n'excluent ni ne dispensent les créanciers & les débiteurs d'être tuteurs ; car, comme il est dit en la Loi 7. *Cod. de excusationibus tut. neque à tutela, neque à cura excusatur ideò quis, quod creditor seu debitor ejus sit, cui tutor vel curator datus est* ; mais on ne la suit pas non plus en ce qu'elle veut, que le tuteur ne puisse accepter la tutelle, sans declarer s'il est créancier ou débiteur du pupille ; & que l'acceptant sans cette Déclaration préalable, il perde sa dette s'il est créancier, & ne puisse se prévaloir s'il est débiteur d'aucune quittance posterieure : *si creditor, actionis sustinebit jacturam, si debitor, nulla temporis solutione juvabitur.* M. de Catelan au Ch. 1. du Liv. 8. ne parle que de la premiere Partie de cette Novelle, en rapportant des Arrêts qui ont rejetté l'excuse, ou qui n'ont point eu égard à l'exclusion fondée sur la qualité de créancier ou de débiteur ; mais il est parlé au long de la seconde dans Henrys, *Tom. 1. pag.* 447. *& Tom. 2. pag.* 347. où il est démontré par de solides

ſolides raiſons que pour cette ſeconde Partie, la Loi ſubſiſte, & doit ſubſiſter en tout ſon entier : n'y ayant rien à craindre de nommer pour Tuteur un créancier ou un débiteur du pupille, pourveu qu'il ſoit reconnu pour tel ; mais n'y ayant qu'à ſe défier d'un Tuteur qui tait & diſſimule ſa qualité de créancier ou de débiteur, par la facilité qu'il auroit d'écarter ou d'alterer les actes & les défenſes du pupille, de ſouſtraire les obligations ou les quittances : *nè aut cautionem furetur aut alias probationes quæ erant minoris corrumpat.*

Dans les Païs Coûtumiers on s'embarraſſe peu de la regle *tutorem habenti tutor non datur* ; outre le Tuteur ordinaire, on nomme toûjours un ſubrogé Tuteur, pour autoriſer le pupille dans les procès ou conteſtations qu'il peut avoir contre le Tuteur ordinaire, & pour aſſiſter encore à la confection de l'inventaire des biens du pupille : le ſubrogé Tuteur n'étant nullement tenu au ſurplus de l'adminiſtration tutelaire. Voyez Loüet & Brodeau, *lett. T. Somm.* 13. & Augeard : *Tom. 2. ch.* 25.

TITRE XXII.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

DAns les Provinces regies par le Droit Ecrit, la tutelle finit inconteſtablement par la puberté, fixée, à l'âge de 14. ans accomplis pour les mâles, & de 12. pour les filles ; mais il en eſt autrement dans les Païs Coûtumiers, car la tutelle y dure juſqu'à l'âge de 25. ans, ſi elle ne finit plûtôt par des Lettres d'émancipation ou benefice d'âge ; & c'eſt ainſi qu'il faut entendre ce que dit Loyſel en ſes Inſtitutions Coûtumieres, *Liv.* 1. *Tit.* 4. *nom.* 5. que Tuteur & Curateur n'eſt qu'un, & ce que dit encore Dumoulin dans ſon Traité *de Contractibus uſurariis, quæſt.* 39. *num.* 300. *non facimus differentiam inter tutelam & curam, ſed durat tutela ſemel ſuſcepta uſque ad annum* 25. les Lettres d'émancipation ou de benefice d'âge ne ſont point connuës au Droit Romain, *tot. tit. Cod. de his qui veniam ætatis impetraverunt* : On les prend à la

Chancelerie, & l'adreſſe en eſt faite au Juge du domicile du mineur, lequel ne peut accorder ou refuſer l'enterinement que ſur l'avis des plus proches parens : les mineurs ainſi émancipez n'ont guere d'autre avantage que celui qu'ont par le Droit Commun tous les enfans après l'âge de puberté, ils ne peuvent agir en Juſtice ſans l'autorité d'un Curateur, & ils ne peuvent vendre, aliener ni hypotequer leurs meubles.

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

PAr le Droit Romain un Tuteur ne ceſſoit d'être tel, que par une de ces condamnations qui faiſoient que l'on étoit reputé mort civilement : une condamnation à une moindre peine ſuſpendoit ſeulement l'exercice de la tutelle, & ne pouvoit donner lieu qu'à la nomination d'un Curateur ; il en eſt autrement parmi nous, nous trouvons dans M. Laroche, *Liv. 4. tit. 9. art.* 4. un Arrêt par lequel, un Tuteur ayant été banni de la Ville & Senéchauſſée où le pupille faiſoit ſon domicile, il fut ordonné qu'il ſeroit procedé à la nomination d'un nouveau Tuteur, quoiqu'il n'y ait de mort civile, comme nous l'avons obſervé ailleurs, que par la condamnation au banniſſement perpetuel hors du Royaume : on peut dire qu'en ce cas & autres ſemblables, la tutelle par les principes même du Droit Romain prend fin, ſi non par la mort civile du Tuteur, du moins par le juſte ſujet de ſuſpicion qui naît d'une condamnation infamante : *deſinum tutores eſſe* (dit Juſtinien au §. dernier de ce Titre) *qui ſuſpecti viſi ſunt*, (& dans le Titre dernier de ce Livre) *ſuſpectum eum putamus qui moribus talis eſt ut ſuſpectus ſit.*

TITRE XXIII.

DE CURATORIBUS.

Licet puberes ſint, adhuc tamen ejus ætatis ſunt, ut ſua negotia tueri non poſſint.

IL y a une exception en faveur de nos Rois, qui par une Ordonnance de Charles V. de l'année 1375. ſont declarez majeurs dès qu'ils ont atteint la quatorziéme année; avant cette Ordonnance on ne les declaroit majeurs qu'après la vingtroiſiéme année accomplie. Du reſte, nous l'avons déja dit, la tutelle dans les Païs coûtumiers étant confonduë avec la curatelle, il s'enſuit que les mineurs n'y peuvent jamais avoir des Curateurs, tels que ceux dont il eſt parlé en ce Titre, ſi ce n'eſt qu'avant la vingt-cinquiéme année, ils ayent obtenu des Lettres d'émancipation ou benefice d'âge.

Lebret de la Souveraineté, *Liv. 1. ch. 5.*

§. 2. *Inviti adoleſcentes curatores non accipiunt, præterquam in litem, &c.*

QUand on plaide contre un mineur, la nomination d'un Curateur eſt d'une neceſſité indiſpenſable pour la validité des pourſuites, l'omiſſion de cette formalité ſeroit ſans contredit un moyen de caſſation, elle fourniroit même contre un Arrêt une ouverture ou moyen de Requête civile: on nomme toûjours pour Curateur celui là même, qui en qualité de Procureur occupe pour le mineur, & on l'oblige en cette qualité de prêter ſerment à l'Audience. A l'égard des Contrats & autres actes que l'on paſſe avec les mineurs, il eſt de la prudence d'exiger qu'ils ſoient aſſiſtez d'un Curateur, quoiqu'après tout cette précaution n'ait rien de deciſif, les Juges en prononçant ſur une demande en reſtitution en entier, fondée ſur la minorité, faiſant peu d'attention ſur l'aſſiſtance, ou défaut d'aſſiſtance du Curateur: Le mineur eſt-il

lezé ? L'assistance du Curateur ne sera pas un obstacle à la restitution. N'est-il point lezé ? Le défaut d'assistance de Curateur ne fournira point un moyen de restitution.

Il y a dans le Code un Titre, qui a pour rubrique : *si minor se majorem dixerit* ; & il est dit en la Loi 2. qu'un mineur qui en contractant a affirmé être majeur, n'est pas restituable : *cum errantibus, non etiam fallentibus minoribus publica jura subveniant* ; mais il arrive rarement que les Juges excluent par cette seule raison un mineur de la restitution en entier : on trouve des Arrêts, qui non-seulement n'ont eu aucun égard à ces fausses assertions de majorité ; mais qui ont fait même inhibitions & défenses aux Notaires de les inserer dans les Contrats. Bardet, *Tome* 1. *page* 376. & le Journal des Audiences, *tom.* 1. *page* 117.

§. 3. *Furiosi, & prodigi in curatione sunt adgnatorum ex Lege duodecim tabularum, sed solent Romæ, &c.*

LEs curatelles sont datives parmi nous, de même que les tutelles ; ainsi les curatelles des fols, des imbecilles & des prodigues, se donnent toûjours par le Juge à la Requête & sur la nomination des parens, Enquête préalablement faite ; sçavoir, à l'égard des prodigues, de leur dissipation & mauvaise conduite, tant par actes que par témoins ; & à l'égard des fols & imbecilles, de leur état & maladie, par des Medecins & Chirurgiens.

La même Sentence qui donne un Curateur aux fols, aux imbecilles & aux prodigues, leur interdit l'administration de leurs biens : & l'effet de cette interdiction est la nullité des Actes & Contracts qui pourroient être après passez avec eux ; l'usage à Paris est de faire signifier les Sentences d'interdiction aux Syndics des Notaires, qui ont soin de faire inscrire le nom des interdits sur des Tableaux exposez dans chaque Etude, afin que les personnes qui contractent avec eux ne puissent avoir d'excuse, ou ne puissent du moins prétendre d'autre recours que contre les Notaires qui ont retenu les actes sans les avertir : Cet usage est attesté par Soëfve, Centurie 4. *ch.* 37. *page* 394. & il seroit à souhaiter qu'on en usât de même dans tout le Royaume.

La curatelle étant une charge publique de même que la tutelle, il ſemble qu'elle devroit être exercée gratuitement ; cependant les Arrêts ont jugé que le curateur donné à un interdit, ſi ce n'eſt qu'il fût le plus proche parent & heritier préſomptif, pouvoit demander des appointemens proportionnez à la nature des affaires & des biens dont il avoit eu l'adminiſtration : * Bien plus, il a été jugé que le tuteur même pouvoit dans le concours de deux circonſtances, demander auſſi des appointemens : ces circonſtances ſont. 1°. Que le Tuteur ſoit pauvre, *& ſolitus operas ſuas locare*, (*a*) 2°. que le Tuteur dès le commencement, & lors de l'acceptation de la tutelle, ait proteſté qu'il vouloit être payé de ſes peines & de ſes vacations : (*b*) Nous trouvons dans Bardet, Tome 2. page 244. un Arrêt du Parlement de Paris, qui indépendamment des circonſtances dont nous venons de parler, adjugea à un Tuteur, oncle du pupille, 100. liv. pour chaque année de ſa geſtion.

* Journal des Audiences, *Tom.* 5. *Liv.* 4. *ch.* 30. *p.* 240.

(*a*) Laroche, *Liv.* 4. *tit.* 6. *art.* 10. & *Liv.* 6. *tit.* 78. *art.* 2.

(*b*) M. de Catelan, *Liv.* 8. *ch.* 10. & Ferriere ſur la *queſt.* 68. de Guy-pape.

§. 5. Interdum pupilli curatores accipiunt, &c.

POur prévenir la neceſſité de donner un curateur ou un adjoint au tuteur pour les cauſes énoncées en ce §. & dans le ſuivant, on a accoûtumé en France, toutes les fois que la tutelle eſt difficile & embarraſſante, ou que les Parties ſont d'une naiſſance & d'une qualité diſtinguée, de nommer, outre le tuteur ordinaire, que l'on appelle en ce cas honoraire, un tuteur oneraire ainſi appellé, parce qu'il ſupporte ſeul tout le poids de l'adminiſtration : ces deux eſpeces de tuteurs ne ſont pas inconnuës au Droit Romain, *ſunt quidam tutores* (dit la Loi 14. *ff. ſolutionibus*) *qui honorarii appellantur, ſunt qui ad hoc dantur ut gerant.*

La qualité de tuteur honoraire, ne garantit pas celui à qui elle eſt donnée, du peril de l'adminiſtration : *blandiuntur ſibi* (dit la Loi 3. §. 2. *ff. de adminiſtratione tutor.*) *qui putant tutores honorarios non teneri ; conſtat enim, hos quoque, excuſſis prius facultatibus ejus qui geſerit, conveniri oportere, quia dati ſunt obſervatores actus ejus & cuſtodes* : L'Arrêt rapporté par M. Maynard, *Liv.* 2. *ch.* 96. & par lequel le Prince de Montpenſier tuteur honoraire du Vicomte de Turenne fut déchar-

gé de l'action ſubſidiaire contre lui intentée, à cauſe de l'inſolvabilité de celui qui avoit adminiſtré comme Tuteur oneraire, ne doit point être regardé comme un préjugé deciſif en ſemblable cas; & nous trouvons en effet des Arrêts contraires & aſſez reſcens, dans Augeard, Tom. 2. chap. 70. Mornac ſur la Loi 60. *ff. de ritu nuptiarum*, en rapportant l'Arrêt rendu en faveur du Prince de Montpenſier, a obſervé les circonſtances particulieres qui peuvent lui avoir ſervi de motif.

La Loi 14. *ff. de ſolut.* que nous venons de citer, parle d'une troiſiéme eſpece de Tuteurs donnez, *notitiæ cauſa*; mais nous ne la reconnoiſſons point en France; les pupilles ont voulu quelquefois regarder ceux dont les Tuteurs étoient obligez de prendre l'avis & conſeil, comme des Tuteurs, *notitiæ cauſa datos*, & les attaquer ſous ce pretexte comme ſubſidiairement garans de l'adminiſtration; mais cette pretention a été toûjours trouvée ſans fondement. *Voyez* Catelan, *Liv. 8. Ch. 9.*

TITRE XXIV.

DE SATISDATIONE TUTORUM, vel Curatorum.

Curet prætor, ut Tutores, & Curatores eo nomine ſatisdent, &c.

L'Uſage des cautions que le Droit Romain exigeoit des Tuteurs, autres que les teſtamentaires, & ceux que le Juge donnoit *ex inquiſitione*, c'eſt-à-dire, après une enquête des mœurs & des facultez du Tuteur, eſt entierement abrogé en France, ſans diſtinction des Païs Coûtumiers, & des Païs du Droit Ecrit : On a crû que la nomination des parens (qui parmi nous doit toûjours preceder la dation de tutelle) tenoit lieu de cette inquiſition qui ſe faiſoit parmi les Romains, & que le Juriſconſulte en la Loi 13 *ff. de Tutoribus & Curatoribus datis*, dit élegament, *vinculo cedere cautionis* : On l'a ſi bien crû,

que ſur ce fondement on regarde les parens qui procedent à la nomination d'un Tuteur, comme autant de perſonnes qui atteſtent & la fidelité, & la ſolvabilité du Tuteur nommé, par là garans de l'adminiſtration, ſuivant ce qui eſt dit en la Loi 4. *ff. de fidejuſſoribus & nominatorib. affirmatores, ſcilicet qui idoneos eſſe Tutores affirmaverunt, fidejuſſorum vicem ſuſtinere.*

Nos Auteurs conviennent tous de la maxime, ſçavoir, que les parens nominateurs ſont garans, du moins dans les Provinces regies par le Droit Ecrit, de l'adminiſtration du Tuteur nommé; mais la difficulté eſt de ſçavoir, comment & dans quel cas cette action en garantie peut être intentée par les pupilles?

Il y en a qui croyent, que les parens obligez de veiller continuellement ſur la conduite du tuteur ſont tenus de l'inſolvabilité du tuteur, ſurvenuë même depuis la dation de tutelle. Il y en a d'autres qui font dépendre la queſtion de l'état du tuteur lors de la nomination, rendant les parens reſponſables, dans le cas ſeulement où le tuteur étoit originairement inſolvable: & cette opinion eſt conforme à un Arrêt que rapporte Baſſet, *Tom. 2. Liv. 4. Tit. 14. ch. 6.* par lequel, avant dire Droit ſur la demande en garantie intentée contre les parens, ordonne que les parens juſtifieroient la ſolvabilité du tuteur, lorſque la tutelle fut decernée. Et il y en a d'autres enfin qui bornent la garantie au ſeul cas, où on pourroit imputer aux parens, dol, fraude, colluſion, ou negligence dans le choix qu'ils ont fait d'un tuteur; en ſorte, diſent-ils, que ſi le tuteur lors de la nomination étoit *apparament* ſolvable, les parens ne ſont nullement tenus de l'inſolvabilité: Cette derniere opinion paroît la plus ſûre; elle eſt conforme à une infinité d'Arrêts, & très-conforme d'ailleurs au Droit & à l'équité: Car que peut-on imputer à des parens qui ont été trompez par les apparences, ou par des accidens qui n'ont pû être raiſonnablement Prévûs? *Voyez* Louet & Brodeau, *lett.* T. *Somm.* 1. Maynard, *Liv. 6. Ch. 56.* Cambolas. *Liv. 5. Ch. 29.* Bacquet, du Droit de Bâtardiſe, *Part. 1. Ch. 7. Nom. 14.* Leprêtre, *Cent. 1. Ch. 61.* Graverol ſur Laroche, *Liv. 4. Tit. 9. Art. 5.* & *Liv. 6. pag. 582.* Boniface, *Tom. 1. Liv. 4. Tit. 5. Ch. 1.* & Lapeyrere, *lett.* T. *Nom. 168:* ce dernier Auteur rapportant des Arrêts, qui dans le cas où l'action ſubſidiaire pouvoit être intentée, ont jugé qu'elle

pouvoit l'être ſubſidiairement contre chacun des nominateurs.

J'ai dit dans les Provinces regies par le droit Ecrit, parce qu'en effet il en eſt autrement dans le Païs coûtumiers : On peut voir dans Bardet, *Tom.* 2. *pag.* 582. un Plaidoyer de M. l'Avocat General Talon, dans lequel ce Magiſtrat après avoir établi, que cette action en garantie contre les parens nominateurs n'a jamais été accuëillie au Parlement de Paris, cherche à prouver qu'elle n'eſt pas même fondée dans les principes du Droit Romain.

§. 1. *Si ex teſtamento, vel inquiſitione duo pluresve dati fuerint : poteſt unus offerre ſatis dationem, & contutorè ſuo præferri, ut ſolus adminiſtret, &c.*

IL eſt rare de voir en concours deux ou pluſieurs tuteurs, dont l'un veüille exclurre les autres par l'offre du cautionnement, & de voir ainſi la tutelle déferée par une eſpece de licitation à celui qui feroit plus avantageuſe la condition du pupille ; mais enfin ſi le cas ſe preſentoit, M. Maynard, *Liv.* 4. *Ch.* 18. ne doute point, & je n'en doute pas non plus, qu'on ne ſuivît la deciſion de ce texte : Les Arrêts que nous avons raporté ſur le §. 3. du Tit. 13. n'ont rien de contraire, parce que dans leſpece de ces Arrêts, la mere tutrice legitime qui offroit de donner caution concouroit, non point avec un autre tuteur legitime, mais avec un tuteur teſtamentaire, & que la préference, dont parle ici Juſtinien, eſt entre deux tuteurs, dont la condition eſt égale, cette préference *cæteris paribus* determinée par le cautionnement.

Au ſurplus, nous apprenons par ce Texte, qu'on peut donner au pupille deux ou pluſieurs tuteurs, & l'on peut juger par la Declaration du mois de Decembre 1721. dont nous avons eu occaſion de parler ailleurs, des cas & des circonſtances dans leſquelles il eſt permis de le faire.

Le Roi dans cette Declaration expoſe, que depuis l'établiſſement des Colonies Françoiſes dans l'Amerique, pluſieurs de ſes Sujets y ont tranſporté une partie de leur fortune & de leur famille, ſoit qu'ils y ayent établi un veritable demicile, ſoit qu'ils ſe ſoient contentez d'y paſſer un tems conſiderable pour faire

valoir

valoir les habitations qu'ils y ont acquiſes: qu'il arrive ſouvent que la fortune des peres de famille qui ont fait ces ſortes d'établiſſemens, eſt compoſée en partie des biens ſituez dans le Royaume, & en partie des biens qu'ils poſſedoient dans les Colonies; ce qui donne lieu à des conteſtations, toutes les fois que ces peres de famille ont laiſſé, ou en France, ou en Amerique, des enfans pupilles ou mineurs, auſquels il faut pourvoir de tuteur ou de curateur: les Juges de France ſe croyant bien fondez à y pourvoir, même par rapport aux biens ſituez en Amerique, lorſqu'il eſt certain que le pere des mineurs ou pupilles, avoit conſervé ſon ancien domicile dans le Royaume: & les Officiers établis dans les Colonies ſoûtenant par la même raiſon, que c'eſt à eux d'en connoître, même par rapport aux biens ſituez en France, lorſque le domicile du pere a été veritablement transferé dans une des parties de l'Amerique; & pour mettre fin à ces conteſtations, Sa Majeſté, à l'exemple, dit-elle, des Legiſlateurs Romains, qui avoient introduit l'uſage de donner des tuteurs differents aux mineurs & aux pupilles, par rapport aux biens qu'ils poſſedoient dans des païs fort éloignez les uns des autres, ordonne, que lorſque les mineurs auront des biens ſituez en France, & d'autres ſituez dans les Colonies, il leur ſera nommé des tuteurs dans l'un & dans l'autre Païs: ſçavoir, en France, par les Juges auſquels la connoiſſance en appartient, & ce de l'avis des parens & amis des mineurs qui ſeront en France, pour avoir par leſdits tuteurs l'adminiſtration des biens de France ſeulement: & dans les Colonies par les Juges qui y ſont établis, de l'avis auſſi des parens & amis qu'ils y auront, leſquels tuteurs ou curateurs élûs dans les Colonies, n'auront pareillement l'adminiſtration que des biens qui s'y trouveront appartenant auſdits mineurs: leſdits tuteurs de France, & des Colonies, independans au ſurplus les uns des autres, & reſponſables ſeulement de la geſtion & adminiſtration des biens du Païs dans lequel ils auront été élûs, dont ils ne ſeront tenus de rendre compte que devant les Juges qui les auront nommez; & pour ce qui regarde l'éducation des pupilles ou mineurs, le Roi veut & entend qu'elle ſoit toûjours déferée au tuteur qui aura été élû dans le Païs où le pere avoit ſon domicile dans le tems de ſon decès, ſoit que tous les mineurs enfans du même pere, faſſent leur demeure dans le même Païs, ou que les

uns demeurent en France, & les autres dans les Colonies, le tout à moins que ſur l'avis des parens & amis, il n'en ſoit autrement ordonné par le Juge de la tutelle.

Si le Roi par cette Déclaration ſe conforme, comme il le dit lui-même, aux principes du Droit Romain, en voulant qu'il ſoit donné pluſieurs tuteurs aux pupilles par rapport aux biens qu'ils poſſedent dans des Païs fort éloignez les uns des autres: il s'y conforme encore en ce qu'il veut que chacun de ces tuteurs ſoit ſeulement garant de ſa geſtion & de ſon adminiſtration; car telle eſt en effet la diſpoſition du Droit, * qu'il n'y a point de ſolidarité entre deux ou pluſieurs tuteurs, lorſque la tutelle a été diviſée par le teſtateur ou par le Juge *in partes in regiones*: & qu'ils ne peuvent être contraints ſolidairement, que lorſqu'ayant été nommez conjointement, ils ont eux-mêmes partagé & diviſé entre eux l'adminiſtration: ou qu'ils ont convenu que l'un d'entr'eux gereroit & adminiſtreroit ſeul; le pupille, en l'un & en l'autre de ces deux derniers cas, pouvant agir contre celui des tuteurs que bon lui ſemble, ſauf à celui qui ſeroit ainſi attaqué ſolidairement, ſon recours contre les autres.

* *L. Si diviſio 2. verſic. in diviſionem, Cod. de Divid. tut.* Deſpeyſſes, *Tom. 1. pag. 535. Edit. de 1664.* Papon, *Liv. 15. Tit. 5. N°. 23. à l'addition.* Arrêtez de Mr. le P. P. de Lamoignon, *pag. 25 & 26.* Lapeyrere, *lett. T. N°. 167.* Bacquet, du Droit de Batardiſe, *Ch. 7.*

§. 2. *Subſidiaria actio in eos datur, qui aut omnino à tutoribus ſatisdari non curaverunt, aut non idoneè paſſi ſunt caveri, &c.*

L'Uſage des Cautions étant aboli, comme nous venons de le dire, l'action ſubſidiaire dont parle ici Juſtinien, fondée ſur le défaut de Bail de Caution, ou ſur l'acceptation des Cautions inſolvables, ne peut avoir lieu parmi nous, ou ne peut avoir lieu tout au plus que dans les cas, ou pour les cauſes qu'elle pourroit être intentée contre les parens nominateurs; c'eſt-à-dire, ſi le Juge par dol, par fraude, ou par colluſion, avoit confirmé le choix d'un tuteur évidament ſuſpect par ſes mœurs ou par ſes facultez. Outre les Auteurs ci-devant citez, on peut voir encore Baſſet, *Tom. 2. Liv. 4. Tit. 14.* Chenu, *queſt. 21.* & Chopin *de moribus Pariſiorum, Liv. 2. ch. 7. nomb. 11.*

TITRE XXV.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM vel curatorum.

Si tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in Provinciis quinque, à tutela excusari potest, &c.

DAns toutes les Villes & lieux du Royaume les enfans ne ſont point un moyen d'excuſe ou d'exemption, s'ils ne ſont au nombre de cinq : La Loi 2. §. 6. decide, qu'on ne doit pas compter pour l'exemption l'enfant qui n'eſt que conçu : les Arrêts l'ont jugé autrement, ceux que nous trouvons rapportez par M. de Catelan, *Liv.* 8. *ch.* 7. & dans le troiſiéme Tome du Journal des Audiences, *Liv.* 2. *ch.* 9. *page* 223. ont déchargé de la tutelle le pere des quatre enfans, & dont la femme étoit enceinte.

Conſtat eos ſolos prodeſſe, qui in Acie ceciderunt, &c.

LA raiſon que Juſtinien ajoûte, priſe de la gloire qui fait vivre encore après la mort de ceux qui ſont morts les armes à la main pour la défenſe de la Patrie, *in perpetuum per gloriam vivere intelligantur* : cette raiſon, diſons-nous, a fait juger que les enfans morts au monde par la Profeſſion religieuſe, devoient être comptez à l'effet de l'exemption ; les Arrêts en ſont rapportez par Soëfve, *Tom.* 1. Cent. 1. *Ch.* 12.

§. 1. *Qui res fiſci adminiſtrat, à tutela excuſari poteſt.*

CE que dit ici Juſtinien des adminiſtrateurs des biens du fiſc, trouve une application naturelle aux Treſoriers, Receveurs & Fermiers des droits & des deniers Royaux ; mais on peut dire

que c'eſt moins un privilege qu'une excluſion, ou que c'eſt un privilege introduit, bien moins en faveur des Receveurs & Fermiers, qu'en faveur du fiſc ; en ſorte que la tutelle ne devroit point être déferée à ces ſortes de perſonnes, quand même elles voudroient l'accepter : *non hoc*, dit la Loi 5. §. *conductores*, *ff. de jure immunitat. Non hoc honori conductorum datum eſt, nè compellantur ad munera municipalia, ſed nè extenuentur facultates eorum*, *&c.* par la raiſon, que la qualité de Comptable eſt un moyen d'excluſion, plûtôt que d'exemption d'excuſe : les Arrêts ont jugé, que lorſque les parens nominateurs vouloient prendre ſur eux le peril de l'adminiſtration, & ne pas craindre le recours ſubſidiaire du pupille ſur leurs biens, le Comptable ne pouvoit refuſer d'accepter la tutelle. Journal des Audiences, *tome* 1. *Liv.* 1. *ch.* 31. *page* 28.

§. 3. *Et qui poteſtatem aliquam habent, ſe excuſare poſſunt, &c.*

NOus n'avons preſque point de Charge en France, & ſur tout de Charge de nouvelle création, qui ne donne à celui qui en eſt pourvû, exemption de tutelle & curatelle.

§. 4. *Propter litem, quam cum Pupillo tutor habet, excuſari non poteſt, &c.*

NOus n'avons qu'à rappeller ici l'obſervation que nous avons fait ſur le §. dernier du titre *de autoritate tutor.* en ajoûtant que le procès pourroit être tel, & ſi intereſſant, qu'il fourniroit non-ſeulement une excuſe legitime, mais un moyen même d'excluſion ; le moyen d'excuſe ou d'excluſion fondé ſur le procès eſt, comme l'on voit, independant de la qualité du créancier ou du débiteur du pupille, qualité qui ſeule ne peut jamais diſpenſer ni exclurre, ſuivant les Loix du Digeſte & du Code dont nous ſuivons la déciſion, la Novelle 72. qui les abroge, étant elle-même à cet égard abrogée par l'uſage.

§. 5. Item tria onera tutelæ non affectatæ, &c.

DAns l'uſage, les moyens d'exemption propoſez dans ce §. & dans les quatre ſuivans, ſont abſolument arbitraires au Juge : ils dépendent de la qualité des tutelles plus ou moins difficiles ou onereuſes, de la qualité des parties, de la nature des biens du pupille, & autres circonſtances.

§. 10. Non eſſe admittendam excuſationem ejus, qui hoc ſolo utitur, quod ignotus patri pupillorum ſit, &c.

LA nomination d'un Tuteur, que feroit par ſon teſtament le pere du pupille, pourroit bien être confirmée, malgré l'excuſe propoſée par le tuteur nommé, *quod ignotus patri pupillorum ſit.* Mais le ſeroit-elle, ſi ce tuteur nommé n'étoit d'ailleurs ni parent ni allié du pupille ? Non ſans doute ; & c'eſt ainſi que la queſtion a été jugée par divers Arrêts que rapporte M. Laroche, *Liv. 4. tit. 9. art.* 3. la maxime dont nous avons ſouvent parlé, que toutes les tutelles ſont datives en France, n'ôte pas à un pere la liberté de choiſir lui-même un tuteur à ſes enfans ; mais le pere abuſeroit de cette liberté, s'il ne choiſiſſoit un de ceux-là même à qui la tutelle en défaut de nomination teſtamentaire auroit pû être déferée, c'eſt-à-dire, un parent ou un allié, & en défaut de parens & d'alliez, un voiſin ou un ami.

§. 11. Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum exercuit, ſi capitales fuerint, nec reconciliatio intervenerit, à tutela vel cura ſolent excuſare.

ON peut voir dans M. Expilli un ſçavant Plaidoyer, c'eſt le Plaidoyé cinquiéme, ſur l'excuſe priſe des inimitiez du tuteur avec le pere du pupille : enſemble l'Arrêt qui la rejetta, comme étant toute inimitié préſumée finie par la mort.

§. 13. *Major ſeptuaginta annis à tutela & cura ſe poteſt excuſarè, &c.*

QUoiqu'en diſe M. de Catelan, *Liv. 8. ch. 7.* je croi que l'excuſe priſe de l'âge doit être laiſſée un peu arbitraire au Juge, non pas qu'il ſoit arbitraire Juge de rejetter l'excuſe priſe de l'âge de ſoixante-dix ans, mais de la recevoir au contraire avant la ſoixante-dixiéme année : l'exemption eſt fondée ſur les infirmitez qui accompagnent un âge avancé, & nous voyons tous les jours que ces infirmitez arrivent à certaines perſonnes plûtôt qu'à d'autres. *Voyez* Automne ſur la Loi *excuſantur, ff. de excuſationibus.*

§. 13. *Minores viginti quinque annis prohibentur ad tutelam vel curam aſpirare, &c.*

JUſtinien au §. 2. du Titre 14. *qui teſtamento tutores dari poſſunt,* avoit déja donné l'excluſion aux mineurs de vingt-cinq ans ; il n'y a qu'à voir l'obſervation que nous avons fait ſur ce Titre.

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

LEs Profeſſeurs de toutes les Univerſitez du Royaume jouïſſent inconteſtablement de l'exemption de tutelle & curatelle : les Avocats même en jouïſſent, ſuivant la deciſion du Preſident Duranti en la queſt. 34. ce qui doit être ſans doute entendu, non point de ceux, qui après avoir pris leurs Grades de Licence bornent leur ambition à acquerir un vain titre d'Avocat : ce que feront peut-être la plûpart de ceux qui écrivent actuellement ce que nous dictons ; mais de ceux-là ſeulement qui exercent la Profeſſion, & qui l'exercent avec diſtinction : de ces Avocats dont parle Juſtinien en quelque Loi du Code, qui par leur éloquence & leurs conſeils, *laborantium ſpem, vitam, ac poſteros defendunt.* Voyez Laroche & Graverol, *page 390. & 391.*

Exemption des avocats qui profeſſent avec diſtinction

§. 16. *Qui excuſare ſe volunt, non appellant: Sed intra quinquaginta dies excuſare ſe debent, &c.*

DAns l'eſpece de cet Arrêt rapporté dans le cinquiéme Plaidoyé de M. Expilli, dont nous avons parlé ci-deſſus, on oppoſoit ſur le fondement de ce Texte, que l'appel relevé par un tuteur de la nomination faite de ſa perſonne, étoit prematuré, attendu qu'il devoit propoſer ſon excuſe devant le Juge même qui l'avoit nommé; mais on ne laiſſa pas de paſſer outre, ſans avoir égard à l'excuſe propoſée: La nomination fut confirmée; il ne faut pas douter que ſi l'excuſe avoit été trouvée pertinente, on ne l'eût declarée telle, ſans renvoyer en l'un ni en l'autre cas devant le premier Juge. En effet, quoiqu'en diſe ici Juſtinien, nous trouvons divers Textes dans le Digeſte & dans le Code, qui permettent au tuteur de propoſer ſes excuſes, mais ſans lui en impoſer la neceſſité, & ſans lui interdire la liberté d'appeller. *Tutores nominatos*, dit la Loi 18. *Cod. de excuſat. tut. appellationem interponere neceſſe non habere, ſed poſſe ſe excuſare.*

Coutia Baſſet tom. 2. liv. 4. tit. 14. ch. 4. pag. 254

§. 16. *Si ultrà centeſimum lapidem habitant, &c.*

CEci n'eſt d'aucun uſage en France, où le tuteur nommé réfuſant d'accepter la tutelle eſt aſſigné à la requête des parens, ou du Procureur du Roi, & obligé de ſe preſenter ſur l'aſſignation dans les délais de l'Ordonnance. Au ſurplus le Droit Romain en la Loi 3. *ff. de tutoribus & curatoribus datis*, & en la Loi derniere, *ff. de excuſat. tutor.* exigeant que le tuteur fût toûjours du même lieu que le pupille, *ejuſdem municipii*: il ne paroît pas qu'il pût y avoir beaucoup de cas où on eût beſoin des délais que preſcrit ici Juſtinien, plus ou moins grands, ſuivant la diſtance des lieux. Si on ne peut toûjours nommer un tuteur de la même Ville, on obſerve du moins de n'en point nommer qui ne ſoit de la Province, c'eſt-à-dire, dans le Reſſort du Baillage ou Senéchauſſée où les biens du pupille ſont ſituez, & cela pour ne pas donner prétexte aux tuteurs de groſſir leur compte par les frais des voyages. Journal des Audiences, Tom. 1. *Liv.* 1. *Ch.* 31. *pag.* 28. Laroche & Graverol, *pag.* 387. & Baſſet, *Tom.* 2. *pag.* 254.

§. 18. *Qui tutelam alicujus gessit, invitus curatore ejusdem fieri non compellitur, &c.*

CEla n'a point lieu dans les Païs coûtumiers, où, comme nous l'avons dit ailleurs, la tutelle & la curatelle sont confonduës, où la tutelle dure jusqu'à la vingt-cinquiéme année, si elle ne finit plûtôt par des Lettres d'Emancipation ou benefice d'âge; mais on l'observe à la lettre dans les Païs de Droit Ecrit, comme on peut voir par les Arrêts rapportez par Lapeyrere, *lett.* T. *Nom.* 168.

§. 19. *Maritum uxori suæ curatorem datum, excusare se posse, &c.*

JUstinien confond ici, comme en quelqu'autre endroit de ce Titre, la prohibition avec l'excuse, je veux dire, qu'il excuse ou qu'il permet au mari de s'excuser, quoi qu'en effet il lui donne l'exclusion, le mari regardé sans doute comme suspect par la défiance ou la crainte, de ne pouvoir exiger de lui un compte de l'administration, exact & fidelle; mais quoi qu'il en soit, un mari parmi nous seroit si peu exclus de la curatelle de sa femme, le cas écheant, que par la plûpart des Coûtumes du Royaume, les femmes mariées sont comme sous la puissance de leurs maris, les femmes même majeures ne pouvant contracter, ni ester en jugement, si leur mari ne les autorise.

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

ON trouve dans le premier Tome du Journal du Palais, pag. 312. un Arrêt du Parlement de Paris, du 30. Août 1672. qui fit peu de cas de cette décision de Justinien: Les parens assemblez ayant nommé un tuteur, & cette nomination ayant été confirmée par le Juge, le tuteur nommé forme opposition: son moyen pris de ce qu'il y avoit des parens plus proches, le Juge le décharge de la tutelle, & ordonne qu'il

sera

ſera fait une nouvelle aſſemblée des parens, les parens nomment un nouveau tuteur : & celui-ci interjette appel de nomination faite de ſa perſonne. Les choſes en cet état, un oncle du pupille declare qu'il veut accepter la tutelle, & le Juge ordonne que les parens, à la diligence de celui qui avoit interjetté appel de ſa nomination, donneront leur avis ſur la Déclaration où les offres de cet oncle, auquel il eſt cependant permis de gerer & adminiſtrer les biens du pupille : L'oncle ayant geré ſans autre formalité, meurt inſolvable, & le pupille devenu majeur forme demande en reddition de compte, tant contre le premier tuteur que le Juge avoit déchargé ſur les excuſes par lui propoſées, que contre le ſecond qui avoit appellé, & qui ſur la déclaration ou les offres de l'oncle, avoit d'abord deſiſté de ſon appel, il ſemble qu'on pouvoit appliquer naturellement à ce cas, ce que dit ici Juſtinien, que le tuteur une fois nommé demeure garant de l'adminiſtration tutelaire, quoiqu'il n'ait point geré, ou que par de mauvaiſes raiſons il ait trouvé le moyen de ſe faire décharger : *ſi falſis allegationibus excuſationem meruerit, non eſt liberatus onere tutelæ.* Cependant l'Arrêt jugea tout autrement, il renvoya abſous les prétendus tuteurs ; & cela (dit l'Auteur qui le rapporte) ſur le fondement de la Loi 22. au Code *de excuſationibus tutorum* (où il eſt dit) *ſi tutor nominatus decreto Præſidiis habens excuſationem abſolutus es, ad te non pertinere periculum adminiſtrationem manifeſtum eſt.* Nous ne citons point cet Arrêt comme un préjugé déciſif en des cas ſemblables, nous le regardons au contraire comme peu conforme aux regles & aux principes ; car enfin, à ſuppoſer même que la Loi 22. *de excuſationibus tutorum*, doive être entenduë de toutes Sentences de décharge, ſans excepter celles qui peuvent avoir été ſurpriſes par des fauſſes allegations & des excuſes frivoles : que pouvoit-on en conclure contre le ſecond tuteur qui avoit appellé, & qui avoit déſiſté de ſon appel, qui n'avoit été déchargé, ou pour mieux dire, qui ne s'étoit déchargé lui-même que ſur les offres de l'oncle du pupille, offres non communiquées aux parens ?

Nous obſerverons en finiſſant ce Titre, que ceux qui ont des excuſes pour être déchargez de la tutelle ſont déchargez auſſi de l'action ſubſidiaire, dont nous avons parlé ſur l'un des Titres précedens : De cette action ſubſidiaire à laquelle ſont aſſujettis les

Ceux qui ont des excuſes capables de les faire exempter de la tutelle, ne ſont point tenus de l'action ſubſidiaire.

parens nominateurs, lorſque le tuteur ſe trouve inſolvable. Boniface, *Tom.* 4. *pag.* 214. rapporte des Arrêts qui l'ont jugé ainſi ; & Duperier, *Tom.* 2. *pag.* 483. en rapporte de ſemblables.

TITRE XXVI.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

NOus n'avons que deux obſervations à faire ſur ce Titre. La premiere, regarde les Juges devant qui les tuteurs peuvent être accuſez comme ſuſpects, & la ſeconde, les perſonnes qui peuvent intenter l'accuſation. Les Tuteurs ne peuvent être accuſez que devant les mêmes Juges qui ont decerné la tutelle : & ces Juges en France ſont ; ſçavoir, les Baillifs & les Senéchaux, ſi le pupille eſt Noble : & les premiers Juges Royaux, ſi le pupille eſt Roturier. Pour ce qui regarde les accuſateurs, les actions populaires, ces actions que le Droit Romain permettoit d'intenter, *cuilibet de populo*, étant abſolument abolies en France, il n'y a que les Procureurs du Roi, ou des Seigneurs, qui ſoient perſonnes legitimes, leur zéle pouvant tout au plus être excité par les parens des pupilles ; à cela près, ce Titre ne contient point de déciſion qui ne doive être obſervée.

Fin du Livre premier.

LIVRE SECOND.

DES INSTITUTES DE L'EMPEREUR JUSTINIEN.

TITRE PREMIER.

DE RERUM DIVISIONE, ET ACQUIRENDO earum Dominio.

A Ne regarder que la nature, dit Ciceron, au Livre premier de ſes Offices, *chap.* 7. tout eſt commun entre les hommes, & il n'y a rien qui appartienne à l'un plûtôt qu'à l'autre : *ſunt autem privata nullâ naturâ* ; en ſorte que ſi telle choſe eſt preſentement à celui-ci, & telle autre choſe à celui-là : Cela vient, ou de ce qu'on s'en eſt emparé le premier, comme ont fait ceux qui ont rencontré des terres inhabitées, & dont perſonne ne s'étoit encore mis en poſſeſſion, ou de ce qu'on l'a

conquiſe par les armes, ou acquiſe par quelque ſorte de Loi, par convention ou par le ſort : *aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoriâ, ut qui bello potiti ſunt, aut Lege, pactione, ſortè, &c.* Mais quoiqu'il en ſoit, ajoûte-t'il, & de quelque maniere que ce qui étoit commun originairement, ſe trouve aujourd'hui partagé, il faut s'en tenir là, chacun ayant droit de conſerver ce qui lui eſt échu, & ne pouvant en être depoſſedé, à moins d'un Titre legitime ſans violer les droits de la ſocieté humaine : *quod quique obtigit eorum quæ naturâ fuerunt communia, id quiſque teneat, ex quo ſi quis ſibi appetet, violabit jus humanæ ſocietatis, &c.* Ce ſont ces Titres, ou ces moyens legitimes d'acquerir, que Juſtinien ſe propoſe d'expliquer dans ce Titre, & dans les Titres ſuivans.

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

ON peut voir dans M. Lebret, Traité de la Souveraineté, *Liv. 2. ch. 14.* comment & en quel ſens les rivages de la mer appartiennent au Roi, & non-ſeulement les rivages de la mer, mais la mer même qui avoiſine nos Côtes. M. Dolive, *Liv. 2. ch. 3.* obſerve, que ſuivant les principes même de la Juriſprudence Romaine, ce Droit ne peut être conteſté à nos Rois, puiſque les rivages de la Mer, ſur leſquels le Peuple Romain étendoit ſa domination, appartenoit au Peuple Romain à l'excluſion des autres Nations : *littora*, dit le Juriſconſulte en la Loi 3. *ff. ne quid in loco publico, littora in quæ Populus Romanus imperium habet, Populi Romani eſſe arbitror.*

§. 1. *Nemo ad littus maris accedere prohibitur : Dùm tamen à villis, & monumentis abſtineat, &c.*

CE texte eſt ſuſceptible de deux differentes interpretations ; car on peut l'entendre de maniere qu'il défende de bâtir ſur les rivages de la mer, ou qu'il défende de troubler ceux qui y ont bâti ; mais quoiqu'il en ſoit, nous avons ſur cette matiere une Loi qui n'a rien d'équivoque, c'eſt l'Ordonnance de 1681. concernant la Marine, au Livre 4. *tit. 7. art. 2.* qui eſt conçûë en ces termes : „ Faiſons défenſes à toutes per-

ſonnes de bâtir ſur les rivages de la Mer, d'y planter aucuns " pieux, ni faire aucuns ouvrages, qui puiſſent porter préju- " dice à la navigation, à peine de démolition des ouvrages " de confiſcation des materiaux, & d'amende arbitraire. "

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

LEs Fleuves & les Rivieres navigables appartiennent inconteſtablement au Roi, & ſont partie du Domaine de ſa Couronne: " Declarons (dit l'Ordonnance de 1670. portant Réglement general pour les Eaux & Forêts, Titre de la conſervation des Forêts, Eaux & Rivieres: Declarons " la proprieté de tous les Fleuves & Rivieres portant bateaux " de leur fonds, ſans artifice & ouvrage des mains, dans notre Royaume, & terres de notre obéïſſance, faire partie du " Domaine de notre Couronne, nonobſtant tous Titres & poſſeſſions contraires, ſauf les Droits de pêche, Moulins, Bacs, " & autres uſages que les particuliers peuvent y avoir par " Titres & poſſeſſions valables, &c. "

TITRES ET POSSESSIONS VALABLES, &c. Sa Majeſté crût devoir expliquer ce qu'elle avoit entendu par ces mots: & c'eſt ce qu'elle fit par ſa Déclaration du mois d'Avril 1683. d'une maniere à ne laiſſer plus de difficulté ſur cette matiere: " Confirmons en la proprieté, poſſeſſion & joüiſſance des Iſles, " Iſlots, atteriſſemens, Droits de Peſche, Péages, Paſſages, " Bacs, Bateaux, Ponts, Moulins, & autres Edifices & Droits " ſur les Rivieres navigables dans l'étenduë de notre Royaume, tous les proprietaires qui apporteront des Titres de proprieté autentique faits avec les Rois nos prédeceſſeurs avant " l'année 1566. ſçavoir, inféodations, Contrats d'alienation " & engagemens, aveus & dénombremens qui nous auront " été rendus; & quant aux poſſeſſeurs qui rapporteront ſeulement des actes autentiques de poſſeſſion commencée ſans " Titre avant le 1. Avril 1566. & continuée ſans trouble, " voulons qu'ils ſoient confirmez en leur poſſeſſions; à conditions néanmoins de nous payer par forme de redevence fonciere le vingtiéme du revenu annuel. Et à l'égard des Droits " dont les détenteurs ne rapporteront Titres valables de pro- "

„ prieté ou de poſſeſſion avant l'année 1566. voulons qu'ils „ ſoient réünis à notre Domaine, &c.

La proprieté des Rivieres appartient au Roi par une raiſon commune à toute ſorte de Rivieres indiſtinctement navigables, ou non navigables ; cette raiſon priſe de ce que les choſes publiques qui appartenoient au Peuple dans la Republique Romaine, appartiennent inconteſtablement aux Souverains chacun dans ſes Etats ; mais on peut dire qu'il y a quelque choſe encore de particulier pour les Rivieres navigables, parce qu'elles ſont ſouvent la communication ou la ſeparation des Etats les uns des autres, & qu'elles leur procurent l'abondance par le moyen de la navigation ; ce qui fait ſans doute que nos Roix ne ſont pas également jaloux de la proprieté des unes & des autres, declarant les navigables faire partie du Domaine de leur Couronne, & comme telles inalienables & impreſcriptibles ; tandis qu'ils tolerent que les non-navigables faſſent partie des Droits de la Haute Juſtice, & que la proprieté en appartienne aux Seigneurs dans le territoire deſquels elles coulent ; de maniere que ſi une Riviere non-navigable partage & diviſe deux differentes Juriſdictions, chaque Seigneur de ſon côté en a la proprieté ; Boiſſieu, de l'uſage des fiefs, *ch.* 37. & 60. Lebret, de la Souveraineté, *Liv.* 2. *ch.* 15. Loiſeau, Traité des Seigneuries, *ch.* 12. Loyſel, en ſes Inſtitutions Coûtumieres, *Liv.* 2. *Tit.* 2. *art.* 6. Coquille, ſur la Coûtume de Nivernois, *ch.* 16. *art.* 1. & M. Laroche des Droits Seigneuriaux, *ch.* 17. *art.* 1.

Les Rivieres non-navigables appartiennent aux Seigneurs Juſticiers ; mais en eſt-il de même des Ruiſſeaux ? Non ſans doute : tous nos Auteurs conviennent que la proprieté des Ruiſſeaux appartient aux proprietaires des fonds dans leſquels ils coulent ; de maniere pourtant que ces particuliers poſſeſſeurs des fonds ne peuvent point arrêter ou détourner le cours naturel de l'eau, les Loix & les Arrêts ne le permettent qu'au proprietaire du fonds où l'eau prend ſa ſource : Voyez la Loi *Præſes*, *Cod. de ſervitutibus & aqua*, Mornac ſur cette Loi & ſur la Loi 6. §. *ſi initium*, *ff. de edendo*, & Henrys *Tome* 2. *Liv.* 4. *queſt.* 75.

Les Loix & les Arrêts, diſons-nous, permettent au pro-

prietaire du fonds où l'eau prend ſa ſource de la détourner ; mais le proprietaire du fonds peut-il uſer de cette liberté au préjudice des proprietaires des heritages inferieurs, & malgré la poſſeſſion où ſont ces proprietaires de ſe ſervir des eaux pour arroſer leurs Preds, ou pour quelqu'autre uſage ? Cette queſtion s'étant preſentée au Parlement de Paris, elle fut jugée en faveur du proprietaire du fonds où l'eau prend ſa ſource, * & on n'eut point égard à ce qui étoit oppoſé par les proprietaires des heritages inferieurs, que la ſervitude *aquæ ducendæ*, étoit une ſervitude continuë, comme telle par conſéquent ſujette à la Loi de la preſcription, & ſur-tout à la preſcription d'un tems imemorial, ſuivant la Loi *hoc jure*, *ff. de aqua quotidiana & æſtiva* : on crut que pour établir cette eſpece de ſervitude par la poſſeſſion, il falloit qu'il y eût de la part des proprietaires des heritages inferieurs, *factum hominis*, *foſſa*, *vel Rivus per longitudinem depreſſus quò aqua duceretur*, & qu'ils fuſſent entrez pour cela dans le fonds où le Ruiſſeau prenoit ſa ſource : l'Arrêt eſt rapporté par Bardet, *Tom.* 1. *Liv.* 1. *Ch.* 65.

* Bardet *Tom.* 1. *p.* 771.

Voyez ſuite de Boniface, *Tom.* 2. *pag.* 631.

Nous avons dit que les Rivieres navigables appartenoient au Roi, & les Rivieres non-navigables aux Seigneurs Juſticiers, & ſur ce principe il a été decidé qu'une même Riviere pouvoit appartenir & au Roi, & aux Seigneurs Juſticiers : Qu'une Riviere, par exemple, ſoit navigable en certains endroits, & qu'elle ne ſoit pas navigable en d'autres ; dans ceux-ci elle appartiendra aux Seigneurs, & dans les autres elle appartiendra au Roi. Henrys, *Tom.* 2. *Liv.* 3. *queſt.* 5. *pag.* 229. rapporte des Arrêts qui l'ont jugé ainſi pour la Riviere de Loire.

§. 2. *Ideoque juſpiſcandi omnibus commune eſt in portu fluminibuſque.*

PArmi nous le droit de Pêche dans les Rivieres non-navigables eſt regardé comme un droit Seigneurial, un droit dépendant de la haute Juſtice ; car s'il eſt vrai, comme nous l'avons dit, que les Seigneurs Juſticiers ayent en cette qualité la proprieté des Rivieres non-navigables, il faut auſſi qu'ils en ayent

tous les droits utiles : *flumina*, dit Ferriere, ſur la queſtion 514. de Gui-Pape, *flumina non navigabilia ſunt Dominorum Juriſdictionalium per quorum territorium fluunt, atque ideò jus piſcandi ad eos pertinet.*

Pour les Rivieres navigables, & pour la Mer qui avoiſine nos côtes, le Roi entend ſans doute que le droit de Pêche eſt auſſi une ſuite naturelle de la proprieté qui lui appartient ; car à l'égard des Rivieres navigables, il ne faut que lire l'article premier de l'Ordonnance des Eaux & Forêts, titre de la Pêche, qui fait défenſes à toutes perſonnes, autres que Maîtres Pêcheurs reçus és Siéges de Maîtriſe, de pêcher à peine de 50. livres d'amende, de confiſcation de poiſſon, filets & autres inſtrumens de pêche ; & pour ce qui ragarde la Mer, quoique le Roi par l'Ordonnance de la Marine, *Liv. 5. tit. 1. art. 1.* declare la Pêche libre & commune à tous ſes Sujets, & juſques là que dans le Titre 3. du même Liv. art. 9. il défend aux Seigneurs des Fiefs voiſins de la Mer, & à tous autres, de lever aucun droit en deniers ou en eſpeces ſur les Pêches qui s'y font, & de s'attribuer aucune étenduë de Mer pour y pêcher à l'excluſion d'autres, ſinon en vertu d'aveus & dénombremens reçus és Chambres des Comptes avant l'année 1544. ou de Conceſſion en bonne forme ; néanmoins cette liberté là même accordée par Sa Majeſté, le terme de permiſſion dont elle ſe ſert, les divers Reglemens qu'elle fait, les conditions qu'elle preſcrit, la neceſſité qu'elle impoſe aux Pêcheurs de prendre des Lettres Patentes, ou un congé de l'Amiral, ſuivant les differens genres de Pêche ; le droit prohibitif de la Pêche qu'elle ſe reſerve d'accorder aux Seigneurs voiſins de la Mer, tout cela fait évidament comprendre, que s'il eſt libre de pêcher dans la Mer, c'eſt par l'effet de la bonté du Roi, & qu'en cela on n'eſt point fondé en la diſpoſition du droit Commun, de ce droit Commun, qui fait dire au Juriſconſulte en la Loi 2. §. 9. *ff. ne quid in loco publico*, &c. *Si quis in Mari piſcari prohibeatur, non habebit interdictum : quemadmodum nec is qui in campo publico ludere, vel in publico balneo lavare aut in theatro ſpectare arcetur ; ſed in omnibus his caſibus injuriam actione utendum eſt.*

Cette Loi qui donne, ou qui ſuppoſe la liberté de la Pêche dans toute l'étenduë de la Mer, & qui défend à qui que ce ſoit

de

de s'y attribuer un droit excluſif, eſt abrogée par la Novelle 56. de l'Empereur Leon, qui permet à celui qui eſt en poſſeſſion de pêcher ſeul devant ſa maiſon, *antè prætorium ſuum*, de s'y maintenir contre tous ceux qui voudroient le troubler, *quia jus illud maris poteſt ad aliquem pertinere, puta per occupationem*; mais ſi la Loi eſt abrogée par la Novelle, il faut regarder auſſi la Novelle, du moins en ce qu'elle attache à la poſſeſſion un droit excluſif & prohibitif, comme abrogée par cet article de l'Ordonnance de la Marine que nous venons de citer, & par lequel tout droit prohibitif de la Pêche dans la Mer doit être fondé ſur une Conceſſion du Prince, ou ſur des aveus & dénombremens rendus avant l'année 1544. L'Arrêt que rapporte M. Dolive, *Liv. 2. ch. 3.* rendu en faveur du ſieur Marquis de Perignan, & par lequel on jugea que la poſſeſſion immemoriale étoit un titre ſuffiſant, eſt anterieur à cette Ordonnance.

Lorſque les Rivieres non-navigables paſſent en des lieux qui ne reconnoiſſent point d'autre Seigneur que le Roi, le droit prohibitif de la Pêche appartient ſans difficulté au Roi; car pourquoi ſa condition ſeroit-elle pire que celle des Seigneurs particuliers? Cependant le Roi n'a jamais uſé de ce droit, Sa Majeſté tolere, & a toûjours toleré, la liberté de la Pêche dans toutes les Rivieres qui lui appartiennent, navigables, ou non navigables.

J'ai vû, il n'y a pas long tems, agiter une queſtion au ſujet de la Pêche dans les Rivieres non-navigables, dont la proprieté appartient aux Seigneurs Juſticiers; ſçavoir, ſi les habitans d'un lieu pouvoient, non point acquerir par la preſcription le droit prohibitif de la Pêche, mais preſcrire contre le droit prohibitif du Seigneur; c'eſt-à-dire, acquerir par la poſſeſſion le droit & la faculté de pêcher: on cita un Arrêt rendu il y a quelques années * en faveur du Seigneur de Caſſagnoles, & par lequel on jugea, qu'il pouvoit prohiber la Pêche à ſes Vaſſaux & Emphiteotes, quoiqu'ils euſſent pour eux l'uſage, & une poſſeſſion immemoriale; le droit de pêcher regardé ſans doute comme un droit Seigneurial, un droit dépendant de la Juſtice, & qui ſuivant la Doctrine de Dumoulin, n'en peut être ſeparé par la preſcription; mais je ne ſçai ſi cet Arrêt doit être regardé comme un préjugé

* Ceci eſt de 1729.

Suite de Boniface, *Tom.* 2. *pag.* 142. & 143.

décisif en semblable cas : les droits Seigneuriaux & dépendans de la Justice, peuvent être impreſcriptibles ; mais le droit de Pêche eſt-il bien de ce nombre ? S'il en faut croire à Joannes Faber ſur cet endroit des Inſtitutes que nous expliquons, le droit prohibitif de la Pêche eſt ſi peu un droit de la Juſtice, qu'il n'appartient au Seigneur Juſticier, qu'autant que la Coûtume le lui donne, & qu'il en eſt exclus, s'il n'eſt fondé en poſſeſſion : *Niſi conſuetudo pingius ei jus tribuat* ; à quoi eſt conforme la déciſion de Guy-Pape en la queſtion 514. de Benedictus ſur le Chap. Raynutius *in verbo & uxorem*, & de Boiſſieu, Traité des Droits Seigneuriaux, *ch.* 37.

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

Par le Droit Romain, les Rivages de la Mer étoient publics, mais non point les Rivages des Rivieres, la proprieté de ceux-ci appartenoit aux Riverains, & l'uſage ſeul en étoit public.

L'Ordonnance de la Marine, *Liv.* 4. *Tit.* 7. *Art.* 1. s'eſt conformée à la définition que donne ici Juſtinien du Rivage de la Mer, lorſqu'elle dit : „ Sera reputé bord & rivage de la Mer, „ tout ce qu'elle couvre & découvre pendant les nouvelles & „ pleines Lunes, & juſqu'où le grand flot de Mars ſe pût étendre „ ſur les greves, &c.

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

LA proprieté des Rivages, ou marche-pied des Rivieres navigables, appartient au Roi, à qui nous avons dit que la proprieté même des Rivieres appartenoit ; l'un eſt une ſuite neceſſaire de l'autre, & Sa Majeſté l'entend ſans doute ainſi, lorſque par un des articles de l'Ordonnance des Eaux & Forêts, „ elle „ enjoint aux Proprietaires des heritages, aboutiſſans aux Rivie„ res navigables, de laiſſer le long des bords, vingt quatre pieds „ au moins de place en largeur pour chemin Royal & trait des „ chevaux, ſans qu'ils puiſſent planter arbres, ni tenir clôtures „ ou hayes, plus près que trente pieds du côté que les batteaux „ ſe tirent, & dix pieds de l'autre bord, à peine de 500. livres „ d'amende, confiſcation des arbres, & d'être les contrevenans „ contraints à reparer & remettre les chemins en état à leurs

fraix : C'eſt l'article dernier du Titre des Routes & Chemins Royaux, Forêts & marche-pieds des Rivieres : *Voyez* Boiſſieu de l'uſage des Fiefs ſur la fin du Chapitre 60.

§. 6. *Univerſitatis ſunt, non ſingulorum, quæ in Civitabus ſunt Theatra, ſtadia, &c.*

EN France, la Police, la Garde & la conſervation des choſes que le Droit Romain appelle *Univerſitatis*, appartient au Seigneur Juſticier dans les lieux où il y en a, & au Roi par tout ailleurs. Loyſeau, Traité des Seigneuries, *ch. 3. nom.* 80. & *ch.* 12. *nom.* 118. obſerve que la proprieté de ces choſes n'appartient proprement à perſonne, que la Communauté n'en a proprement que l'uſage, ainſi que les particuliers qui la compoſent, un chacun ayant la liberté de s'en ſervir, pourveu qu'il ne porte point de préjudice ni d'empêchement à l'uſage commun & general.

§. 8. *Quæ ritè ad miniſterium Dei dedicata ſunt alienari & obligari prohibuimus, &c.*

ON ne peut bâtir, ni Egliſe, ni Chapelle, ſans la permiſſion ou le conſentement de l'Evêque Dioceſain, & cela même ne ſuffit pas pour mettre les Egliſes & les Chapelles au nombre des choſes ſacrées ; il faut encore qu'elles ſoient ſolemnellement conſacrées ou benites : * Par les Conſtitutions Canoniques, les Evêques peuvent permettre, & ils permettent en effet aſſez volontiers à des perſonnes diſtinguées, & qui à cauſe de leurs infirmitez, de leur vieilleſſe, ou de l'éloignement des Egliſes Paroiſſiales, ne peuvent entendre commodement la Meſſe, d'avoir des Chapelles domeſtiques.

* Dueaſſe de la Juriſdiction Eccleſiaſtique, *Part.* 1. *ch.* 8. *page* 166. & ſuiv.

§. 8. Si quis auctoritate suâ quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed prophanum, &c.

UN particulier vend un fonds à une Communauté Religieuse qui y fait construire une Eglise, le vendeur faute de payement du prix, pourra-t'il faire saisir reéllement le fonds vendu? ou la Communauté Religieuse pourra-t'elle former opposition à la saisie & à la vente judicielle, fondée sur ce que dit ici Justinien, *quæ ad ministerium Dei dedicata sunt alienari & obligari non possunt*? La question s'étant présentée au Parlement de Paris, il intervint Arrêt, qui declara la saisie valablement faite: l'Arrêt est dans le premier Tome du Journal des Audiences, *page* 569. Le Journaliste observe, qu'il en auroit dû être autrement, si l'Eglise avoit été solemnellement consacrée, au lieu qu'elle avoit été seulement benite; mais j'avouë que je ne comprends pas trop la raison de la difference; que je ne comprends point, pourquoi la consecration auroit pû être un obstacle à la saisie & au decret, & non la benediction; car enfin la raison d'équité pour le creancier qui a vendu le fonds, est la même en l'un & en l'autre cas, & en l'un & en l'autre cas aussi, la raison de Religion est la même, les ceremonies de la consecration n'ajoûtant rien à la benediction; & une Eglise benite n'étant pas moins hors du commerce des hommes, que celle qui a été solemnellement consacrée. Soëfve qui rapporte le même Arrêt, *Tome* 1. *Centurie* 3. *ch.* 25. *page* 240. lui donne pour motif, non point le défaut de consecration solemnelle, mais cette raison generale, „ que l'on ne „ peut dedier ni consacrer à Dieu le bien d'autrui, & que les „ biens ne peuvent pas être rendus saints & hors du commerce „ des hommes, qu'ils n'ayent été entierement payez.

§. 8. Locus, in quo ædes Sacræ ædificatæ sunt, etiam diruto ædificio, sacer adhuc manet, &c.

CEtte decision n'est point observée parmi nous: qu'une Eglise soit démolie ou brûlée, le lieu où elle étoit bâtie, deviendra profane, & ce lieu par la disposition du Droit Ca-

nonique peut être prophané encore de pluſieurs autres manieres, par l'exercice d'une fauſſe Religion, par éfuſion de ſang, par quelque impureté criminelle. *Can. Eccleſiis 20. diſtinct. 1. de Conſecratione, cap. ſignificaſti extra de adulteriis, Cap. conſuluiſti de Conſecratione Altaris, Cap. ult. de Conſecratione Eccleſiæ in 6°.*

Ducaſſe de la Juriſdiction Eccleſiaſtique, *Part. 1. pag. 171.*

§. 9. *Religioſum locum unuſquiſque ſua voluntate facit, dum mortuum infert in locum ſuum, &c.*

NOus ne reconnoiſſons point en France cette maniere de rendre un lieu religieux : Les lieux deſtinez à la ſépulture des Fidéles peuvent bien être regardez comme des lieux ſaints & religieux ; mais on peut dire qu'ils ſont tels, de là qu'ils ſont deſtinez & comme conſacrez à cet uſage, que ce n'eſt point préciſement par l'enterrement qui s'y fait des corps morts ; & en effet, que la ſépulture ſe faſſe dans tout autre lieu que dans un Cimêtiere, ce lieu reſtera tel qu'il étoit auparavant, & n'en ſera pas moins dans le commerce des hommes. Il arrive quelquefois que les habitans d'une Paroiſſe veulent tranſporter le Cimêtiere d'un lieu à un autre ; & les Arrêts ont jugé que cela ſe pouvoit du conſentement du Curé & de l'Evêque Diocéſain, les oſſemens des corps enterrez, préalablement tranſportez de l'ancien Cimêtiere au nouveau ; * après le tranſport des oſſemens, l'ancien Cimêtiere rentre dans le commerce, & reprend ſans autre formalité la nature de lieu purement prophane. L'enterrement doit être toûjours fait à l'Egliſe Paroiſſiale en défaut d'autre diſpoſition de la part du défunt ; & lors même que le défunt a choiſi ſa ſepulture ailleurs que dans la Paroiſſe, le Curé doit toûjours faire la levée du corps, le conduire à l'Egliſe où il doit être enterré, & partager avec elle le luminaire. Il eſt expreſſement défendu par les Conſtitutions Canoniques, de rien exigier pour les ſépultures, ſous prétexte de l'ouverture de la terre, du luminaire, ou autres fraix pour leſquels les revenus Eccleſiaſtiques ont été donnez ; mais ces Conſtitutions ſont peu obſervées, ou ne le ſont qu'à l'égard des pauvres.

* Fevret, *Tom. 1. Liv. 4. ch. 8. Nom. 17. pag. 397.*

§. 10. *Sanctæ quoque res, veluti muri & portæ (Civitatis) quodammodo Divini Juris sunt: & ideo nullius in bonis sunt, &c.*

SUivant l'observation de Loyseau, traité des Seigneuries, *ch.* 12. *nom.* 118. les choses dont parle ici Justinien, Portes, Murailles, Fossez, Remparts, &c. ne different en rien parmi nous, de celles que le Droit Romain appelle, *Universitatis*: L'usage en appartient à la Communauté, & à tous les Particuliers qui la composent; mais la police ou la garde en appartient au Seigneur Justicier dans les lieux où il y en a, & au Roi par tout ailleurs: M. de Catelan, *Liv.* 3. *ch.* 40. rapporte un Arrêt rendu en conformité de cette maxime: un Arrêt qui maintint le Seigneur Justicier d'une Ville fermée, dans le droit de se faire donner les clefs des portes par les Consuls sortant de Charge, pour les remettre entre les mains des nouveaux Consuls.

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

DE LA CHASSE. CEtte decision n'est point observée en France, le Seigneur Haut-Justicier par les Loix du Royaume, est seul en droit de chasser en l'étenduë de sa Justice: „ & si la Justice est démembrée ou divisée entre plusieurs enfans ou particuliers, „ celui là seul à qui appartient la principale portion a le droit „ exclusif ou prohibitif de la Chasse; cette prerogative lorsque „ les Parties sont égales, attachée à celle qui procede du partage de l'aîné. Telle est la disposition de l'Edit ou Ordonnance des Eaux & Forêts de l'année 1669. au Titre des Chasses, Article 27.

Le droit prohibitif de la Chasse donné par l'Edit, dont nous venons de parler, à celui des Cosseigneurs qui a la principale portion de la Justice, fit naître, il y a quelques années, une contestation entre le sieur de Seguy, & le sieur de Fabas, tous deux

Seigneurs du lieu de Bauzelle, mais en des portions fort inégales; car il étoit convenu que de huit portions de la Juſtice, le ſieur de Fabas n'en avoit qu'une, les ſept autres appartenant au ſieur de Seguy. Par une ancienne Tranſaction paſſée entre les Auteurs de ces Parties, le ſieur de Fabas devoit joüir de huit en huit ans de tous les droits utiles & honorifiques dépendant de la Juſtice; & ſur le fondement de cette Tranſaction, il avoit obtenu un jugement à la Table de Marbre qui lui permettoit de chaſſer pendant l'année qui rempliſſoit ſon tour; mais par Arrêt rendu en la Chambre Tournelle au mois de Septembre 1699. il lui fut fait défenſes de chaſſer en aucun tems, & le ſieur de Seguy maintenu ſeul en ce droit, comme ayant la plus grande portion de juſtice: Nous trouvons dans Boniface, *Tom.* 4. page 131. des Arrêts, qui l'ont jugé autrement, & qui ont maintenu au droit de chaſſer tous les Seigneurs qui avoient part à la Juſtice; mais ces Arrêts ſont anterieurs à l'Ordonnance de 1669.

La Chaſſe appartient au Seigneur Juſticier, de maniere qu'il peut ſeul chaſſer & prohiber la Chaſſe à tous autres. Mais lui appartient-elle de maniere qu'il puiſſe la permettre indifferamment à qui bon lui ſemble? Non ſans doute, & quelques permiſſions que des Particuliers, ou des Communautez puiſſent avoir de leurs Seigneurs, on n'y a abſolument aucun égard, ou on n'y a égard qu'en faveur des Nobles, comme n'ayant ancun empêchement en leur perſonne, ou comme non compris en la prohibition que fait l'Edit des Eaux & Forêts déja cité, Titre des Chaſſes, *Art.* 28. en ces termes: *Faiſons défenſes aux Marchans, Artiſans, Bourgeois & Habitans des Villes, Bourgs, Paroiſſes, Villages & Hameaux, Païſans & Roturiers, de quelque état & condition qu'ils ſoient, non poſſedans fiefs, Seigneurie & Haute-Juſtice, de chaſſer en quelque 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 troiſiéme, d'être attachez trois heures au Carcan du lieu de leur reſidence au jour de Marché, & bannis durant trois années du Reſſort de la Maîtriſe, &c.* On comprend par là que l'interêt des Seigneurs n'eſt point le motif de la prohibition, & par conſequent que les Seigneurs ne peu-

Voyez Graverol ſur Laroche des droits Seigneuriaux *ch.* 28. *art.* 3.

vent, ſous aucun prétexte, permettre aux Roturiers de chaſſer.

Les Nobles ont donc cet avantage ſur les Roturiers, que les Seigneurs peuvent leur communiquer le droit de Chaſſe; mais ce n'eſt pas le ſeul avantage qui ſoit attaché à la Nobleſſe; on permet aux Nobles de chaſſer dans les Terres du Roi, éloignées des plaiſirs de Sa Majeſté; & par l'art. 119. de l'Ordonnance d'Orleans, ils peuvent encore, lorſqu'ils poſſedent des heritages dans les Fiefs & Terres d'un Seigneur, s'exercer à l'arquebuſe au-dedans du pourpris de leur maiſons; c'eſt-à-dire, chaſſer même avec armes à feu, ainſi qu'il fut jugé en faveur du ſieur de Perget, contre le Marquis de Fontenilles par Arrêt rendu le 2. Juillet 1680. au rapport de M. de Mua: Arrêt très-remarquable, en ce qu'expliquant le mot de *Pourpris*, il fut declaré que le ſieur de Perget auroit la liberté de chaſſer ſur toutes les Terres à lui appartenant, attenantes à ſa maiſon, juſques aux quatre chemins, ſans pouvoir paſſer au-delà en ſuivant le gibier, ou ſous quelqu'autre prétexte que ce ſoit.

pour pris

Les Arrêts par leſquels la Chaſſe a été prohibée, nonobſtant tous privileges fondez ſur les Conceſſions des Seigneurs, ou par leſquels les privileges ont été reſtraints aux Nobles, ſont rapportez par M. Laroche & Graverol, Traité des Droits Seigneuriaux, *Ch.* 28. *Art.* 1. *&* 3. il en a été rendu depuis divers autres ſemblables; & il en fut rendu un entre autres le 29. Août 1709. en faveur du ſieur Comte de Pujol, contre lequel le Syndic de la Province du Languedoc ſe pourveut au Conſeil, prétendant que les défenſes faites par l'Ordonnance aux Roturiers de chaſſer, ne pouvoient avoir lieu contre les habitans & Communautez de cette Province, fondez en Titre, comme l'étoient les habitans de Pujol; j'ignore quel a été l'évenement de cette inſtance; je ſçai ſeulement que ſur la Requête du Syndic, * il fut rendu Arrêt portant qu'elle ſeroit communiquée au ſieur Comte de Pujol, pour ſa réponſe vûë être ordonné par Sa Majeſté ce qu'il appartiendroit.

* Cette Requête eſt rapportée au Code des Chaſſes, *Tom.* 1. *Page* 486.

Des particuliers poſſedant des Fiefs en l'étenduë de la Juſtice d'un Seigneur, ont la liberté de chaſſer, & comme à leur égard le Droit de Chaſſe eſt conſideré comme un Droit utile, les Arrêts ont jugé qu'ils ne s'excluoient pas les uns les autres, & qu'ils pouvoient tous en uſer, ſoit que leurs portions dans le fief-fuſſent

Art. 26. du Titre des Chaſſes.

ſent égales ou inégales : les Arrêts ont jugé qu'il n'en étoit pas de deux ou pluſieurs particuliers poſſedans par indivis un même fief, comme de pluſieurs Seigneurs Cojuſticiers : ceux-ci ſont exclus par le Seigneur qui a la principale portion de la Juſtice ; mais entre pluſieurs poſſeſſeurs du même fief, celui qui en poſſede la plus grande partie n'exclud pas les autres ; Si les Seigneurs Directes ne s'excluent pas les uns les autres, ils excluent encore moins le Seigneur Haut-Juſticier, qui comme nous avons dit, peut chaſſer dans toute l'étenduë de la Haute-Juſtice, quand même il n'y auroit aucune Directe.

Il ſemble que ſuivant l'eſprit des Ordonnances, la faculté de chaſſer eſt perſonnelle aux Seigneurs, & qu'ils ne peuvent la communiquer, pas même à leurs Domeſtiques : „ Declarons, „ dit l'Ordonnance de 1669. Titre des Chaſſes, *art.* 26. tous „ Seigneurs Hauts-Juſticiers, ſoit qu'ils ayent Cenſives, ou „ non, en droit de pouvoir chaſſer dans l'étenduë de leur „ Haute-Juſtice, quoique le Fief appartienne à un autre, ſans „ néanmoins qu'ils puiſſent y envoyer chaſſer aucuns Domeſ- „ tiques, ou autres perſonnes de leur part, &c. joüiront (dit la Déclaration du Roi Henry IV. du 3. Mars 1604. renouvellée par un Arrêt du Conſeil du 22. Octobre 1722.) „ joüiront les „ Seigneurs, Gentilshommes & Nobles de notre Royaume, de „ la permiſſion à eux accordée de chaſſer ſur leurs Terres & „ Domaines, ſans toutefois que leurs Fermiers, Serviteurs ou „ Domeſtiques en puiſſent uſer, forts & excepté que ceux de „ notre dite Nobleſſe, qui ſeront ſexagenaires ou incommodez „ d'âge par la vieilleſſe, ou par les bleſſures ou autres incommo- „ ditez en leurs perſonnes, ceux là en ce cas, & non autres, „ pouvant faire tirer au Gibier par l'un de leurs Domeſtiques, „ duquel ils répondront, & en leur préſence ſeulement, &c. A quoi on peut ajoûter que par une Déclaration du 27. Juillet 1701. donnée pour les Capitaineries des Chaſſes de M. le Duc d'Orleans, Art. 3. * il eſt enjoint aux Seigneurs Eccleſiaſtiques, de commettre une perſonne telle qu'ils aviſeront, pour chaſſer ſur leurs Terres, à condition que celle qui ſera par eux commiſe, ſera tenuë de faire enregiſtrer ſa commiſſion au Greffe de la Maîtriſe : ce que les Arrêts ont étendu depuis, aux femmes & autres, qui par leur état ne peuvent chaſſer en perſonne.

* Code des Chaſſes, *Tom.* 2. *pag.* 459.

Cependant il n'eſt rien de plus commun dans l'uſage, que de voir les Seigneurs chaſſer, & faire chaſſer auſſi impunement qu'ils chaſſent eux-même ; ſi on leur oppoſe l'Art. 26. du Tit. des Chaſſes des l'Ordonnance de 1669. ils oppoſent à leur tour, que la même Ordonnance en l'Art. 14. leur permettant de chaſſer noblement à force de Chiens & d'Oiſeaux, elle ſuppoſe neceſſairement qu'ils peuvent chaſſer en compagnie d'autres perſonnes : ils ajoûtent, que par la Déclaration même du 27. Juillet 1701. en l'Art. cité, les Capitaines des Chaſſes ne peuvent empêcher les Seigueurs Juſticiers, ou les Seigneurs des Fiefs, de chaſſer, eux & leurs enfans ou amis, dans l'étenduë de leurs Hautes-Juſtices ou Fiefs ; & quoiqu'il en ſoit, il arrive rarement qu'on faſſe le procès à un Seigneur pour avoir fait chaſſer d'autres perſonnes, ou pour avoir chaſſé lui-même en compagnie. Il ſemble que ce qu'il pourroit y avoir de contraire ſur cette matiere dans les Ordonnances, Edits & Déclarations, pourroit être concilié en diſtinguant le Seigneur Juſticier du Seigneur Directe proprietaire du Fief, regardant le Droit de Chaſſe en la perſonne du Seigneur Juſticier, comme un droit honorifique, & comme une faculté perſonnelle : & en la perſonne du Seigneur Directe, comme un profit & un droit utile du Fief. Si on refléchit ſur les termes dans leſquels eſt conçu l'Art. 26. de l'Ordonnance de 1669. on trouvera que la prohibition d'envoyer des Domeſtiques, tombe ſeulement ſur les Seigneurs Juſticiers qui n'ont point de part au Fief ; & on trouvera cette diſtinction encore plus marquée en l'Edit du mois de Juin 1601. * portant Reglement general pour le fait de Chaſſes, où il eſt dit en l'Art. 5. „ Permettons auſſi (aux Seigneurs, Gentilshommes & Nobles) de tirer & faire tirer à l'Arquebuſe par leurs „ Receveurs, Garenniers & Domeſtiques, dans l'étenduë de „ leurs Fiefs, &c. On trouve dans Lapeyrere, *lett.* C. *pag.* 42. de l'Edition de 1725. un Arrêt du Parlement de Paris du 13. Mars 1702. qui donne nommement au Seigneur du Fief, le Droit de faire chaſſer par ſes Domeſtiques, & qui le refuſe au Seigneur Juſticier.

* Cet Edit eſt rapporté dans le nouveau Neron, *Tom.* 1. *pag.* 714. de l'Edition de 1720.

On a demandé ſi un Seigneur Suzerain & dominant qui reçoit l'hommage, ou d'un Seigneur de Fief, ou d'un Seigneur Haut-Juſticier, pouvoit chaſſer dans l'étenduë des terres qui ſont

de ſa mouvance ; & les Arrêts ont jugé qu'il le pouvoit, contre les termes des Ordonnances qui parlent nommement & taxativement des Seigneurs Hauts-Juſticiers, & des Seigneurs Directes. Code des Chaſſes, *Tom. 1. page 442.*

Nous avons dit, que la peine de la contravention en fait de Chaſſe étoit l'amende de 100. liv. pour la premiere fois, du double pour la deuxiéme, le Carcan pour la troiſiéme, & le banniſſement durant trois années : il eſt défendu aux Juges de remettre, ou moderer cette peine ; mais il leur eſt défendu auſſi de condamner au dernier ſupplice, de quelque qualité que ſoit la contravention, ſi ce n'eſt qu'il y eût autre crime mêlé ; le Roi par l'Art. 2. du Titre des Chaſſes de l'Ordonnance de *1669.* dérogeant aux Ordonnances de ſes Predeceſſeurs, & notamment à celle de *1601.* qui prononce en l'Art. 14. peine de mort contre ceux qui après avoir été bannis, viendroient encore à recidiver. On diſoit du Roi Louis XII. que ſous ſon Regne il étoit plus aiſé d'obtenir des Lettres de Grace pour avoir tué un homme, que pour avoir tué un Cerf ou un Sanglier.

Les Seigneurs demandent ordinairement, qu'outre l'amende, les contrevenans ſoient encore condamnez en des dommages & interêts ; mais c'eſt ce qu'on ne leur accorde point, la Chaſſe n'étant pas regardée comme un vol, mais comme une infraction de la Police du Royaume ; on trouve neanmoins quelques Arrêts, qui ſur la preuve d'un grand abbatis de Gibier, ont condamné les Chaſſeurs en quelque ſomme pour être employée en achat de menu Gibier pour repeupler la terre. Code des Chaſſes, *Tom. 1. page 22. & 482.*

Par la raiſon que la contravention en fait de Chaſſe n'eſt pas regardée comme un crime, ou un fait grave, & qu'il n'y a d'ailleurs à eſperer pour celui qui agit, ni reſtitution, ni dommages & interêts, les Arrêts ont jugé qu'on ne pouvoit en faire la preuve par la publication d'un Monitoire : un Monitoire ſuivant la diſpoſition de l'Edit de *1695. Art. 26.* ne pouvant être ordonné que pour des crimes graves, & ſcandales publics, &c. Code des Chaſſes *Tome 1. page 482.*

Il n'y a point en matiere de Chaſſe, de privilege pour les Eccleſiaſtiques ſurpris en contravention, c'eſt-à-dire, que les Eccleſiaſtiques ne peuvent demander, ni d'être renvoyez devant le Juge d'Egliſe, ni que le Juge d'Egliſe procede conjointement avec les Officiers de la Maîtriſe de la Table de Marbre

Lapeyrere en l'endroit que nous avons déja cité lettre C. page 42. de l'Edition de 1725. rapporte des Arrêts qui l'ont jugé ainſi, l'Ordonnance de 1669. article 35. le decide de même, mais plus préciſement encore celle du mois de Janvier 1600. où il eſt dit en l'art. 21. „ & d'autant que pluſieurs Religieux, „ Prêtres, & autres Eccleſiaſtiques, contre la décence de leur „ Profeſſion & au lieu de vacquer au ſervice divin, s'adonnent „ au fait de la Chaſſe, Nous voulons qu'ils ſoient punis de „ pareilles peines & amendes que les Laïcs & Seculiers, ſans „ qu'ils ſe puiſſent prévaloir de leurs Tonſures & privileges.

Un particulier qui poſſede un fonds allodial peut-il chaſſer, ainſi que le Seigneur Directe dans l'étenduë de ſon Fief? Les Arrêts ont jugé qu'il ne le pouvoit pas; & il faut convenir en effet, qu'il n'y a rien dans l'Edit des Eaux & Forêts, qui puiſſe favoriſer une telle prétention: „ Celui là ſeul, dit l'Art. 27. du Titre des Chaſſes, à qui appartiendra la principale „ portion de la Juſtice, aura droit de chaſſer dans l'étenduë de „ la Juſtice, à l'excluſion des autres Cojuſticiers qui n'auront „ part aux Fiefs, &c. Faiſons défenſes, dit l'Article ſuivant, „ à tous Marchands, Artiſans, Bourgeois, & habitans non poſ- „ ſedans Fiefs, Seigneurie & Haute-Juſtice, de chaſſer, &c. Ces termes, comme l'on voit, excluent & condamnent l'extenſion ou la conſéquence que l'on voudroit tirer des poſſeſſeurs des Fiefs, aux poſſeſſeurs des biens allodiaux; l'Ordonnance entendant par Fief, un bien noble, & que l'on poſſede noblement, & non point un fonds allodial, qui quoi qu'affranchi de toute Seigneurie Directe, n'en eſt pas moins ſujet au payement des Tailles, & par conſéquent Roturier: Cette difference entre un fonds noble & un fonds allodial eſt ſi connuë, qu'on a raiſon d'être ſurpris qu'elle ait fait matiere de conteſtation, & d'être ſurpris encore, que le Parlement de Toulouſe ait crû devoir l'expliquer, comme il l'a fait en dernier lieu, par un Arrêt rendu en forme de Reglement le 13. Mars 1729.

Code des Chaſſes, *Tome 2. page 352.*

Il n'eſt pas permis aux particuliers d'enclorre leurs fonds ou heritages, & d'empêcher par cette clôture le Seigneur Juſticier de chaſſer en l'étenduë de ſa Juſtice, & le Seigneur Directe en l'étenduë de ſon Fief: Il y a quelque tems que le ſieur Bermond Bourgeois de cette Ville ayant fait enclorre quinze

ou ſeize arpens de vigne qu'il avoit dans le lieu de Cugnaux, & à la diſtance d'environ une demi-lieuë du Village, M. de Papus Conſeiller au Parlement & Seigneur de Cugnaux fit ordonner par Arrêt, qu'il ſeroit fait deux ouvertures ou deux Portails, dont il auroit une clef pour entrer toutes les fois qu'il voudroit à l'effet de chaſſer : Et nous trouvons dans le 4. Tome de Boniface, *page* 125. des Arrêts du Parlement de Provence qui l'ont jugé de même ; l'Art. 25. du Titre des Chaſſes, ne permet d'enclorre que les fonds ou heritages qu'on a derriere les maiſons ſituées dans les Bourgs, Villages & Hameaux hors des plaines.

Les Seigneurs & autres ayant droit de Chaſſe ne peuvent en uſer ; ſçavoir, dans les terres enſemencées, depuis que le bled eſt en tuyeau, & dans les vignes, depuis le premier jour de May juſqu'après la dépouille ; * Les Ordonnances veulent que ceux qui entreprennent de chaſſer en tems prohibé, ſoient punis par la privation de leur droit, & qu'ils ſoient condamnez encore en 500. liv. d'amende, & en tous dépens dommages & interêts envers les proprietaires.

* *Art.* 18. du Titre des Chaſſes.

§. 12. *Qui alienum fundum ingreditur venandi, aut aucupandi gratia, poteſt à Domino prohiberi, nè ingrediatur, &c.*

LA plûpart de nos Auteurs ſont d'avis, que les Seigneurs qui ont droit de Chaſſe, peuvent ſuivre par tout le Gibier qu'ils ont fait lever dans leurs terres, Lebret, Traité de la ſouveraineté, *chap.* 4. *in fine*, Leprêtre, Centurie 3. *chap.* 54. Graverol ſur M. Laroche, des Droits Seigneuriaux, *chap.* 28. Art. dernier ; cependant la queſtion s'étant preſentée entre Jean-François de Monteſquieu, Seigneur de Marſan, & Jean Miremont Seigneur Daignan ; les Juges de la Table de Marbre rendirent Jugement en dernier Reſſort, le..... par lequel, après les défenſes faites au ſieur Daignan de chaſſer dans la Terre & Juriſdiction de Marſan, il fut dit que ſi le Gibier levé par le Seigneur Daignan dans ſa Terre, & pourſuivi par ſes Chiens & Oiſeaux, paſſoit dans la Terre de Marſan, le Seigneur Daignan ſeroit tenu de s'arrêter à l'extremité de ſa Terre, d'où avant que d'entrer dans celle de

Marſan, il ſeroit obligé d'envoyer un de ſes Domeſtiques ſans armes, ou autre perſonne de ſa part, au Château du Seigneur de Marſan, pour l'avertir qu'il n'entroit dans ſa Terre que pour rompre ſes Chiens, ou reclamer & prendre ſon Oiſeau; & qu'en cas avant d'avoir rompu ſes Chiens, ou réclamé & pris ſon Oiſeau, le Gibier pourſuivi viendroit à être pris, le Seigneur d'Aignan ſeroit tenu de l'envoyer incontinent par un de ſes Valets offrir au Seigneur de Marſan dans ſon Château, & de ſe retirer enſuite, ſes Chiens couplez, & ſon Oiſeau ſur le poing, &c.

Ce Jugement eſt aſſez conforme à ce que dit Juſtinien au §. 12. que nous avons cité dès le commencement de ce Titre, *qui alienum fundum ingreditur venandi, aut ocupandi gratia, poſſe à Domino prohiberi, nè ingrediatur.*

§. 15. *In iis Animalibus, quæ ex conſuetudine abire & redire ſolent, talis regula comprobata eſt: Ut eo uſque tua eſſe intelligantur, donec revertendi animum habuerint, &c.*

Automne ſur la Loi 5. ff. de *aquir. rerum. Dominio.*

NOus ne connoiſſons point cette difference que fait le Droit Romain, entre les Animaux naturellement privez, & ceux qui étant naturellement ſauvages, ont été apprivoiſez; on ne perd ni les uns ni les autres, de cela qu'ils ne conſervent plus l'eſprit ou l'habitude de revenir, *animum & conſuetudinem revertenti*, & lors même qu'ils ſont perdus pour le Maître, ils n'appartiennent point à celui qui s'en ſaiſit le premier, *primò occupanti*: Les Bêtes perduës ou égarées ſont regardées comme des épaves; & comme telles, elles apartiennent au Seigneur Haut-Juſticier, à l'excluſion de celui qui les a trouvées, ſous certaines conditions neanmoins, ou après certaines formalitez qui ont pour objet de découvrir le veritable Maître, & de lui donner le loiſir & la liberté de les reclamer; Bêtes perduës ou égarées, *pavidæ expavefactæ*, & de là vient ſuivant l'opinion commune, le nom d'épaves ſous lequel on a compris dans les ſuites toutes les choſes mobiliaires; *& mobiles & ſe moventes quæ nullum Dominum, nec ullum aſſertorem habent.*

Les formalitez ou les conditions ſous leſquelles, & non autrement, le Seigneur Haut-Juſticier acquiert la proprieté des épaves, ſont preſcrites par la Coûtume de Paris, Titre de la Haute-Juſtice, *Art.* 9. en ces termes: „ Sera tenu le “ Seigneur Juſticier faire dénonces, & publier ès lieux accoû- “ tumez à faire cris & proclamations, par trois Dimanches “ conſecutifs, & aux Prônes des Paroiſſes, leſd. épaves, & “ ſi dans les quarante jours après la premiere publication, “ celui auquel elles appartiennent les vient demander, elles “ doivent lui être renduës en payant la nourriture, garde & “ fraix de Juſtice, & ledit tems paſſé, ſont acquiſes & appar- “ tiennent au Seigneur Haut-Juſticier, &c. „ L'Article qui précede immediatement, parle de celui qui a trouvé les épaves, & veut que s'il ne les dénonce dans les vingt-quatre heures, il ſoit puni arbitrairement par le Juge comme détenteur du bien d'autrui: Cette Coûtume à paru ſi ſage, qu'on s'y eſt conformé dans tous les Parlemens du Royaume, comme on peut voir par les Arrêts rapportez par Bacquet, des Droits de Juſtice, *ch.* 33. Lebret, Traité de la Souveraineté, Liv. 3. *Ch.* 12. M. Laroche des Droits Seigneuriaux, *Ch.* 25. *Art.* 1. Coquille, ſur la Coûtume de Nivernois, *Ch.* 1. *Art.* 1. & ſuivans, & M. de Catelan, *Liv.* 3. *Ch.* 30.

Il y a dans l'Edit de 1670. un Article, c'eſt l'Art. 16. du Titre de la Pêche, qui regarde les épaves trouvées dans les Fleuves & Rivieres navigables: il eſt dit qu'elles doivent être proclamées à l'Audience de la Maîtriſe des Eaux & Forêts; & que ſi dans le mois après cette proclamation, elles ne ſont demandées & reclamées, elles doivent être venduës au plus offrant & dernier encheriſſeur, ſauf à les delivrer à celui qui les reclamera un mois après la vente, s'il eſt ainſi ordonné en connoiſſance de cauſe.

Nous avons dit, que ſous le nom d'épaves, on comprenoit non-ſeulement les Bêtes perduës ou égarées, mais encore tous autres effets mobiliaires, *& mobiles, & ſe moventes*: & c'eſt à quoi il faut s'en tenir, en regardant comme ſingulier l'Arrêt que rapporte Bouvot, Tom. 2. pag. 363. & par lequel un Bracelet d'or fut adjugé à celui qui l'avoit trouvé, à l'excluſion du Seigneur Haut-Juſticier; la queſtion s'étant

preſentée, il n'y a pas long-tems au Parlement de Paris, pour raiſon d'un étui dans lequel étoit un coûteau à manche d'or, une Fourchete & une cuillere d'or, trouvé dans un lieu où il n'y avoit autre Seigneur que le Roi, elle fut jugée en faveur du Fermier du Domaine; & on peut voir l'Arrêt rapporté dans le 5. Tome du Journal des Audiences, pag. 425.

Il n'y auroit rien à dire à la Coûtume de Paris, ſi elle ne faiſoit qu'adjuger les épaves au Seigneur Juſticier, à l'excluſion de l'inventeur ou du premier occupant; mais on ne peut diſſimuler qu'il y a quelque injuſtice en ce qu'elle les lui adjuge, même à l'excluſion du proprietaire qui ne les ralcame pas dans les quarante jours après la publication: M. Pacquet dans le Traité des Fiefs qu'il vient de donner au public, imprimé cette année 1729. fait la même réflexion; & s'il en faut croire à cet Auteur, toutes les fois que le cas s'eſt préſenté, le Seigneur a été condamné à délaiſſer la choſe au proprietaire, pourveu qu'elle ſe trouvât encore exiſtante, à la charge par le proprietaire de rendre au Seigneur les fraix des proclamations de garde & de tranſport; c'eſt au *Liv. 6. Ch. 5. pag. 598. & 599.*

Par la raiſon que les épaves appartiennent au Seigneur Juſticier, quelques Auteurs ont crû que le Seigneur étoit tenu de fournir la nourriture aux enfans expoſez: ces enfans regardez comme une maniere d'épaves; mais l'obligation des Seigneurs à cet égard paroît plus naturellement fondée ſur l'eſperance de la ſucceſſion à laquelle ils ſont appellez par droit de desherence ou de bâtardiſe; & ſur cette regle du Droit, *ibi onus, ubi emolumentum*, les enfans expoſez ne pouvant en aucun ſens être reputez épaves, *quia homo in fructu eſſe non poteſt*: C'eſt ſi fort à raiſon des droits utiles, dépendant de la Haute-Juſtice, que le Seigneur Haut-Juſticier eſt chargé de la nourriture des enfans expoſez, que ſuivant l'obſervation de M. Pacquet, que nous venons de citer, *pag. 606. & 607.* dans les lieux où les Coûtumes donnent ces Droits aux Seigneurs Juſticiers, Moyens & Bas, ceux-ci en ſont ſeuls chargez; car c'eſt ainſi (ajoûte cet Auteur) qu'il faut entendre, ou corriger l'Arrêt rendu en forme de Réglement par le Parlement de Paris, & rapporté dans le 5. Tome

du

du Journal des Audiences, *pag.* 705. ſuivant la verification qu'il dit en avoir fait lui-même ſur le Regiſtre. Les enfans abandonnez appartenoient autrefois à celui qui vouloit s'en charger, Juſtinien en la Loi derniere, *Cod de infantibus expoſitis*, les affranchit de la ſervitude ; mais je ne ſçai s'il rendit en cela leur condition meilleure, & s'il ne leur étoit pas plus avantageux d'avoir un Maître intereſſé comme tel à les conſerver, que d'être expoſez à perir de miſere & de faim, par les conteſtations que nous voyons tous les jours entre les Communautez, les Décimateurs, & les Seigneurs, qui ne manquent jamais de prétextes pour ſe décharger les uns ſur les autres ; voyez Bacquet & le Journal des Audiences aux endroits citez, & Bardet, *Tom.* 1. *pag.* 110. *&* 364.

Juſtinien met les pigeons au nombre des animanx naturellement ſauvages, & qui néanmoins, *ex conſuetudine evolare & revolare, abire & redire ſolent* ; & ſur cela nous avons deux obſervations à faire : La premiere, que les anciennes Ordonnances défendent de tuer ces ſortes d'animaux à peine de punition corporelle : La deuxiéme, que s'il y a quelques Coûtumes dans le Royaume qui donnent au Seigneur Haut-Juſticier le droit de prohiber à ſes Juſticiables de bâtir de pigeoniers, ces Coûtumes doivent être regardées comme autant d'exceptions au droit Commun, ſuivant lequel tout Particulier a la liberté de bâtir & de faire en ſon fonds tout ce que bon lui ſemble : *Columbaria*, dit Chopin, *ſuperioris Dominii inſignia eſſe, eaque ſuperioribus dumtaxat Dominis competere nugatorium eſt, niſi contrarium ſuggerat conſuetudo, aut lux prædio clienterali dicta.*

Voyez Chopin de *Domanio*, *lib.* 3. *tit.* 22. *Nom.* 8. 9. & 10. Mr. Laroche & Graverol, des droits Seigneuriaux, *Ch.* 22. Et M. Dolive, *Liv.* 2. *Ch.* 2.

§. 17. *Quæ ex hoſtibus capimus, jure gentium ſtatim noſtra fiunt, &c.*

TOut ce qu'on prent ſur les Ennemis conſiſtant en fonds de terre appartient au Roi, comme il appartenoit par le Droit Romain à la Republique, qui en faiſoit part quelquefois aux Soldats ; & à l'égard des effets mobiliaires, ils appartiennent aux Soldats qui en ſont les premiers ſaiſis, à l'exception toutefois des Drapeaux, des Timbales, de la Caiſſe militaire, &c. L'Ordonnance de la Marine, *Tit.* 9. *Art.* 32. reſerve à l'Amiral

le dixiéme de toutes les priſes qui ſe font ſur la Mer.

§. 18. *Lapilli, & Gemmæ, & cætera, quæ in littore maris inveniuntur, jure naturali inventoris fiunt.*

LEs rivages de la Mer appartenant au Roi, comme nous avons dit ci-deſſus, il ſemble que les perles & les pierres précieuſes qui s'y trouvent, devroient auſſi lui appartenir, ou qu'elles devroient du moins lui appartenir comme Epaves.

§. 20. *Quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. Eſt autem alluvio incrementum latens, &c.*

LE moyen d'acquerir dont parle ici Juſtinien, ne peut être plus legitime, il eſt fondé ſur cette Loi naturelle, qui veut que le profit & l'incommodité ſoient pour celui qui eſt expoſé à la perte & à l'incommodité : Cependant nous avons pluſieurs Auteurs qui tiennent, que l'accroiſſement qui vient de l'alluvion, n'appartient point au Propriétaire du fonds, qu'il appartient au Seigneur Haut-Juſticier comme un vacant, comme une maniere d'Epave ; ce qu'il y a de ſingulier eſt, qu'ils ſe croient fondez ſur la diſpoſition même du Droit Romain en la Loi 16. *ff. de acquiren do rerum Dminio*, qui decide, que l'alluvion n'a point lieu dans les fonds limitez, *in agris limitatis jus alluvionis locum non habere conſtat* : s'il eſt vrai, diſent-ils, d'un côté, que l'alluvion n'a pas lieu dans les fonds limitez, & de l'autre, qu'il n'eſt preſque point de fonds parmi nous qui n'ait été baillé originairement ſous certaines bornes, il faut conclurre que l'accroiſſement provenant de l'alluvion, ne peut appartenir au proprietaire du fonds ; quelques Auteurs, du nombre deſquels eſt Duperir au Livre 2. de ſes queſtions notables, *queſt.* 3. ont cherché à expliquer la Loi *in agris* ; de maniere qu'elle doit être entenduë ſeulement des fonds, qui après la conquête d'une Ville, ou d'une Province, étoient diſtribuez aux Soldats ſous des bornes & des limites qui excluoient le droit d'alluvion, parce qu'on laiſſoit toûjours un grand eſpace de terre entre ces fonds & la Riviere voiſine : Mais cette explication ne conduit à rien :

car dès qu'on ſuppoſera que le Juriſconſulte parle d'un fonds dont les bornes & les limites ſont telles, que la Riviere ne peut jamais en approcher, que pourra-t'on conclurre de ſa déciſion, ſinon que le droit d'alluvion n'a point lieu, qu'un fonds ne peut accroître par alluvion, lorſque par l'éloignement de la Riviere, l'accroiſſement n'eſt pas poſſible ; ce qui ne peut être propoſé comme une queſtion ſuſceptible de differens avis, ou ce qui ne feroit qu'une queſtion comme l'on dit *de ſubjecto non ſupponente* ; quoiqu'il en ſoit, il faut s'en tenir à la regle, & ne point regarder les limites ſous leſquelles un fonds a été baillé originairement, comme un obſtacle au droit d'alluvion, toutes les fois que les bornes ou les limites ſont telles, qu'elles n'empêchent ni l'accroiſſement qui peut provenir de l'alluvion, ni le dommage que peut cauſer l'inondation ; tout ce qu'il y a, ſuivant l'obſervation de M. Maynard, *Liv.* 10. *chap.* 3. c'eſt que ſi un fonds a été baillé non-ſeulement borné & limité, mais *ad certam menſuram*, aſſujetti par exemple, à la rente d'un ſétier bled par chaque arpent, l'accroiſſement que fait l'alluvion profite au Seigneur, parce que le tenancier eſt obligé d'augmenter la rente à proportion de l'accroiſſement, comme le Seigneur eſt obligé auſſi à la diminuer à proportion du dommage que peut cauſer l'inondation ; au lieu que ſi le fonds a été baillé ſous une certaine redevance par maniere de corps, quoique d'ailleurs borné & limité, la redevance eſt toûjours la même, quelques changemens que puiſſe faire la Riviere en faveur ou au préjudice du tenancier. *Voyez* M. Maynard & Duperier dans les endroits citez. Dumoulin ſur la Coûtume de Paris, §. 1. *Gloſſa* 5. *num.* 115. & ſuivans ; Henris, *Tom.* 2. *Liv.* 3. *queſt.* 30. *page* 291. Bacquet, des Droits de Juſtice, *chap.* 30. *nom.* 8. & Automne ſur la Loi *in agris*, *ff. de acq. rer. Dom.*

la rente est augmentée ou diminuée pour ou contre le Sgr par l'alluvion ou par l'inondation

§. 21. *Quod ſi vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & vicini prædio attulerit : palam eſt eam tuam permanere. Planè ſi longiore tempore, &c.*

LEs Interprêtes expliquent differament ce §. Les uns l'entendent de maniere, que la terre arrachée par la violence des eaux n'eſt acquiſe à celui *cujus prædio allata eſt*, qu'après que

les arbres ont pris des nouvelles racines ; les autres au contraire, de maniere que la terre arrachée par la violence des eaux eſt perduë pour ſon ancien Maître, dès qu'elle a été unie & comme incorporée à un autre fonds ; les nouvelles racines priſes par les arbres, propoſées ſeulement par Juſtinien comme une preuve de l'unité & de l'incorporation ; mais quoiqu'il en ſoit, nous ne l'obſervons en France ni en l'un ni en l'autre ſens ; tout accroiſſement apparent appartient au Roi ſi la riviere eſt navigable ; & ſi elle n'eſt pas navigable, au Seigneur Haut-Juſticier ; c'eſt cet accroiſſement apparent que la Declaration du mois d'Avril 1683. appelle atteriſſement, & que les Coûtumes appellent relaiſſée, Javeau, aſſabliſſement, &c. *Voyez* Henrys & Bacquet, aux endroits citez ci-deſſus ; & Boiſſieu, Traité de l'Uſage des Fiefs, *chap.* 60.

§. 22. *Inſula in fluminè nata communis eſt eorum, qui ab utraque parte fluminis propè ripiam prædia poſſident, &c.*

LEs Iſles qui naiſſent dans les Rivieres navigables appartiennent au Roi comme une ſuite de la proprieté ; & par la même raiſon auſſi, les Iſles qui naiſſent dans les Rivieres non navigables appartiennent aux Seigneurs Juſticiers ; s'il y a quelque difference entre les Iſles des Rivieres non navigables appartenant aux Seigneurs, & celles des Rivieres navigables appartenant au Roi, c'eſt qu'à l'égard de celles-ci, comme elles ſont partie du Domaine de la Couronne, la proprieté n'en peut être acquiſe par des Particuliers, qu'en la maniere preſcrite par la Declaration du mois d'Avril 1683. au lieu qu'à l'égard des autres, les poſſeſſeurs ſont à couvert par la preſcription de 30. ans. Je n'ai point vû revoquer en doute cette derniere propoſition touchant la preſcriptibilité des Iſles dans les Rivieres non navigables ; & c'eſt ce qui nous confirme en ce que nous avons dit ci-deſſus en parlant du droit de Pêche dans les mêmes Rivieres, & de la preſcriptibilité de ce Droit.

§. 22. *Quod ſi alteri parti proximior ſit : eorum eſt tantùm, qui ab ea parte prædia poſſident, &c.*

C'Eſt ſans doute ſur ce Texte qu'eſt fondée la regle propoſée par M. Loiſel en ſes Inſtitutions Coûtumieres, *Livre 2. Titre 2. Article 12. Iſle eſt au Seigneur Haut-Juſticier, en la Juſtice duquel elle eſt plus près, eu égard au fil de l'eau* ; c'eſt-à dire, que lors qu'une Riviere paſſe au milieu de deux differentes Juriſdictions, l'Iſle appartient au Seigneur, du côté duquel elle eſt formée.

§. 22. *Si aliqua parte diviſum ſit flumen, deindè infrà unitum agrum, alicujus in formam inſulæ redegerit, &c.*

CEs mots, *in formam inſulæ*, ſont remarquables ; un fonds, que le fleuve en ſe diviſant laiſſe entre ſes deux bras, n'eſt point proprement une Iſle, il n'en a que l'apparence, parce qu'il eſt de l'eſſence d'une Iſle de naître, pour ainſi dire, dans la Riviere, *inſula in flumine nata* ; ainſi ce fonds, pour ſe trouver entre deux eaux, ne change point de Maître, il n'appartient ni au Roi, ni au Seigneur Haut-Juſticier, *ejuſdem permanet cujus antea fuerat.*

§. 23. *Si naturali alveo derelicto, ad aliam partem fluere cœperit : Prior alveus eorum eſt, qui propè ripam ejus prædia poſſident, &c.*

QU'une Riviere quitte ſon lit ordinaire pour en occuper un autre, le lit abandonné, dit Juſtinien, doit appartenir aux Proprietaires des fonds contigus ; il en eſt autrement parmi nous, le lit abandonné appartient au Roi ſi la riviere eſt navigable, ou ſi elle n'eſt pas navigable, au Seigneur Haut-Juſticier, le tout à l'excluſion des Riverains & de ceux à qui le nouveau lit fait perdre partie de leur fonds. Henrys, *Tome 2. Liv. 3. queſt. 30. page 291.* rapporte un Arrêt qui adjugea le lit abandonné par la Riviere de Loire au Seigneur Haut-Juſticier ; mais cet Auteur remarque qu'en l'endroit où la Riviere de Loire avoit quitté

son lit, elle n'étoit point navigable ; car comme nous l'avons déja obſervé, une même Riviere peut appartenir au Roi & aux Seigneurs Juſticiers ; au Roi, aux endroits où elle eſt navigable ; aux Seigneurs, aux endroits où elle ceſſe d'être navigable.

V. Henrys, Tome 2. page 229.

§. 23. *Quod ſi poſt aliquod tempus ad priorem alveum reverſum fuerit flumen : Rurſus novus alveus eorum eſſe incipit, qui propè Ripam ejus prædia poſſident.*

SI la Riviere après avoir quitté ſon lit ordinaire, vient enſuite à le reprendre : ce nouveau lit abandonné par la Riviere appartiendra à la rigueur ou au Roi, ou au Seigneur Juſticier, les Riverains exclus, ainſi que les anciens proprietaires du fonds ; ceux-ci bien plus favorables encore que les Riverains ; je dis à la rigueur, parce qu'en effet la raiſon d'équité eſt toute entiere pour les anciens Proprietaires : Le Juriſconſulte en convient en la Loi *adeò* 7. §. 5. *ff. de acquirendo rerum Dominio* ; & il en auroit ſans doute bien mieux convenu, s'il eût agité la queſtion par rapport au fiſc, au lieu qu'il l'agitoit par rapport aux Riverains ; les termes dans leſquels il s'explique, ſont remarquables : *Is cujus is ager fuerat, ſtricta ratione quidquam in eo alveo habere non poteſt ; quia & ille ager, qui fuerat, deſiit eſſe, amiſſâ propriâ formâ ; & quia vicinum prædium nullum habet, non poteſt ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere ; ſed vix eſt, ut id obtineat.* Automne ſur cette Loi rapporte un Arrêt du Parlement de Bordeaux, qui préferant la raiſon d'équité à cette autre, que la Loi appelle, *ſtricta ratio*, adjugea le nouveau canal qu'avoit occupé la Riviere de Garone, & que cette Riviere avoit abandonné quinze ou ſeize ans après pour reprendre ſon ancien lit, à ceux qui en étoient originairement les Proprietaires, & je ſuis perſuadé que ſi le cas ſe preſentoit, on le jugeroit encore de même.

§. 24. *Alia causa est, si cujus ager inundatus fuerit; neque enim inundatio fundi speciem commutat, &c.*

MOtte ferme, dit M. Loisel en ses Institutions Coûtumieres, *Liv. 2. Tit. 2. Art. 9. Motte ferme, demeure au propriétaire très-foncier*, & cette regle, comme l'on voit, est entierement conforme à ce que dit ici Justinien, que le Maître d'un fonds n'en perd point la proprieté par l'inondation: *Motte ferme*, dit encore un Article de la Coûtume de Paris, „ est conservatrice au Propriétaire & très-foncier; en telle sorte, que „ si la Riviere noye ou inonde une partie de l'heritage d'aucun „ Seigneur, la partie qui demeure en terre ferme & non inondée, conserve droit au Propriétaire en la partie inondée; „ tellement que si la riviere par trait de tems, laisse ladite partie inondée, le Seigneur propriétaire la reprendra, & ne sera „ en ce cas au Seigneur Haut-Justicier.

C'est la Coûtume de Bourbonnois, *Art.* 342. Voyez Loisel *Tom.* 1. *page* 263. & Boissien, *Ch.* 60, *page* 331.

§. 25. *Eum ex aliena materia species aliqua facta sit, quæri solet, quis eorum naturali ratione Dominus sit, &c.*

LEs décisions connuës en ce §. & dans les trois Paragraphes suivans, n'ont reçu aucun changement par le DroitFrançois; nous observerons seulement que dans le jugement de la question, concernant la proprieté des ouvrages faits de la matiere d'autrui, on ne suivroit point scrupuleusement la distinction que fait Justinien, *utrum species ad priorem & rudem materiam reduci possit, vel non*; mais qu'on la decideroit arbitrairement en faveur de l'ouvrier, ou du Proprietaire de la matiere, suivant que le travail seroit au-dessus de la matiere, ou la matiere plus precieuse que le travail, la décision du §. 34. touchant la peinture appliquée à toute sorte d'ouvrages sans distinction; & au surplus qu'on ne pourroit en aucun cas adjuger la proprieté à l'ouvrier, qu'à la charge de payer le prix & la valeur de la matiere; au lieu que la proprieté de l'ouvrage étant adjugée au Maître de la matiere, l'ouvrier n'auroit d'action ou d'exception pour le prix de son travail, qu'autant qu'il auroit été dans la boune foi. Nous observons encore au sujet de l'accession, moyen

d'acquerir fondé ſur la ſubordination ou la dépendance des acceſſoires à l'égard du principal, qu'on ne feroit point comme on faiſoit dans le Droit Romain, preceder l'action appellée *ad exhibendum*, pour obliger le poſſeſſeur à ſéparer & détacher la choſe qu'il avoit jointe à un autre, afin que le Propriétaire pût enſuite la vendiquer, mais que ſans uſer d'aucun circuit, on pourroit demander la choſe même, ſi elle pouvoit être ſeparée, ou la valeur, ſi la ſeparation étoit impoſſible: le tout ſans préjudice de la voye criminelle, ſi l'union avoit été faite de mauvaiſe foi.

Leg. 12. §. 2. ff. ad exhibendum. L. 7. §. 7. ff. de adquirer. Domin.

§. 29. *Cum in ſuo ſolo aliquis ex aliena materia ædificaverit, &c. Duplum pro eo præſtet per actionem, quæ vocatur de tigno junctо, &c.*

CEtte action appellée de *tingno junctо*, n'eſt point connuë parmi nous; celui qui bâtiroit dans ſon fonds avec des materiaux qui ne lui appartiendroient pas ne ſeroit pas ſans doute obligé à démolir, parce que comme dit ici Juſtinien, il eſt d'un interêt tout public, *nè ædificia reſcindantur*; mais le Maître des materiaux pourroit demander en ce cas la condamnation du juſte prix, & les dommages & interêts ſans préjudice de l'action criminelle ſi les materiaux avoient été volez.

§. 30 *Illud conſtat, ſi in poſſeſſione conſtituto ædificatore, ſoli Dominus petat domum ſuam eſſe, nec ſolvat pretium materiæ, &c. Poſſe eum per exceptionem doli mali repelli, &c.*

PAr le Droit Romain, celui qui avoit bâti dans le fonds d'autrui, ou qui avoit réparé & melioré le fonds d'autrui, n'avoit aucune action pour reputer les frais qu'il avoit fait; il pouvoit veritablement, s'il étoit en poſſeſſion, la conſerver & la retenir juſqu'à ce qu'il eût été rembourſé: il pouvoit oppoſer au Propriétaire du fonds, l'exception que Juſtinien appelle ici *doli mali*; mais s'il ne poſſedoit point, ſes avances étoient perduës ſans reſſource; ſi ce n'eſt qu'on ne lui donnât, ſuivant la remarque de Mr. Cujas, * une action pour rappeller la poſſeſſion,

* *Lib. 10. obſervat. Cap. 4.*

poſſeſſion, afin de pouvoir enſuite oppoſer l'exception: Cela n'eſt point obſervé parmi nous; & pour en être convaincu, il n'y a qu'à jetter les yeux ſur cet article * de l'Ordonnance de 1667. où il eſt dit: „ Celui qui aura été condamné à délaiſſer „ la poſſeſſion d'un heritage, en lui rembourſant quelques ſom- „ mes impenſes ou meliorations, ne pourra être contraint de „ quitter l'heritage qu'après avoir été rembourſé; & à cet effet, „ il ſera tenu de faire liquider les eſpeces, impenſes & melio- „ rations dans un ſeul délai qui ſera ordonné par le Jugement „ ou Arrêt; ſinon l'autre partie ſera miſe en poſſeſſion des lieux, „ en donnant caution de les payer après qu'elles auront été li- „ quidées. On voit par là que le rembourſement des re- parations ou meliorations, ne dépend de rien moins que de ſça- voir, ſi celui qui a bâti, réparé, ou melioré, eſt en poſſeſſion ou non.

* C'eſt l'art. 9. du *Tit.* 27.

Juſtinien ſemble ne permettre qu'au poſſeſſeur de bonne foi de repeter ce qu'il a dépenſé dans le fonds d'autrui, *utiquè ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit qui ædificavit, &c.* mais on peut dire qu'il n'y a ſur cette matiere aucune regle certaine, ainſi que le Juriſconſulte en convient en la Loi *in fundo*, *ff. de rei vindicat*, lorſqu'il dit, *bonus judex varie ex perſonis cauſiſque conſtituet*: Une raiſon d'équité, & ſuperieure à toutes les ſubtilitez du Droit, ne permet pas que le proprietaire d'un fonds puiſſe ſe diſpenſer de rendre le prix des reparations utiles & neceſſaires, quoique faites par un poſſeſſeur de mauvaiſe foi: *benignius in prædonis quoque perſona haberi rationem impenſarum, quia non debet petitor ex aliena jactura lucrum facere*; & à l'é- gard des reparations même voluptueuſes, la mauvaiſe foi la plus marquée de la part de celui qui les a faites, n'empêche pas qu'il n'emporte tout ce qui peut être emporté ſans déteriorer le fonds, *prædoni probè dicetur, non debuiſſe in alienam rem ſupervacuas impenſas facere, ut tamen poteſtas ei ſit tollendorum eorum quæ ſine detrimento ipſius rei tolli poſſunt*: L'Arrêt que rapporte M. de Catelan, *Liv.* 5. *Chap.* 59. & par lequel il fut ſeulement permis à des Fermiers qui avoient conſtruit une grange pour dépiquer & enfermer les grains, d'emporter les materiaux, ſans examiner ſi cette conſtruction étoit neceſſaire ou utile, n'eſt pas tout-à-fait conforme à ces maximes; mais cela même prou-

Idem in L. ſumptus 48. ff. de rei vindi.

L. 38. ff. de petit. hæredit.

L. 39. ff. eod.

ve ce que nous avons dit, qu'en cette matiere plus qu'en toute autre, les circonſtances déterminent la déciſion, & la rendent preſque toûjours arbitraire, *variè ex perſonis cauſiſque canſtituet, &c.*

§. 35. *Si quis à non Domino, quem Dominum eſſe crediderit, fundum ex qualibet cauſa, bona fide acceperit: placuit fructus quos percepit ejus eſſe pro cultura & Cura, &c.*

PAr ces mots, *pro cultura & cura*, Juſtinien nous fait entendre que le poſſeſſeur de bonne foi fait les fruits ſiens; mais ceux là ſeulement qui proviennent de ſes ſoins & de ſon travail, *fructus induſtriales*, & non point ceux qui naiſſent ſans travail & ſans culture, *fructus naturales*, & c'eſt ainſi en effet que le décide la Loi *fructus* 45. *ff. de uſuris*: Nous ne chercherons point à concilier cette déciſion avec la Loi 48. *ff. de adquir. rer. Dom.* qui paroît directement contraire, *bonæ fidei emptor percipiendo fructus, ſuos interim facit, non tantùm eos qui diligentiâ, & operâ ejus pervenerunt, ſed omnes, quia quoad fructus attinet loco Domini penè eſt.* Nous nous contenterons d'obſerver, que dans l'uſage on ne reconnoît, par raport au poſſeſſeur de bonne foi, aucune difference entre les fruits naturels & les induſtrieux: que dans l'uſage, on donne à la poſſeſſion accompagnée de titre & de bonne foi tous les avantages de la propriété. *Voyez* Bourdin en ſa Paraphraſe ſur l'Ordonnance de 1539. *Art.* 94.

§. 35. *Si poſtea Dominus ſupervenerit, & fundum vindicet, de fructibus conſumptis agere non poteſt, &c.*

LE Maître du fonds, dit Juſtinien, ne peut contraindre le poſſeſſeur de bonne foi à la reſtitution des fruits qui ſont conſommez; de-là on cnclut naturellement, que le poſſeſſeur de bonne foi doit reſtituer les fruits qui ſe trouvent extans; mais c'eſt encore ce qui n'eſt point obſervé parmi nous: nous regardons les fruits comme conſommez pour ce qui en regarde l'acquiſition, dès qu'ils ont été perçus, & nous les regar-

dons comme perçus, *ſtatim ubi à ſolo ſeparati ſunt* : Il eſt difficile de comprendre pourquoi Juſtinien, qui dans ce même §. donne les fruits aux poſſeſſeurs de bonne foi, comme une recompenſe de ſes ſoins & de ſon induſtrie, les lui ôte ou l'en prive s'ils n'ont pas été conſommez. *L. 48. ff. de adquir. rerum Dom. L. qui ſcit, §. 1. ff. de uſuris.*

§. 35. *Ei qui alienum fundum ſciens poſſederit, non idem conceſſum eſt : Itaque cum fundo etiam fructus cogitur reſtituere.*

QUiconque a joüi & poſſedé un fonds qui ne lui appartient pas ſans titre legitime ni apparent, doit rendre compte des fruits, mais ne doit-il rendre compte que des fruits qu'il a réellement perçu ? ou eſt-il tenu de reſtituer tous les fruits indiſtinctement, tant ceux qu'il a perçu, que ceux qu'il a negligé de percevoir, ou que le proprietaire du fonds auroit pû percevoir s'il avoit lui-même joüi & poſſedé : *tàm perceptos quàm percipiendos, tàm ex parte rei, quàm ex parte actoris* ? Theveneau en ſon Commentaire ſur les Ordonnances, * a cherché à concilier divers textes du Droit qui paroiſſent contraires ; s'agit-il, dit cet Auteur, d'un poſſeſſeur dont la mauvaiſe foi tient de la fraude & du dol, d'un poſſeſſeur, qui de voye de fait a joüi d'un fonds qu'il ſçavoit conſtamment appartenir à un autre : en ce cas tous les fruits doivent être reſtituez, ſans diſtinction de ceux que le poſſeſſeur condamné au délaiſſement a perçu, ou qu'il n'a point perçu par ſa negligence, ou que le proprietaire auroit pû lui-même percevoir ; & c'eſt à ce cas que doit être appliquée la Loi *ſi navis 62. §. ultimo, ff. de rei vindicat. Cum de fructibus æſtimandis quæritur, animadverti debere, non an malæ fidei poſſeſſor fruiturus ſit, ſed an petitor frui potuerit, ſi ei poſſidere licuiſſet.* S'agit-il au contraire d'un poſſeſſeur qui a eu un titre pour joüir,* ou qui n'eſt conſtitué en mauvaiſe foi que par la conteſtation en cauſe, ou par l'interpellation judiciaire, mauvaiſe foi que l'on appelle interpretative, la reſtitution alors doit être reſtrainte aux fruits que le poſſeſſeur a perçu, & c'eſt à ce dernier cas que doit être appliquée la Loi *ſi fundum* au même titre du Code : *tam fundum, quàm fructus quos eum malâ fide percepiſſe fuerit probatum, aditus præſes Provinciæ reſtitui jubebit, &c.* Dans le premier cas, les Juges ordonnent toûjours, que le poſſeſſeur

* Page 463. & 464. 648. & 649.

* Tuteurs, Adminiſtrateurs, Sequeſtres, &c.

reſtituera ou rendra compte des fruits, ſuivant l'eſtimation qui en ſera faite par des Experts ; au lieu que dans le ſecond, le poſſeſſeur n'eſt tenu de rendre le compte que par declaration, & en la maniere preſcrite dans les titres 29. & 30. de l'Ordonnance de 1667.

§. 36. *Is ad quem uſusfructus fundi pertinet, non aliter fructuum Dominus efficitur, quam ſi ipſe eos percepe-rit, &c.*

Il a été jugé que l'uſufruitier qui laiſſe le fonds enſemencé, doit être rembourſé de la ſemence.

IL faut excepter de la regle propoſée ici par Juſtinien, les fruits civils qui s'acquierent ſucceſſivement, & de moment à autre, tels que ſont les rentes conſtituées, & les loyers de maiſons, &c. *quolibet temporis momento cedunt*, & il faut en excepter encore les uſufruitiers à titre onereux, tels que ſont les Eccleſiaſtiques à l'égard des fruits des Benefices, & les maris à l'égard des revenus de la dot ; ſurquoi on peut voir M. Loüet & Brodeau, lettre F. Som. 12. Du reſte, la queſtion touchant les fruits qui appartiennent à l'uſufruitier, dépend ſi fort, & ſi litteralement de la perception qu'en a fait l'uſufruitier lui-même, avant que l'uſufruit ait pris fin, que s'il ſe trouvoit des fruits que l'uſufruitier n'eût pas lui-même perçu, ou ce qui eſt la même choſe, qu'il n'eût pas lui-même ſeparé, ou fait ſeparer du fonds, des fruits tombez d'eux-même, & qui fuſſent encore ſur la terre, ils appartiendroient au proprietaire : *aliter obſervandum de ea olea, quæ per ſe deciderit. L. 13. ff. quib. mod. uſusfr. vel uſ. amitt.*

en fait d'uſufruit, les uſufruitiers à titre onereux tels que les beneficiers et les maris, ſont excepté de la regle de ce §.

§. 39. *Theſauros, quos quis in loco ſuo invenerit, divus Adrianus naturalem æquitatem ſecutus, ei conceſſit, qui (eos) invenerit, &c.*

CEtte deciſion n'eſt point obſervée dans les Païs Coûtumiers, où on adjuge le tréſor par égales portions au Seigneur Haut-Juſticier, & à celui qui l'a trouvé dans ſon propre fonds : Le tréſor trouvé dans le fonds d'autrui, partagé également entre celui qui l'a trouvé, le propriaitaire du fonds dans lequel il a été trouvé, & le Seigneur Juſticier :

Tréſor, (dit la Coûtume de Paris) „ caché d'ancienneté & „ de tems immemorial, ſera diſtribué, à ſçavoir, à celui „ qui le trouvera en l'heritage ſien, la moitié, & au Seigneur „ Haut-Juſticier l'autre moitié; & celui qui le trouvera en l'he- „ ritage d'autrui en aura un tiers, le propriaitaire un tiers, „ & le Seigneur Haut-Juſticier l'autre tiers, &c. On l'obſerve ainſi, diſons-nous, dans les Païs Coûtumiers; mais il en eſt autrement dans les Païs de Droit Ecrit, où ſuivant ce que dit ici Juſtinien, le tréſor appartient en entier à celui qui l'a trouvé dans ſon propre fonds: le tréſor trouvé dans le fonds d'autrui, appartenant par égales portions, & à celui qui l'a trouvé, & au propriaitaire du fonds dans lequel il a été trouvé, ſans qu'en l'un ni en l'autre cas le Seigneur Haut-Juſticier y puiſſe rien prétendre. Un Maſſon ayant trouvé il y a quelques années un tréſor dans l'Archevêché de Toulouſe, & le Fermier du Domaine ayant voulu demander la portion que les Coûtumes adjugent au Seigneur Juſticier, c'eſt-à-dire, le tiers, il intervint Arrêt qui adjugea tout le tréſor à M. l'Archevêque, à la charge de l'employer ſuivant ſon offre à reparer le Palais Archiepiſcopal. Le Fermier du Domaine ſe pourveut au Conſeil; mais M. de Pontchartin lors Controlleur Général, & depuis Chancellier de France, étant inſtruit de nos Uſages, lui impoſa ſilence; & il ne fut plus fait aucunes pourſuites. On demandera peut-être pourquoi l'Arrêt, dont nous venons de parler, n'adjugea pas la moitié du tréſor au Maſſon qui l'avoit trouvé; mais c'eſt que le Maſſon n'avoit pas denoncé le tréſor dabord après l'avoir trouvé, qu'il l'avoit latité, & qu'il y avoit des preuves qu'il ne le repréſentoit pas tout en entier; en ſorte qu'en le privant de la portion qui lui appartenoit, on ne fit qu'adoucir la peine du double à laquelle il auroit dû être condamné, ſuivant la diſpoſition de la Loi, *non intelligitur*, §. 3. *ult. ff. de jure fiſci, qui in loco fiſci theſaurum invenerit, & partem ad fiſcum pertinentem ſuppreſſerit, totum cum altero tanto cogitur reſtituere* Quelque tems auparavant & le 6. Juillet 1697. il avoit été rendu autre Arrêt en la Chambre Tournelle, au Rapport de M. de Lombrail, par lequel un tréſor trouvé dans le fonds du ſieur Bouſſonele lui fût adjugé en entier, à l'excluſion du

Fermier du Domaine qui étoit Partie en l'inſtance, & à l'excluſion auſſi de l'inventeur, parce que celui-ci n'avoit pas dabord averti le proprietaire du fonds : l'Arrêt portoit nommement que l'inventeur étoit privé de ſa portion, en punition de ſon dol. Suivant la Doctrine de M. Expilly en ſon Plaidoyé 37. la moitié ou le tiers du tréſor n'appartient qu'à celui qui l'a trouvé ou découvert par un pur hazard ; & il n'en eſt dû aucune portion aux Domeſtiques ou Ouvriers qui le trouvent en travaillant par ordre & aux gages du Maître ; cet Auteur ſe fonde principalement ſur la Loi *qui proprio nomine* 46. *ff. de Procuratoribus*, où il eſt decidé, qu'un Procureur ou mandataire eſt tenu de rendre & reſtituer, *quidquid ex mandato perceperit, ſive principaliter, ſive extrinſecus ; adeò ut ſi quid per injuriam Judicis, aut per errorem non debitum conſecutus fuerit, Domino tenetur reſtituere.*

§. 39. *Idemque ſtatuit, ſi quis in ſacro, aut Religioſo loco invenerit, &c.*

LA queſtion s'étant preſentée au Parlement de Paris, pour raiſon d'un tréſor trouvé dans l'Egliſe Parroiſſiale de Melun, on ſe conforma ſi peu à ce que dit ici Juſtinien, que le tréſor en entier fut adjugé à l'Egliſe, l'Arrêt eſt rapporté par M. Lebret, au Livre 5. de ſes queſtions notables, *ch* 4. & par Mornac ſur la Loi 67. *ff. de rei vindicatione*, „ ſi un „ tréſor (dit la Coûtume de Normandie,) a été trouvé dans „ la Nef de l'Egliſe, il appartient à la fabrique, & s'il a été „ trouvé dans le Chœur, il appartient à celui qui doit entre„ tenir le Chœur ; à l'égard du tréſor trouvé dans un Cimetiere, l'uſage atteſté par Chopin *de Domanio, Liv. 2. tit. 5. num.* 12. eſt tel, qu'on l'adjuge à celui qui l'a trouvé, & à l'Egliſe par égales portions.

§. 39. *Si quis in fiſcali loco, vel publico (vel civitatis) invenerit, &c.*

BAcquet, Traité des Droits de Juſtice, *Ch.* 32. conclud de ce texte, qu'un tréſor trouvé dans les terres du Domaine, ſur les grands chemins, & autres lieux publics, doit appartenir également au Roi & à l'inventeur.

§. 41. *Venditæ vero res & traditæ non aliter emptori adquiruntur, quam ſi is pretium ſoluerit, vel ſi is qui vendidit, fidem emptoris ſecutus ſit, &c.*

LE vendeur, dit Juſtinien, conſerve la proprieté de la choſe venduë, malgré la tradition qui en eſt faite à l'acheteur, juſqu'à ce qu'il ſoit payé du prix: cette déciſion n'a rien de ſingulier, parce qu'enfin la vente n'eſt parfaite qu'après que l'acheteur a payé le prix, ou que le vendeur s'eſt contenté des aſſûrances qui lui ont été données, *fidem habuit depretio*; Mais ce qu'il y a de ſingulier à cet égard dans notre Juriſprudence, c'eſt qu'après même que le vendeur a delivré la choſe venduë, content & ſatisfait des aſſûrances que l'acheteur lui a donné, *fide habita depretio*, on lui donne une hypotéque ſpeciale & privilegiée appellée communement precaire, en vertu de laquelle il peut ſaiſir ce qu'il a vendu, & le faire vendre ſeparement, ſi les biens de l'acheteur ſont en diſtribution, & ſur le prix provenant de la vente ſeparée, ſe faire payer de tout ce qui lui reſte dû tant en capital qu'interêts: Cette Juriſprudence introduite d'abord pour la vente des immeubles, a été étenduë dans les ſuites à la vente des choſes mobiliaires ſous deux conditions néanmoins: La premiere, qu'elles ſoient entre les mains de l'acheteur; car ſi elles avoient changé de main, on ſeroit dans le cas de cette maxime que nous aurons occaſion d'expliquer ailleurs (MEUBLES EN FRANCE N'ONT POINT DE SUITE PAR HYPOTEQUE:) La ſeconde, qu'elles ſoient encore en nature, c'eſt-à-dire, que l'acheteur ne les ait pas mêlées & confonduës, de maniere que la ſéparation ou la verification n'en puiſſe être faite qu'avec peine, le Parlement le jugea ainſi dans le mois de Juin 1705. en faveur du Syndic des Créanciers de Douvrier Marchand de cette Ville: l'Arrêt ne donna de privilege & de préference au vendeur des Marchandiſes ſaiſies, que ſur les Marchandiſes qui ſe trouvoient extantes, c'eſt-à-dire, ſous la corde, & non depliées: *Vide* M. Dolive, *Liv.* 4. *Ch.* 10. M. Maynard, *Liv.* 2. *Ch.* 45. M. Loüet & Brodeau, lett. P. *Som.* 19. & M. de Catelan, *Liv.* 5. *Ch.* 33. *

* Erreur de M. de Catelan, en l'endroit cité, en ce qu'il dit que la reſervation du precaire dans la vente des choſes mobiliaires, donne ou conſerve le privilege au vendeur, lors même qu'elles ont paſſé à un tiers.

§. 45. *Simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.*

LA tradition feinte & ſimulée, dont parle ici Juſtinien & qui ſe fait *traditione clavium*, eſt en uſage parmi nous, auſſi bien que celle dont il eſt parlé en la Loi premiere, *Cod. de donationibus*, qui ſe fait par le bail de la cede, *inſtrumentis traditis, traditionem factam intelligit.* Il eſt remarquable qu'à l'égard des effets mobiliaires, les clefs delivrées à l'acheteur ne tranſportent par rapport à un tiers la proprieté à l'acheteur, que lorſqu'elles ont été delivrées dans le lieu même où les effets ſont renfermez, *clavibus traditis*, dit la Loi 74. *ff. de contrah. emptione, non aliàs mercium in horreis conditarum poſſeſſionem traditam videri, quàm ſi claves apud horrea traditæ ſint*: & qu'à l'égard des immeubles, la tradition feinte par le bail de la cede ou autrement, ne tranſmet par rapport auſſi à un tiers, la proprieté à l'acquereur, que lorſqu'elle eſt ſuivie de la poſſeſſion, les Arrêts * ayant ainſi interpreté la Loi *quoties*, *Cod. de rei vendicat.* Je dis par rapport à un tiers, parce que ſi la queſtion n'étoit qu'entre le vendeur & l'acheteur, il n'y auroit point de difficulté que la tradition feinte, quelle qu'elle fut, n'eut le même effet qu'une tradition réelle: Nous entendons par tiers un ſecond acheteur, à qui les effets mobiliaires auroient été délivrez, ou à qui le clefs auroient été délivrées dans le lieu même où les effets ſeroient renfermez: de même qu'un ſecond acheteur d'un immeuble, qui à la tradition feinte joindroit la poſſeſſion réelle & actuelle du fonds vendu.

Jurisprudence de la réelle poſſeſſion.

* M. Loüet *lett.* V. *Som.* 1. & M. de Catelan, *Liv.* 5. *Ch.* 28. à la fin

Le ſecond acheteur, premier en poſſeſſion, eſt preferé, quoique par le premier Contrat le vendeur eût reſervé l'uſufruit, M. de Catelan *ibidem.*

§. 47. *Si rem pro derelicto à Domino habitam occupaverit quis, ſtatim eum Dominum effici, &c.*

CEtte déciſion n'eſt obſervée parmi nous, ni à l'égard des effets mobiliaires ni à l'égard des immeubles: Nous avons obſervé ſur l'art 15. de ce Titre, qu'elle eſt notre Juriſprudence touchant les effets mobiliaires, qui ſe trouvent ſans Maître, appellez communement épaves; & pour ce qui regarde les immeubles qui ſe trouvent auſſi ſans Maître, appellez communement vacans,

on

distingue ou les biens vacans sont tels, parce que celui qui en étoit le proprietaire est mort sans laisser aucuns heritiers habiles à succeder, ou ils sont tels, parce que celui qui les possedoit en a abandonné la culture, & les a déguerpis: Dans le premier cas, ils appartiennent sans difficulté au Seigneur Haut-Justicier par droit de desherence : Dans le second, ils sont réünis au fief tels & en l'état qu'ils étoient originairement & avant l'infeodation, pourveu toutefois que le Seigneur Directe observe certaines formalitez prescrites par la Déclaration du 9. Octobre 1684. & celles-ci entre autres: que le déguerpissement connu & signifié, il fasse appeller les Consuls du lieu en la Cour des Aydes, pour voir ordonner, que proclamations seront faites, pour sçavoir si personne ne voudroit prendre les biens déguerpis, en payant les Tailles & Droits Seigneuriaux, & que les proclamations faites à sa diligence pendant trois Dimanches de quinzaine, en quinzaine, tant aux Prônes des Parroisses où les biens sont situez, qu'à ceux des trois Parroisses des Villes & lieux les plus voisins, il fasse encore assigner les Consuls pour voir ordonner que les biens seront réünis noblement à son Fief : Si durant le cours des proclamations, & jusqu'à ce qu'il ait été rendu un Jugement diffinitif, il se presente quelqu'un pour prendre les biens déguerpis, le Seigneur est obligé de lui passer le Bail ; & si plusieurs personnes se presentent, le Seigneur a le choix, & peut préferer celle que bon lui semble, s'il ne se presente personne, les biens, comme il a été dit, reviennent Nobles entre les mains du Seigneur, & non-seulement Nobles, c'est-à dire, affranchis du payement des Tailles, mais affranchis encore des charges & dettes contractées par le possesseur, sauf toutefois suivant la remarque de M. de Catelan, *Liv.* 3. *Ch.* 35. qu'il doit être permis aux Créanciers de prendre le fonds déguerpi, en se soûmettant à la rente, & aux autres devoirs Seigneuriaux. *Vide* M. Lebret, Traité de la Souveraineté, *Liv.* 3. *Ch.* 12. *pag.* 122. M. Laroche, Traité des Droits Seigneuriaux, *Ch.* 25. *Art.* 3. Loyseau, Traité des Seigneuries, *Ch.* 12. *nom.* 122. Despeysses, *Tom.* 3. *pag.* 134. & Boniface, *Tom.* 3. *pag.* 141.

Formalités des déguerpissemens

§. 48. *Alia causa est earum rerum quæ id tempestate levandæ Navis causa ejiciuntur: quia palam est eas non eo animo abiici, quod quis eas habere nolit, &c.*

LE Roi par son Ordonnance de 1681. Titre des Naufrages, bris & échoüemens, veut que si les effets naufragez, ont été trouvez en pleine Mer, ou tirez de son fonds, la troisiéme partie en soit delivrée incessament & sans fraix, en espece ou en deniers, à ceux qui les auront sauvez, les autres deux tiers déposez pour être rendus aux proprietaires, s'ils les reclament dans l'an & jour, ou pour être partagez également, entre Sa Majesté & l'Amiral si personne ne les reclame; & à l'égard des effets échoüez ou trouvez sur le rivage, que le proprietaires ne reclame point aussi dans l'an & jour: Sa Majesté veut & entend qu'ils soient partagez de même entre Elle & l'Amiral, deduits les fraix de Justice & du sauvement.

TITRE II.

DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

Quædam res corporales sunt, quædam incorporales.

IL y a deux sortes de biens seulement (dit la Coûtume de Paris en l'Art. 88.) c'est à sçavoir, *meubles & immeubles*, les choses que Justinien appelle ici incorporelles, reputées meubles ou immeubles, suivant les differens rapports qu'elles ont avec les uns ou avec les autres; car une action, par exemple, qui aura pour objet un effet mobiliaire, sera regardée comme meuble, & celle au contraire qui aura pour objet la possession d'un immeuble, sera mise au rang des immeubles: en quoi on s'éloigne de la disposition du Droit en la Loi *quam tuberonis*, §. *in peculio*, *ff. de peculio*, qui fait des obligations, voix, noms & actions une troisiéme espece de biens,

Brodeau sur M. Loüet, *lett.* R. *Som.* 30. Auteur des Remarques sur M. Leprêtre, *Cent.* 3. *Ch.* 56.

ſeparée & diſtincte des meubles & immeubles : *in peculio res eſſe poſſunt mobiles vel ſoli, hoc amplius & nomina debitorum.*

On ſuit dans le Parlement de Toulouſe la Loi que nous venons de citer, les actions ne ſont point compriſes ſous le nom de meubles & immeubles, elles ſont une troiſiéme eſpece de biens ; enſorte que ſi je fais, par exemple, donation de mes biens meubles & immeubles, mes dettes actives n'y ſeront point compriſes : Il en ſeroit autrement, ſi je donnois ſimplement mes biens, ſans faire aucune mention de meubles ni d'immeubles, ou bien ſi je donnois generalement tous & chacuns mes biens meubles & immeubles : dans le premier cas les dettes actives ſeroient compriſes, parce que comme il eſt dit en la Loi *bonorum* 49. *ff. de verbor. ſignific. bonorum appellatione æque bonis adnumerabitur ſi quid eſt in actionibus, petitionibus, perſecutionibus, &c.* & dans le ſecond, elles y ſeroient encore compriſes *propter generalitatem diſpoſitionis* : M. de Cambolas, *Liv. 5. ch.* 43. & Ferriere ſur la queſt. 291. de Guy-pape.

ſi je donne generalement tous mes biens meubles et immeubles, les actions y ſont compriſes et hic

TITRE III.

DE SERVITUTIBUS PRÆDIORUM.

Ruſticorum prædiorum jura ſunt hæc : Iter, actus, via, &c.

CEs trois eſpeces de ſervitudes ne ſont point diſtinguées dans notre langue & dans notre uſage par des termes differens : Il dépend de celui qui établit une ſervitude de paſſage ſur ſon fonds, de lui donner plus ou moins d'étenduë ; & s'il ſurvient à cet égard quelque conteſtation, les Juges ont accoûtumé de la renvoyer à des Experts qui reglent la largeur du chemin, de maniere que le proprietaire du fonds auquel la ſervitude eſt dûë, en puiſſe joüir conformement à ſon Titre ; le miniſtere des Experts également neceſſaire, lorſque le Titre ne s'explique point ſur la maniere d'uſer de la ſervitude, ou ſur le plus ou le moins de largeur que doit

avoir le chemin : *latitudo actus itineriſque ea eſt quæ demonſtrata eſt, quod ſi nihil dictum eſt, hoc ab arbitrio ſtatuendum eſt, L. 13. §. 2. ff. de ſervit. prædior. ruſticorum.*

§. 1. Urbanorum prædiorum ſervitutes ſunt, &c. Ut in parietem vicini liceat vicino tignum immittere, &c.

Servitus tigni immittendi, &c. Il y a peu de ſervitudes de cette nature en France, parceque les mûrs qui ſeparent les bâtimens ſont preſque toûjours mitoyens & communs, & que ceux qui ne le ſont pas, peuvent être rendus tels par le voiſin qui veut bâtir de ſon côté. „ Si aucun veut bâtir, dit la Coûtume de Paris en l'art. 194. „ contre un mûr non mitoyen, „ faire le peut en payant la moitié, tant dudit mûr, que fon- „ dation d'icelui ; ce qu'il eſt tenu payer auparavant que rien „ demolir ni bâtir, en l'eſtimation duquel mûr eſt compris la „ valeur de la terre ſur laquelle eſt ledit mûr fondé & aſſis, „ au cas que celui qui a fait le mûr, l'ait tout pris ſur ſon he- „ ritage, &c. Si en élevant un mûr, je veux empêcher que mon voiſin ne s'en ſerve comme d'un mûr commun, qu'il n'appuye ſon bâtiment & qu'il ne perce pour placer les poutres, je ne le puis qu'en laiſſant un eſpace vuide ſur mon propre terrein. On comprend que la Coûtume s'éloigne ici de la diſpoſition du Droit, ſuivant lequel un Particulier ne peut être contraint de vendre ce qui lui appartient, comme il ne peut être auſſi empêché d'abattre & démolir ce qu'il a conſtruit dans ſon fonds ; mais elle eſt fondée ſur un interêt tout public, & celui entr'autres de faciliter dans les Villes l'entretien & la conſtruction des nouveaux Edifices. Il ne pouvoit gueres y avoir parmi les Romains des mûrs mitoyens & communs, puiſqu'ils ne pouvoient bâtir, ainſi que nous l'apprenons de la Loi derniere, *ff. finium regundorum*, qu'en laiſſant un eſpace vuide de deux pieds au moins entre leur bâtiment & celui du voiſin, ce qui rendoit leurs maiſons comme inſolées ; & qui fait que les Juriſconſultes dans une infinité de Loix, ſe ſervent de ces deux mots, *Domus inſulat*, comme de deux expreſſions ſinonimes ; la même Coûtume de Paris en l'art. 211. declare mitoyen & commun, *tout Mûr ſeparant Cour ou Jardin, s'il n'y a titre au*

contraire, ou quelque marque exterieure dans le mûr ; & dans l'art. 14. elle explique quelles ſont ces marques exterieures, qui en défaut de titres, ſervent à diſtinguer ſi la proprieté du mûr appartient à l'un des voiſins plûtôt qu'à l'autre.

Un mûr mitoyen & commun eſt appellé par Cujas au Liv. premier de ſes Obſervations, Ch. 31. *paries cæcus* ; & telle eſt en effet la diſpoſition du Droit, qu'il n'eſt permis de faire aucunes ouvertures dans les mûrs mitoyens & communs ; *Eos*, dit la Loi 40. *ff. de ſervitut. prædior. Urbanor qui jus luminis immittendi non habuerunt, apperto pariete communi nullo jure feneſtras immiſiſſe reſpondi.* La Coûtume de Paris eſt à cet égard très-conforme à la diſpoſition du Droit ; car il eſt dit en l'art. 199. „ En mûr mitoyen ne peut un des voiſins ſans l'accord & „ conſentement de l'autre, faire fenêtres ou trous pour vûës, „ en quelque maniere que ce ſoit, &c. Mais les autres Coûtumes du Royaume ne s'y ſont pas également conformées ; il n'en eſt preſque point qui ne permettent de faire des jours, ouvertures & fenêtres, en obſervant toutefois que ces ouvertures ſoient à une certaine hauteur, & telle qui puiſſe empêcher de voir ce qui ſe paſſe dans la maiſon, cour ou jardin du voiſin, & qu'elles ſoient encore fermées par un verre dormant ; c'eſt ainſi que l'on appelle un verre ſcéllé en plâtre que l'on ne peut ouvrir ; Nous avons, ſuivant la remarque de François François ſur la Coûtume de Toulouſe, au titre des Edifices, art. 2. un uſage en cette Ville, ou une Coûtume non écrite, qui défend toute ſorte d'ouvertures dans les mûrs mitoyens & communs, ſi elles ne ſont élevées dix pans au-deſſus du rez de chauſſées, ou pour parler plus proprement, qui permet les ouvertures dans les mûrs mitoyens & communs, pouveu qu'elles ſoient hors de proſpect & à dix pams de diſtance.

On peut faire, diſons-nous, des ouvertures dans un mûr mitoyen & commun ; mais ces ouvertures n'empêcheront, elles point que le voiſin ne ſe ſerve du mûr, qu'il ne bâtiſſe, qu'il n'appuye ſon bâtiment, & ne perce pour placer les poutres ? Non ſans doute, le voiſin pourra toûjours uſer de ſon droit, & nulle preſcription ne pourra lui être oppoſée, tandis que les ouvertures auront été à la hauteur & en la maniere preſcrite par la Coûtume.

François François ſur la Coûtume de Toulouſe, titre des Edifices, *art.* 2. & Coquille ſur la Coûtume de Nivernois, *ch.* 9.

On ne peut faire, diſons nous encore, des ouvertures dans un mur mitoyen & commun, qu'à une certaine hauteur; mais ſi le mûr n'eſt point commun, & qu'il nous appartienne en propre, nous ſera-t'il permis d'y faire des ouvertures à telle hauteur & en la maniere que nous le voudrons? Nous ſera-t'il permis d'y avoir des fenêtres qui nous donnent la vûë ſur la maiſon, cour ou jardin de notre voiſin? Cœpola dans le traité qu'il a fait des Servitudes, Ch. 62. & Mornac ſur la Loi 8. *Cod. de ſervitutibus & aqua*, tiennent que par la même raiſon, & avec la même liberté que nous pouvons élever nos mûrs, quelque incommodité que reçoivent nos voiſins de cette élevation, nous pouvons auſſi les ouvrir, quelque incommodité que nos voiſins puiſſent recevoir de ces ouvertures: Cujas en l'endroit cité ci-deſſus, tient au contraire, que de Droit Commun, il ne nous eſt pas plus permis d'avoir des vûës ſur nos voiſins dans un mûr qui nous appartient en propre, que dans un mûr commun, *nec id licet apperto pariete proprio*; & à cette déciſion eſt entierement conforme la Coûtume de Paris, lorſqu'elle dit en l'art. 200. que nul ne peut ouvrir un mûr qui lui eſt propre, pour avoir vûë ſur un voiſin dont l'heritage joint immediatement le ſien, mais ſeulement pour donner à ſa maiſon lumiere & clarté, voulant que les fenêtres qu'on y bâtit, *ſoient élevées neuf pieds au-deſſus du rez de chauſſée pour le premier étage, & ſept pieds pour les autres, le tout à fer maillé & verre dormant*; * les fenêtres pour voir & pour regarder, n'étant ſuivant l'art. 112. permiſes en aucun cas, ſi ce n'eſt qu'il y eût ſix pieds de diſtance entre le mûr où on veut faire des vûës, & la maiſon ou place du voiſin: Cette Coûtume eſt ſuivie dans toutes les Provinces du Royaume qui n'en ont point de contraire: Coquille en ſes queſtions & Réponſes, *chap.* 297. en parle comme d'une coûtume très-ſage & très-politique; car ſi on permettoit, dit cet Auteur, à un particulier d'uſer à la rigueur de tout ſon droit dans un mûr qui lui eſt propre, & d'y avoir des fenêtres ou des vûës droites, on ne pourroit empêcher que le voiſin n'eût à ſon tour la liberté de rendre ces vûës & ces fenêtres inutiles en élevant une muraille dans ſon fonds; ce qui donneroit lieu tous les jours à une infinité de querelles & de conteſtations. Plutarque dit en quelque endroit, qu'il

Henrys, *Tom.* 1. *Liv.* 4. *ch.* 6. *queſt.* 80. *page* 584.

* Fer maillé, dit la même Coûtume de Paris, *art.* 201. eſt trellis, dont les trous ne peuvent être que de quatre pouces en tout ſens; & verre dormant eſt verre attaché & ſcellé en plâtre, qu'on ne peut ouvrir.

aimeroit autant que ſon voiſin eût la liberté d'entrer dans ſa maiſon, comme d'y avoir des ouvertures ou des vûës, *nihil intereſt oculos quis an pedes in alienam Domum inferat*; en quoi il penſoit differament de ce Chevalier Romain dont parle Velleius Paterculus, à qui un Architecte promettant de diſpoſer ſa maiſon, de maniere qu'il ne pourroit jamais & d'aucun endroit y être vû par ſes voiſins : *Tu verò*, répondit-il, *Si quid in te artis eſt, ita compone Domum meam, ut quid quid agam ab omnibus perſpici poſſit, &c.* Il faut ſix pieds de diſtance entre le mûr où on veut faire des vûës droites, & la maiſon, cour ou jardin du voiſin ; mais il n'en faut que deux pour les vûës que la Coûtume appelle Bées de côté ; c'eſt-à-dire, pour les vûës obliques : C'eſt à cette diſtance de ſix ou de deux pieds, que l'on a fixé cet eſpace legitime dont parle la Loi *Imperatores*, *ff. de ſervitutibus urbanorum prædiorum*, lorſqu'elle dit : *In area quæ nulli ſervitutem debet, poſſe Dominum ædificare intermiſſo legitimo ſpatio à vicina, &c.*

§. 1. *Ne altiùs quis tollat ædes ſuas, &c.*

JUſtinien compte ici parmi les Servitudes urbaines, celle qui nous ôte la liberté d'élever nos mûrs & nos bâtimens à telle hauteur, & en la maniere qu'il nous plaît ; & de là on conclut naturellement que de Droit Commun, tout particulier a la liberté d'élever ſes mûrs, & de faire dans ſon fonds tout ce que bon lui ſemble ; la Coûtume de Paris l'entend ainſi, lorſqu'elle dit en l'art. 187. „ Quiconque a le Sol appellé l'état du rez „ de chauſſée d'aucun heritage, il peut & doit avoir le deſſus „ & deſſous de ſon ſol, & peut édifier par deſſus & par deſſous, „ & y faire puits, aiſemens & autres choſes licites, s'il n'y a „ titre au contraire. En ſuppoſant ainſi que de Droit Commun, tout Particulier a la liberté de bâtir dans ſon fonds à telle hauteur qu'il lui plaît, on a de la peine à comprendre pourquoi le Juriſconſulte en la Loi 2. *ff. de ſervitutibus urbanorum prædiorum*, compte parmi les ſervitudes urbaines, qu'un voiſin puiſſe élever ſon bâtiment, & nuire à nos vûës par cette élevation : *Urbanorum prædiorum jura talia ſunt altius tollendi, & officiendi luminibus vicini.* Il ſemble qu'on ne peut dire ſans

une très-grande contrarieté, d'un côté, que tout Particulier a de droit Commun la liberté d'élever ſon bâtiment, s'il n'en eſt empêché par un titre particulier, par cette ſervitude que l'on appelle, *altius non tollendi*: & de l'autre, qu'un Particulier ne peut élever ſon bâtiment s'il n'a un titre particulier qui le lui permette, c'eſt-à-dire, ſi la maiſon de ſon voiſin ne doit à la ſienne cette ſervitude que l'on appelle *altius tollendi*. Je ſçai bien ce que diſent communement les Interprêtes, qu'il peut y avoir des Villes dans leſquelles il n'eſt permis de bâtir qu'à une certaine hauteur, & que dans ces Villes pour donner à un bâtiment plus d'élevation qu'il n'eſt permis par la Coûtume, il faut un titre particulier, qui ne peut être autre que la ſervitude, *altius tollendi*: *qui luminibus*, dit la Loi 11. au même titre de *ſervitutibus urbanorum prædiorum*, *qui luminibus vicinorum officere*, *aliudve quid facere contra commodum eorum vellet*, *ſciet ſe formam ac ſtatum antiquorum ædificiorum cuſtodire debere*; Mais ce n'eſt point reſoudre la difficulté, parce qu'en ſuppoſant la liberté d'élever les bâtimens reſtrainte par les Loix Municipales, par les Reglemens Politiques d'une Ville, il eſt évident qu'il ne dépendroit point de deux Particuliers de convenir que l'un d'eux pourroit élever au-delà des bornes preſcrites, en établiſſant en ſa faveur une ſervitude, *altius tollendi*, cette convention ne pouvant déroger à un droit tout public: Pour l'établiſſement de la ſervitude, *altius tollendi*, il faudroit ſuppoſer qu'il fût dit nommement par les Coûtumes des lieux, qu'un Particulier ne pourroit au préjudice & ſans le conſentement exprès de ſon voiſin, élever ſon bâtiment qu'à une certaine hauteur; mais c'eſt ce que ne ſuppoſe point la Loi que nous avons citée, & je ne ſçache point de Coûtume en France qui contienne de ſemblable diſpoſition.

§. 1. *Nè luminibus vicini officiat.*

Il y a une ſervitude que l'on appelle, *luminum*, & qu'il eſt aiſé de confondre avec celle dont parle ici Juſtinien, *ne luminibus vicini officiat*, quoiqu'il y ait pourtant cette difference eſſentielle, que la premiere laiſſe la liberté de bâtir & de diminuer par là le jour du voiſin, ce que ne fait pas la ſeconde,

conde : *luminum in ſervitute conſtituta*, dit la Loi 4. *de ſervit. urbanor. prædior*, *id adquiſitum videtur*, *ut vicinus lumina noſtra excipiat cùm autem ſervitus imponitur*, *nè luminibus officiatur*, *hoc maximè adepti videmur*, *nè jus ſit vicino invitis nobis altiùs ædificare*, *atque ità minuere lumina noſtrorum ædificiorum*. Ces deux ſervitudes ſont connuës dans notre langue & dans les Coûtumes ſous le nom, l'une de ſervitude de clarté, l'autre ſous le nom de ſervitude de vûë ou de proſpect ; & en effet, la queſtion s'étant preſentée il y a quelque tems au Parlement de Toulouſe, on fit entre la ſervitude de clarté, & celle que nous avons appellé de vûë ou de proſpect, la même difference que fait le Droit Romain entre la ſervitude *luminum*, & celle *ne luminibus officiatur* : C'étoit en la cauſe de M. de Beſga Doyen de notre Faculté, contre le ſieur Loubaiſſin Marchand de cette Ville : le ſieur de Madron proprietaire des deux maiſons contiguës dans la ruë des Paradoux en avoit vendu une aux Auteurs du ſieur de Beſga, & la clauſe qui donnoit lieu au procès, étoit conçuë en ces termes : *Avec toutes les entrées*, *ſorties*, *vûës des fenêtres en l'état qu'elles ſont à preſent*, *iſſuës*, *privileges & ſervitudes*, *avec tout ce qui en dépend*, *&c.* Loubaiſſin acquereur de la maiſon retenuë par Madron avoit fait conſtruire dans la Cour une Remiſe avec un grenier à foin au-deſſus : & il étoit juſtifié par la relation des Experts, que ce batiment bornoit & déroboit partie du jour de certaines fenêtres d'une Salle-baſſe de la maiſon du ſieur de Beſga fermées d'une grille de fer, & bâtie à dix pans du rez de chauſſée : Le ſieur de Beſga demandoit la démolition de la Remiſe, fondé ſur la clauſe que nous avons rapportée ; mais il perdit ſon procès par cette raiſon, que la ſervitude par rapport aux fenêtres dont nous venons de parler, ne pouvoit être regardée que comme une ſervitude de clarté, *ſervitus luminum*, & non point comme une ſervitude de vûë ou de proſpect : des fenêtres fermées de grilles de fer, & à dix pans du rez de chauſſée, n'étoient point faites pour voir, pour regarder, mais ſeulement pour recevoir du jour & de la clarté, & il ſuffiſoit qu'il en reſtât aſſez pour l'uſage de la Salle-baſſe à qui cette ſervitude étoit dûë : le ſieur de Beſga avoit dans un appartement de ſa maiſon des fenêtres à hauteur d'appui ; & à l'égard de celles-ci,

la ſervitude étoit ſans difficulté de vûë ou de proſpect ; mais les Experts avoient rapporté, que la remiſe conſtruite par le ſieur Loubaiſſin n'en obſcurciſſoit ni n'en diminuoit le jour, & on ne pouvoit par conſequent prendre de là un prétexte pour demander la démolition ; l'Arrêt fut rendu en la premiere Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Labroüe, le 12. Mai. 1721.

§. 4. *Si quis velit vicino aliquod jus conſtituere, pactionibus atque ſtipulationibus id efficere debet. Poteſt etiam teſtamento, &c.*

ON peut acquerir ſans doute les ſervitudes par Contrat & par Teſtament, mais peut-on auſſi les acquerir par la preſcription ? Sur cette queſtion les Païs Coûtumiers ont une Juriſprudence toute differente de celles des Païs du Droit Ecrit, & on ne s'eſt conformé ni dans les uns ni dans les autres aux principes du Droit Romain.

L. Si quis diuturno, ff. ſi ſervitus vindicetur.

L. 2. Cod. de ſervitutibus & aqua. L. ultimo, Cod. de præſcrip. longi temporis, &c.

Par le Droit Romain les ſervitudes ne pouvoient être acquiſes par l'uſucapion, mais elles pouvoient l'être par la preſcription appellée *longi temporis*, la raiſon de la difference eſt marquée en la Loi *ſervitutes* 14. *ff. de ſervitutibus*, c'eſt qu'il ne pouvoit y avoir d'uſucapion ſans poſſeſſion, & que les Droits incorporels tels que les ſervitudes n'étoient pas capables d'une poſſeſſion proprement dite, c'eſt-à-dire, d'une poſſeſſion réelle, actuelle & continuë, au lieu que pour la preſcription, la quaſi-poſſeſſion étoit ſuffiſante.

La Coûtume de Paris Art. 186. decide formellement, que nul Droit de ſervitude ne peut être acquis per preſcription ou longue joüiſſance quelle qu'elle ſoit ſans Titre, même par la poſſeſſion immemoriale ; & cette Coûtume obſervée dans tous les Païs Coûtumiers qui n'en ont point de contraire, a été introduite, ſuivant la remarque & l'expreſſion de Dumoulin, „ pour obvier aux grandes entrepriſes qui ſe faiſoient tous les „ jours, ſous couleur de ſouffrance & de tolerance, pour cauſe „ d'amitié ou de familiarité dont on abuſoit.

Dans le Païs de Droit Ecrit on ſuit bien la diſpoſition du Droit Romain, en ce qu'il veut que les ſervitudes puiſſent être acquiſes par preſcription ; mais on s'en éloigne pour

le tems & la maniere de preſcrire : Les Arrêts * ayant jugé qu'à l'égard des ſervitudes diſcontinuës, ainſi appellées, parce qu'elles ont un uſage interrompu, il falloit une poſſeſſion immemoriale ; & que pour les ſervitudes continuës, la poſſeſſion trentenaire étoit ſuffiſante. La plûpart des Auteurs qui ont écrit ſur cette matiere, & du nombre deſquels eſt Cœpola, *chap.* 19. ont prétendu que cette diſtinction entre les ſervitudes continuës & diſcontinuës, à l'effet de la preſcription, étoit fondée en la Loi *hoc jure*, §. *ductus aquæ*, *ff. de aqua quotidiana & æſtiva* ; mais ils n'ont pas reflechi que ce texte parle de l'Aqueduc marqué en la Loi 10. *ſi quis diuturno*, *ff. ſi ſervitus vindicetur*, au nombre des ſervitudes continuës qui s'acquierent par la preſcription *longi temporis* ; & qu'en ſuppoſant qu'il exige pour la preſcription une poſſeſſion immemoriale, outre qu'on ne ſçauroit le concilier avec la Loi *ſi quis diuturno*, il faudroit d'ailleurs en conclure que la poſſeſſion immemoriale eſt neceſſaire pour la preſcription de toute ſorte de ſervitudes ſans diſtinction, continuës ou diſcontinuës. Henrys, *Tome* 1. *Liv.* 4. *chap.* 6. *queſt.* 79. *page* 579. démontre par de ſolides raiſons que la Loi *hoc jure*, n'a jamais entendu decider, que la poſſeſſion immemoriale fût neceſſaire pour la preſcription d'aucune eſpece de ſervitude, & moins encore pour la ſervitude de l'Aqueduc ; * il démontre de plus, qu'à ſe conformer aux veritables principes du Droit Romain, il faudroit declarer toutes les ſervitudes ſans diſtinction, ſujettes à la preſcription appellée *longi temporis*, ou du moins à la preſcription de trente ans ; Mais enfin la Juriſprudence, comme nous avons dit, paroît aujourd'hui fixée à ce point, que ſi la ſervitude eſt diſcontinuë, il faut pour l'acquerir une poſſeſſion immemoriale, & que ſi elle eſt continuë, la poſſeſſion trentenaire ſuffit.

* Ferriere ſur Gui-Pape, *queſt.* 573. M. de Catelan, *Liv.* 3. *Ch.* 6.

* Servitude d'Aqueduc comment preſcriptible contre celui dans le fond duquel eſt la ſource de l'eau. *V.* Bardet, *tome* 1. *page* 79.

Les ſervitudes pouvant être acquiſes par la poſſeſſion trentenaire ou immemoriale, ſuivant qu'elles ſont continuës ou diſcontinuës : Il reſte encore une difficulté ſur ce qui doit diſtinguer les unes d'avec les autres ; & ſi la continuité tombe ſur la cauſe même de la ſervitude, plûtôt que ſur l'uſage & la poſſeſſion, en ſorte qu'on doive regarder comme continuë une ſervitude qui aura ce qu'on appelle, *cauſam continuam & per-*

petuam, quoique d'ailleurs l'uſage en ſoit interrompu : Les Auteurs conviennent aſſez que c'eſt la continuité ou diſcontinuité de la cauſe qui fixe la nature de la ſervitude continuë ou diſcontinuë ; mais il ne conviennent pas même ſur ce qu'on doit entendre par cette continuité ou diſcontinuité de cauſe ; car on ne trouve pas peu d'embarras à ſuivre la regle preſcrite en la Loi *Foramen* 28. *ff. de ſervitutibus urbanorum prædiorum*, l'unique pourtant que nous ayons ſur cette matiere, & ſuivant laquelle une ſervitude n'a de cauſe continuë qu'autant que, *ſine ullo facto hominis ex naturali cauſa ſit* : le ſtillicide ou décharge des eaux propoſée pour exemple, ou de la ſervitude qui a une cauſe continuë, Si les eaux coulent du Ciel, *ſi ex Cælo veniant*, ou de la ſervitude qui a une cauſe diſcontinuë, Si les eaux ſont jettées par le voiſin, *proluendi pavimenti cauſa*. Parmi les arrêtez ou les Loix projettées de M. le P. P. de Lamoignon, on en trouve une très-ſimple, & qui previendroit bien des conteſtations, ce ſeroit de declarer preſcriptibles par la poſſeſſion de trente ans les ſervitudes pour l'uſage deſquelles il y auroit quelque ouvrage exterieur & apparent, toutes les autres dont l'uſage peut être l'effet de la tolerance du proprietaire declarées impreſcriptibles. *Voyez* Henrys & Cœpola aux endroits citez ; Arrêtez de M. le P. P. de Lamoignon, titre des Servitudes, Ferriere ſur la queſtion 573. de Gui-Pape, & M. de Catelan, *Liv. 3. ch. 6.*

V. Coquille ſur la Coûtume de Nivernois, *chap. 9. art. 2.*

Deſtination du pere de famille

On jugeoit autrefois au Parlement de Paris, que la deſtination du Pere de Famille équipolloit à un titre, ou ſuppleoit au défaut de titre, c'eſt-à-dire, que ſi de deux maiſons contiguës appartenant à un même proprietaire, l'une étoit alienée, ou ſi par un acte paſſé entre des coheritiers, elles tomboient entre les mains de differentes perſonnes, les ſervitudes ſubſiſtoient telles & en l'état qu'elles ſe trouvoient lors de l'alienation ou du partage ſans autre titre ou convention, & en défaut de convention contraire : C'étoit là, comme l'on voit, une exception à la Regle, *nulle ſervitude ſans Titre* ; mais la nouvelle Coûtume de Paris en a autrement diſpoſé ; car il eſt dit en l'art. 216. que la deſtination du Pere de famille ne vaut titre qu'autant qu'elle eſt, ou a été par écrit ; & en l'article qui précede immediatement ; ſçavoir, l'art. 215. que, lors qu'un

„ Pere de famille met hors ſes mains partie de ſa maiſon, il „ doit ſpecialement declarer quelles ſervitudes il retient ſur „ l'heritage qu'il met hors ſes mains, ou qu'elles il conſtituë „ ſur le ſien, & les faut nommement & ſpecialement declarer, „ tant pour l'endroit, grandeur, hauteur, meſure, qu'eſpece „ de ſervitude, autrement que toutes les conſtitutions genera- „ les ſans les declarer comme deſſus ne valent, &c. Ce nouveau reglement eſt conforme à la diſpoſition du Droit en la Loi *ſi quis ædes* 30. *ff. de ſervit. urbanorum prædiorum* en la Loi *in tradendis* 7. & en la Loi *quidquid* 10. *ff. communia prædior. tam urbanor. quam ruſticorum.* } deſtination

La Coûtume de Paris en l'article que nous avons cité, après avoir declaré que les ſervitudes ne peuvent s'acquerir ſans titre, ajoûte, qu'il n'en eſt pas de même de la liberté contre les ſervitudes; „ Mais la liberté, dit-elle, ſe peut reacquerir con- „ tre le titre de ſervitude par trente ans entre âgez & non pri- „ vilegiez; & en cela la Juriſprudence eſt uniforme dans tout le Royaume : on juge par tout, que les ſervitudes ſe perdent *non utendo*, par la non-jouïſſance pendant trente années: avec cette difference pourtant entre les ſervitudes urbaines, & les ſervitudes ruſtiques; qu'à l'égard de celles ci, la preſcription court du jour que celui qui a droit de ſervitude a ceſſé d'en uſer; au lieu que dans les ſervitudes urbaines, la preſcription ne commence à courir que du jour de la contradiction; c'eſt-à-dire, que pour preſcrire la liberté contre une ſervitude urbaine, il ne ſuffit pas que celui auquel la ſervitude eſt dûë, ait ceſſé d'en uſer, & qu'il faut encore qu'il y ait empêchement ou oppoſition de la part de celui qui doit la ſervitude : *hæc diſſimilitudo eſt*, dit la Loi 6. *ff. de ſervitutibus urbanor. prædior.*; *quod non omnimodo pereunt non utendo jura urbanorum prædiorum ſed ità ſi vicinus ſimul libertatem uſucapiat* : On peut voir ce que dit là-deſſus M. Leprêtre Centurie 2. *ch.* 63.

Elle ne commence à preſcrire la liberté contre les ſervitudes urbaines que du jour de la contradiction et non du jour qu'on a ceſſé d'uſer de la ſervitude. les ruſtiques ſe perdent non utendo par 30 ans

TITRE IV.

DE USUFRUCTU.

§. 2. Ergò Senatus non fecit quidem earum rerum uſumfructum, (nec enim poterat,) Sed per cautionem quaſi uſumfructum conſtituit.

TEl étoit l'eſprit de la diſpoſition du Senatus-Conſulte, qui pour l'utilité publique avoit permis l'uſufruit des choſes qui ſe conſomment par l'uſage, que cette eſpece d'uſufruit ne peut abſolument ſubſiſter ſans caution de la part de l'uſufruitier, * juſques-là que l'uſufruitier ne pouvoit être déchargé de la neceſſité de donner caution par la volonté du Teſtateur, ainſi que nous l'apprenons de la Loi premiere, *Cod. de uſufructu*; mais en cela le Droit Romain n'eſt point obſervé parmi nous; car les Arrêts ont jugé, non ſeulement que le Teſtateur pouvoit remettre la caution au legataire d'une ſomme d'argent pour en jouïr à titre d'uſufruit, mais que dans le cas même où l'uſufruitier n'a pas été déchargé du bail de caution, & que l'uſufruitier ſe trouve dans l'impuiſſance de cautionner, le legs de l'uſufruit doit avoir ſon effet : avec cette précaution neanmoins pour l'interêt du proprietaire, qu'on ordonne la remiſe du legs entre les mains d'une perſonne tierce qui en donne annuellement tout le profit & toute l'utilité à l'uſufruitier : Mornac ſur la Loi 7. *ff. de uſufructu ear. rer. quæ uſu conſumuntur.* Gui-Pape, *queſt.* 248. 249. & 250. & Papon, *Liv.* 14. de ſes Arrêts, *Tit.* 2. *Art.* 11.

* *Niſi ablata ſecundum formam Senatus-Conſulti cautione.*

caution pour l'uſufruit

L'expedient de remettre la choſe en laquelle conſiſte l'uſufruit entre les mains d'un tiers qui en donne annuellement le profit & l'utilité à l'uſufruitier peut bien être pratiqué & mis en uſage, lors que l'uſufruit conſiſte en choſe *cujus uſus*, comme l'on dit communement *in abuſu conſiſtit*, c'eſt-à-dire, en choſes qui ſe conſument quand on en uſe, & dont on ne

peut uſer qu'en les conſumant, en choſes dont on ne doit après l'uſufruit fini que repreſenter la valeur; mais quel expedient pour l'uſufruit des choſes, qui ſans ſe conſumer par l'uſage, en ſouffrent ſeulement quelque diminution, les meubles, par exemple que l'uſufruitier doit repreſenter en nature après l'uſufruit fini, dont l'uſage eſt perſonnel à l'uſufruitier, & qui ne peuvent même être loüées qu'autant qu'elles ſont deſtinées à cet uſage : ou ſi l'on veut encore, des choſes dont toute l'utilité conſiſte dans le plaiſir & l'agrément; car comme il eſt dit en la Loi 41. *ff. de uſufructu, ſtatuæ & imaginis fructus relinqui poteſt, quia & ipſæ habent aliquam utilitatem, ſi quo loco oportuno ponantur*: l'uſufruitier perdra-t'il l'uſufruit par l'impoſſibilité où il ſera de trouver une caution; ou ſera-t'il déchargé du cautionnement par l'impoſſibilité où il ſera de le donner? Les Auteurs que nous avons cité, auſquels on peut joindre Bardet, *Tom.* 1. *pag.* 309. decident pour la neceſſité de la caution, & d'une caution proprement dite, *cautio idonea datis fidejuſſoribus*; car c'eſt ainſi qu'ils entendent la Loi premiere, *ff. uſufructuarius quemadmodum caveat*; Mais je doute que ſi le cas ſe preſentoit, les Juges vouluſſent faire perdre l'uſufruit à celui pour qui, ſoit à cauſe de ſon indigence ou autrement, perſonne ne voudroit cautionner, & qu'on ne trouvât encore moins d'inconvenient à faire courir au Proprietaire le riſque qu'il pourroit y avoir pour lui par le défaut du bail de caution.

L. 14. §. 4. ff. de uſufruct.

§. 3. *Finitur uſufructus morte uſufructuarii, &c.*

IL eſt ſi fort de la nature de l'uſufruit d'être conſolidé à la proprieté par la mort de l'uſufruitier, que dans le cas même où l'uſufruit à été legué juſqu'à certains tems, ou juſqu'à l'échéance de certaine condition, les Loix le declarent éteint par le decès du legataire arrivé avant le tems marqué, ou avant l'évenement de la condition. Je legue par exemple à Pierre la proprieté d'un fonds, & je legue à Jean l'uſufruit de ce même fonds pour en joüir juſqu'à l'âge de 25. ans: Si Jean decede à la vingtiéme année, Pierre legataire de la proprieté, commencera dès-lors à joüir, & les heritiers de Jean legataire de l'uſufruit, ne ſeront pas fondez à demander la joüiſſance de

l'uſufruit conſolidé à la proprieté même au cas ou l'uſufruitier decede avant l'âge jusques auquel il devoit jouir. L. ambigui latium cod. de uſufruct. equi a lieu meme a l'egard des heritiers du legataire de la proprieté d'un fonds.

quatre ou cinq années qui reſtoient encore à courir : Telle eſt la diſpoſition de la Loi *ambiguitatem*, *Cod de uſufructu*, à laquelle ſe ſont conformez les Arrêts rapportés par M. de Catelan, *Liv. 2. Ch. 50.* & qu'ils ont étendu au legs des fruits & revenus d'un fonds, quoique les heritiers du légataire des fruits & revenus d'un fonds paroiſſent plus favorables que les heritiers du legataire de l'uſufruit. Il y a quelques années que le ſieur de Cominihan Chanoine de ſaint Sernin de cette Ville deceda après avoir par ſon Teſtament inſtitué heririer la Dame de Caumels ſa ſœur, & legué certaine ſomme, ou certaine rente au ſieur de Cominihan ſon neveu, avec cette clauſe expreſſe, „ qu'il ne pourroit joüir de la ſomme ou de la rente „ leguée, que lors qu'il auroit atteint la vingt-cinquiéme „ année, voulant le Teſtateur que ſon heritiere en joüît juſ„ qu'à ce tems. La Dame de Caumels étant decedée peu de tems après avoir recüeilli la ſucceſſion, & avant que le ſieur Cominihan legataire eût atteint la vingt-cinquiéme année, le ſieur de Cominihan prétendit qu'on étoit dans le cas, & de la Loi, & des Arrêts que nous venons de rapporter, c'eſt-à-dire, que l'uſufruit avoit pris fin par le decès de la Dame de Caumels ; mais le ſieur de Caumels heritier de ſa femme, prétendit au contraire qu'il devoit joüir juſqu'à ce que le ſieur de Cominihan eût atteint la vingt-cinquiéme année : que la Dame ſon Epouſe devoit être regardée autrement que comme une ſimple legataire d'uſufruit : qu'il falloit plûtôt la regarder comme une heritiere chargée de fideicommis, & que par-là on étoit dans le cas de la Loi *publius mœvius 36. §. Titia ff. de condit. & demonſtrat.* où il eſt decidé, qu'un heritier étant chargé de rendre lorſque le fideicommiſſaire aura atteint un certain âge, la reſtitution anticipée du fideicommis ne peut être demandée, ni par les heritiers du fideicommiſſaire contre l'heritier grevé, ni par le fideicommiſſaire lui-même contre les heritiers de l'heritier grevé, ſi l'un ou l'autre, c'eſt-à-dire, le fideicommiſſaire ou l'heritier grevé, ſont decedez avant le tems auquel la reſtitution devoit être faite, parce qu'en l'un & en l'autre cas, *contrà voluntatem defuncti repræſentatio fideicommiſſi deſideratur* ; le ſieur de Caumels ajoûtoit, que la volonté du Teſtateur ſi expreſſement declarée

devoit

devoit prévaloir à toutes les ſubtilitez du Droit, & par ces raiſons, il obtint un Jugement favorable aux Requêtes, dont le ſieur de Cominihan n'oſa ſoûtenir l'appel qu'il avoit d'abord relevé.

§. 3. Finitur uſusfructus duabus capitis diminutionibus, maxima, & media, &c.

TOus les Auteurs conviennent que l'uſufruit parmi nous comme chez les Romains s'éteint par la mort civile; mais ils ne conviennent pas ſur une queſtion, ſçavoir, ſi l'uſufruit s'éteint par la Profeſſion Religieuſe de l'uſufruitier.

Les uns decident que le Monaſtere doit profiter de l'uſufruit juſqu'à la mort naturelle de l'uſufruitier, les autres ſont d'avis que juſqu'à la mort naturelle de l'uſufruitier, les plus proches parens ou ceux qu'il a inſtituez heritiers avant de faire Profeſſion doivent profiter de l'uſufruit, & les autres enfin eſtiment que par la Profeſſion Religieuſe l'uſufruit eſt conſolidé avec la proprieté : Ceux qui ſoûtiennent la premiere opinion, la fondent ſur l'Autentique *ingreſſi, Cod. de ſacros ſacroſanctis Eccleſiis*; mais il y a déja long-tems que cette Authentique eſt abrogée en France : Ceux qui ſoûtiennent la deuxiéme, ſe fondent ſur la Loi *ſtatius florus*, §. *Cornelis Felici*, *ff. de jure fiſci*, dont nous avons parlé au titre 16. *de capitis deminutione*, mais ils ne reflêchiſſent pas que l'argument tiré de cette Loi prouveroit trop, puiſqu'il prouveroit que l'uſufruit n'eſt pas même éteint par la mort civile qui arrive par la condamnation aux galeres perpetuelles, ou au banniſſement perpetuel, & que le fiſc en ce cas devroit joüir juſqu'à la mort naturelle de l'uſufruitier. Il faut donc s'en tenir à la derniere comme à la plus ſûre, & à la plus generalement reçuë. * Je me ſouviens qu'il y a quelques années, que preſque tous les Avocats de cette Ville furent aſſemblez, non point pour decider la queſtion que nous venons de propoſer, mais uniquement pour atteſter le fait, ſçavoir, ſi elle avoit été jamais jugée au Parlement de Toulouſe : Il y avoit un Arrêt du Parlement de Paris qui l'avoit ainſi ordonné, Arrêt ſur une affaire évoquée de ce Parlement, portant qu'avant dire droit il ſeroit informé de l'uſage. C'étoit

* M. Durantis, *queſt.* 11. Ferriere ſur Guy-pape, *queſt.* 595. M. Maynard, *Liv. 9. Ch.* 26. Journal des Audiences, *Tom.* 1. *Liv.* 2. *Ch.* 31. & 91. & *Liv.* 3. *Ch.* 28. Leprêtre Centurie 3. *Ch.* 8. *pag.* 667. & Bardet, *tom.* 2. *pag.* 343.

à l'occaſion d'une terre dont l'uſufruit & la joüiſſance avoit été aſſignée à une veuve pour lui tenir lieu de doüaire, & on comprenoit que les heritiers de cette veuve prétendoient après ſa Profeſſion Religieuſe ſe maintenir en la joüiſſance par la diſtinction qu'ils faiſoient, ou qu'ils croyent devoir être faite, de l'uſufruit proprement dit, avec un doüaire, qui regardé comme penſion viagere & alimentaire, devroit regulierement n'être éteint que par la mort naturelle, étant decidé en la Loi *legatum* 10. *ff. de capite minutis* qu'un legs annuel & pour tenir lieu d'alimens, *capitis deminutione interveniente perſeverat, quia tale legatum in facto potius, quàm in jure conſiſtit*: Les Avocats aſſemblez atteſterent, & chacun d'eux ſeparement atteſta, n'avoir jamais vû juger la queſtion.

Par la raiſon qu'un legs annuel & tenant lieu d'alimens doit être diſtingué de l'uſufruit, tous nos Auteurs conviennent qu'il peut être valablement fait à un Religieux Profez; il a été rendu divers Arrêts qui l'ont jugé ainſi, & il en fut rendu un entre autres le 9. Janvier 1691. en la deuxiéme Chambre des Enquêtes au raport de M. de Lucas: Il fut jugé par celui-ci, non-ſeulement qu'un Religieux de l'Abbaye de Fonfrede (c'étoit Dom Montaignac) avoit pû recevoir un legs en forme de penſion viagere, mais que ce Religieux même n'avoit pû renoncer au legs ſans le conſentement de ſa Communauté: l'Arrêt ſur la Requête du Syndic caſſa la Tranſaction paſſée entre Dom Montaignac & l'heritier de celui qui avoit fait le legs, & il ajoûta, à la charge de l'employer aux beſoins du legataire. Bien plus, nous trouvons dans Chopin en ſon traité *de ſacra politia*, *Liv.* 3. *tit.* 1. un Arrêt du Parlement de Paris, qui declara valable le legs fait à un Religieux de l'uſufruit de certain fonds, ce legs regardé en effet comme legs de penſion alimentaire, & l'un & l'autre ne differant que de nom, *quaſi fructuria illa fundi redituum præſtatio juſtis alimentis æquiparetur*, *&c.*

V. M. Dolive, *Liv.* 1. *pag.* 41

L'uſufruit, dans le ſens que nous venons de dire, peut être donné ou legué à un Religieux, mais peut-il l'être à une Communauté Religieuſe? & s'il peut l'être, qu'elle étenduë doit-on lui donner? Je vis propoſer, il n'y a pas long-tems cette queſtion, qui ne parut difficile que par la contrarieté de deux Loix op-

posées, la Loi 56. *ff. de usufructu*, qui veut que l'usufruit acquis à une Ville, ou toute autre Communauté dure cent ans, *cum is finis vitæ longævi hominis sit*, & la Loi *computationi*. 68. *ff. ad Leg. falcidiam*, qui declare éteint un pareil usufruit après trente années : *Si reipublicæ usufructus legetur, triginta annorum computatio fit.* Cette derniere déciſion paroît plus équitable, & la poſſibilité de vivre juſqu'à cent ans ne fut pas regardée comme une raiſon bien ſolide pour faire perdre au proprietaire la jouïſſance de trois ou quatre generations.

usufruit legué, aune commune eteint après 30 ans.

Loix Civiles in 4°. *Tome 1. page* 377.

§. 3. *Si ædes incendio conſumptæ ſint, vel vitio ſuo corruerint, extingui uſumfructum, & ne areæ quidem uſumfructum, deberi.*

C'Eſt ſur le fondement de ce Texte que fut rendu l'Arrêt rapporté par M. Maynard, *Liv.* 8. *Ch.* 38. par lequel une maiſon dont l'uſufruit étoit legué ayant été brûlée, l'uſufruitier fut declaré irrecevable à demander que la maiſon fût rebâtie, même à ſes dépens, & ſans autre condition, que de continuer d'en joüir pendant ſa vie : Les Loix n'exceptent que deux ou trois cas : Le premier, ſi j'ai l'uſufruit de la totalité des biens à titre univerſel : Le ſecond, ſi j'ai l'uſufruit d'une Terre où il y ait des bâtimens ; l'exception en l'un & en l'autre cas fondée ſur ce que ce n'eſt point dans les bâtimens que conſiſte l'uſufruit, qu'ils n'en ſont que l'acceſſoire & la dépendance, ainſi que la place qui demeure après la chûte ou l'incendie : Le troiſiéme, ſi de la maiſon brûlée il en reſte une partie non compriſe dans l'incendie, l'uſufruit ſe conſervant alors ſur ce qui reſte, & ſur la place où étoit ce qui a peri, cette place regardée alors comme un acceſſoire de la portion qui ſubſiſte, *L.* 53. *ff. de uſufructu.*

L. 34. §. *ult. ff. de uſufruct.* *L.* 8. *ff. quibus modis uſufruct. vel uſus amittitur.*

Et non-ſeulement l'uſufruit eſt éteint par le changement qui ſurvient en la choſe après la mort du Teſtateur qui la legué, il l'eſt encore par le changement que le Teſtateur fait lui-même pendant ſa vie : Je legue l'uſufruit d'un pré, & je bâtis dans les ſuites une maiſon dans ce pré, ou j'en fais un jardin : en ce cas & autres ſemblables, le legs de l'uſufruit ſera pour non avenu, parce que le changement que j'ai fait en la choſe, prouve auſſi que j'ai changé de volonté. *L.* 5. *Liv.* 10. §. 4. *ff. quib. mod. uſufr. amitt.*

TITRE V.

DE USU ET HABITATIONE.

Iisdem modis, quibus usufructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet, &c.

LE Droit François n'a rien changé à ce que dit Justinien dans ce Titre, & dans le Titre precedent, touchant la maniere d'acquerir & de perdre l'usufruit & l'usage. Nous observerons seulement qu'il y a parmi nous une espece d'usage dont il n'est point parlé dans le Droit Romain, c'est celui dont jouïssent la plûpart des Communautez dans les Forêts du Royaume appartenant au Roi ou aux Seigneurs particuliers, & à l'égard duquel les Ordonnances & les Arrêts ont fait divers Reglemens; celui-là entr'autres, que pour éviter la dégradation des Forêts, & afin que la proprieté n'en soit pas inutile, il doit être assigné certaine partie du Bois, en laquelle les Usagers puissent annuellement exercer leur faculté, tout le reste demeurant libre aux Proprietaires : L'Ordonnance des Eaux & Forêts prescrit la maniere dont les Usagers doivent user du droit de Pâturage; & à l'égard du droit de Chaufage en espece, le Roi le supprime entierement dans ses Forêts, si ce n'est qu'il eût été accordé à des Communautez Ecclesiastiques pour cause de fondation & de dotation, voulant Sa Majesté que ceux qui avoient accoûtumé d'en jouïr à titre onereux soient dédommagez, & que jusqu'à l'actuel rembourſement, ils soient payez annuellement en argent sur le prix des ventes du Roi.

§. 1. *Minus autem juris est in usu, quam in usufructu, &c.*

PAr la Jurisprudence des Arrêts l'usufruit de tous les biens legué par le mari à la femme est restraint lorsqu'il y a des enfans à son entretenement, *& ad præeminentiam in Domo*; ainsi dans ce cas particulier, le legs de l'usufruit n'ajoûte pas

fort au legs du ſimple uſage : J'ai dit lors qu'il y a des enfans, parce que c'eſt en effet leur interêt qui a déterminé à interpreter ainſi la volonté du mari : cet interêt ceſſant, ou par ce qu'il n'y avoit point d'enfans lors du decès du mari, ou par ce qu'ils ſont morts depuis, la femme joüit ſans difficulté du legs de l'uſufruit dans toute ſon étenduë : J'ai dit auſſi le legs de l'uſufruit, parce qu'on diſtingue le legs de l'uſufruit, d'avec l'inſtitution ; & quoiqu'il ſemble n'y avoir qu'une difference de nom entre le legs qu'un mari fait à ſa femme de l'uſufruit de ſes biens, & l'inſtitution qu'il fait de ſa femme en l'uſufruit & pour joüir de ſes biens pendant ſa vie, les Arrêts neanmoins ont jugé, qu'en ce dernier cas, la femme n'étoit obligée de rendre aucun compte des fruits. Du reſte ce que l'on juge à l'égard de la femme legataire de l'uſufruit des biens de ſon mari, Ranchin en ſes déciſions ſous le mot *uſusfructus*, *art.* 27. croit avec raiſon, qu'on doit le juger auſſi à l'égard du mari legataire de l'uſufruit des biens de ſa femme. *Voyez* Ranchin en l'endroit cité, M. Maynard, *Liv.* 5. *Ch.* dernier, & M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 39.

§. 5. *Habitationem habentibus permiſſimus non ſolum in ea degere, ſed etiam aliis locare.*

JUſtinien ayant permis à celui qui a l'habitation d'une maiſon, non-ſeulement d'y habiter lui-même avec ſa famille, & d'y recevoir ſes amis, mais encore de la loüer, tout de même que pourroit faire un uſufruitier ; on peut dire qu'il ne reſte plus qu'une difference de nom entre l'habitation & l'uſufruit d'une maiſon. M. Leprêtre, *Cent.* 1. *ch.* 81. rapporte un Arrêt du Parlement de Paris par lequel il fut jugé, qu'une femme à qui ſon mari avoit legué l'habitation pouvoit loüer la maiſon, & en percevoir les loyers, malgré cette clauſe que le mari avoit ajoûté au legs, pour en joüir à titre d'uſufruit, & y faire ſa continuelle reſidence ſa vie durant.

TITRE VI.

DE USUCAPIONIBUS, ET LONGI TEMPORIS, præscriptionibus.

Constitutionem promulgavimus, quà cautum est, ut res quidem mobiles, per triennium usucapiantur : immobiles verò, per longi temporis possessionem (id est, inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur, &c.

IL y a quelques Provinces en France qui par leurs Coûtumes ont adopté la constitution dont parle ici Justinien concernant la prescription ou usucapion des effets mobiliaires par l'espace de trois ans ; mais ces Provinces sont en petit nombre, dans tout le reste du Royaume, il n'y a à cet égard aucune difference entre les meubles & les immeubles, & il faut le même tems pour la prescription des uns que des autres.

Dans le Païs du Droit Ecrit on ne peut acquerir les immeubles que par la prescription de trente ans, prescription appellée en Droit *longissimi temporis*, & qui met fin à toute sorte d'action, sans distinguer si le possesseur avoit titre ou n'en avoit pas, s'il possedoit de bonne ou de mauvaise foi, si le proprietaire de la chose prescrite étoit absent ou present ; mais il en est autrement dans les Païs coûtumiers ; dans ceux-ci la possession d'un immeuble accompagné de titre & de bonne foi pendant dix ans entre presens, & vingt ans entre absens, en acquiert la proprieté incommutable, la possession trentenaire necessaire à ceux-là seulement qui ont possedé sans titre ou de mauvaise foi : „ Si „ quelqu'un (dit la Coûtume de Paris en l'art. 113.) a joüi & „ possedé un heritage ou rente à juste titre & de bonne foi, „ tant par lui que par ses prédecesseurs dont il a le droit & „ cause, franchement & sans inquietation par dix ans entre pre- „ sens, & vingt ans entre absens, âgez & non privilegiez, il

L. Sicut Cod. de præscript. triginta annorum.

acquiert preſcription dudit heritage & rente ; (& en l'art. " 118.) " Si aucun a joüi, uſé & poſſedé un heritage, ou ren- " te, ou autre choſe preſcriptible par l'eſpace de trent ans con- " tinuellement, tant par lui, que par ſes prédeceſſeurs, fran- " chement, publiquement & ſans inquietation, ſuppoſé qu'il " ne faſſe apparoir de titre, il a acquis preſcription entre âgez " & non privilegiez. "

On demandera peut être par quelle bizarrerie la preſcription de dix & de vingt ans ſe trouve adoptée dans les Païs Coûtumiers, & rejettée dans les Païs regis par le Droit Ecrit ; mais c'eſt choſe dont il eſt aſſez difficile de rendre raiſon, ſi on ne veut dire qu'en cela les Païs Coûtumiers & les Païs du Droit Ecrit ont cherché à ſe conformer aux principes du Droit Romain, quoiqu'ils s'en ſoient également éloignez les uns & les autres : Voici comment les Auteurs de la Coûtume de Paris ont crû que pour preſcrire un immeuble, il ſuffiſoit ſuivant les principes du Droit Romain, de poſſeder dix ou vingt ans avec Titre & bonne foi : & c'eſt en effet tout ce que Juſtinien exige dans ce Titre ; mais ils n'ont pas reflechi que la Novelle 119. *Ch.* 7. d'où a été priſe l'autentique *malæ fidei*, *Cod. de præſcriptione longi temporis decem vel viginti annorum*, exige quelque choſe de plus, ſçavoir : Que celui qui allegue la preſcription ait acquis d'un autre qui fût auſſi dans la bonne foi, du moins dans le cas où le veritable proprietaire a ignoré l'alienation, & le droit qu'il avoit en la choſe alienée, *malæ fidei poſſeſſore alienante ceſſat longi temporis præſcriptio, ſi verus Dominus ignoret ſuum jus & alienationem factam* : Dans les Païs au contraire regis par le Droit Ecrit, on a cru que la Novelle, dont nous venons de parler faiſant de la connoiſſance qu'a eu le proprietaire, & de l'alienation, & de ſon droit, une condition pour preſcrire par la poſſeſſion appellée *longi temporis*, cette preſcription ne pouvoit plus avoir lieu, parce qu'on devoit toûjours préſumer, que ſi le proprietaire reſtoit dans le ſilence & dans l'inaction pendant 10. ou 20. ans, c'étoit uniquement parce qu'il ignoroit ou l'alienation, ou le Droit qu'il avoit ſur la choſe alienée ; mais on n'a pas reflechi que la Novelle ne fait de la connoiſſance du proprietaire, une condition pour la preſ-

V. Henrys, *Tom.* 1. *pag.* 399.

cription de dix ou de vingt ans, lorſque celui qui veut preſcrire ou qui allegue la preſcription a acquis d'un poſſeſſeur de mauvaiſe foi : que l'eſprit de la Novelle eſt celui-là, que l'ignorance où eſt le proprietaire, & de l'alienation, & de ſon droit, eſt un obſtacle à la preſcription de dix ou de vingt ans, lors ſeulement que celui qui allegue ou qui oppoſe la preſcription n'a pas acquis d'un poſſeſſeur de bonne foi, & que la mauvaiſe foi de celui qui a aliené, n'eſt auſſi un obſtacle à la même preſcription, que lorſque le proprietaire n'a pas eu connoiſſance de l'alienation, & de ſon droit ſur la choſe alienée : La Juriſprudence des Païs Coûtumiers, & celle des Païs du Droit Ecrit ſeront conformes ſi l'on veut aux principes du Droit Romain, en ſuppoſant que l'on preſume toûjours, ſçavoir, dans les Païs Coûtumiers, que celui qui oppoſe la preſcription a acquis d'un poſſeſſeur de bonne foi, ou que s'il a acquis d'un poſſeſſeur de mauvaiſe foi, le proprietaire étoit inſtruit de l'alienation, & de ſon droit : & dans les Païs du Droit Ecrit, que celui qui oppoſe la preſcription a acquis d'un poſſeſſeur de mauvaiſe, le veritable proprietaire ignorant ſon droit & l'alienation.

Dans les Païs du Droit Ecrit, comme dans les Païs Coûtumiers, on ſuit la diſpoſition des Loix qui ſont dans le Titre du Code, *ſi adverſus creditorem præſcriptio opponantur*, & ſuivant leſquelles tout acquereur preſcrit par la poſſeſſion de dix ou vingt ans, accompagnée de bonne foi, les actions hypotequaires des créanciers : avec cette difference pourtant, que dans les païs Coûtumiers, la bonne foi du poſſeſſeur doit durer autant que la poſſeſſion, & que dans les Païs du Droit Ecrit, il ſuffit que l'acquereur ſoit en bonne foi dans le tems du Contrat & lors de la tradition, la mauvaiſe foi qui ſurvient après, n'étant comptée pour rien, ſuivant le §. 12. de ce Titre, & la Loi 10. *ff. de uſurpationibus & uſucapionibus.* Par mauvaiſe foi on n'entend autre choſe que la connoiſſance du droit des créanciers hypotecaires ; ainſi par exemple, ſi j'acquiers un fonds, & que lors de l'acquiſition, j'ignore que ce fonds ſoit hypotequé à un tiers, je preſcrirai dans les Païs du Droit Ecrit l'action hypotequaire de ce tiers, malgré la connoiſſance que j'aurai de l'hypoteque avant la preſcription accomplie,

accomplie, parce que la bonne foi n'eſt requiſe que dans le commencement; mais cette connoiſſance ſurvenuë depuis l'acquiſition ſera dans les Païs Coûtumiers un obſtacle à la preſcription, parce que la bonne foi y eſt eſſentiellement requiſe depuis le commencement juſqu'à la fin. Il y a encore une autre difference bien remarquable, c'eſt que dans les païs Coûtumiers la connoiſſance de quelque endroit qu'elle vienne tient lieu de mauvaiſe foi, à l'effet d'empêcher le cours de la preſcription; au lieu que dans les Païs du Droit Ecrit la connoiſſance doit venir de la part du créancier même, obligé à dénoncer ſon hypoteque, de maniere que ſi le créancier n'a fait ſa dénonce avant l'acquiſition, il ne lui reſte abſolument d'autre reſſource pour interrompre la preſcription, de l'action hypotequaire, que de faire aſſigner l'acquereur en declaration d'hypoteque, aſſignation ſur laquelle eſt rendu Jugement ou Arrêt qui proroge l'action pendant trente ans.

Bacquet des Droits de Juſtice, *ch.* 21. *nom.* 186.

Quand on parle de la preſcription de l'action hypotequaire, on ſuppoſe que la choſe hypotequée a paſſé du debiteur entre les mains d'un tiers, & qu'elle y a paſſé *Titulo ſingulari*; car autrement, & ſi elle étoit encore entre les mains du debiteur obligé perſonnellement, qu'elle n'eut fait que paſſer à ſes heritiers, on ſeroit dans le cas de la Loi *cum notiſſimi*, *Cod. de præſcriptione triginta vel quadraginta annorum*, laquelle dans le concours de l'action perſonnelle & de l'action hypotequaire, proroge la preſcription de cette derniere juſqu'à 40. ans, & la fait durer par conſequent dix ans après que l'action perſonnelle eſt éteinte: Cette Loi *cum notiſſimi*, eſt obſervée dans tous les Païs Coûtumiers, mais elle a été rejettée dans les Païs du Droit Ecrit, ou on a eu peine a comprendre que l'action hypotequaire qui eſt une ſuite, une dépendance, & un acceſſoire de l'action perſonnelle peut ſubſiſter, tandis que l'action perſonnelle ne ſubſiſte plus.

Journal du Palais, *Tom.* 1. *pag.* 625. & M. de Catelan, *Liv.* 7. *ch.* 21.

Henrys, *Tom.* 3. *Liv.* 4. *ch.* 6. *queſt.* 75.

On ſuppoſe, diſons-nous, en parlant de la preſcription de l'action hypotecaire, que la choſe hypotequée a paſſé du debiteur entre les mains d'un tiers, *Titulo ſingulari*; mais doit-elle y avoir paſſé à Titre onereux, ou à Titre lucratif? Les donataires, par exemple, & les legataires preſcrivent-ils l'action hypotecaire ainſi que les acheteurs? M. de Catelan? Liv.

Bacquet des Droits de Juſtice, *ch.* 21. *nom.* 187. 188. & 189.

M. Loüet & Brodeau, lettre H. *Som.* 3.

donataire ici est & peut opposer la prescription de dix ans contre l'hypoteque, secus du donataire d'une quote de biens.

7. *Ch.* 2. rapporte des Arrêts qui ont jugé, qu'un fils à qui le pere pendant sa vie avoit donné certains biens ne pouvoit par rapport aux créanciers anterieurs, & à l'effet de prescrire leur hypoteque, être regardé comme tiers possesseur, mais il en rapporte aussi de contraires & de plus recens: ceux-ci plus conformes sans difficulté à la disposition du Droit, qui ne distingue point les acquereurs à titre lucratifs, de ceux qui ont acquis à titre onereux, & qui excepte seulement (ainsi que la Coûtume de Paris) les acquereurs qui n'ont pas joüi & possedé, soit qu'il y eût retention d'usufruit, ou autrement: *præterquam* (dit la Loi premiere, *Cod. si adversus creditorem præscriptio opponatur*) *præter quam si debitor, vel qui in ejus jura successerunt, obligatæ rei possessioni incumbant*: & la Coûtume de Paris en l'art. 115. „ si le créancier de la rente a eu juste sujet d'ignorer l'alienation, parce que le debiteur „ de ladite rente seroit toûjours demeuré en possession de l'heritage par le moyen de location, retention d'usufruit, constitution de precaire ou autres semblables, pendant ledit „ tems, la prescription n'a cours.

Quand nous disons que le donataire peut après dix ans opposer la prescription de l'action hypotecaire, nous supposons que la donation est d'une certaine chose, *rei certæ*, car autrement & si la donation étoit d'une quote de biens; comme le donataire en ce dernier cas pourroit être convenu personnellement, point de difficulté que la prescription de l'hypoteque ne sçauroit être par lui opposée M. de Catelan, *Liv.* 5. *Ch.* 24. trouve que cette action personnelle contre le donataire de la totalité ou d'une quote des biens est contre les principes du Droit; mais on le juge ainsi, & on le jugea entre autres au mois de Septembre 1726. en la troisiéme Chambre des Enquêtes, M. de Pegueyroles Rapporteur, en la cause de M. Carrere Avocat de cette Ville, contre le donataire du quart ou de la moitié des biens de son debiteur.

l'absent est celuy qui habite en different bailliage ou senechaussée

„ Ceux (dit M. Loysel en ses Institutions Coûtumieres, *Tom.* 2. *Liv.* 5. *Tit.* 3. *art.* 7.) „ Ceux qui sont demeurans „ en divers Baillages Royaux sont tenus pour absens; c'est-à-dire, que l'absence qui fait doubler le tems de la prescription se regle par les Baillages ou Senechaussées. Cet Au-

teur interpretant ainſi le terme de Province dont ſe ſert la Loi derniere, *Cod. de præſcriptione longi temporis* : & la Coûtume de Paris l'interpretant de même * lorſqu'elle dit en l'article 116. „ ſont reputez preſens ceux qui ſont demeurans en la Ville Prévôté, ou Vicomté de Paris : C'eſt à mon avis à quoi il faut s'en tenir malgré l'Arrêt contraire rapporté par Albert ſous le mot *preſcription, art.* 4. & de la nouvelle édition, *ch.* 55. par lequel il fut jugé, dit cet Auteur, que l'action hypotequaire d'un créancier domicilié & reſident dans la Province de Lion, étoit preſcrite après dix ans, quoique le poſſeſſeur du fonds fût reſident & domicilié dans le Reſſort du Parlement de Toulouſe : cet Arrêt prouve trop, car il en faudroit conclure, qu'il n'y a que l'abſence hors du Royaume qui proroge le tems de la preſcription ; & l'Ordonnance de 1667. Titre de l'execution des Jugemens, *art.* 14. que j'ai vû ſouvent citer ſur cette matiere, pour exclurre la prorogation de l'action, malgré la reſidence des Parties en differens Bailliages ou Senéchauſſées ou en differentes Provinces, prouveroit encore davantage ; car de là que cette Ordonnance en parlant des délais dans leſquels on peut appeller d'une Sentence, veut que ces délais courent indiſtinctement entre preſens & abſens, ceux-là ſeulement exceptez qui ſont abſens hors du Royaume pour le ſervice du Roi & par ſes ordres ; il faudroit en appliquant ici ſa diſpoſition conclurre qu'il n'y a plus de diſtinction à faire entre preſens & abſens, par rapport à la preſcription appellée *longi temporis* de dix ou de vingt ans : & la conſequence ſeroit juſte, parce que l'abſence pour le ſervice du Roi, & par ſes ordres, l'abſence, *rei-publicæ cauſa* ne proroge pas ſeulement, mais ſuſpend & interrompt le cours de la preſcription.

* *Idem* Lapeyrere, *lett.* P. *nom.* 83. de l'Edition de 1725.

L. abſentiæ 140. *ff. de reg. Juris.*

Une queſtion que l'on trouve agitée dans le premier Tome du Journal du Palais, *page* 127. & qui ſuppoſe bien clairement, quel effet de l'abſence dans la preſcription *longi temporis* eſt le même parmi nous, qu'il étoit par le Droit Romain, eſt de ſçavoir, ſi lorſque l'un des deux, ou le créancier, ou le poſſeſſeur du fonds, a été partie abſent, & partie preſent, il faut vingt années pour la preſcription de l'action hypotequaire : ou s'il ſuffit d'ajoûter aux dix ans autant d'an-

nées qu'il a été abſent, ſans doubler celles pendant leſquelles il a été preſent ? Le texte de la Novelle 119. d'où a été priſe l'autentique, *quo ſi quibuſdam annis*, *Cod. de præſcript. longi temporis*, ne peut être plus précis, *quod ſi quibuſdam annis præſens ſit, quibuſdam abſens, adjiciuntur ei ſuper decennium tot anni, quod annis & decennio fuit abſens* ; auſſi eſt-il aiſé de comprendre, que la difficulté étoit uniquement fondée ſur cet article de la Coûtume de Paris, qui en parlant de la preſcription de dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens, ſans rapeller la diſtinction entre ceux qui ſont partie abſens, & partie preſens, ſembloit avoir rejetté cette troiſiéme eſpece de preſcription bigarée & my-partie : J'ai dit ſi l'un des deux, ou le créancier ou le poſſeſſeur du fonds, a été partie abſent, & partie preſent, parce qu'en effet la choſe ſe regle par le domicile de l'un & de l'autre, *petentis & poſſidentis*, en quelque endroit que le fonds ſoit ſitué.

L. ult. Cod. de præſcript. longi temporis.

§. 1. Aliquandò uſucapio ullo tempore non procedit : Etiamſi quis bona fide poſſederit, veluti ſi quis rem ſacram, vel religioſam poſſideat, &c.

LEs choſes ſaintes & ſacrées ſont impreſcriptibles, parce qu'elles ne ſont point dans le commerce des hommes ; & il en eſt de même des choſes publiques, ainſi appellées, parce qu'elles ſont deſtinées à l'uſage public, les chemins Royaux, par exemple, les Ruës, les Places des Villes, &c.

L. viam publicam, ff. de via publior.

Il ne faut pas confondre les choſes ſaintes & ſacrées avec les biens appartenant à l'Egliſe, les Biens Eccleſiaſtiques ſont ſans difficulté preſcriptibles, & l'Egliſe à cet égard n'a d'autre avantage ſur les particuliers, ſinon qu'il faut pour la preſcription, une poſſeſſion quarantenaire : Telle eſt la diſpoſition de la fameuſe autentique *quas actiones*, *Cod. de ſacroſ. Eccleſiis* que Charlemagne dans ſes Capitulaires, *Liv. 5. chap. 389.* veut être obſervée comme une Loi du Royaume.

Bacquet du Droit de deſherence, *Chap. 7. nom. 4.*

l'auth. quas actiones — obſervée comme loy du royaume.

On jugeoit autrefois que pour preſcrire contre l'Egliſe, il falloit au poſſeſſeur un Titre tel qui pût le conſtituer en bonne foi, c'eſt-à-dire, revêtu de toutes les formalitez preſ-

crites pour l'alienation des biens Eccleſiaſtiques ; mais cette Juriſprudence a changé, & l'on juge aujourd'hui, que dans le cas même où on feroit paroître un Titre vicieux, la poſſeſſion de 40. ans ſans trouble & ſans interruption, à compter du decès de l'Eccleſiaſtique qui a mal aliené, ſuffit pour mettre l'acquereur à l'abri de toute recherche ; * de maniere qu'on n'a plus beſoin aujourd'hui du conſeil que Dumoulin donnoit de ſon tems à ceux qui étoient attaquez par l'Egliſe, de ſe défendre uniquement par la preſcription, & de ne point remettre leurs Titres s'ils étoient vicieux, *melius eſt non habere Titulum, quam habere vitioſum.* Sur ce que dans la preſcription de 40. ans on ne compte point le tems qu'a vêcu le Beneficier qui a fait l'alienation, & qu'on la fait courir ſeulement du jour de ſa mort, j'ai vû rendre il n'y a pas long-tems un Arrêt ſingulier, qui par la raiſon que la preſcription eſt elle-même une alienation, *vix eſt ut non videatur alienare qui patitur uſucapi*, jugea, que lorſque le poſſeſſeur n'avoit pour tout Titre que la preſcription, il ne falloit point compter le tems qui avoit couru pendant la vie du Beneficier, ſous lequel la preſcription avoit commencé, ce Beneficier regardé comme celui qui a fait l'alienation : cet Arrêt fut rendu le 13. Août 1723. à la premiere des Enquêtes, au rapport de M. l'Abbé d'Aviſard, en la cauſe & en faveur du ſieur de Serres Prieur de Caiſſargues.

* M. de Cambolas, *Liv.* 2. *ch.* 6. Graverol ſur M. Laroche, *Liv.* 1. *tit.* 10. *art.* 1. M. de Catelan, *Liv.* 1. *ch.* 35. Journal des audiences, *tom.* 1. *Liv.* 4. *ch.* 26. & 27.

On a douté ſi la preſcription de quarante ans avoit lieu en faveur de l'Egliſe, à l'égard même de l'action hypotequaire contre un tiers acquereur ; mais c'eſt choſe dont on ne doute plus aujourd'hui : De quelque nature que ſoient les actions : & qu'il faille plus ou moins de temps pour les preſcrire contre les Particuliers, il faut toûjours quarante ans pour les preſcrire contre l'Egliſe ; & juſques là que les Arrêts ont accordé ce privilege à l'Egliſe dans le cas même qu'elle ſuccede à un Particulier contre qui la preſcription étoit commencée & déja avancée : J'inſtituë heritiere l'Egliſe, & il ſe trouve dans la ſucceſſion une dette, à raiſon de laquelle il n'a été fait de ma part aucune pourſuite pendant vingt années : Cette dette, qui après dix autres années auroit été preſcrite ſur ma tête, ne le ſera qu'après vingt années en faveur de l'Egliſe devenuë mon heritiere : M. de

Catelan, *Liv.* 1. *ch.* 9. rapportant des Arrêts qui l'ont jugé ainſi, leur donne pour motif le privilege de l'Egliſe, le même, dit-il, que le privilege des Mineurs lorſqu'ils ſuccedent à un Majeur, & en faveur de quoi on ajoûte dix années à la preſcription ordinaire, ou à qui on donne dix années après la majorité pour être reſtituez envers le laps du tems. Mais cet Auteur ne fait pas attention qu'au *ch.* 10. du Livre 7. il donne pour maxime conſtante, que lors qu'un Mineur ſuccede à un Majeur, ſur la tête de qui la preſcription a commencé à courir, il n'a après ſa majorité pour être reſtitué en entier, qu'autant de tems qu'il en manquoit pour que la preſcription fût accomplie ſur la tête du Majeur à qui il a ſuccedé. *Voyez* la derniere obſervation que nous fairons ſur ce Titre.

S'il ne faut pas confondre les choſes ſaintes & ſacrées avec les biens appartenant à l'Egliſe, il faut encore moins confondre les biens appartenant à l'Egliſe avec les rentes dûës à l'Egliſe à raiſon des fondations concernant le ſervice divin, ou le ſervice pour les morts : Que je donne mes biens à l'Egliſe, ces biens ſeront ſujets à la preſcription de quarante ans ; mais que ſans donner mes biens à l'Egliſe, je les charge d'une rente Obituaire, cette rente ſera impreſcriptible, ſans diſtinguer, comme on faiſoit autrefois, ſi elle a été établie par Contrat ou par Teſtament, & on la declarera telle, non-ſeulement pour l'action perſonnelle contre mes heritiers, mais pour l'action même hypotequaire contre tous acquereurs & poſſeſſeurs des biens : Ce n'eſt pas tout, l'Egliſe ſera en droit d'attaquer les acquereurs & poſſeſſeurs des biens, ſans être obligée à diſcuter préalablement les heritiers, & d'attaquer encore un poſſeſſeur de partie des biens pour le payement de l'entiere rente, ſans être obligée à aucune diviſion, ſauf à ce poſſeſſeur de partie de ſes biens ſon recours contre les autres : les arrerages toûjours adjugez depuis vingt-neuf ans avant l'introduction de l'inſtance, du moins contre les heritiers du Fondateur ; car les poſſeſſeurs des biens lors qu'ils ont acquis de bonne foi, & qu'ils n'ont eu aucune connoiſſance de la rente, ont enfin obtenu par les derniers Arrêts, d'être condamnez ſeulement au payement des arrerages depuis l'introduction de l'inſtance.

M. Dolive, *Liv.* 1. *ch.* 6. Ferriere ſur Guy-Pape. *queſt.* 432. & 576. Henrys, *tome* 1. *Liv.* 4. *ch.* 6. *queſt.* 71. M. de Catellan, *Liv.* 1. *ch.* 7.

J'ai dit que les biens appartenans à l'Egliſe, & à quel titre qu'ils lui ayent été donnez, étoient ſujet à la Loi de la preſcription, & c'eſt en effet à quoi il faut s'en tenir, malgré l'Arrêt contraire que rapporte M. de Catelan, *Liv.* 1. *Ch.* 35. page 105. de la premiere Edition, & par lequel un fonds legué pour ſervir à la nourriture & entretien du Prêtre qui feroit le ſervice porté par la fondation fut declaré impreſcriptible depuis que cet Auteur a écrit, j'ai vû rendre deux Arrêts contraires, l'un au rapport de M. de Celés le 12. Juillet 1725. & l'autre au rapport de M. de Gauran, le 20. Août 1726. ce dernier rendu en faveur des ſieurs Labroüe & Andrieu Bourgeois de la ville de Figeac, contre les Peres Cordeliers de la même Ville, au ſujet d'un Moulin legué, avec charge de dire chaque jour une Meſſe pour le repos de l'ame du Fondateur: on en peut voir de ſemblables rapportez par Albert ſur le mot *Penſion* art. 6. & par Graverol ſur M. Laroche ſur le mot *preſcription*, tit. 72. art. 2.

Les Auteurs * ont remarqué, que la preſcription quarantenaire dont parle l'autentique, *quas actiones*. étoit un privilege pour, l'Egliſe & non pour les Eccleſiaſtiques, & qu'ainſi tout ce qui regarde, & les droits caſuels, & les revenus annuels des Beneficiers, devoit être ſujet à la preſcription ordinaire de trente ans.

* Baqmet du Droit de Deherence, *ch.* 7. Nom. 21. & 22. M. Maynard *Liv.* 6. *ch.* 30. & 31.

§. 1. *Vel ſi quis ſervum fugitivum poſſideat.*

NOus trouvons des veſtiges de cette Juriſprudence qui rendoit impreſcriptibles les eſclaves fugitifs dans les Provinces de ce Royaume, où il reſte encore des ſerfs de main-morte, ou des morts-taillables, en ce qu'il eſt dit par les Coûtumes de ces Provinces, que l'homme de main morte *ne peut preſcrire, franchiſe par quelque tems qu'il demeure hors du lieu de ſervitude comme étant fugitifs*. Voyez Coquille Inſtitutions du Droit François, titre des preſcriptions.

§. 2. *Furtivarum rerum Lex duodecim Tabularum, & Lex atinia inhibent uſucapionem: vi poſſeſſaram, &c.*

TOut ce qui eſt dit en ce §. & dans les trois ou quatre Paragraphes ſuivans eſt inutille dans notre uſage; la preſcription de trente ans couvre tout ce qu'il peut y avoir de vicieux & dans le titre & dans la choſe.

§. 7. *Quamvis ipſe mala fide poſſideat, tamen ſi alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa poſſeſſione res acquiri.*

NOus l'avons déja obſervé ce Texte a ſervi de fondement à la Coûtume de Paris, qui pour la preſcription de dix ou de vingt ans, n'exige que la bonne foi de celui qui l'oppoſe; & dans le Païs du Droit Ecrit au contraire, la Novelle 119. qui exige encore la bonne foi de celui qui a aliené a ſervi de pretexte pour rejetter la preſcription de dix ou vingt ans, & lui ſubſtituer la preſcription trentenaire.

§. 9. *Res fiſci noſtri uſucapi non poteſt, &c.*

TOus nos Auteurs * conviennent que le Domaine de la Couronne, appellé le Domaine par excellence, eſt imprescriptible, ou qu'il faut du moins pour preſcrire une poſſeſſion immemoriale; & c'eſt ainſi, ſuivant l'obſervation de M. Loiſel en ſes Inſtitutions Coûtumieres, *Liv.* 5. *Tit.* 3. *Nom.* 16. qu'il faut entendre ce que l'on dit communement, que qui a plumé Loye du Roi, cent ans après en rend la plume: Il n'en eſt pas de même des choſes avenuës au Roi par Confiſcation, droit d'Aubaine, de Bâtardiſe, de Desherence ou autrement, & qui n'ont pas été encore unies & incorporées au Domaine; car on ne doute point que celles-ci ne ſoient ſujettes à la preſcription ordinaire de trente ans, ainſi que les lods & ventes, quints, requins, & autres droits caſuels dûs à Sa Majeſté pour raiſon des fiefs & Seigneuries mouvant de la Couronne: l'union ou incorporation du Domaine ſe fait

ou

Loiſel, *Liv.* 5. *Tit.* 3.
Bacquet, du Droit de Desherence, *ch.* 7. Ferriere ſur Gui-Pape, *queſt.* 4. 6.
M Lebret de la Souveraineté, *Liv.* 3. *Ch.* 2.

Voir ſur la preſcription des biens de la Couronne.

ou expreſſement par des Lettres Patentes dûëment verifiées, ou tacitement par la recette qu'en font les Receveurs du Domaine, & le compte qu'ils en rendent pendant dix ans à la Chambre des Comptes. J'ai dit que le Domaine de la Couronne étoit impreſcriptibles, ou qu'il falloit pour le preſcrire une poſſeſſion immemoriale, parce qu'en effet il y a des Auteurs qui tiennent pour l'impreſcriptibilité, fondez ſur l'Ordonnance de François I. de l'année 1539. & qu'il y en a d'autres au contraire qui l'aſſujettiſſent à la preſcription centenaire; du nombre de ces derniers ſont les plus zélez partiſans des droits du Roi & de la Couronne: Loiſel en l'endroit cité, Lebret, traité de la Souveraineté, *Liv.* 3. *Ch.* 2. Bacquet du droit de Desherence *Ch.* 7. & du nombre des premiers eſt entr'autres Ferriere ſur la queſtion 416. de Gui-Pape. Les droits à l'égard deſquels tous les Auteurs conviennent unanimement de l'impreſcriptibilité abſoluë ſont ceux qui appartiennent au Roi, *Ratione Supremi & univerſalis Domini*: Octroyer par exemple des Lettres de Grace & de Rémiſſion, legitimer les Bâtards, naturaliſer les étrangers, ordonner des Levées des Deniers ſur le peuple, battre Monnoye, &c. tous ces droits ſont abſolument impreſcriptibles, ils ſont inherens à la perſonne du Roi, eſſentiellement attachées à la Souveraineté.

§. 12. *Diutina poſſeſſio, quæ prodeſſe cæperat defuncto, hæredi continuatur, licet ipſe ſciat prædium alienum eſſe, &c.*

SI la bonne foi du défunt qui a commencé de preſcrire ſert à l'heritier, quoi que celui-ci ſoit de mauvaiſe foi, c'eſt ſans doute parce que l'heritier repreſente la perſonne du défunt, & que comme nous l'avons déja obſervé ailleurs, il ſuffit pour la preſcription de dix ou de vingt ans, d'être de bonne foi dans le commencement, la mauvaiſe foi qui ſurvient après le Contrat & la tradition n'étant comptée pour rien: Cette déciſion eſt ſuivie dans les Païs du Droit Ecrit lorſqu'il s'agit de la preſcription de l'action hypotequaire; mais elle ne l'eſt point, ou elle ne l'eſt qu'en partie dans les Païs Coûtumiers, ſoit qu'il s'agiſſe de la propriе-

te, ou qu'il s'agiſſe de la preſcription de l'hypoteque, Elle eſt obſervée pour ce qui regarde la continuation de la preſcription ſur la tête de l'heritier. „ Si aucun (dit la Coûtume de Paris aux *art.* 113. *&* 114.) „ Si aucun a joüi & poſſedé, tant „ par lui que par ſes Prédeceſſeurs, dont il a droit & cauſe, &c. Mais elle ne l'eſt point, en ce qu'elle fait continuer la preſcription ſur la tête de l'heritier, quoique celui-ci ſoit de mauvaiſe foi, parce que la bonne foi doit durer pendant tout le cours de la preſcription.

§. 13. *Conſtitutio Zenonis benè proſpexit iis, qui à fiſco per venditionem vel alium titulum accipiunt aliquid, &c.*

acquiſition du fiſc.

BAcquet du Droit de Desherence, *Ch.* 7. *Nom.* 20. remarque que la diſpoſition de ce §. n'a jamais été obſervée en France: Celui qui a acquis du fiſc des biens qui ne lui appartenoient pas n'étant pas plus à couvert des pourſuites du veritable Proprietaire, que s'il avoit acquis d'un particulier: Du reſte, les Ordonnances anciennes & modernes; ſçavoir, l'Ordonnance de Louis XII. de l'année 1580. & celle de 1673. *Tit.* 1. *Art.* 7. 8. *&* 9. ont établi quelques preſcriptions inconnuës au Droit Romain, ſçavoir, la preſcription d'une année contre les Marchands en gros & en détail, Maçons, Charpentiers, Serruriers, Vitriers, Plombeurs & autres de pareille qualité, contre les Medecins, Chirurgiens & Apoticaires, Serviteurs & Domeſtiques: & la preſcription de ſix mois pour Marchandiſes & Denrées venduës en détail par Boulangers, Pâtiſſiers, Bouchers, Rôtiſſeurs, Cuiſiniers, Paſſementiers, Selliers, Bourreliers, & autres ſemblables; * Mais comme ces preſcriptions ſont fondées ſur une préſomption de payement, les Parlemens du Royaume ont crû pouvoir les admettre, ou les rejetter arbitrairement, & ſuivant les circonſtances: M. Maynard, *Liv. 6. Ch.* 87. rapporte des Arrêts du Parlement de Toulouſe rendus depuis l'Ordonnance de 1580. & j'en ai vû rendre auſſi de ſemblables depuis l'Ordonnance de 1673. j'entends des Arrêts qui n'ont pas eu égard à la fin de non recevoir priſe de la preſcription d'un an ou de ſix mois. Nous obſerverons en finiſſant, que la preſcription de trente

Coûtume de Paris, *art.* 126. 127. & 128.

*Voyez l'Arrêt du Parlement de Toulouſe, du 11. Septembre 1731. qui renouvelle la diſpoſition des anciennes Ordonnances, concernant la preſcription d'un an & de ſix mois.

ans pour toute ſorte d'actions réelles & perſonnelles ne court point contre les pupilles, & dort comme l'on dit communement pendant la pupillarité, ce que les Arrêts rapportez par M. de Catelan, *Liv. 7. ch. 13.* ont étendu aux furieux & aux imbeciles; mais elle court contre les Mineurs, quoique les Mineurs puiſſent après leur majorité & juſqu'à la trente-cinquiéme année, demander d'être reſtituez envers le laps du tems, comme envers tous les Actes par leſquels ils ſe trouvent lezez; je dis la preſcription de trente ans, parce que la preſcription de dix ou de vingt ans pour les actions hypotequaires court auſſi peu contre les Mineurs, que contre les Pupilles: en ſorte que le Mineur n'a pas beſoin de prendre des Lettres pour être reſtitué en entier. Quand on dit que le Mineur eſt reſtitué *adverſus lapſum temporis*, dans les dix ans après ſa majorité, on ſuppoſe que la preſcription a couru pendant ſa minorité; car ſi elle avoit couru ou commencé à courir ſur la tête d'une perſonne majeure à qui le Mineur eût ſuccedé, le Mineur en ce cas devenu majeur, n'auroit de tems pour la reſtitution qu'autant qu'il en manquoit pour que la preſcription fût accomplie ſur la tête du Majeur à qui il a ſuccedé: J'inſtituë heritier un Mineur, & je laiſſe entre-autres, une action pour raiſon de laquelle il n'a été fait aucunes pourſuites pendant vingt-neuf ans, ce Mineur qui me ſuccede n'aura pour agir qu'une année après ſa majorité, parce qu'en joignant cette année qui aura couru depuis la majorité aux vingt-neuf ans qui ont couru ſur ma tête, la preſcription ſe trouve accomplie; il ne faut pas confondre ce cas avec celui dont nous avons parlé ci-deſſus, & dans lequel la faveur de l'Egliſe proroge juſqu'à quarante ans la preſcription qui a commencé à courir ſur la tête d'un Laïque, auquel l'Egliſe a ſuccedé; il n'y auroit point de privilege pour l'Egliſe ſi on n'ajoûtoit dix années au tems de la preſcription ordinaire, parce que c'eſt en cette prorogation de l'action juſqu'à quarante ans, que conſiſte uniquement ſon privilege; au lieu qu'à l'égard du Mineur, on conſerve ſon privilege en entier, dès qu'on ne compte pour rien le tems qui a couru pendant la minorité, le Mineur, comme nous avons dit, a dix ans pour être reſtitué envers le laps du tems; mais ce n'eſt qu'envers le tems qui a couru pendant ſa minorité, en

L. ult. in quibus cauſis reſtitutio in integrum non eſt neceſſaria.

M. de Catelan, *Liv. 7. ch. 20.*

vers le tems dont le débiteur a beſoin pour preſcrire ; en ſorte que la preſcription ſe trouvant accomplie indépendamment du tems qui a couru pendant la minorité, il n'y auroit ni raiſon ni prétexte pour donner au Mineur un plus long délai, & c'eſt ainſi q'il faut concilier les Arrêts rapportez par M. de Catelan, *Liv. 1. Ch. 9. & Liv. 7. ch. 10.*

TITRE VII.

DE DONATIONIBUS.

§. 1. Mortis cauſa donatio eſt, quæ propter mortis ſit ſuſpicionem, &c.

DAns les Païs du Droit Ecrit la donation que fait un homme à toute extremité de vie, & vrai-ſemblablement dans la crainte d'une mort prochaine, ſubſiſte comme donation entre-vifs, ſi le Donateur n'a declaré qu'il entendoit faire une donation à cauſe de mort : *cum*, dit le Juriſconſulte, *qui abſolutè donat, & ſi in extremis vitæ conſtitutum, reſpondi, non tàm mortis causâ, quam morientem donare* ; mais il en eſt autrement dans la Coûtume de Paris, laquelle en *l'art.* 277. porte en termes exprès, „ Que toutes donations, encore qu'elles ſoient „ conçuës entre-vifs, faites par perſonnes giſans au lit, mala„ des de la maladie dont ils decedent, ſont reputées faites à „ cauſe de mort, & teſtamentaires, & non entre-vifs : Cette diverſité de Juriſprudence eſt fondée, ſur ce que dans les Païs du Droit Ecrit il eſt permis de diſpoſer de tout ſon bien, ſans diſtinction des propres & des acquêts, & par teſtament auſſi bien que par donation entre-vifs ; au lieu que dans les Païs Coûtumiers. N'étant permis de diſpoſer par teſtament que d'une partie des propres, il ſeroit à craindre qu'un malade qui deſeſpere de ſa vie ne cherchât à éluder la prohibition de la Coûtume, en donnant entre-vifs ce qu'il croiroit ne pouvoir plus retenir.

l. Seia 42. §. ult. §. de mortis cauſa donat.

On a demandé ſi une donation qui ne peut valoir comme donation entre-vifs, étant faite à l'extremité de la vie, peut valoir comme diſpoſition à cauſe de mort? & ſur les principes que nous venons d'établir, il a toûjours été jugé au Parlement de Toulouſe qu'une donation qualifiée entre-vifs ne pouvoit être jamais debattuë de nullité, par cette raiſon qu'elle auroit été faite à l'extremité de la vie; & en ſuppoſant la donation nulle par le défaut de quelque formalité, la circonſtance priſe de ce qu'elle auroit été faite à l'extremité de la vie, ne ſçauroit la faire ſubſiſter comme diſpoſition à cauſe de mort, n'y ayant point de Loi qui autoriſe la converſion d'une donation entre-vifs en diſpoſition à cauſe de mort: outre que pour la validité d'une donation à cauſe de mort, il faut le nombre de cinq témoins, & qu'il n'en faut que deux pour une donation entre-vifs; il eſt bien parlé dans le Droit Romain de quelques donations, qui quoique faites entre-vifs, ne ſubſiſtent neanmoins qu'autant qu'elles ſont confirmées par la mort, & ne ſont pas revoquées par le Donateur: les donations faites par exemple par les peres aux enfans non émancipez autrement qu'en Contrat de Mariage, les donations faites par un mari à ſa femme, & par la femme à ſon mari; mais cette confirmation n'eſt rien moins qu'une converſion d'une eſpece de donation en une autre eſpece de donation toute differente. Quand on dit que les donations faites par le pere, le mari ou la femme, doivent être confirmées par la mort, on n'entend autre choſe, ſinon, que le pere, le mari, & la femme peuvent revoquer pendant leur vie; s'ils ne revoquent pas, la donation ſubſiſte comme faite entre-vifs, & nullement comme donation à cauſe de mort: la donation non revoquée a un effet retroactif du jour qu'elle a été faite, & il ne faut que deux Témoins pour la rendre valable.

Hic

L. 25. Cod. de donat. int. vir. & uxor.

§. 1. A nobis conſtitutum eſt, ut mortis cauſa donatio per omnia ferè legatis connumeretur, &c.

JUſtinien a laiſſé entre le legs & la donation à cauſe de mort la difference marquée par la Loi 38. *ff. de mortis cauſa donationibus*, & qui conſiſte en ce que pour la validité

Ferriere & Ranchin ſur Guypape, *queſt.* 222. M. Maynard, *Liv. 7. ch. 89.* M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 40.*

de la donation à cauſe de mort, il faut le conſentement, la preſence, & l'acceptation du donataire, *mortis cauſa donatur quod præſens præſenti dat*; mais c'eſt choſe aſſez indifferente dans l'uſage, parce que tous les Auteurs conviennent, d'un côté que la donation à cauſe de mort peut être valablement acceptée par le Notaire pour le donataire abſent, & de l'autre, que lors même que perſonne n'a accepté pour le donataire abſent, la diſpoſition doit ſubſiſter comme Fideicommis. Il n'y a qu'un cas où la donation à cauſe de mort ne peut valoir comme Fideicommis, c'eſt celui où le Teſtament fait par un fils de famille du conſentement de ſon pere, ne pouvant valoir ni comme Teſtament, ni comme Codicille, ſubſiſte en vertu de la clauſe, par laquelle le Teſtateur declare vouloir que ſa diſpoſition vaille comme donation à cauſe de mort : La diſpoſition, diſons-nous, ne peut ſubſiſter en ce cas comme Fideicommis, mais les Arrêts ont jugé qu'elle devoit ſubſiſter comme donation à cauſe de mort, quoique faite en l'abſence du Donataire, & non acceptée par le Notaire : Les Arrêts declarent l'acceptation inutile, dans le ſeul cas où la donation ne peut valoir comme Fideicommis ; J'ai donc raiſon de dire que la queſtion, ſi une donation à cauſe de mort doit être acceptée ou non, eſt dans l'uſage une queſtion aſſez indifferente.

Meſſieurs du Parlement de Toulouſe ont toûjours regardé comme nullement neceſſaire l'acceptation pour la validité d'une donation à cauſe de mort, ce qu'ils induiſent principalement de ce que les Ordonnances, dont nous parlerons ci-après, en exigeant l'acceptation des donations, ſans parler des donations à cauſe de mort, ne comprennent dans leur diſpoſition que les donations entre-vifs, n'y ayant que les donations entre-vifs, qu'on puiſſe appeller proprement donations : de ce que les Ordonnances veulent que les donations ſoient executées du jour ſeulement de l'acceptation, ce qui ne peut convenir aux donations à cauſe de mort qui n'ont leur effet que du jour du decès : de ce qu'elles veulent enfin que les donations ſoient inſinuées, & ne ſoient valables que du jour de l'inſinuation, ce qui ne convient point encore aux donations à cauſe de mort.

§. 2. *Donationes quas inter vivos appellamus perficiuntur, cum donator ſuam voluntatem ſcriptis, aut ſine ſcriptis manifeſtaverit, &c.*

LEs meubles n'ayant point de ſuite par hypoteque, la donation qui en ſeroit faite verbalement & ſans écriture ſeroit ſans doute valable, pourveu qu'elle fût accompagnée d'une tradition réelle & effective ; mais à l'égard des immeubles, ou des effets mobiliaires, que le donateur s'obligeroit de délivrer au donataire après ſa mort, ou dans un autre tems, on ne peut douter qu'il ne faille neceſſairement un Acte paſſé entre le donateur & le donataire : On a ſeulement douté s'il falloit un Acte public, & l'opinion commune eſt qu'il le faut, & qu'il faut même que l'original demeure entre les mains du Notaire qui la retenu ; car il eſt de la nature d'une donation entre-vifs d'être irrevocable, & qu'il ne dépende pas de la volonté des Parties de la rendre inutile & ſans effet, ce que l'on pourroit faire aiſement, ſi l'acte n'étoit que ſous ſignature privée, ou que l'original eût été delivré au donateur ou au donataire ; & il ne peut plus y avoir de doute, depuis ce qui eſt établi par *l'art.* 1. de l'Ordonnance de 1731. qui veut qu'à l'avenir tous actes portant donation entre-vifs ſoient paſſez pardevant Notaire & mis dans ſes Regiſtres, à peine nullité.

Ricard, *tom.* 1. *pag.* 197. *nom.* 890.

Ricard, *tom.* 1. *pag.* 196. *nom.* 181. & ſuivans, & *pag.* 232. *nom.* 1037.

Bardet *tom.* 1. *pag.* 345. raporte un Arrêt qui jugea valable la donation d'une ſomme dûë, faite par Lettre Miſſive du créancier au debiteur, ſans autre acceptation, fondé ſur la faveur de la déliberation.

L'acceptation eſt neceſſaire par les Loix du Royaume pour la validité d'une donation entre-vifs, elle l'étoit auſſi par le Droit Romain, mais avec cette difference, que par le Droit Romain on pouvoit ſuppléer au défaut d'acceptation par des actes équipollens, un deſquels, ſuivant la Loi *6. Cod. de donationibus*, étoit la poſſeſſion que prenoit le donataire de la choſe donnée : *nec ambigi oportet, donationes inter abſentes, & maximè ſi ex voluntate donatium poſſeſſiones ii quibus donatum eſt, nanciſcantur, validas eſſe* ; au lieu que par l'Ordonnance de 1539. *art.* 132. *&* 133. les donations faites en l'abſence des donataires, les Notaires ſtipulant pour eux, ne commencent d'avoir leur effet que du jour qu'elles ont été acceptées par les donataires en préſence des donateurs : Il eſt

vrai qu'il y a une Déclaration du mois de Février 1549. qui modifiant & interpretant l'Ordonnance, dont nous venons de parler, permet aux donataires d'accepter en l'abſence du donateur, pourveu que ce ſoit pendant ſa vie, & que l'acte de donation ſoit inſeré dans celui qui contient l'acceptation; mais reſte toûjours la neceſſité d'une acceptation expreſſe & formelle, & à laquelle il ne peut être ſûppléé par aucun acte équipollent; les Arrêts du Parlement de Paris l'ont ſi bien interprété de cette maniere, qu'ils ont jugé une donation faite en préſence du donataire & par lui ſouſcrite, non-valablement acceptée, & par conſequent nulle, de cela que le mot acceptant avoit été omis. L'eſprit des Loix & des Ordonnances eſt tel, que les donations entre-vifs doivent être regardées comme des Contrats ſinallagmatiques, toûjours imparfaits juſqu'à ce que les deux Parties ayent réciproquement conſenti; & je ne ſçai ſur quel fondement, Ferriere ſur la *queſt.* 222. de Guy-pape a decidé, qu'une donation entre-vifs quoique non acceptée étoit valable par rapport au donateur, que le donateur étoit obligé independamment de l'acceptation, & qu'il ne pouvoit revenir contre ſon propre fait: La Déclaration de 1549. en permettant aux donataires d'accepter en l'abſence du donateur, n'exige pas ſeulement que l'acceptation ſoit faite pendant la vie du donateur, elle veut encore que l'acceptation ſoit faite par acte public; & c'eſt auſſi ce qui eſt formellement établi par l'Ordonnance de 1731. *art.* 5.

Brodeau ſur M. Loüet, *lett. D. ſom* 4.

Ricard, *tom.* 1. *pag.* 186. *nom.* 138. & 839.

Ricard, *tom.* 1. *pag.* 186. *nom.* 836.

M. Loüet, *lett. D. Som.* 4.

Nous avons dit que par les Arrêts du Parlement de Paris une donation étoit déclarée nulle, quoique faite en la préſence du donataire, & par lui ſouſcrite, ſi le mot acceptant s'y trouvoit omis: cette Juriſprudence n'avoit point été adoptée par le Parlement de Toulouſe, où on jugeoit que la préſence du donataire & ſa ſignature ſans proteſtation induiſent un acquieſcement formel, & tiennent lieu d'une acceptation expreſſe; mais par *l'art.* 6. de l'Ordonnance du mois de Fevrier 1731. il eſt dit „ Que l'acceptation de la donation ſera ex-„ preſſe, ſans que les Juges puiſſent avoir égard aux circonſ-„ tances dont on prétendoit induire une acceptation tacite ou „ preſumée, & ce quand même le donataire auroit été pré-„ ſent à l'acte de donation & qu'il l'auroit ſigné.

Dans

Dans nos premieres obſervations ſur ce Titre des Inſtitutes nous avons dit, qu'une donation regardée comme un Contrat qui oblige également le donateur & le donataire ne pouvoit être repudiée par ce dernier, lorſqu'il en trouvoit les conditions ou les charges trop onereuſes, nous l'avons dit ſur la foi du Préſident Faber en ſon Code, *Liv.* 8. *Tit.* 37. *définit.* 8. qui croit qu'un donataire ne peut ſe diſpenſer d'acquitter les charges auſquelles il s'eſt aſſujetti, quoi qu'excedant la valeur des choſes données, comme devant s'imputer *cur res donatas tanti æſtimaverit*, je l'avois dit encore ſur la foi de M. de Catelan, & des Arrêts qu'il rapporte au *Liv.* 5. *ch.* 24. mais je ſuis inſtruit qu'il a été rendu depuis divers Arrêts, par leſquels il a été jugé, qu'un donataire pouvoit toûjours & en tout tems être reçu à repudier, ſans diſtinguer s'il a fait inventaire ou non, & ſi la donation eſt univerſelle ou d'une partie des biens : & c'eſt à quoi il faut s'en tenir, parce qu'il eſt eſſentiellement de la nature d'une donation, regardée comme un bienfait & une liberalité de la part du donateur, de ne pouvoir jamais être onereuſe au donataire, & de n'obliger par conſequent le donataire qu'à concurrence de la valeur des choſes données.

Avant l'Ordonnance de 1731. dans le Reſſort du Parlement de Toulouſe on jugeoit valables les donations faites à des pupilles, & à l'Egliſe, quoique non acceptées ; & on jugeoit à l'égard des Mineurs, qu'ils pouvoient être relevez du défaut d'acceptation, en demandant la reſtitution dans les dix ans à compter du jour qu'ils ſont devenus majeurs ; mais il n'en eſt pas de même dans les autres Parlemens, * où l'acceptation eſt neceſſaire ſans diſtinction d'âge, & ſans privilege pour la cauſe pie, & où on n'écoûte point les Mineurs qui demandent d'être reſtituez en entier : & cette Juriſprudence a été étenduë à tous les Parlemens par *l'art.* 14. de l'Ordonnance de 1731. il n'y a qu'une exception, & qui étoit reçuë dans tous les Parlemens du Royaume, ſçavoir pour les donations faites en faveur de mariage, & au profit des enfans à naître, les Contrats de mariage, comme nous l'obſervons ailleurs, étant ſuſceptibles parmi nous, de toute ſorte de conventions en faveur des perſonnes mariées, & des enfans qui proviennent ; * quand on

M. de Catelan. *Liv.* 5. *ch.* 55. M. Maynard, *Liv.* 7. *Ch.* 85. & 86

* M. Loüet *Lett.* D *Som.* 3. Ricard. *tom.* 1. *pag.* 185. *nom.* 834. & *p.* 189. *nom.* 851.

* Ricard, *tom.* 1. *pag* 192. *nom.* 862.

dit que dans quelques Parlemens les donations faites à des pupilles ſont nulles par le défaut d'acceptation, on n'entend pas que des enfans doivent eux-mêmes perſonnellement consentir & accepter, on entend ſeulement que quelqu'un doit conſentir & accepter, pour eux, leur pere, leur mere ou leur tuteur, quelqu'autre en un mot que le Notaire, parce qu'en cette matiere, ainſi que dans tous autres Contrats qui ſont obligatoires de part & d'autre, & qui comme tels exigent le conſentement reciproque de tous les contrats, l'acceptation du Notaire n'eſt abſolument comptée pour rien, les ſtipulations n'ayant été introduites que pour le propre interêt de celui qui ſtipule, & non pour acquerir des actions à un étranger; il faut que l'acceptation ſoit faite par le donataire en perſonne, ou par un Procureur fondé ou legal, ſans quoi la donation eſt nulle: On ne conteſte point à un pere la qualité de Procureur ou adminiſtrateur legal, & on ne doute pas par conſequent qu'un pere ne puiſſe accepter les donations faites en faveur des enfans qu'il a en ſa puiſſance, M. Laroche, *Liv. 6. Tit.* 40. *art.* 3. *pag.* 474.

Ricard, *tom.* 1. *pag.* 189. *nom.* 852.

Une queſtion celebre ſur cette matiere eſt au ſujet des donation faites en faveur de pluſieurs perſonnes, dont les unes ſont ſubordonnées aux autres, & qui ne ſe trouvent acceptées que par le premier donataire : Je donne, par exemple, certains biens à Pierre qui accepte, & je le charge de rendre ces mêmes biens à Jean après ſa mort, ou dans quelqu'autre tems, cette donation ſera-t'elle valable par rapport à Jean, quoi qu'il n'y ait aucune acceptation de ſa part? Les Auteurs fondez ſur la Loi *quotiez* 3. *Cod. de donationibus quæ ſub modo, &c.* conviennent aſſez, que l'acceptation faite par Pierre doit profiter à Jean ; cette queſtion ne ſouffre plus de difficulté depuis la nouvelle Ordonnance ſur les donations, *art.* 11. de maniere que le donateur venant à deceder ſans avoir revoqué, ſes heritiers, non plus que Pierre premier donataire, ne peuvent empêcher que la donation ait lieu en faveur de Jean.

Et en effet, comme dit Me. Ricard, *Tom.* 1. *nom.* 870. *pag.* 193. la donation étant parfaite pour ce qui concerne le premier donataire, ſous quel prétexte les heritiers du dona-

teur pourroient-ils la conteſter, étant déja poſſedez par un Titre legitime : ou ſous quel prétexte encore le premier donataire pour conſerver incommutablement les choſes données, & ſans aucune charge de les rendre au donataire en degré ſubordonné, pourroit-il conteſter la donation, puiſqu'il ne ſçauroit le faire ſans attaquer ſon propre Titre, le Titre en vertu duquel les choſes données lui appartiennent ; mais il ne conviennent pas également ſur cette autre queſtion ; ſçavoir, ſi le Donateur peut revoquer pendant ſa vie par rapport au donataire en degré ſubordonné, & rendre par rapport à lui la donation inutile & ſans effet ? Ferriere ſur la queſtion 222. de Guy-pape, prétend qu'il le peut *donatio facta in favorem tertii abſentis revocari poteſt ; nam quod ſcribit Imperator in Lege quoties, Cod. de donat. quæ ſub modo, abſenti acquiri utilem actionem, intelligi debet, ſi donator non revocaverit ante acceptationem* ; mais ce qu'il y a de ſingulier, c'eſt que Ferriere dans le même endroit, en parlant d'une donation qui ne contient point de degrez ſubordonnez, ne compte pour rien le défaut d'acceptation par rapport au Donateur, qui ne peut revenir (dit-il) contre ſon propre fait, & revoquer la donation, par cette raiſon que le donataire n'a pas accepté : *quòd ad me attinet, ego exiſtimo, donationem ante acceptationem revocari non poſſe à donatore, quia donator obligatur, & contra proprium factum venire non poteſt.* Me. Ricard en l'endroit cité nom. 873. croit auſſi qu'une donation peut être revoquée par le Donateur, & renduë inutile par la revocation au Donataire en degré ſubordonné : avec ce temperament neanmoins, que le Donateur ne peut revoquer ſeul, & qu'il ne le peut faire que du conſentement & d'un commun accord avec le premier Donataire ; cet Auteur au ſurplus n'exceptant aucune eſpece de donation, & celle-là même que fairoit un pere à ſon fils en le mariant, & aux enfans qui ſeroient procréés de ce mariage ; quoique les Contrats de Mariage étant ſuſceptibles parmi nous de toute ſorte de conventions, en faveur des perſonnes mariées & des enfans qui en proviennent, il ſemble que le défaut d'acceptation ne devroit jamais, & en aucun cas ſervir de pretexte à la revocation. Que dans un Contrat de Mariage, je faſſe donation au futur époux, en faveur ou en contemplation du Mariage, & des enfans qui

en proviendront, les enfans provenus de ce Mariage ſeront-ils après la mort du pere appellez de leur chef comme donataires en degré ſubordonné ? Les Arrêts * ont jugé que dans le cas propoſé, la donation ſe terminoit à la perſonne du futur époux, les enfans regardez tout au plus comme la cauſe impulſive, & non comme la cauſe finale ; mais que dans un Contrat de Mariage, je faſſe donation au futur époux, & à ſes enfans, les enfans en ce dernier cas ſeront veritablement donataires en degré ſubordonné ; de maniere pourtant que le pere aura la liberté de choiſir un d'entr'eux pour recuëillir la donation. * Il n'en eſt pas de même dans les diſpoſitions de derniere volonté : Que j'inſtituë heritier Pierre & ſes enfans ; que je legue à Pierre & à ſes enfans ; les enfans de Pierre ne ſeront apellez que par une ſubſtitution vulgaire, de maniere que Pierre ayant recuëilli la ſucceſſion ou le legs, ſes enfans n'y pourront plus rien prétendre ; nous aurons occaſion d'expliquer ailleurs la raiſon de la difference.

* M. Dolive, *Liv. 4. ch. 5.* M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 14.*

* M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 14.* Ferriere ſur Guy-Pape. *queſt. 230.* M. Maynard, *Liv. 5. ch. 37.* M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 14.*

§. 2. *Ad exemplum venditionis, donationes etiam in ſe habere neceſſitatem traditionis voluit : Ut etiam ſi non tradantur, habeant pleniſſimum & perfectum Robur, & traditionis neceſſitas incumbat donatori, &c.*

TOute donation qui ne donneroit pas au Donataire une action pour obliger le Donateur à delivrer la choſe donnée ne ſeroit en effet qu'improprement appellée donation ; & c'eſt en ce ſens que la Coûtume de Paris, dit en *l'art.* 273. „ Donner & retenir ne vaut „ ; qu'un Donateur par exemple, ſe reſerve la liberté de diſpoſer de la choſe donnée, ou qu'il en conſerve la poſſeſſion juſqu'à ſon decès, qu'il retienne en ſon pouvoir l'original de la donation, en ces cas, & autres ſemblables, c'eſt retenir en donnant ; mais comme il eſt dit en *l'art.* 175. de la même Coûtume de Paris, „ Ce n'eſt pas „ donner & retenir, lors qu'on donne la proprieté d'aucun he„ ritage, retenu à ſoi l'uſufruit à vie ou à tems, ou quand il „ y a clauſe de conſtitut ou précaire : On entend par conſtitut ou précaire, une reconnoiſſance de poſſeder naturellement

& corporellement ſans aucun droit de proprieté, une choſe qui appartient à un autre : L'objet de la Coûtume de Paris en declarant nulles les donations par la retention que fait le Donateur des choſes données, n'eſt autre que d'obvier aux fraudes que l'on pourroit pratiquer en donnant ſans ſe deſaiſir, au préjudice de ſes heritiers ou de ſes créanciers ; d'où on peut conclure que les heritiers & les créanciers du Donateur, feroient ſeuls perſonnes legitimes pour alleguer le défaut de tradition ; & je ne ſçai même ſi dans les Païs du Droit Ecrit, les heritiers du Donateur ſeroient écoûtez. Il eſt remarquable que la retention d'uſufruit & la clauſe de conſtitut ou précaire, ont bien par rapport au Donateur, & pour ce qui concerne la validité de la donation, tout l'effet de la tradition, mais non point par rapport à un ſecond Donataire : les Arrêts ayant jugé que dans le concours de deux Donataires, celui qui ſe trouvoit en la poſſeſſion réelle & actuelle, devoit être toûjours preferé à l'autre : Je donne un fonds à Pierre, avec retention d'uſufruit ; & quelque tems après je donne le même fonds à Jean ſans aucune reſervation, l'uſufruit reſervé dans la premiere donation n'empêchera pas qu'on ne ſoit dans le cas de la Loi *quoties Cod. de rei vindicatione*, cette reſervation d'uſufruit n'empêchera pas que Jean qui ſe trouvera en poſſeſſion réelle & actuelle, ne ſoit preferé à Pierre.

Ricard, *tom. 1. part. 1 ch. 4. Sect. 2. diſtinction 2. & 2.*

Ferriere ſur Guy-pape, *queſt.* 112. M. de Catelan, *Liv. 5. ch.* 28.

§. 2. Cum retrò principum diſpoſitiones inſinuari eas donationes actis intervenientibus volebant, &c.

L'Ordonnance de François I. de l'année *1539. art.* 132. rend l'inſinuation des donations neceſſaire parmi nous, ainſi qu'elle l'étoit parmi les Romains, ſans diſtinction même du plus ou du moins de valeur des choſes données : „ Nous voulons que toutes donations qui ſeront faites ci-après, par & „ entre nos Sujets, ſoient inſerées & enregiſtrées en nos Cours „ & Juriſdictions ordinaires des Parties, & des choſes données, „ autrement ſeront reputées nulles ; & ne commenceront à „ avoir leur effet que du jour de ladite inſinuation.

En nos Cours et Juriſdictions, &c. Ces termes laiſſoient deux ſujets de conteſtation, l'une entre les Juges des Seig-

neurs, & les Officiers Royaux, l'autre entre les premiers Juges Royaux & les Baillifs & Senéchaux, ceux-ci prétendant qu'en conſequence de l'Edit de Cremieu, les donations faites entre perſonnes Nobles, ou d'heritages Nobles, ne pouvoient être inſinuées ailleurs que dans leur Greffe, la Declaration de l'année 1549. donnée en interpretation de l'Ordonnance de 1539. decida la premiere de ces conteſtations en faveur des Officiers Royaux contre les Juges des Seigneurs; & l'Ordonnance de Louis XIII. de l'année 1612. a decidé la ſeconde en ces termes : „ Sur les differends mûs touchant les lieux eſ-„ quels ſe doivent faire les Inſinuations, à cauſe qu'en beaucoup „ des Villes il y a deux degrés de Juriſdiction Royale, Bailliage „ & Prévôté : & ſur les difficultez faites touchant la qualité des „ perſonnes & heritages, & biens donnez, d'autant que les „ Greffiers des Bailliages & Senéchauſſées prétendent devoir in-„ ſinuer les donations des Nobles, ou faites aux Nobles, & „ celles qui contiennent des Terres & choſes nobles & féoda-„ les; ce qui a cauſé diverſité de Jugemens ou Arrêts, nous „ avons validé & validons toutes & chacunes les inſinuations „ faites juſqu'à ce jour, aux Siéges de nos Juſtices ordinaires, „ ſans diſtinction du ſecond au premier degré de nos Juriſdic-„ tions étant en même Ville, pourveu qu'elles ſoient faites aux „ Siéges de nos Juſtices établis aux lieux plus prochains de „ l'aſſiete des choſes données & du domicile des Parties : Vou-„ lons que dorénavant, ez Villes eſquelles il y aura Siége de „ Prévôt, Châtelain ou autre Juriſdiction inferieure, & pa-„ reillement Siége de Bailliage & Senéchauſſée, les inſinua-„ tions ſoient faites ez Greffes deſdits Bailliages & Senéchauſ-„ ſées, & en ceux deſdites Prévôtez, indifferamment ſans au-„ cune diſtinction, & que les donations ne puiſſent être dé-„ batuës pour le défaut de ladite Inſinuation, pourveu qu'elles „ ayent été inſinuées en l'un ou en l'autre deſdits Greffes des „ Bailliages & Senéchauſſées, ou Prévôtez étant en même „ Ville, &c. Malgré une diſpoſition ſi formelle, on ne laiſſoit pas d'obſerver au Parlement de Toulouſe, que lorſque dans une même Ville, il y a Siége de Prévôt, Viguier, ou autre Juriſdiction inferieure, & pareillement un Siége de Bailliage ou Senéchauſſée, les donations entre perſonnes nobles doivent

être insinuées au Greffe des Bailliages ou Senéchaussées, & celles faites entre Roturiers au Greffe des Jurisdictions inferieures. Mais il faut à present pratiquer ce qui est établi par l'Ordonnance du 17. Fevrier 1731.

Par le Droit Romain, quel fût le domicile des Parties, & en quelque lieu que fussent situez les biens donnez, la donation devoit être insinuée dans le lieu où elle avoit été passée, non ailleurs. Le 3. Cod. de *Donationibus.*

AUTREMENT SERONT REPUTE'ES NULLES, dit encore l'Ordonnance de 1539. & ces termes, comme l'on voit, faisoient naître une autre difficulté, sçavoir, si la nullité étoit absoluë, c'est-à-dire, si une donation non-insinuée étoit nulle par rapport même au donateur, qui pût sous ce prétexte la revoquer, ainsi qu'il le pouvoit par le Droit Romain, comme nous l'apprenons de la Loi *si quis pro redemptione* 39. *Cod. de Donationibus*; l'Ordonnance de Moulins, art. 58. explique ce qu'il y avoit à cet égard d'équivoque en celle de 1539. en declarant les donations non-insinuées nulles par rapport seulement aux heritiers & aux créanciers du donateur; & il est remarquable que dans le ressort & par la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, en cela contraire à l'Ordonnance dont nous venons de parler, les donations non-insinuées n'étoient jugées nulles que par rapport aux creanciers du donateur; qu'on ne les jugeoit point nulles par rapport aux heritiers, pas même par rapport à un successeur particulier à titre lucratif, en sorte que dans le concours de deux donations, la premiere quoique non-insinuée, prévaloit à la seconde quoique insinuée; *a* il n'y avoit d'exception que pour les enfans heritiers de leur pere, qui en cette qualité peuvent attaquer les donations faites à des personnes étrangeres, si elles ne se trouvent point insinuées: *b* Les donations non-insinuées, avons-nous dit, ne sont nulles que par rapport aux créanciers, mais elles le sont si fort à cet égard, qu'une donation non-insinuée ne peut être regardée comme un titre legitime pour prescrire l'action hypotecaire des créanciers anterieurs, ou posterieurs, les Arrêts ayant jugé qu'il falloit en ce cas une possession trentenaire. *c*

a M. de Catelan, *tom.* 2. *page* 229. de la premiere Edition, & *page* 239. de l'Edition de 1723.

b M. Dolive, *Liv.* 4. *ch.* 4. que les enfans heritiers de leur pere, peuvent seulement débattre par défaut d'insinuation, les donations faites à des étrangers. M. de Catelan, *Liv.* 4. *ch.* 66.

c M. de Catelan, *tom.* 2. *page* 224. de la premiere Edition, & de la nouvelle, *page* 232. Ricard, *tom.* 1. *page* 288. *Nom.* 1282.

Au reste, il faut à present se regler suivant ce qui est établi par *l'art.* 27. de l'Ordonnance de 1731. qui veut,, Que le dé-

„ faut d'insinuation puisse être opposé, tant par les tiers-ac-
„ quereurs & creanciers du donateur, que par ses heritiers,
„ donataires posterieurs ou legataires, & generalement par tous
„ autres qui y auront interêt, sauf le donateur.

Et ne commenceront, dit enfin l'Ordonnance de 1539. a avoir leur effet que du jour de ladite Insinuation: Ces termes laissent indéfini le tems dans lequel les donations doivent être insinuées; l'Ordonnance de Moulins en l'article 58. que nous avons cité, le fixe à quatre mois, à compter du jour & datte des donations, pour le regard des personnes presentes, & à six mois à l'égard des absens du Royaume: Mais par une Declaration du 17. Novembre 1690. les choses en ce qui concerne la liberté d'insinuer en tout tems, sont remises sur le pied qu'elles étoient par l'Ordonnance de 1539.

„ Pourront les donations, être insinuées pendant la vie des do-
„ nateurs, encore qu'il y ait plus de quatre mois qu'elles ayent
„ été faites, & sans qu'il soit besoin d'aucun consentement du
„ donateur, ni de Jugement qui l'ait ordonné; & lorsqu'elles
„ ne seront insinuées qu'après les quatre mois, elles n'auront
„ effet contre les acquereurs des biens donnez, & contre les
„ creanciers des donateurs, que du jour qu'elles auront été in-
„ sinuées, &c.

Cette Declaration, comme l'on voit, donne à l'insinuation faite dans les quatre mois, un effet retroactif au tems que la donation a été faite, au préjudice des créanciers *intermedit temporis*: On jugeoit au Parlement de Toulouse, que l'insinuation en quelque tems qu'elle soit faite, ne peut avoir aucun effet contre les créanciers & tiers acquereurs du jour qu'elle est faite, qu'elle ne peut jamais nuire ni préjudicier aux creanciers qui ont contracté dans l'intervale de la donation à l'insinuation; mais il faut à present se conformer à ce qui est établi par *l'art.* 26. de l'Ordonnance de 1731.

Les donations des meubles, par la même raison, & dans le même cas que nous avons observé ci devant être valables sans écritures, sont aussi valables sans insinuation: Je dis dans le même cas: Car les Arrêts ont jugé que le donataire d'une certaine somme non delivrée lors de la donation, ne pouvoit agir sur les immeubles du donateur, si la donation n'avoit été insinuée dans le lieu où étoient assis les immeubles. *Sed*

a M. Maynard, *Liv. 2. ch. 53.* M. Dolive, *Liv. 4. ch. 1. 2. & 3.* M. de Catelan, *tom. 2. pag. 227.* de l'ancienne Edition; & *page* 235. de celle de 1723. M. Loüet, *lett. I. Som. 1.* M. de Cambolas, *Liv. 2. ch. 20.* M. Loüet, *lett. D. Som. 24.* Journal des Audiences, *Tome 2. Liv. 1. Ch. 37.* Ricard, *nom. 1. pag. 258. nom.* 1155.

§. 2. *Sed & quaſdam donationes invenit, quæ penitus inſinuationem fieri minimè deſiderant, ſed in ſe pleniſſimam habent firmitatem, &c.*

DE toutes les donations que le Droit Romain diſpenſoit de l'inſinuation, il n'y que celles dont il eſt parlé en la Novelle 127. *donatio propter nuptias*; comme parmi nous, ſous le nom d'augment ou gain de ſurvie que les Arrêts declarent valable, quoique non-inſinuée : * il eſt dit en *l'art.* 131. de l'Ordonnance de 1629. que toutes donations indiſtinctement faites par un mari à ſa femme dans le Contrat de Mariage, pourront être inſinuées dans les quatre mois à compter du jour du decès du mari, & que la femme pendant les quatre mois à compter du decès, pourra conſtraindre les heritiers à conſentir à cette Inſinuation; mais l'eſprit de cette Ordonnance n'eſt point de donner à l'inſinuation ainſi retardée, un effet retroactif au préjudice des créanciers, *intermedii temporis*; elle entend ſeulement excepter les donations que fait un mari à ſa femme dans le Contrat de Mariage, de la diſpoſition de l'Ordonnance de Moulins, qui declare toutes donations nulles par défaut d'inſinuation, même par rapport aux heritiers du donateur.

* M. de Catelan, *tom.* 2. *page* 225. de la premiere Edition, & page 233. de la nouvelle.

M. Loüet *lett.* D. *Som.* 4. & *Som.* 64.

M. de Catelan, *ibidem.*

Si la donation qu'un mari fait à ſa femme, ou que la femme fait à ſon mari dans le Contrat de Mariage, eſt ſujette à l'Inſinuation, celle que fait une perſonne étrangere en faveur & en contemplation de Mariage, l'eſt auſſi par la même raiſon : Je dis une perſonne étrangere, parce que les Arrêts ont jugé qu'il en étoit autrement des donations faites par les pere & mere à leur fils en le mariant, ou à leur fille pour conſtitution de dot : M. de Catelan au *Liv.* 5. *Ch.* 9. en rapporte un de ce Parlement, rendu en faveur d'une fille à qui ſon pere avoit conſtitué la moitié de tous & chacuns ſes biens; & on en trouve un ſemblable du Parlement de Paris, dans le premier Tome du Journal du Palais, page 667. ce dernier d'autant plus remarquable, qu'il n'eut point égard à la demande ſubſidiaire que faiſoient les Créanciers qui avoient contracté depuis le Mariage, que la dot fût reduite à leur profit à la portion des biens.

que le pere pouvoit & devoit donner pour conſtitution de dot, ſuivant ſa condition & ſes facultez : Il y a pour les conſtitutions dotales une raiſon qui ne paroît pas comme aux donations, que les pere & mere font à leur fils en le mariant, cette raiſon priſe de ce que les pere & mere en mariant leur fils, exercent moins une liberalité, qu'ils ne s'acquittent d'un devoir indiſpenſable : *neque enim Legis incognitæ ſunt, quibus cautum eſt paternum eſſe officium dotem pro ſuâ dare progenie.* Cependant les Arrêts ont encore jugé la même choſe pour la donation faite à un fils par ſes pere & mere dans ſon Contrat de Mariage ; nous en trouvons un dans le premier Tome du Journal du Palais, page 428. rendu en faveur de Mr. le Duc de la Rochefoucaut, à qui ſon pere en le mariant avoit fait une donation de 20000. liv. de rente, contre les créanciers ou tiers poſſeſſeurs qui avoient acquis ou contracté depuis le Mariage : J'ai peine à croire que ces Arrêts, du moins par rapport à la donation faite à un fils par ſes pere & mere, & par rapport auſſi à la dot conſiſtant en une quotte de biens, fuſſent regardez comme des préjugez déciſifs en ſemblables cas : l'uſage eſt qu'on inſinuë les donations qu'un pere ou une mere fait à ſon fils en le mariant, ainſi que les Conſtitutions de dot qui ſont d'une quotte de biens, & il ſeroit imprudent & très-riſqueux de s'en départir. Lorſque l'Ordonnance de Moulins en *l'art.* 58. ſoûmet à la neceſſité de l'Inſinuation, les donations faites en faveur de Mariage, elle ne diſtingue point les donations faites par des perſonnes étrangeres, de celles qui ſont faites par les pere & mere des mariez.

L. ult. Cod. de dotis promiſ.

La Déclaration du 17. Fevrier 1731. concernant les Inſinuations, nous oblige cependant de faire quelque changement à ce que nous venons de dire ; & il faut obſerver que par *l'art.* premier de cette Déclaration, les donations faites par Contrat de Mariage en ligne directe, ſont exemptes de l'inſinuation ; & il faut auſſi obſerver que par *l'art. 6.* de la même Déclaration, on eſt obligé de faire inſinuer les donations par forme d'augment ou contre augment, dons mobils, engagemens, droits de retention, agencemens, gains de nôces & de ſurvie, ſans neanmoins que le défaut d'Inſinuation puiſſe emporter peine de nullité.

§. 2. *Si ingrati exiſtant homines, in quos beneficium collatum eſt : Donatoribus per noſtram conſtitutionem licentiam præſtitimus certis ex cauſis eas revocare, &c.*

JUſtinien entend parler de la Loi derniere, *Cod. de revocandis donationibus*, où les cauſes d'ingratitude pour leſquelles une donation peut être revoquée, ſont marquées & ſpecifiées au nombre de cinq : Si le Donataire a dit & fait des injures attroces au Donateur : s'il s'eſt emporté juſques à battre ſon Donateur : ſi par de mauvaiſes voyes il lui a ſuſcité des procès pour lui faire perdre ſon bien en tout ou en partie : s'il a mis le Donateur en peril de ſa vie, ſoit par des voyes de fait, ſoit par des accuſations criminelles ou par des dénonciations : s'il refuſe enfin d'accomplir les conditions ſous leſquelles la donation a été faite & tout ce qu'il a promis au Donateur : Cette Loi eſt obſervée parmi nous ; il n'en faut d'autre preuve que cet Arrêt que nous liſons dans M. de Catelan, *Liv. 5. ch.* 54. Arrêt rendu après partage ſur la queſtion ; ſçavoir, ſi un Donateur pouvoit demander la revocation de la donation, par cette raiſon que le Donataire avoit pris contre lui des concluſions injurieuſes, mais neceſſaires pour ſa défenſe dans un procès intenté pour raiſon de la donation même que le Donateur avoit d'abord prétendu être nulle ; mais nous ne ſuivons point la diſpoſition de l'Authentique *quod mater* au même titre du Code *de revocandis donationibus*, qui à l'égard des meres remariées, reduit les cauſes de revocation pour ingratitude à trois, & en retranche par conſequent deux ; ſçavoir, celle priſe des injures attroces, & cette autre priſe du réfus que fait le Donateur d'accomplir les conditions ſous leſquelles la donation a été faite : Il ne peut être penſé qu'on permît à un fils d'inſulter ſa mere, ou de violer impunement les engagemens qu'il auroit pris avec elle, par cette ſeule raiſon qu'elle auroit convolé en ſecondes nôces. Il eſt remarquable que l'action en revocation de donation pour cauſe d'ingratitude, ne peut être intentée par les heritiers du Donateur, ſi le Donateur ne la lui-même intentée pendant ſa vie ; comme auſſi qu'elle ne peut être intentée contre les heritiers du Donataire decedé

L. 7. & L. ult. de Cod. revoc. donat.

avant la plainte du Donateur ; & il eſt remarquable encore que la revocation qui ſe fait par l'ingratitude du Donataire, n'a jamais un effet retroactif au préjudice des tiers-acquereurs, & des créanciers qui ont contracté avec le Donataire dans l'intervale de la donation à la revocation.

Il y a une revocation très-connuë dans le Droit & dans l'uſage, dont Juſtinien ne parle point en ce titre : c'eſt celle dont il eſt parlé en la Loi *ſi unquam*, *Cod. de revocand. donationib.* & qui ſe fait *per ſupervenientiam liberorum* : tout homme qui donne n'ayant point des enfans, étant toûjours préſumé donner ſous cette condition, s'il n'en a point à l'avenir.

Nous avons dit en parlant de la revocation pour cauſe d'ingratitude, que l'action ne pouvoit être intentée par les heritiers du Donateur, ſi le Donateur ne l'avoit lui-même intentée pendant ſa vie, & qu'elle ne pouvoit pas non plus être intentée contre les heritiers du Donataire decedé avant la plainte du Donateur ; il n'en eſt pas de même de celle qui ſe fait par la ſurvenance des enfans : celle-ci ſe fait de plein droit *etiam donatore non conquerente* ; de maniere que l'action peut être intentée par les heritiers du Donateur, & contre les heritiers du Donataire, auſſi bien que par le Donateur, ou contre le Donataire lui-même.

M. de Catelan, *Liv. 4. ch. 41.*

Nous avons dit encore, que la revocation qui ſe faiſoit par l'ingratitude du Donataire, n'avoit point un effet retroactif au préjudice des tiers-acquereurs & des créanciers qui avoient contracté avant la plainte du Donateur, *antè incohatum incæptumque jurgium* ; il en eſt autrement lorſque la donation eſt revoquée *per ſupervenientiam liberorum* ; car les Arrêts ont jugé que les biens revenoient au Donateur, tels & en l'état qu'ils étoient lors de la donation, *quaſi defectâ conditione, quæ tacitè inerat, ſi liberos non ſuſciperet* : Ils n'ont excepté qu'un cas, & c'eſt celui dont parle M. Dolive au *Liv. 4. Chap. 6.* Sçavoir, lorſque la donation a été faite dans un Contrat de Mariage, & que les biens propres du mari Donataire ne ſuffiſent pas à la femme pour la repetition de ſa dot & augment, la faveur de la dot ayant obtenu en ce dernier cas, que malgré le retour ou la revocation de la donation par la naiſſance des enfans, les biens donnez étoient ſubſidiairement affectez &

hypotequez ; c'eſt-à-dire, que la femme pouvoit en cas d'inſuffiſance des biens propres de ſon mari, agir ſur les biens donnez pour la repetition de ſa dot & de ſon augment. On a douté autrefois ſi la donation devoit être revoquée lorſque le Donateur *cogitavit de liberis*, mais on n'en doute plus aujourd'hui ; il a été rendu ſur cette queſtion divers Arrêts ; & un entre autres le 3. Septembre 1697. au rapport de M. de Ferrand en la Grand'Chambre, en faveur du nommé Beros Apoticaire de Bagneres, qui avoit fait une donation dans le tems que ſa femme étoit enceinte, & qui avoit declaré dans l'acte, qu'il vouloit que la donation ſubſiſtât, quand même il lui ſurviendroit des enfans. *a* Cet Arrêt paroît d'abord contraire à celui que rapporte M. de Catelan au *Liv.* 4. *Ch.* 41. qui declara non revoquée la donation qu'avoit fait une femme dans le huitiéme mois de ſa groſſeſſe : Mais il n'y a point en effet de contrarieté, car outre la circonſtance priſe d'une groſſeſſe ſi avancée, M. de Catelan en obſerve une autre plus eſſentielle, & qui ſeule ſans doute détermina les Juges : c'eſt que la Donatrice avoit eu déja pluſieurs enfans qui étoient morts, & qu'ainſi elle ſçavoit parfaitement ce que c'étoit que la tendreſſe maternelle ; au lieu que l'Apoticaire de Bagneres n'avoit jamais eu aucuns enfans, & qu'on pouvoit par conſequent préſumer qu'il ignoroit juſqu'où peut aller la tendreſſe paternelle : ignorance, qui comme il a été dit, eſt l'unique motif de la revocation.

La revocation qui ſe fait par la Loi *ſi unquam*, s'étend aux donations même qui ſeroient deguiſées du nom de Tranſaction, & dans leſquelles on auroit renoncé à des droits certains : point de privilege au ſurplus, pas même de privilege de la cauſe pie qui puiſſe y former obſtacle. Sur le §. 2. du preſent Titre, nous avons cité à la marge de la page 199. un Arrêt qui nous a paru ſingulier, en ce qu'il avoit declaré valable la donation d'une ſomme dûë faite par lettre miſſive du creancier à ſon debiteur, & ſans autre acceptation de la part du debiteur : Nous ajoûtons que cet Arrêt nous paroît encore plus ſingulier, en ce qu'il jugea que la donation n'étoit pas revoquée par la ſurvenance des enfans, comme ſi la diſpoſition de la Loi *ſi unquam*, ne tomboit que ſur les donations de la totalité, ou d'une quote des biens, ainſi que ſemblent l'in-

suivant l'ord. de 1731, les donations même faites par ceux qui ſont revoqués par ſurvenance d'enfans ſont revoquées.

a Qu'il en auroit été de même quand le donateur auroit expreſſement renoncé au Benefice de la Loi *ſi unquam*. M. de Catelan, *Tom.* 2. *pag.* 101. de l'Edition de 1705. & pag. 103. de celle de 1723.

b Que la naiſſance des enfans revoque les donations faites à la cauſe pie, & qu'on regarde comme donation, la renonciation à un droit établi. M. de Catelan, *Liv.* 5. *Ch.* 8.

Que la donation d'une ſomme legere n'eſt pas revoquée *per ſuperveniam liberorum*. Bardet, *Tom* 1. *page* 345.

M. de Catelan, *Liv.* 5. *Ch.* 8.

ſinuer ces paroles du Texte : *ſi bona omnia vel parentum aliquam facultatum fuerit donatione largitus* ; le Parlement de Toulouſe ne le juge pas de même, ou ne donne pas la même interpretation à la Loi, & on en peut juger par les Arrêts qu'on trouve encore rapportez par M. de Catelan en l'endroit cité, *Liv.* 4. *Ch.* 41.

Droit de retour. *L. Jure ſuccurſum, ff. de Jure dotium.*

Il y a une troiſiéme voye par laquelle les biens donnez reviennent au Donateur, & que nous connoiſſons ſous le nom de droit de retour, qui a lieu toutes les fois que le Donataire prédecede le Donateur : ce Droit d'abord introduit en faveur du pere, *nè & filiæ amiſſæ & pecuniæ ſimul damnum ſentiat*, a été étendu par la Juriſprudence des Arrêts à la mere, à l'ayeul & à l'ayeule, au frere & à la ſœur, à l'oncle & à la tante paternels ou maternels & non par alliance : (*a*) Il a cela de commun avec la revocation qui ſe fait par la ſurvenance des enfans, qu'il fait revenir les biens donnez au Donateur, libres & exempts de toutes hypoteques contractées par le Donataire, ſauf l'hypoteque de la femme pour la repetition de ſa dot & augment, en cas d'inſuffiſance des biens propres du mari Donataire. (*b*)

(*a*) M. de Cambolas, *Liv.* 1. *ch.* 5. M. de Catelan, *Liv.* 5. *Ch.* 8. Ferriere ſur la *queſt.* premiere de M. Duranty.

(*b*) Que l'heritier étranger de la femme n'a pas cette action ſubſidiaire ſur les biens donnez. M. Dolive en ſa nouvelle addition ſur le *Ch.* 8. du *Liv.* 4. *pag.* 571.

On jugeoit autrefois que l'exiſtence des enfans du Donataire (*c*) decedé avant le Donateur, ôtoit au Donateur toute eſperance de retour ; mais les derniers Arrêts ont encore à cet égard fait une extenſion, en ce qu'ils ont jugé que le retour avoit lieu par le prédecès des enfans du Donataire decedez ſans enfans, (*d*) nous avons dit qu'il n'y avoit que le pere & la mere, l'ayeul & l'ayeule, le frere & la ſœur, l'oncle & la tante, qui jouïſſent du droit de retour ; mais rien n'empêche que le retour ne puiſſe être ſtipulé par des parens en des degrez plus éloignez, & par des Donateurs même étrangers : La ſtipulation ajoûte au Droit Commun, je veux dire que les Donateurs qui ſtipulent le retour, ſoit parens ou étrangers, en jouïſſent avec plus d'avantage que ceux en faveur de qui la ſtipulation eſt ſuppléée : Que je ſtipule le retour, par exemple, au cas du prédecès du Donataire, l'exiſtence des enfans du Donataire predecedé, nè le fera pas ceſſer, je reprendrai les biens donnez à l'excluſion des enfans de mon Donataire : (*e*) Que je ſtipule le retour au cas de predecès du

(*c*) Cas ſingulier rapporté par M. Dolive, *pag.* 504. *in notis*, où l'exiſtence des enfans n'empêche pas le retour, *favore patris donatoris & in odium fiſci.*

(*d*) M. de Catelan, *Liv.* 5. *ch.* 8.

(*e*) M. de Cambolas, *Liv.* 1. *ch.* 5. *nom.* 5.

donataire ſans enfans, les biens donnez ne ſeront point par mon predecès acquis irrevocablement à mon donataire ; je tranſmettrai à mes heritiers l'eſperance du retour : mes heritiers reprendront les biens donnez, à l'excluſion des heritiers étrangers de mon donataire. (*a*)

(*a*) M. Maynard, *Liv.* 7. *ch.* 33.

§. 3. *Eſt & aliud genus donationis, quod antè nuptias vocabatur, &c.*

IL eſt aſſez incertain ſi cette donation, *antè vel propter nuptias*, à laquelle Juſtinien s'applaudit d'avoir trouvé enfin un nom qui convînt, & qui en exprimât la nature & la qualité, eſt la même que celle qui eſt connuë parmi nous ſous le nom de gain & avantage nuptial, augment ou gain de ſurvie ; car toutes ces expreſſions ſont ſynonimes ; mais quoi qu'il en ſoit, il nous ſuffit d'obſerver que tout ce qui eſt decidé dans le Droit de la donation *propter nuptias*, la Juriſprudence des Arrêts l'a appliqué à l'augment : Il eſt decidé, par exemple, dans le droit, (*b*) que la femme par le prédecès de ſon mari, & lorſqu'il y a des enfans du mariage, ne gagne en proprieté de la donation à cauſe des nôces qu'une portion ſeulement, & autant que chacun des enfans ; & on juge de même à l'égard de l'augment, que la femme n'en gagne qu'une portion virile. (*c*)

(*b*) Novelle 127. *ch.* 3.

(*c*) Que cette virile ſe regle, eu égard au nombre des enfans au tems du decès de la mere. M. de Catelan, *Liv.* 4. *ch.* 54.

Il eſt decidé dans le Droit, (*d*) que la femme peut diſpoſer de cette portion de la donation à cauſe des nôces qu'elle acquiert en proprieté ; mais qu'elle doit le faire expreſſement, ſans quoi elle demeure acquiſe aux enfans par un préciput honorable, *honore præcipuo* ; & on juge de même que la portion virile de l'augment, (*e*) acquiſe par la femme, n'eſt point compriſe dans l'obligation, vente, donation ou toute autre diſpoſition que la femme fait de ſes biens, qu'elle n'eſt pas même compriſe dans l'inſtitution hereditaire ; & qu'il faut en un mot, une diſpoſition expreſſe, ſans quoi les enfans heritiers ou non heritiers, en portions égales ou inégales, la partagent également.

(*d*) Novelle 22. *Cap.* 29.

(*e*) Dolive, *Liv.* 3. *ch.* 19. Arrêt le.... Juillet 1731. au Rapport de M. de Cambolas, en faveur du Comte de Boiſſierre, que le fils inſtitué héritier par ſa mere, peut en repudiant, retenir la virile à laquelle il a été nommé.

Il eſt enfin decidé dans le Droit (*f*) qu'une mere ayant des enfans de deux differens lits, ceux du premier lit ne concou-

(*f*) L. 4. *Cod. de ſecundis nuptiis.*

rent point avec ceux du ſecond, pour recueïllir cette portion de la donation à cauſe des nôces que la mere a gagné par le prédecès de ſon ſecond mari ; & on juge de même, que les enfans du premier & du ſecond lit ſuccedant à leur mere commune, la portion virile que la mere a gagné par le prédecès de ſon ſecond mari, & qu'elle a gagné en proprieté (parce qu'on ſuppoſe qu'elle n'a pas convolé à des troiſiémes nôces) appartient uniquement aux enfans du ſecond lit. *

enfans de deux lits : virile du 2e mariage appartient aux enfans d'icelui.

* M. Dolive, pag. 468.

Tout ce que nous diſons de l'augment, ou de la portion virile de l'augment gagnée par la femme qui ſurvit à ſon mari, doit être appliqué à l'augment, ou à la portion virile de l'augment, que le mari gagne par le predecès de ſa femme ; le tout en défaut de diſpoſition contraire de la Coûtume des lieux où les Contrats de Mariage ont été paſſez, parce qu'on ne doute point qu'en cette matiere comme en toute autre, la diſpoſition des Coûtumes ne doive prévaloir ; je dis, des Coûtumes des lieux où les Contrats de Mariage ont été paſſez ; car ce ſont en effet les ſeules que l'on conſulte & que l'on ſuit préferablement à celles du domicile des parties, & des lieux où les biens ſont ſituez ; il fut rendu un Arrêt au mois d'Août 1722. qui le jugea ainſi bien préciſement : Un fils de famille originaire & domicilié à Paris, avoit ſeduit une fille de cette Province, la fille porta ſa plainte, & quelque tems après les Parties s'étant trouvées à Toulouſe, elles y contracterent mariage ; le pere du ſeducteur prétendu, qui étoit auſſi domicilié à Paris, ayant envoyé une Procuration pour conſentir en ſon nom ; la femme étant decedée ſans enfans, procès entre le mari & le beau-pere ; celui-ci prétendant que la dot devoit lui faire retour, & le mari prétendant au contraire qu'il avoit gagné la dot, ſuivant la Coûtume de Toulouſe, qui declare acquiſe à Titre d'augment l'antiere dot au mari, par le prédecès de ſa femme, & qui regle l'augment de la femme qui ſurvit à ſon mari, à la moitié de la dot ; par Arrêt rendu en la troiſiéme Chambre des Enquêtes, au mois d'Août 1722. au Rapport de Mr. de Malaret, le Mari gagna ſon Procès ; les noms des Parties étoient Laman & Bouis.

conſeil de coûtumes de mariage en fait la coûtume des lieux conſ. ou été faits ſi pas ſi elle du domicile.

On

On peut voir ce que nous avons observé sur le §. 9. du Titre second, au premier Livre.

§. 3. *Quemadmodum dotes constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt, &c.*

ON peut constituer & augmenter une dot pendant le mariage, ainsi que nous l'apprenons de ce §. mais quel sera le privilege de la dot ainsi augmentée & constituée? M. de Cambolas, *Liv.* 4. *Ch.* 20. & M. de Catelan, *Liv.* 4. *Ch.* 55. rapportent sur cette question des Arrêts contraires, les uns ayant jugé que la Reconnoissance d'une dot augmentée, *constante matrimonio*, ne pouvoit pas nuire aux créanciers du mari quoique posterieurs, les autres ayant alloüé la femme pour cette augmentation après les créanciers anterieurs: Ces derniers paroissent plus conformes à l'esprit de la Novelle 97. *chap.* 2. qui n'exclud que le dol & la fraude, la feinte & la simulation, *si nulla fuerit contra creditores circumventionis suspicio, &c.*

Dot constituée ou augmentée pendant le mariage sans dol, a rapporter au jour de l'acte d'augmentation.

§. 4. *Erat olim & alius modus civilis adquisitionis per Jus accrescendi, &c.*

LA disposition de ce §. est pleine de justice & d'humanité, & je ne doute pas qu'on ne s'y conformât dans les Isles de l'Amerique où nous avons des Esclaves.

Nous observerons en finissant, que suivant l'art. 15. de l'Ordonnance du mois de Février 1731. une donation generale de tous les biens presens & à venir est nulle; il n'y a d'exception suivant l'art. 17. de la même Ordonnance, que pour les donations faites dans un Contrat de Mariage.

TITRE VIII.

QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON.

Dotale prædium maritus invitâ muliere per Legem Juliam prohibetur alienare : Quod nos, Legem Juliam corrigentes, in meliorem ſtatum deduximus, &c.

Journal du Palais, *Tom. 1. pag. 799.*

ON a adopté dans les Pays Coûtumiers la diſpoſition de la Loi *Julia*, qui donne au mari la liberté d'aliener la dot pourveu que la femme y conſente ; mais dans preſque tous les Pays du Droit Ecrit, on ſuit la conſtitution dont parle ici Juſtinien, c'eſt-à-dire, de la Loi *unique*, §. *Et cum Lex*, *Cod. de rei uxoriæ actione*, laquelle ajoûtant à la Loi *Julia*, défend l'alienation du fonds dotal, même avec le conſentement de la femme : On excepte le cas ou le fonds a été donné au mari avec eſtimation, mais ce n'eſt point là proprement une exception à la regle, parce que l'effet de l'eſtimation eſt de tranſporter au mari la proprieté du fonds, & de le rendre debiteur du prix ; *maritus*, dit la Loi *quoties*, *Cod. de Jure Dotium*, *Dominium conſecutus ſummæ velut pretii debitor efficitur* ; cette Loi n'a rien de contraire à la Loi *in rebus* 30. du même Titre, qui permet à la femme de vendiquer les choſes par elle conſtituées en dot, ſoit qu'elles ayent été eſtimées, ou qu'elles ne l'ayent pas été, parce qu'il faut ſuppoſer que dans l'eſpece de la Loi *in rebus*, le mari eſt inſolvable, ou que la femme a ſtipulé que malgré l'eſtimation, elle auroit le choix de reprendre la choſe ou le prix ; les Arrêts l'ont interpreté ainſi, & ce qui favoriſe cette interpretation, c'eſt que la Loi *quoties* fait du payement du prix, une condition ſans laquelle le mari ou ſes heritiers ne peuvent retenir le fonds eſtimé, *retinebis eas, ſi pecuniam tibi offerat.*

Faber en ſon Code, *Lib. 5. Tit. 7. definit. 43.*

M. de Catelan, *Liv. 4. Ch. 32.*

Par la même raiſon que le mari ne peut ni aliener ni hypotequer le fonds dotal, la femme ne le peut pas non plus ; cette raiſon priſe de la faveur des dots, qu'il eſt d'un interêt

tout public de conſerver, ou comme dit ici Juſtinien, *nè ſexus muliebris fragilitas in perniciem ſubſtantiæ earum convertatur.* Par le Droit Romain * il n'étoit pas même permis aux femmes *conſtante matrimonio*, de diſpoſer de leur dot en faveur de leurs enfans; mais les Arrêts ont jugé que cette cauſe étoit trop favorable pour ne pas l'excepter; ils ont jugé qu'une femme pouvoit donner ſa dot en tout ou en partie à ſes enfans, même hors de Contrat de Mariage; & ils ont ſeulement exigé, que la donation de la dot fût expreſſe, du moins de la part de la femme, qui a des biens autres que la dot: M. de Catelan, *Liv.* 4. *ch.* 4. rapporte un Arrêt rendu contre feu M. de Lombrail, qui declara la dot non compriſe en la donation, par cette raiſon qu'il n'en étoit pas parlé nommement en la donation, & j'en ai vû rendre un autre ſemblable en l'année 1722.

Publicè intereſt mulieres dotes ſalvas habere.

* *Conſtante* 20. *Cod. de donat.*

J'ai dit, que l'alienation de la dot étoit prohibée dans preſque tous les Païs du Droit Ecrit, parce qu'en effet il y a quelques Provinces regies par le Droit Ecrit, où les femmes peuvent aliener & hypotequer leur dot: Il y a une Déclaration du 21. Avril 1664. portant, que toutes les obligations ci-devant paſſées, & qui ſe paſſeront à l'avenir par les femmes mariées, ſans aucune force ni violence, dans la Ville de Lion, Païs de Lionois, ou Maconois, Forêts, & Beaujelois, ſoient bonnes & valables, Sa Majeſté voulant que les femmes ayant pû par le paſſé & qu'elles puiſſent à l'avenir obliger valablement ſans aucune diſtinction, tous & chacuns leurs biens dotaux & paraphernaux, mobiliaires & immobiliaires, ſans avoir égard à la diſpoſition de la Loi *Julia*, qui à cet égard demeure abrogée, on peut voir dans Henrys, *Tom.* 1. *Liv.* 4. *ch.* 3. *queſt.* 8. les raiſons & les motifs ſur leſquels cette Declaration eſt fondée.

Duperier au *Liv.* 1. *Ch.* 3. fait une longue diſſertation pour prouver, qu'il y a des cas dans leſquels la Loi *Julia* n'empêche pas que la femme puiſſe pendant la vie de ſon mari, obliger valablement ſa dot; & il faut convenir qu'il le prouve par des ſolides raiſons: Qu'une femme, dit-il, faſſe une vente de ſes biens paraphernaux, ce Contrat étant legitime, ne pourra-t'elle point valablement obliger tous ſes biens préſens

& à venir ; or cette obligation ſuppoſée valable, pourroit-on ſans injuſtice, le cas d'éviction ou de non-jouïſſance arrivant, empêcher l'acheteur de pourſuivre ſon indemnité ſur les biens dotaux, après que la fin du mariage les auroit remis au pouvoir de la vendereſſe ? La Loi 23. *ff. de Jur. dot.* & les Loix 20. & 21. *ff. ſoluto matrim.* marquent certaines cauſes pour leſquelles la femme peut ſans difficulté aliener & obliger ſa dot, *ut relegato parenti præſtet alimenta, aut ut egentem virum, fratrem, ſororemvè ſuſtineat* : & par un argument tiré de ces Loix, les Arrêts * ont jugé, que la femme pouvoit vendre, & s'obliger pour la liberté de ſon mari détenu en priſon ; ſans diſtinguer comme on faiſoit autrefois, ſi le mari étoit détenu pour crime ou pour dette, & ſans diſtinguer encore, ſi le mari pouvoit être reçu, ou non, à la ceſſion des biens.

M. de Catelan, *Liv.* 4. *ch.* 1.

A l'exception de ces cas, qui ſont autant d'exceptions à la regle, l'alienation de la dot eſt ſi fort prohibée, que ſuivant les Arrêts rapportez par Duperier, au ſecond Tome de ſes queſtions, imprimé à Toulouſe en l'année 1721. *page* 39. le mari qui a vendu un fond dotal, peut demander lui-même la caſſation du Contrat de vente, quoique obligé à la garantie envers l'acheteur : & non-ſeulement que la promeſſe du mari n'eſt pas un obſtacle à la demande en caſſation du Contrat, mais que l'acheteur même ne peut demander aucuns dommages & interêts, dans le cas du moins où il ne peut ſe plaindre d'avoir été trompé : c'eſt-à-dire, dans le cas où il a ſçu que le fonds étoit veritablement dotal. On ne peut diſſimuler que cette Juriſprudence eſt contraire aux principes du Droit, qui ne permet point que celui-là même qui a paſſé un Contrat de vente avec promeſſe de garantie, puiſſe, non plus que ſon heritier, en demander la caſſation, & ſuivant lequel, l'acheteur a le choix, ou de demander les dommages & interêts à raiſon de l'éviction, ou de s'oppoſer à l'éviction par l'exception du dol, *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* ; on peut voir là-deſſus ce que dit Duperier lui-même, au *Tom.* 1. *Liv.* 1. *Ch.* 9. M. Maynard, *Liv.* 4. *Ch.* 27. M. de Catelan, *Liv.* 5. *ch.* 47. enſemble la Loi *cum à matre, Cod. de rei vindicat.* & la Loi *venditrici, Cod. de rebus alienis non alienandis.*

§. 1. Noſtrâ conſtitutione conſultum eſt, & certus modus impoſitus, per quem pignorum diſtractio poſſit procedere, &c.

JUſtinien entend parler de la Loi derniere, *Cod. de jure Dominii impetrando*, où il eſt dit entre autres choſes : que le créancier ne trouvant point d'acheteur dans deux ans, à compter du jour que le débiteur a été interpellé de payer, peut s'adreſſer au Prince, & demander qu'il lui ſoit permis de poſſeder lui-même *jure Dominii* la choſe qui lui a été engagée & hipotequée, que cette permiſſion ne doit être accordée qu'après certains délais : & qu'après même que le créancier l'a obtenu, le débiteur peut pendant deux ans retirer le gage en rembourſant au créancier tout ce qui lui eſt dû en principal, interêts & dépens : *Pietatis intuitu debitor intra biennii tempus habeat in rem ſuam humanum regreſſum.* Nos Auteurs ont remarqué que cette raiſon d'humanité qui faiſoit accorder au débiteur un délai de deux années pour rentrer dans ſon bien, eſt vraiſemblablement ce qui a donné lieu à l'introduction du Droit que nous connoiſſons dans ces Provinces ſous le nom de rabattement de decret : De ce droit, ou pour mieux dire de cette grace, que l'on accorde au débiteur diſcuté de reprendre les biens ſaiſis & decretez en rembourſant & indemniſant le Decretiſte. La Juriſprudence des Arrêts a varié touchant la durée de l'action en rabattement, du moins par rapport aux Decrets émanez des Juriſdictions inferieures ; car à l'égard des Decrets obtenus par Arrêt, on a toûjours jugé qu'il falloit demander le rabattement dans dix ans : Les derniers Arrêts ſemblent l'avoir fixé à vingt ans, en ne faiſant ainſi courir le délai de dix années que du jour que la Sentence a paſſé en force de choſe jugée. Le debiteur diſcuté & ſes enfans, heritiers ou non de leur pere, peuvent ſeuls intenter l'action en rebattement : l'action ne peut être cedée ni tranſmiſe à des heritiers étrangers. Toutes les fois qu'on prononce ſur une demande en rabattement, on commence par débouter avec dépens le débiteur diſcuté, en ajoûtant que pour certaines cauſes & conſiderations, on lui permet de rembourſer le Decretiſte ; ce qui démontre, comme il a été déja obſervé, que le rabatte-

le droit de collocation en preuve est fondé sur cette loy

M. de Catelan, *Liv. 6. Ch. 12.*

La Declaration du 16. Janvier 1736. fixe indiſtinctement le tems du rabattement à dix ans.

ment ne peut être demandé que comme une grace, & qu'on l'accorde *commiſeratione magis quàm jure cauſæ*. Il y a quelque tems que la Demoiſelle Dejan, fille de feu Mr. Dejan Launac Maître des Requêtes, forma inſtance en rabattement à raiſon de certains biens ſituez dans le reſſort du Parlement de Toulouſe, & qui avoient été ſaiſis & decretez d'autorité du Parlement de Paris, où cette voye de rentrer dans les biens decretez n'eſt point connuë ; il ſembloit par les principes que nous avons établi ailleurs, que le Grand Conſeil où cette cauſe fut renvoyée, devoit ſe conformer à la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, dans le reſſort duquel étoient les biens ſaiſis ; il ne le fit pourtant pas : il maintint le Decretiſte, & le motif de l'Arrêt, ou du moins la raiſon ſur laquelle le Decretiſte avoit le plus inſiſté, étoit priſe de ce que le rabattement n'étoit point fondé ſur une Juriſprudence fixe & conſtante du Parlement de Toulouſe : qu'on ne pouvoit regarder la faculté de rabattre le Decret comme un droit acquis à tout debiteur diſcuté, & que rien ne le prouvoit mieux que cette maniere de prononcer, qui en déboutant le debiteur diſcuté de ſes Lettres & Requêtes avec dépens, lui en adjugeoit neanmoins pour certaines cauſes les fins & les concluſions. La Comté de Valhac en Quercy ayant été decretée depuis peu d'autorité auſſi du Parlement de Paris, & adjugée à Mr. de Tournier Preſident à Mortier du Parlement de Toulouſe, le Comte de Valhac a cherché à rentrer par la voye du rabattement, mais il a craint ſans doute que ſa demande n'eût le même ſort que celle de la Demoiſelle Dejan, & nous n'avons pas appris qu'elle ait été ſuivie d'aucunes pourſuites. Les dix ou les vingt ans, dont nous avons parlé, coururent utilement contre le diſcuté & ſes enfans ſans diſtinction d'âge & ſans eſpoir de reſtitution envers le laps du tems : Je l'ai vû juger ainſi en l'année 1722. à la premiere Chambre des Enquêtes. Du reſte, la vente des biens engagez & hypotequez ſe fait toûjours d'autorité de Juſtice au plus offrant & dernier encheriſſeur ſuivant les formalitez preſcrites par les Ordonnances ; * Ainſi tout ce que dit la Loi derniere, *Cod. de jure Dominii impetrando*, & de la vente faite par le creancier lui-même, & du recours au Prince pour poſſeder le gage, *jure*

* Edit d'Henry II. du 3. Septembre 1551. appellé l'Edit des Criées, rapporté dans Neron. Edition de 1720. *Tome* 1. *page* 328. Ordonnance de 1667. titre des ſaiſies & executions.

Dominii, ne peut trouver aucune application à nos uſages.

§. 2. Admonendi ſumus, neque pupillum, neque pupillam ullam rem ſine Tutoris autoritate alienare poſſe, &c.

JUſtinien entend ſans doute parler des effets mobiliaires, des effets periſſables des pupilles; car pour les immeubles, ſoit des Pupilles, ou des Mineurs: il faut, outre l'intervention ou l'autorité des Tuteurs & Curateurs, certaines formalitez, dont l'omiſſion rendroit inconteſtablement l'alienation nulle, il faut la permiſſion du Juge, qui ne l'accorde & ne doit l'accorder qu'avec connoiſſance de cauſe, des proclamations, des affiches, en préferant toûjours celui qui fait la condition meilleure: la Loi premiere, *ff. de rebus eorum qui ſub tutelâ vel curâ ſunt, ſine decreto non alienandis*, & la Loi 3. *Cod. quandò decreto opus non eſt*, exceptent le cas où la vente a été permiſe par le Teſtateur: *niſi, ut id fieret, parentes teſtamento vel Codicillis caverint*; mais les Arrêts n'ont pas toûjours accuëilli cette exception: nous en trouvons qui ont jugé, que malgré la permiſſion donnée par le Teſtateur de vendre & d'aliener, il falloit toûjours obſerver les formalitez; * quiconque achete d'un Mineur ſans obſerver les formalitez, eſt condamné à la reſtitution des fruits, ſa bonne foi pourroit ſeule l'en garantir: *ſi non bonâ fide emptorem fuiſſe, qui emit, conſtiterit*, dit la Loi. 2. *Cod. ſi quis ignorans rem minoris eſſe ſine decreto comparavit*; & par bonne foi on entend autre choſe que l'ignorence du fait, c'eſt-à-dire, de la minorité; ainſi dans l'eſpece de l'Arrêt rapporté par M. de Catelan. *Liv. 5. Ch. 69.* l'acquereur fut relaxé de la reſtitution des fruits perçus avant l'introduction de l'inſtance, à la charge de jurer qu'il n'avoit point connu que le vendeur fût mineur lors de la vente.

Que les effets periſſables doivent être vendus d'autorité de Juſtice. Ordonnance d'Orleans du mois de Janvier 1560. art. 102.

* M. Loüet & Brodeau, lett. A. Som 5. M. Duranti, queſt. 64.

La vente étant faite avec les formalitez requiſes, l'acheteur ne peut encore ſe promettre d'avoir acquis incommutablement la proprieté du fonds, ou il ne le peut qu'autant qu'il n'y aura point de lézion pour le Pupille ou le Mineur; car la lézion eſt toûjours pour eux un moyen de reſtitution en entier; tout ce qu'il y a, c'eſt que la lézion en ce cas doit être conſiderable, *grandis & enormis*, dit Ferriere ſur la queſt. 22. de Gui-Pape,

ce que cet Auteur entend d'une Lézion du tiers ou du quart du juſte prix.

Vid. M. Laroche, *pag.* 466.

§. 2. Ita licere Tutori, vel Curatori debitorem puipllarem ſolvere, ut prius judicialis Sententia ſine omni damno celebrata, hoc permittat, &c.

ON trouve divers Textes dans le Droit qui decident, que le débiteur du Pupille qui paye au Tuteur eſt liberé *ipſo jure*, quoique le payement ait été fait ſans permiſſion ou Ordonnance du Juge : & que pourroit craindre après tout le débiteur, dans le cas même où le Tuteur deviendroit inſolvable, puiſque, comme nous l'avons obſervé dans le premier Livre, les parens, & nominateurs, & ſubſidiairement encore le Juge qui a confirmé la nomination, ſont autant de garans de l'adminiſtration tutelaire, mais il eſt autrement des ſommes dûës à un Mineur ; car à l'égard de celles-ci, il ſeroit très-imprudent de payer ou au Mineur même, ou au Curateur du Mineur, ſans obſerver les formalitez preſcrites en la Loi *Sancimus*, *Cod. de adminiſt. Tut.* d'après leſquelles a été copié le Texte que nous expliquons : *Judiciali 5. Sententia*, dit Juſtinien, & de là une difficulté que j'ai vû ſouvent agiter, ſçavoir, ſi une Ordonnance des premiers Juges ſuffit, ou s'il faut un Arrêt ? L'opinion commune, ou du moins l'opinion la plus ſûre, eſt qu'il faut un Arrêt, ſans quoi on ne peut ſe promettre ce que la Loi appelle *pleniſſima ſecuritas*. Les Mineurs peuvent ſans aucune formalité de Juſtice recevoir les interêts des ſommes capitales qui leur ſont dûës, mais non point les interêts échûs durant leur pupillarité ; ils peuvent de même faire une quittance valable des ſommes dotales, parce que le payement de la dot eſt une ſuite neceſſaire des engagemens pris dans le Contrat de Mariage. On trouve une Loi * au même Titre du Code *de adminiſt. Tutor.* qui met au rang des capitaux, les interêts arreragez depuis plus de deux années, & qui défend par conſequent de les payer ſans formalité ; mais cette Loi n'eſt point obſervée, dès qu'on permet à un Mineur de joüir de ſes revenus, il eſt aſſez indifferent qu'il les perçoive en un tems plûtôt qu'en un autre.

L. Lucius 46. §. Tutelæ, ff. de adminiſtratione & periculo Tutorum.

M. de Catelan, *Liv. 5. Ch. 26.*

Quid, d'une ſomme donnée à un Mineur dans ſon Contrat de Mariage, *eadem ratio militat.*

* *Leg. 27.*

TITRE IX.

TITRE IX.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ADQUIRITUR.

§. 1. Si quid ex re patris ei obveniat, hoc totum parenti adquiritur. Quæ enim invidia eſt, quod ex patris occaſione profectum eſt, hoc ad eum reverti, &c.

CE que le fils de famille acquiert avec le bien ou l'argent de ſon pere, ſans aucune induſtrie de ſa part, appartient inconteſtablement au pere; mais en eſt-il de même de ce que le fils de famille acquiert, & avec le bien de ſon pere, & par ſa propre induſtrie? Un pere, par exemple, confie mille écus à ſon fils, & le fils en negociant gagne dix mille livres, ces dix mille livres appartiendront-elles au pere, tant en proprieté qu'en uſufruit? L'opinion commune eſt que le gain en ce cas appartient en proprieté au pere & au fils par égales portions: je l'ai vû decider ainſi il n'y a pas long-tems par des Arbitres d'un grand nom, & dont le Jugement fut acquieſcé par toutes les parties: Cette déciſion conforme à celle de Ferriere, Traité de *Collationibus*, *Ch.* 16. & de Coquille en ſes Queſtions & Reponſes, *ch.* 16. A l'égard de ce qu'un fils de famille acquiert uniquement par ſon induſtrie, ſans l'argent & ſans le ſecours de ſon pere, point de difficulté que l'entiere proprieté ne lui en appartienne, le ſeul uſufruit reſervé au pere; avec ce temperament même, que ſi le pere en laiſſe joüir ſon fils, cette tolerance équipole à une donation, & ce qu'il y a de remarquable, à une donation qui n'eſt ſujette ni à imputation, ni à rapport; c'eſt ainſi que les Arrêts * ont en faveur des enfans étendu ou interpreté favorablement la Loi *cum oportet*, §. *ſin autem*, *cod. de bonis quæ liberis.*

* M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 46.

§. 1. Quod ex aliâ causâ sibi filius familias adquirit, usumfructum patri quidem adquirit, Dominum autem apud eum remanet, &c.

CEtte décision qui donne au pere l'usufruit des biens de ses enfans, est exactement observée dans tous les Païs du Droit Ecrit, & c'est là un des plus grands effets de la puissance paternelle : Il n'en est pas de même dans les Païs Coûtumiers ; car si bien la garde-Noble ou Bourgeoise y donne le droit au pere de regir les biens de ses enfans, & de profiter des fruits en tout ou en partie, ce droit peut être si peu regardé comme un effet de la puissance paternelle ; que par la disposition de la plûpart des Coûtumes, il est commun aux peres & aux meres, aux ayeuls & aux ayeules : La garde-Noble finit à vingt ans pour les mâles, & à quinze pour les filles : la garde Bourgeoise finit à douze ans pour les filles, & à quatorze ans pour les mâles. On peut être Gardien & Tuteur tout ensemble ; mais lorsque ces deux qualitez sont sur la tête de deux differentes personnes, le Gardien ne peut vendre & aliener les biens des pupilles, ni poursuivre ou défendre leurs droits en Justice, ce soin regarde uniquement le Tuteur. Coûtume de Paris, *art.* 265. & suivans. M. Louet & Brodeau, *lett.* G. *Som.* 6.

garde noble ou bourgeoise

Nous avons dit, que le pere pouvoit laisser joüir son fils des biens dont l'usufruit lui appartenoit, & que cette tollerance équipoloit à une donation non sujette à imputation ni rapport. Un pere peut donc se départir en faveur de ses enfans de l'usufruit qui lui est acquis par la puissance paternelle ; mais le peut-il au préjudice de ses créanciers ? M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 45. decide qu'il le peut ; mais cet Auteur au *Liv.* 6. *Ch.* 14. sans expliquer autrement la raison qui l'oblige à changer d'avis, decide qu'il ne le peut pas, & que la renonciation ne peut préjudicier aux créanciers, au profit desquels l'usufruit doit ceder pendant la vie du pere. J'ai vû rendre un Arrêt au mois de Juillet 1722. en la Troisiéme Chambre des Enquêtes conforme à cette derniere décision ; il est vrai qu'il y avoit une circonstance particuliere, & sur laquelle les créanciers insistoient beaucoup, prise de ce que l'usufruit étoit acquis au

Le pere ne peut pas abandonner son usufruit au préjudice de ses créanciers

pere, non-ſeulement par la puiſſance paternelle, mais encore par la diſpoſition du Teſtateur qui avoit legué au fils ; mais j'ai raiſon de croire qu'il en auroit été de même, quand la puiſſance paternelle auroit été le ſeul titre qu'auroit eu le pere pour retenir l'uſufruit.

Nous trouvons dans le ſecond Tome de Bardet, page 342. un Arrêt remarquable, en ce qu'en donnant à un fils de famille la main-levée des fruits des biens aventifs ſaiſis à la requête des créanciers du pere depuis l'émancipation, & la renonciation du pere à l'uſufruit, ſemble avoir préjugé par cette maniere de prononcer, que ſi la ſaiſie avoit prevenu l'émancipation & la renonciation à l'uſufruit, le pere n'auroit pû y renoncer à leur préjudice ; la renonciation du pere regardée comme ſuſpecte, lorſque les creanciers ont déja uſé de ſaiſie, & n'ayant rien de ſuſpect, tandis que les creanciers n'ont fait encore aucunes pourſuites.

Une queſtion ſur laquelle il ne peut y avoir diverſité d'avis, eſt au ſujet de l'uſufruit appartenant au pere, par la reſervation que le pere en a fait lui-même en donnant ſes biens, ou partie de ſes biens à ſon fils, & auquel le pere ne ſçauroit renoncer au préjudice de ſes creanciers ; la raiſon pour laquelle il pourroit être prétendu que le pere peut renoncer à l'uſufruit qui lui eſt acquis par la puiſſance paternelle, ne pouvant convenir à l'uſufruit reſervé par le pere ſur ſes propres biens, cette raiſon priſe de ce que ceux qui donnent à un fils de famille ſont préſumez n'avoir en vûë que ce fils, & qu'ainſi on peut dire du pere qui ſe départ de l'uſufruit, ce qu'on dit de l'heritier grevé qui anticipe la reſtitution du fideicommis, qu'il cherche moins à tromper ſes creanciers qu'à executer plus fidellement & plus promptement la volonté du Donateur ou du Teſtateur : *videri, non creditores fraudaſſe, ſed pleniorem fidem exhibitionis ſecutum.* Au ſurplus, ce que nous venons de dire de la renonciation du pere à l'uſufruit du bien de ſes enfans au préjudice des creanciers, doit être entendu des biens autres que ceux de la dot de leur mere, parce qu'à l'égard de la dot, comme la femme peut la repeter, *marito vergente ad inopiam*, & en jouïr à la charge de l'employer à ſa nourriture, à celle de ſes enfans & de ſon mari : On juge qu'il ne dépend pas même du pere dont les biens ſont en

M. de Catelan, *Liv.* 1. *ch.* 45.

M. de Catelan, *Liv.* 1. *ch.* 14.

distribution, d'en conserver l'usufruit au profit de ses créanciers, les enfans en ce cas entrant dans le droit de leur mere par son predecès, & devant jouïr de la dot pendant la vie de leur pere, sous les mêmes conditions que leur pere auroit pû & dû en jouïr.

§. 1. *Exceptis videlicet Castrensibus peculis, &c.*

IL y a divers Textes dans le Droit, qui nous apprennent ce que l'on doit entendre par Pecule Castrense, qui nous apprennent que sous ce nom viennent tous les gains que font les fils de famille dans les Emplois, Charges, & Dignitez de la Guerre, de la Robe, & de l'Eglise: *qui in diversis Dignitatibus vel Administrationibus positi à nostrâ consequuntur manu, vel ex publicis salariis quasdam largitates.* On a douté si ce que gagnent les Procureurs dans les Juriſdictions inferieures, les Notaires, Greffiers, Chirurgiens, & autres semblables, meritoit le nom & le privilege de Pecule Castrense, & l'opinion commune est pour la negative: j'ai dit les Procureurs dans les Juriſdictions inferieures, parce que, comme dit Ferriere, *Officium Procuratorum in Curiis Parlamentorum honorabile est, & ideo est si quid acquirant Officii occasione peculii quasi Castrensis loco est.*

Le Pecule Castrense est donc une exception à la regle qui donne au pere l'usufruit des biens de ses enfans: il y en a encore deux autres fondées l'une sur la Novelle 117. *ch.* 1. d'où a été prise l'Autentique, *item excipitur, Cod. de bonis quæ liberis*; l'autre sur la Novelle 118. *ch.* 2. d'où a été prise l'Autentique *item hæreditas* au même titre du Code.

Par la Novelle 117. (a) le pere ne peut prétendre l'usufruit des biens donnez à ses enfans sous cette condition, que les enfans en jouïront même pendant la vie du pere, *sub hac conditione, ut pater in his rebus neque usumfructum, neque quodlibet penitus habeat participium*; & sur cela on a demandé, si lors que la mere instituant heritiers ses enfans, la prohibition peut & doit comprendre la legitime? Les Arrêts * ont jugé cette question en faveur du pere contre les enfans: ils ont jugé que la prohibition quelque expresse qu'elle fût, ne pouvoit avoir lieu que pour l'excedant de la legitime, & cette Jurisprudence est très-

(a) question très controversée on peut voir pour le pour Barth. Cujas, prælect. cod. de fem. quæ liber. facien. lib. 5. ch. 31. Despeiss. tom. 1. prag. 572. n. 13.

* M. de Catelan, *Liv.* 4. *Ch.* 80.

* M. Dolive, *Liv.* 3. *ch.* 30.

L. *cum antiquis* 37. *Cod. de inoff. testam.* L. *Sacrosanctæ* 32. *Cod. de Episc. & Cler.*

M. Laroche, *Liv.* 6. *tit.* 77. *art.* 4.

M. Maynard, *Liv.* 5. *Ch.* 1.

Ferriere sur Guy-Pape. *Quest.* 190.

conforme à l'eſprit de la Novelle, qui dit en parlant de la mere & de l'ayeule : *hoc enim poterant extrancis relinquere, undè nulla parentibus utilitas naſceretur*; raiſon, qui, comme l'on voit, ne ſçauroit être appliquée à la legitime, parce que la legitime doit être laiſſée neceſſairement aux enfans.

Par la Novelle 118. il eſt dit, que le pere ſuffiſamment dédommagé par la portion de proprieté qui lui eſt acquiſe en la ſucceſſion de ſon fils, ne peut prétendre l'uſufruit des portions de ſes autres enfans, quoiqu'ils ſoient en ſa puiſſance, *nullum uſum ex filiorum, vel filiarum portione in hoc caſu valente patre ſibi penitùs vendicare*; & ſur cela on a été aſſez embaraſſé à decider, ſi la privation de l'uſufruit devoit avoir lieu, même à l'égard des biens dont le pere avoit l'uſufruit avant la mort de ſon fils, ou ſi elle devoit être reſtrainte aux biens dont le pere avant la mort de ſon fils n'avoit point l'uſufruit ? L'opinion de ceux qui veulent reſtraindre la privation aux biens dont le pere n'avoit point l'uſufruit avant la mort de ſon fils, paroît conforme aux principes du Droit, * qui ne ſouffre point que l'uſufruit une fois acquis, s'éteigne par la mort du propriétaire, mais ſeulement par la mort de l'uſufruitier : & juſques-là, que ſi l'uſufruit ſeparé de la proprieté a été legué à un fils de famille, le pere le conſerve même après la mort du fils legataire ; *a* Cependant les Arrêts *b* ne l'ont point ſuivie : car ils ont jugé, ſans aucune diſtinction, que le pere ſuccedant à un de ſes fils, avec ſes autres enfans, n'avoit point l'uſufruit de leurs portions : Bien plus, il a été jugé que la renonciation que le pere offre de faire de ſa portion de proprieté, ne lui permet pas de demander l'uſufruit, quoique l'uſufruit n'ait été ôté aux peres qu'en conſideration de cette portion de proprieté.

Par les principes du Droit, diſons-nous, & hors du cas de l'Autentique *item hæreditas*, l'uſufruit une fois acquis au pere, ne s'éteint point par la mort du fils ; la Loi derniere, *Cod. de uſufructu*, le decide ainſi : *Sancimus non interrumpti patri uſumfructum per filium familias quæſtum morte filii, ſed manere intactum* ; mais cette deciſion qui conduiroit à laiſſer ſur la tête du pere, l'uſufruit des biens aventifs de ſon fils, malgré le decès de ce fils, & dans le cas même où ce fils après ſon decès ſeroit chargé de rendre à un autre, paroît ſi ex-

* *L. 3. Cod. de uſufructu.*

a L. ult. Cod. de uſufructu.

b Duperier, *Liv. 1. queſt. 16.* Lebrun des ſucceſſions, *page 59.* Boniface *Tome 1. page 376.* M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 19.*

traordinaire, que Duperier, *Liv.* 3. *ch.* 9. a raiſon de dire qu'il ne la comprend point, ou qu'il ne comprend pas ſur quoi elle pourroit être fondée ; car enfin l'uſufruit n'étant acquis au pere que par la diſpoſition qui en acquiert la proprieté au fils ; & le pere par conſequent n'ayant de droit ſur l'uſufruit, qu'autant que le fils en a ſur la proprieté, n'ayant l'uſufruit qu'aux mêmes conditions, & aux mêmes charges qui ſont impoſées à la proprieté, comment & à quel titre le pere pourroit-il continuer à jouïr après la mort du fils chargé de rendre à un tiers ?

§. 2. *Statuimus, ut parens pro tertia parte Dominii, quam retinere poterat, dimidiam non Dominii rerum, ſed uſufructus retineat, &c.*

LE pere en émancipant ſon fils conſerve-t-il la moitié de l'uſufruit, *in præmium emancipationis*, dans le cas même où il ne la reſerve point dans l'acte d'émancipation ? Les Arrêts ont jugé qu'il la conſervoit, & qu'il ſuffiſoit qu'il n'y eût point à cet égard de renonciation expreſſe ou tacite, le tout conformement à la diſpoſition de la Loi *cum oportet*, §. *cùm autem*, *Cod. de bonis quæ liberis*, je dis de renonciation expreſſe ou tacite, parce qu'en choſe ſi favorable, rien n'empêche qu'on ne juge par les circonſtances de la volonté & de l'intention du pere qui émancipe, qu'on ne juge par les circonſtances, que le pere a voulu émanciper ſon fils gratuitement & ſans rien retenir : M. de Catelan au *Liv.* 4. *Ch.* 53. rapporte un Arrêt qui decida ainſi. Du reſte, on ne ſuit point dans le Reſſort du Parlement de Toulouſe, la diſpoſition de la Loi 3. *Cod. de bonis maternis*, qui donne au pere une virile en l'uſufruit des biens qui viennent à ſon fils de la ſucceſſion de ſa mere morte depuis l'émancipation, tout ce qui avient au fils émancipé lui appartient inconteſtablement, & en proprieté & en uſufruit.

Et ſi in emancipatione ſibi parentes hoc Jus minimè ſervaverint, L. cum oportet, §. cum autem, Cod. de bonis quæ liberis.

Un pere marie ſon fils, & dans le Contrat de Mariage il lui fait donation de certains biens ſans l'émanciper : L'uſufruit des biens donnez pourra-t-il être prétendu par le pere ? J'ai vû ſouvent agiter cette queſtion, & j'ai appris que par Arrêt du 4. Mars 1698. rendu en la ſeconde Chambre des Enquê-

tés, elle fut jugée en faveur du fils, contre le pere; cet Arrêt fondé, sur ce que nous avons observé ailleurs, que les contrats de Mariage sont susceptibles parmi nous, de toute sorte de conventions en faveur des personnes mariées, & d'une donation même irrevocable de la part du pere en faveur du fils non émancipé.

§. 3. *Vobis adquiritur, quod Servi vestri ex qualibet causâ adquirunt, &c.*

LA décision de ce Paragraphe ne peut guere trouver d'application parmi nous, qu'aux Moines, par le ministere desquels les Communautez Réligieuses peuvent acquerir en la maniere toutefois & avec le temperament que nous avons remarqué ci-devant sur le Titre *de usufructu*; mais elle est observée à la lettre dans les Isles de l'Amerique Françoise, où nous avons des Esclaves: „ Déclarons (dit l'Article 28. de l'Edit de 1685. touchant la Police qui doit être observée dans ces Isles) „ Declarons les Esclaves ne pouvoir rien avoir qui „ ne soit à leur Maître, & tout ce qui leur vient par indus- „ trie, ou par la liberalité d'autres personnes, ou autrement, „ à quel Titre que ce soit, être acquis en pleine proprieté à „ leur Maître, sans que les enfans des Esclaves, leur pere & „ mere, leurs parens, & tous autres libres ou Esclaves, puis- „ sent y rien prétendre par succession, disposition entre-vifs, „ ou à cause de mort; lesquelles dispositions nous declarons „ nulles; ensemble toutes les promesses & obligations qu'ils „ auroient faites, comme étant faites par gens incapables de „ disposer & de contracter de leur chef.

§. 5. *Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personnam, nihil adquiri posse, &c.*

NOus aurons occasion d'observer sur le Titre de *inutilibus stipulationibus*, s'il est vrai que les Notaires que les Romains choisissoient toûjours parmi les Esclaves, pour le service du public, *Servi publici*, pûssent stipuler valablement, & acquerir pour les absens, ainsi qu'un Esclave particulier

pouvoit ſtipuler & acquerir pour ſon Maître ; & ſi en ſuppoſant qu'ils le pûſſent, on en peut rien conclure pour les Notaires dont nous nous ſervons aujourd'hui.

TITRE X.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

§. 3. *Teſtes quidem & eorum præſentia uno contextu Teſtamenti celebrandi gratiâ, à Jure Civili deſcendant : ſubſcriptiones Teſtatoris & Teſtium, ex ſacratum Conſtitutionem obſervatione adhibeantur, ſignacula autem, & Teſtium numerus, ex Edito Prætoris, &c.*

DAns ces paroles Juſtinien renferme toutes les conditions neceſſaires pour la validité du Teſtament ſolemnel & par écrit : qu'il ſoit fait en préſence de ſept Témoins appellez par le Teſtateur : qu'il ſoit fait à une ſeule fois, & non à deux ou pluſieurs repriſes : qu'il ſoit ſigné par les Témoins & le Teſtateur ; & qu'outre la ſignature, les Témoins apposent encore leurs Sceaux. De ces formalitez, il y en a une que l'uſage & même l'Ordonnance du mois d'Août 1735. a entierement abrogé en France ; c'eſt celle qui regarde l'appoſition des Sceaux ou Cachets des Témoins ; rien de plus inutile en effet pour la ſûreté des Teſtamens, depuis ſur-tout, comme il eſt dit au §. 5. de ce Titre, qu'on eût permis aux Témoins de ſe ſervir d'un même Sceau, & d'un Sceau même étranger qui ne fût propre à aucun d'eux.

Ricard, tom. 1. pag. 305. Henris, tom. 2. Liv. 5. queſt. 39. Theveneau ſur les Ordonnances, Titre des Teſtamens.

M. Ricard, Traité des Donations, *Tom.* 1. *pag.* 307. demande, ſi un Teſtament dans lequel on auroit obſervé toutes les formalitez que preſcrit ici Juſtinien, à l'exception des Sceaux, ſeroit valable ſans l'intervention d'un Notaire : mais cette queſtion, ajoûte-t'il, paroît bien oiſeuſe, parce que dans l'uſage perſonne ne s'aviſe de faire un Teſtament ſolemnel & par écrit, qui ne ſe ſerve du miniſtere d'une perſonne publique ;

que : A la decider en point de Droit, il eſt certain que l'intervention du Notaire n'eſt point neceſſaire ; & pour en être convaincu, il n'y a qu'à jetter les yeux ſur la Loi *hac conſultiſſimâ*, *Cod. qui teſtamenta facere poſſunt*, qui compte l'intervention d'un Notaire parmi les formalitez eſſentielles aux teſtamens faits par les aveugles, *qui de uno dicit, de altero negat* ; il eſt vrai que la ſouſcription en ce cas, devroit être faite en la maniere preſcrite par la Loi, *ſingulos* 30. *ff. qui Teſtamenta facere poſſunt*, où le Juriſconſulte exige que chaque Témoin écrive de ſa main, qu'il a ſouſcrit le Teſtament d'un tel : *ſingulos Teſtes qui Teſtamentum adhibentur proprio Chirographo annotare convenit, quis & cujus Teſtamentum ſubſcripſerit* ; ce qui n'eſt nullement neceſſaire, lors que le Teſtateur ſe ſert d'un Notaire, les Témoins en ce dernier cas n'écrivant que leur ſignature, & le Notaire faiſant le ſurplus, en declarant qu'un tel jour, un tel, en préſence de tels Témoins requis & appellez, a fait ſon teſtament, & que le Teſtateur & les témoins ont ſigné ; & il faudroit encore à mon avis, qu'à l'ouverture du teſtament, on obſervât tout ce qui eſt dit en la Loi 4. 5. 6. & 7. *ff. Teſtamenta quemadmodum aperiantur*, touchant l'aſſignation donnée aux témoins devant le Juge pour voir reconnoître leurs Seings.

V. M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 53.

Il arrive ſouvent que le Teſtateur veut que ſa diſpoſition ſoit cloſe & ſecrette : & en ce cas il peut, ſuivant la Loi *hac conſultiſſimâ*, *Cod. de Teſtamentis*, écrire ou faire écrire ſon teſtament, & après l'avoir mis dans une envelope cachetée de ſon ſceau, le preſenter au Notaire, lequel ſur l'envelope même écrit, qu'un tel jour, en preſence de tels & tels témoins, au nombre de ſept, dûëment requis & appellez, un tel a preſenté un papier plié, où il a dit être ſon teſtament, qu'il a écrit ou fait écrire, de laquelle declaration ledit Teſtateur a requis Acte au Notaire & aux témoins, & les a priez d'en porter témoignage, & pour cet effet de ſigner l'Acte, ce qu'ils ont fait avec le Teſtateur & le Notaire. Cette Loi *hac conſultiſſimâ*, ſemble permettre à toute ſorte de perſonnes de faire un teſtament clos, & à ceux-là même qui ne ſçavent ni lire ni écrire, en exigeant ſeulement de ceux-ci, qu'ils appellent un huitiéme témoin qui ſouſcrive pour eux,

comme elle l'exige de ceux qui par quelque accident ne ſe trouvent pas en état de ſigner *quod ſi literas Teſtator ignoret, vel ſubſcribere neq ueat, octavo ſubſcriptore pro eo adhibito eadem ſervari decernimus*; mais les Arrêts ne l'ont pas interpreté ainſi: ces mots; *ſi litteras Teſtator ignoret*, ont été appliquez à ceux qui ne ſçavent pas écrire, quoiqu'ils ſçachent lire; & en l'expliquant de cette maniere, on a fait rapporter le texte à deux cas differens: l'un où le Teſtateur ne ſçauroit pas écrire, quoiqu'il ſçut lire, & l'autre où le Teſtateur qui ſçauroit écrire, ſeroit empêché de ſigner par quelque indiſpoſition ou autrement, *vel ſubſcribere nequeat*; ainſi on juge conſtament, * que toute perſonne qui ne ſçait pas lire, ne peut faire un teſtament clos; & juſques-là, que toutes les fois que le cas ſe preſente, on charge l'heritier inſtitué de prouver, non-ſeulement que le Teſtateur ſçavoit lire, mais qu'il ſçavoit encore lire la lettre de main. Il peut y avoir des perſonnes qui ſçavent lire, & qui ne ſçavent pas écrire; il peut y en avoir qui ne ſçavent point lire, & qui ont appris d'écrire ou de ſigner: ceux-là peuvent faire une diſpoſition ſecrette, & il n'y a aucune difference entre eux, & ceux que quelque indiſpoſition empêche de ſigner: Les autres ne le peuvent abſolument pas, parce qu'on les regarde comme des aveugles qui ne peuvent faire qu'un teſtament noncupatif, & qu'on a raiſon de les regarder comme tels, par la facilité qu'il y auroit de ſuppoſer aux uns & aux autres une autre écriture, au lieu de celle qui contiendroit leur volonté.

* M de Cambolas, *Liv. 5. Ch. 16.*
Henrys, *tom. 1. Liv. 5. Ch. 1.*
Journal du Palais, *tom. 1. pag. 173.*
M. de Catelan, *Liv. 2. Ch. 12.*
Arrêt contraire, qui declare valable le Teſtament clos d'un illiteré qui ne ſçavoit ni lire ni écrire. Bardet, *tom. 1. pag. 117.*
Lapeyrere, *lettre T. nom. 46.*

Par l'Art. 10. de l'Ordonnance du mois d'Août 1735. il eſt dit, que *ſi le Teſtateur ne ſçait ſigner, ou s'il n'a pû le faire, lorſqu'il a fait écrire ſes diſpoſitions, il ſera appellé à l'Acte de ſouſcription un huitiéme témoin, lequel ſignera ledit Acte avec les autres témoins, & qu'il y ſera fait mention de la cauſe pour laquelle ledit témoin aura été appellé.*

Par l'Art. 11. de la même Ordonnance, il eſt dit, que *ceux qui ne ſçavent, ou ne peuvent lire, ne pourront faire de diſpoſition dans la forme du teſtament myſtique.*

Quelque tems avant l'Ordonnance de 1735. il s'eſt élevé au Palais deux queſtions au ſujet des teſtamens myſtiques & ſolemnels: l'une, ſçavoir, Si le teſtament n'étant point écrit

de la propre main du Teſtateur, le Teſtateur doit ajoûter en le ſignant, ou dans l'acte de ſouſcription, qu'il l'a lû & relû, & ſi cette omiſſion forme un moyen de nullité ? L'autre, ſi la ſignature des témoins eſt d'une neceſſité indiſpenſable, en ſorte que le teſtament ſoit nul, lors même que les témoins requis & interpellez par le Notaire, ont declaré ne pouvoir, ou ne ſçavoir ſigner ? Deux queſtions qui ont partagé les avis des Juges & des Avocats.

Pour la premiere, & pour la neceſſité de la clauſe, *lû & relû*, on alleguoit divers Arrêts, celui rendu au mois de Juillet 1724. au Rapport de M. Daigua, qui caſſa le teſtament de la Demoiſelle Moureau épouſe du ſieur Rolet : celui rendu en 1726. au Rapport de M. de Charlary, en la cauſe & en la faveur du ſieur Delort Profeſſeur de cette Univerſité, en la Faculté de Médecine : Celui rendu en faveur du ſieur Ferluc, & par lequel la joüiſſance proviſionelle des biens dépendans de la ſucceſſion du ſieur Penavaire, frere de la Dame ſon épouſe, lui a été adjugée, préferablement aux pauvres des Hôpitaux de cette Ville inſtituez heritiers : & celui enfin qui vient d'être rendu ce mois de Mai dernier 1730. en la troiſiéme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Pujol, qui avant dire droit ſur la demande en caſſation du teſtament du ſieur de Latraverſe, ordonne qu'il ſera verifié par Experts, ſi le nom de l'heritier eſt écrit de la main du Teſtateur ; ce dernier d'autant plus deciſif qu'il condamne les ſieurs Expy & Puaux demandeurs en caſſation du teſtament, aux dépens juſqu'au jour qu'ils ont propoſé le moyen de nullité fondé ſur l'omiſſion de la clauſe *lû & relû* ; & qui par cette maniere de prononcer, préjuge également deux choſes : la premiere, que le moyen de caſſation pris de l'omiſſion de la clauſe * *lû & relû*, eſt un moyen pertinent : la ſeconde, qu'il peut être ſuppléé à cette omiſſion, ou pour mieux dire, qu'il n'y pût être ſuppléé, que par l'inſtitution d'heritier que le Teſtateur a écrit de la propre main ; mais la Juriſprudence a été fixée ſur ce point par l'Ordonnance de 1735. & il faut convenir en effet que les autoritez dont on ſe ſervoit communement paroiſſent bien étrangers ; ces termes, par exemple, de la Loi 1. §. *inter filium*, *ff. de Lege Cornelia de falſis*, *quod illi dictavi* lû.

* Poſterieurement à ces Arrêts a été rendu l'Arrêt après partage, du M. de Malaret Raporteur, M. l'Abbé de Caſtaing Comparatiteur; celui-ci rendu *conſultis claſſibus*, & depuis lequel on juge inutile la clauſe *lû & relû*.

& recognovi, n'ont évidament d'application qu'aux diſpoſitions écrites par ceux-là même au profit de qui elles ſont faites, *qui ſibi Teſtamento adſcribunt*; & il eſt évident auſſi, que les Ordonnances* qui exigent des Notaires, qu'après avoir paſſé un Acte, ils en faſſent lecture en préſence des parties : non plus que les déciſions des Auteurs* qui font de cette lecture une formalité indiſpenſable, ne regardent rien moins que les teſtamens dont nous parlons, les teſtamens myſtiques : pour leſquels n'eſt pas faite auſſi la Coûtume de Paris, lorſqu'elle dit en *l'art.* 289. que pour reputer un teſtament ſolemnel, il faut qu'il ait été dicté & nommé par le Teſtateur, & depuis à lui relû : & qu'il ſoit fait mention qu'il a été ainſi dicté, nommé & relû. La Loi *hac conſultiſſimâ*, permet indifferament à un Teſtateur d'écrire lui-même ſa diſpoſition, ou de la faire écrie par une perſonne de confiance, *ipſius teſtatoris vel cujus libet alterius manu conſcriptam*; & lorſqu'il prend ce dernier parti, on ne préſume point qu'il ſigne ſans avoir lû, & ſans être d'ailleurs aſſuré de la fidelité de l'Ecrivain.

* Ordonnance de François I. de 1535.

* Guy-pape *queſt.* 538. *Benedicti in cap. & Raynutius verbo in extremis, n°.* 40.

A l'égard de la deuxiéme queſtion concernant la ſignature des témoins, on cite pareillement divers Arrêts, & celui entre autres rendu au mois de Septembre 1727. au rapport de M. de Laroque, en la cauſe du ſieur Marquis de l'Etrange, qui caſſa un Teſtament par cette ſeule raiſon, que de ſept témoins, il y en avoit trois qui n'avoient pas ſigné, quoique d'ailleurs requis & interpellez par le Notaire, je n'ai jamais crû que cette Juriſprudence pût faire de progrés ; & en effet, quoique dans l'eſpece de l'Arrêt, dont nous avons parlé, rendu le 25. May 1730. au rapport de M. de Pujol, il y eût nombre de témoins qui n'avoient point ſigné, ce moyen de nullité fut rejetté, & on ne s'arrêta, comme il a été dit, qu'à celui pris de l'omiſſion de la clauſe *lû & relû*.

Il y a nombre de Loix, ſans parler du Texte que nous expliquons, qui rendent les ſceaux & les ſeings des témoins également neceſſaires dans les Teſtamens par écrit & ſolemnels, ſoit publics ou miſtiques ; & pour ces derniers en particulier, la Loi *hac conſultiſſima*, *Cod de Teſtamentis*, ne peut être plus formelle, lorſqu'elle dit *Conficientibus Teſtamentum, licere conſignatam, vel tantum clauſam involutamque proferre ſcripturam, eamque roga-*

tis teſtibus ſeptem numero ſimul offerre ſignandam & ſubſcribendam. Au reſte, il faut s'en tenir à preſent à ce qui eſt reglé par *l'art. 9.* de l'Ordonnance de 1735.

Une regle sûre, & une maxime certaine, c'eſt qu'à l'égard des formalitez des Teſtamens, on ſuit toûjours celles du lieu où eſt fait le Teſtament, & non point celles du lieu où le Teſtateur a ſon domicile, non plus que du lieu où les biens ſont ſituez, juſques-là même qu'on ne doute plus aujourd'hui, que les Teſtamens faits en Païs étranger en la forme qui y eſt obſervée, ne puiſſent & ne doivent être executez en France pour les biens qui y ſont ſituez. On étoit ſi jaloux des formalitez preſcrites par les Coûtumes des lieux en matiere de Teſtamens, & on y étoit ſi ſcrupuleuſement aſſujetti, que la plus petite omiſſion étoit ſans difficulté un moyen de nullité; on en peut juger par cet Arrêt que nous trouvons rapporté dans le premier Tome du Journal des Audiences, page 392. qui caſſa un Teſtament fait dans le Païs de Poitou, dont la Coûtume exige, que le Teſtateur declare que le teſtament a été dicté, nommé, & relû ſans ſuggeſtion d'aucune perſonne, & qui le caſſa par cette raiſon, que le Teſtateur au terme de ſuggeſtion, avoit ſubſtitué celui d'induction : terme, comme l'on voit, aſſez équipolent; tout cela eſt aujourd'hui inutile ſuivant *l'art.* 23. de l'Ordonnance de 1735.

L. ſi non ſpeciali, 9. Cod. de Teſtamentis. Ricard, tom. 1. pag. 290. M. Lebret en ſes déciſions notables, *Liv. 3. ch. 6.* M. Maynard, *Liv. 8. Ch. 51.* Lapeyrere, *lett. T. Nom. 40.* Journal des Audiences, *Tom. 1. Liv. 1. ch. 281.* Bardet, *tom. 1. page 241. & 274.* *V.* les Notes ſur *Part. 289.* de la Coûtume de Paris.

J'ai dit qu'on ſe regle pour les formalitez des Teſtamens par la Coûtume du lieu où l'on teſte, parce qu'il en eſt autrement dès qu'il eſt queſtion de la maniere de ſucceder, ou de la capacité du Teſtateur; s'il s'agit de *modo ſuccedendi*, il faut ſe regler par la coûtume des lieux où les biens ſont ſituez : & s'il s'agit de la capacité du Teſtateur, de l'âge, par exemple, auquel il eſt permis de teſter, il faut ſe regler par la Coûtume du lieu de ſon domicile : il n'y a qu'à rappeller ici la diſtinction, que nous avons fait ſur le Titre *de jure natali gentium & civili* au premier Livre, entre les Coûtumes réelles & perſonnelles.

§. 4. *Per manus Teſtatoris, vel Teſtium, nomen hæredis exprimatur, &c.*

LA diſpoſition de ce §. n'eſt point obſervé parmi nous ; Juſtinien même l'avoit abrogée par ſa Novelle 119. *ch.* 9.

§. 6. *Sed neque mulier poteſt in numerum teſtium adhiberi, &c.*

LEs raiſons pour leſquelles le témoignage des femmes eſt rejetté dans les Teſtamens, ſont marquées par M. Dolive, *Liv.* 5. *ch.* 3. Ce témoignage pourtant, ſuivant la doctrine du même Auteur, eſt reçu dans les Codiciles & dans les Teſtamens faits en tems de Peſte : Il y a un article exprès dans la Coûtume de Paris, c'eſt *l'art.* 289. portant que les mâles peuvent ſeuls ſervir de témoins teſtamentaires, & dans l'Ordonnance de 1735. *art.* 40.

§. 6. *Neque Impubes, &c.*

LA Coûtume de Paris, *art.* 289. ſuivie de pluſieurs autres, veut que les témoins teſtamentaires ſoient âgez de vingt ans ; dans les Païs du Droit Ecrit, l'âge de puberté ſuffit, ſuivant la diſpoſition de ce Paragraphe.

§. 6. *Sed neque ſervus, &c.*

M. de Cambolas, *Liv.* 5. *ch.* 35.
M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 11.

LE témoignage des Religieux quoique morts au monde, & par là exclus de toute participation du Droit Civil, eſt reçu dans le Païs du Droit Ecrit, dans les cas neanmoins de neceſſité, & en défaut d'autres témoins ; mais il eſt rejetté dans le Païs Coûtumier, comme on peut voir par les Arrêts rapportez dans le Journal des Audiences, *Tome* 1. *Liv.* 4. *ch.* 24. & par Ricard, *Tome* 1. *page* 362. Pour ſçavoir ce qui a lieu, ou n'a pas lieu à preſent à cet égard, il faut voir les articles 25. 27. 33. & 41. de l'Ordonnance de 1735.

§. 10. *Sed neque hæres ſcriptus, neque is qui in poteſtate ejus eſt, neque pater ejus qui eum habet in poteſtate, neque fratres, qui in ejuſdem Patris poteſtate ſunt, teſtes adhiberi poſſunt, &c.*

TEl eſt l'effet de la puiſſance paternelle, qu'elle exclut dans les Teſtamens le témoignage du pere, des enfans, & des freres de l'heritier inſtitué : L'excluſion n'auroit donc point lieu ſi le pere étoit decedé, ou ſi les enfans n'étoient plus ſous la puiſſance de leur pere commun, ainſi par Arrêt du Parlement de Paris rendu au mois de Juillet 1673. & rapporté dans le premier Tome du Journal du Palais page 421. un Teſtament fait dans le Lionois, Païs du Droit Ecrit, & auquel avoit aſſiſté comme témoin le frere de l'heritier, fut declaré valable, par cette raiſon, que lors du Teſtament, le témoin & l'heritier n'étoient point en la puiſſance de leur pere ; il en auroit été de même quand l'un des deux ſeulement, l'heritier ou le témoin auroit été émancipé : le témoignage du pere, des enfans, des freres de l'heritier, & de l'heritier lui-même, ſeroit il rejetté dans les teſtamens clos & ſecrets ? Non ſans doute, & la raiſon eſt priſe, de ce que dans ces ſortes de Teſtamens, les témoins ne rendent pas témoignage des diſpoſitions du Teſtateur qui leur ſont inconnus, mais ſeulement de la declaration que leur fait le Teſtateur, que ſes diſpoſitions ſont contenuës dans l'acte qu'il leur repreſente clos & ſecret.

Godefroi ſur la Loi 20. ff. *qui teſtam. fac poſſ.* Journal du Palais, *ibid.*

§. 11. *Legatariis autem & fideicommiſſariis quia non juris ſucceſſores ſunt, teſtimonium non denegamus, &c.*

LA Coûtume de Paris, *art.* 289. rejette nommement le témoignage des legataires dans les Teſtamens ; & il en doit être de même dans tous les Païs ſans diſtinction, Coûtumiers ou de Droit Ecrit : „ Ne pourront (dit l'article 27. de l'Ordonnance d'Orleans) les Curez, Vicaires, & gens d'Egliſe, „ recevoir les Teſtamens & diſpoſitions de derniere volonté, „ eſquels aucune choſe leur ſoit donnée & leguée : Et l'Ordonnance de Blois en *l'art.* 63. * „ Pourront les Curez & Vicai-

* Des diſpoſitions faites en faveur de ceux qui écrivent le Teſtament. V. *Tit. Cod. de his qui ſibi adſcribunt in teſtam.* Theveneau, *pag.* 697. & 297. Ricard, *tom.* 1. *pag.* 120.

„ recevoir les Teſtamens & diſpoſitions de derniere volonté, „ encore que par iceux y ait legs & œuvres pies, ſaintes & re- „ ligieuſes, pourveu que les legs ne ſoient faits en faveur d'eux, „ ou de leurs parens. Ces Ordonnances ne renferment-elles pas dans leur diſpoſition tous ceux dont on employe dans les Teſtamens le miniſtere ou le témoignage? La raiſon pour laquelle il eſt prohibé aux Curez & Vicaires de recevoir des Teſtamens dans leſquels ils ſont legataires, n'eſt-elle pas commune aux Notaires & aux témoins? & ſi la prohibition tombe uniquement ſur les Curez & les Vicaires, ne ſeroit-ce point (ſuivant la reflexion de M. Ricard, Tome 1. page 121.) parce qu'on ſuppoſoit la choſe déja établie à l'égard des Notaires & des témoins, & que les Curez & Vicaires étoient les ſeules perſonnes, qui par la faveur de leur miniſtere, auroient pû ſe croire exceptées de la regle generale? A l'interpreter autrement, c'eſt-à-dire, à regarder les Curez & les Vicaires comme les ſeuls à qui il eſt prohibé de recevoir des legs par les Teſtamens auſquels ils ſont appellez; c'eſt leur faire ſans doute (continuë le même Auteur) une injure très-grande: c'eſt les ſuppoſer plus intereſſez que le reſte des hommes; c'eſt ſuppoſer qu'eux ſeuls peuvent rendre un témoignage ſuſpect en leur propre cauſe: qu'eux ſeuls peuvent ſuborner le Teſtateur, & abuſer de ſa confiance. Ce que nous venons de dire, ne peut être ſuſceptible de doute depuis que l'Ordonnance de 1735. *art.* 43. dit, „ qu'à l'égard des legataires univerſels ou particuliers, ils ne „ pourront être témoins que pour l'acte de ſouſcription du „ Teſtament miſtique.

Que dans les Païs ou la Coûtume a reduit le nombre des témoins à deux, il ſeroit très-imprudent d'appeller un témoin legataire. *Vidé* Vinnius, page 354.

Puiſque nous avons eu occaſion de parler des Ordonnances qui permettent aux Curez & aux Vicaires de recevoir les Teſtamens de leurs Paroiſſiens, nous obſerverons qu'on les ſuit par tout, mais avec ce temperament, que les Curez & Vicaires ne peuvent recevoir les Teſtamens qu'en cas d'abſence ou empêchement des Notaires des lieux s'il y en a, & qu'ils ſont obligez de les remettre entre les mains d'un Notaire d'abord après le decès du Teſtateur: Je l'ai vû juger ainſi par Arrêt rendu en l'Audience de la Chambre Tournelle le 9. Juillet 1694. les Curez & les Vicaires donnent aux Teſtamens qu'ils retiennent le caractere d'acte public, parce qu'ils ont eux-mêmes par l'Ordonnance

l'Ordonnance, le caractere de perſonnes publiques : ainſi ni eux, ni les témoins n'ont aucun beſoin d'être reſumez. Il eſt dit en *l'art.* 290. de la Coûtume de Paris, qu'avant que les Vicaires puiſſent en cette qualité recevoir aucun Teſtament, leurs Lettres de Vicariat doivent être enregiſtrées aux Greffes Royaux pour le regard des Paroiſſes où il y a Juge Royal, & dans les autres lieux en la Juſtice ordinaire ; mais on n'exige point ailleurs cette formalité, & nous trouvons même divers Arrêts du Parlement de Paris qui n'y ont pas fait attention : des Arrêts qui ont confirmé les Teſtamens reçus par des Vicaires, dont les Lettres de Vicariat n'avoient point été enregiſtrées. Il ſuffit, dit Juſtinien dans le §. 7. de ce Titre, qu'un témoin de condition ſervile, paſſe pour une perſonne libre dans l'opinion publique, pour que ſon témoignage ne ſoit pas rejetté : *Teſtamentum firmum habeatur, cum eo tempore quo Teſtamentum ſignaretur, omnium conſenſu hic teſtis liberi loco fuerit* : il ſuffit de même qu'un Vicaire ſoit reconnu en cette qualité dans la Paroiſſe, & qu'il en faſſe publiquement les fonctions.

M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 54. vers la fin.

Ricard, *tom.* 1. page 459.

§. 14. *Si quis ſine ſcriptis voluerit ordinare Teſtamentum, ſeptem teſtibus adhibitis, & ſua voluntate coram eis nuncupata, ſciat hoc perfectiſſimum Teſtamentum, &c.*

CEtte maniere de teſter, *per nuncupationem*, qui ſoûmet les Teſtamens à la preuve vocale, n'eſt point connuë dans les Païs Coûtumiers : on l'a regardée comme contraire à l'Ordonnance de Moulins, *art.* 54. & à l'Ordonnance de 1667. *tit.* 20. qui défent la preuve par témoins de toutes choſes excedant la valeur de cent livres ; mais il en eſt autrement dans les Païs du Droit Ecrit : on a crû que l'Ordonnance de Moulins & celle de 1667. ne parlant que des Actes & des Contrats, ne devoient pas être étenduës aux diſpoſitions de derniere volonté, & on a crû que c'étoit en effet une extenſion, parce que comme il eſt dit dans une Loi *verba geſſerunt, contraxerunt, non pertinent ad teſtandi ejus* ; & quoiqu'il en ſoit, on y a conſervé l'uſage des Teſtamens nuncupatifs, tel qu'il étoit avant que la preuve par témoins fût interdite : Il vient d'être rendu tout reçamment un Arrêt en la Grand'Chambre * qui l'a jugé ainſi

* En Septembre 1722. M. de Boiſſi Rapporteur.

en la cauſe du ſieur Penavaire Procureur au Parlement, contre la Demoiſelle de Penavaire ſa ſœur, épouſe du ſieur Ferluc auſſi Procureur au Parlement.

Il ſemble qu'il ſoit de la nature des Teſtamens nuncupatifs d'être faits ſans écriture, les témoins, ſuivant l'expreſſion de la Loi *hac conſultiſſimâ*, §. *per nuncupationem*, *Cod. de Teſtamentis*, devant entendre de la bouche du Teſtateur ſa derniere diſpoſition, comme une diſpoſition verbale & non écrite, *ut teſtamentum ſine ſcripturâ facientis audiant*; Cependant il arrive preſque toûjours qu'on les fait rediger par écrit: & la difference qu'il y a entre ces Teſtamens nuncupatif ainſi redigez en écrit par le miniſtere d'une perſonne publique, & ceux qui ont été faits ſans aucune écriture, c'eſt qu'à l'égard des premiers, l'écriture en fait la preuve, & en établit l'exiſtance; au lieu qu'à l'égard des autres, pour en établir l'exiſtance & la preuve, il faut neceſſairement que les témoins numeraires ſoient oüis devant le Juge après la mort du Teſtateur.

On demande ſi un Teſtament par écrit qui ne peut ſubſiſter comme tel par le défaut de quelque formalité, peut valoir comme teſtament nuncupatif? Suppoſons par exemple, que le Teſtateur ou quelqu'un des témoins ait omis de ſigner, qu'il n'ait pas même été requis & interpellé par le Notaire, & que le Notaire n'ait pas exprimé la clauſe de cette omiſſion, le Teſtament qui ne peut ſubſiſter comme Teſtament par écrit, depuis que les Ordonnances d'Orleans, *art.* 84. & de Blois, *art.* 165. enjoignent aux Notaires, de faire ſigner, aux parties & aux témoins s'ils ſçavent ſigner, tous Contrats, Teſtamens & autres actes qu'ils retiendront à peine de nullité, ſubſiſtera-t'il comme Teſtament nuncupatif, en ſorte que le défaut puiſſe être reparé par l'audition ou reſomption des témoins? Cette queſtion ne reçoit plus aujourd'hui de difficulté dans le reſſort du Parlement de Toulouſe, on fait ſubſiſter le Teſtament comme nuncupatif, ſi ce n'eſt qu'il parût que le Teſtateur a voulu uniquement & taxativement teſter par écrit; & dans le doute ſi le Teſtateur a voulu uniquement & taxativement teſter par écrit, on reçoit toûjours la préſomption qui favoriſe & fait valoir l'acte, ſuivant la déciſion de la Loi *ſimiles*, 3. *ff. de Teſtamento militis*, *nec enim credendus eſt quiſquam genus teſtandi eligere ad impug-*

M. de Cambolas, *Liv.* 3. *ch.* 46.
M. Dolive, *Liv.* 5. *ch.* 5.
Lapeyrere, *lett.* T. *nom.* 46.
M. de Catelan, *Liv.* 2. *chap.* 4.
Ricard, *tom.* 1. *page* 365.

nanda propria judicia, ſed potius utroque genere Teſtari voluiſſe.

Il faut, diſons-nous, pour établir l'exiſtance & la preuve d'un teſtament nuncupatif, que les témoins numeraires ſoient oüis & reſumez devant le Juge après la mort du Teſtateur; mais ſi quelqu'un de ces témoins eſt decedé avant la reſomption, la preuve pourra-t'elle être faite par les témoins qui ſurvivent? Quelques-uns de nos Auteurs (du nombre deſquels eſt Ranchin) ont crû, que la preuve peut être faite par deux témoins numeraires, & pourveu que ces deux témoins atteſtent, que le teſtament fut fait en preſence de ſept : leur opinion eſt fondée ſur les termes de la Loi 2. *Cod. de bonor. poſſeſſione ſecundum Tabulas. Verum ſi ſeptem teſtes affuiſe ſine ſcriptis condito Teſtamento doceri poteſt, Jure Civili teſtamentum factum videri, ac ſecundum nuncupationem bonorum poſſeſſionem deferri explorati juris eſt*; Mais M. Ricard, traité des Donations, *tom.* 1. *page* 334. & 335. a démontré ſi ſolidement, qu'il faut pour la preuve du teſtament nuncupatif, le nombre des témoins requis pour la validité même du teſtament : que la queſtion s'étant preſentée il n'y a pas long-tems en la Troiſiéme Chambre des Enquêtes, on ne fit aucune difficulté de ſe conformer à ſon avis : Marie Anne Gilles par ſon teſtament, avoit inſtitué heritier Jacques Rave ſon mari, mais parmi les témoins il y en avoit un pupille, & qui par cette raiſon, ne devoit pas être compté; en ne le comptant point, il en reſtoit encore cinq, y compris le Notaire, & ce nombre étoit ſuffiſant, parce que le teſtament avoit été fait à la campagne : le nombre des témoins étoit ſuffiſant, mais il falloit les faire reſumer, parce que le Notaire étant reduit à la qualité de témoin, & perdant le caractere de perſonne publique, le teſtament ne pouvoit ſubſiſter que comme purement nuncupatif. La reſomption demandée devant le Senéchal de Nîmes, les parens ſucceſſeurs *ab inteſtat*, s'y oppoſerent, leur oppoſition fondée ſur ce que depuis le teſtament un des cinq témoins étoit decedé, & qu'il n'en reſtoit plus que quatre, le Senéchal ayant jugé en effet ce nombre inſuffiſant, & maintenu les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, par Arrêt rendu le 11. Juillet 1727. en la troiſiéme Chambre des Enquêtes au Rapport de M. de Mariote, la Sentence fut confirmée. *Oportet*, dit Pereſius ſur le titre du Code *de*

Teſtamentis & quemadmodum Teſtamenta ordinatur, num. 15. *Oportet teſtes exiſtere eo tempore quo inquiritur de voluntate, quæ deficiet, uno ex illis deficiente, nec eam adjuvat ſcriptura, vel ſubſignatio, quæ nulla eſt*; & Vinnius ſur le texte que nous expliquons, num. 3. ſuppoſe encore la choſe ſans difficulté, lorſqu'il dit : *Mortuis teſtibus aut aliquibus eorum cum non ſint, aut pauciores ſint quam requiruntur, neceſſe eſt irritam fieri defuncti voluntatem.*

Lorſque le teſtament eſt purement nuncupatif, & qu'il ne ſubſiſte que comme tel, de maniere que toute la preuve de la verité & de l'exiſtance même de l'acte, eſt en la reſomption des témoins, les témoins ſont-ils reprochables comme dans les enquêtes ordinaires, ou ne peut-on reprocher que les perſonnes dont le témoignage eſt exclus par le §. 8. de ce Titre; ſçavoir, l'heritier inſtitué, le pere qui l'a en ſa puiſſance & ſes freres, qui ſont ſous la puiſſance du pere commun? Il eſt certain que le Droit Romain ne diſtingue point à cet égard entre le teſtament par écrit, & le teſtament nuncupatif, & que ſuivant ſes principes, l'heritier inſtitué dans un teſtament nuncupatif peut être reçu à prouver ce pretendu teſtament par la dépoſition des legataires qui ont un interêt commun avec lui, de ſon pere même s'il n'eſt pas en ſa puiſſance, de ſes freres s'ils ſont, ou s'il eſt lui même émancipé, & à plus forte raiſon des parens en degré plus éloigné, ou de couſins germains, &c. Mais on ne peut diſſimuler le peril où expoſeroit ſouvent les heritiers legitimes, une ſi grande facilité de prouver une diſpoſition non écrite; auſſi les Arrêts * ne ſe ſont-ils pas conformez à cette Juriſprudence, toutes les fois que le cas s'eſt preſenté, ils ont declaré les témoins reprochables de la même maniere, & par les mêmes moyens qu'on les reproche dans les Enquêtes ordinaires: Il y a des Auteurs * qui ont paſſé plus avant & qui ont prétendu que la liberté des reproches devoit être étenduë aux teſtamens même redigez en écrit par le miniſtere d'une perſonne publique; mais cette opinion eſt auſſi peu ſuivie dans les Païs Coûtumiers, que dans les Païs du Droit Ecrit.

* M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 5.*

* Vinnius, *page 4.* Ricard, *Tome 1. pag. 361.* L'Auteur des Loix Civiles dans leur ordre naturel, *tome 3. page 332.*

Si, comme nous l'avons dit, l'uſage des teſtamens nuncupatifs n'eſt pas connu dans les Païs Coûtumiers, on a auſſi dans les Païs Coûtumiers une maniere de teſter qui n'eſt pas

connuë dans les Païs du Droit Ecrit, ou qui n'y eſt connuë qu'en certain cas privilegiez, dont nous parlerons dans le Titre ſuivant ; j'entends parler des teſtamens olographes, des teſtamens que l'Ordonnance de 1629. *art.* 106. permet de faire à toutes perſonnes, ſans Notaire & ſans témoins, pourveu qu'on écrive ſoi-même ſa diſpoſition, & qu'on la ſigne après l'avoir écrite, c'eſt de toutes les manieres de teſter la plus ſimple, comme la moins ſuſpecte ; & je ne ſçai pourquoi l'Ordonnance qui l'autoriſe, n'eſt pas ſuivie generalement dans toutes les Provinces du Royaume. Qu'on ne peut regarder comme teſtament olographe, une lettre miſſive par laquelle on inſtituë celui à qui on écrit. Bardet, *Tom.* 1. *page* 105.

Depuis ce que nous venons d'obſerver au ſujet des teſtamens nuncupatifs, eſt ſurvenuë l'Ordonnance de 1735.

l'Article 1. veut, *que toutes diſpoſitions teſtamentaires ou à cauſe de mort, de quelque nature qu'elles ſoient, ſoient faites par écrit*, il declare nulles *toutes celles qui ne ſeroient faites que verbalement, &* deffend d'en *admettre la preuve par témoins, même ſous pretexte de la modicité de la ſomme dont il auroit été diſpoſé.*

Par l'Art. 4. il eſt dit, que *l'uſage des teſtamens nuncupatifs écrits, & des teſtamens myſtiques ou ſecrets, continuera d'avoir lieu dans les Pays de Droit Ecrit, & autres, où leſdites formes de teſter ſont autoriſées par les Coûtumes ou Statuts.*

Par l'Art. 5. il eſt dit, *que lors que le Teſtateur voudra faire un teſtament nuncupatif écrit, il en prononcera intelligiblement toutes les diſpoſitions, en preſence au moins de ſept témoins, y compris le Notaire ou Tabellion, lequel écrira leſdites diſpoſitions à meſure qu'elles ſeront prononcées par le Teſtateur, après quoi ſera fait la lecture du teſtament entier audit Teſtateur, de laquelle lecture il ſera fait mention par ledit Notaire ou Tabellion, & le teſtament ſera ſigné par le Teſtateur, enſemble par le Notaire ou Tabellion, & par les autres témoins.*

Et par l'Art. 6. il eſt dit, *qu'il ſuffira que les témoins qui aſſiſteront au Teſtament nuncupatif écrit, y ayent été preſens tous enſemble, ſoit qu'il ſoit neceſſaire de faire mention qu'ils ayent été priez & convoquez à cet effet.*

TITRE XI.

DE MILITARI TESTAMENTO.

Quomodocumque ſuprema ejus voluntas inveniatur, ſive ſcripta, ſive ſine ſcripturâ, valet Teſtamentum, &c.

DAns les Païs Coûtumiers où la preuve par Témoins eſt regardée comme contraire à l'Ordonnance de Moulins, auſſi bien à l'égard des Teſtamens que des Contrats, on n'a point égard à la diſpoſition d'un Soldat, ſi elle n'eſt redigée par écrit, mais on la diſpenſe au ſurplus de toutes les formalitez : Dans les Païs du Droit Ecrit on la diſpenſe également des formalitez, & de l'écriture ; & ce n'eſt point même par privilege, qu'on y juge valable le teſtament d'un Soldat non-écrit, puiſque comme nous avons obſervé dans le Titre précedent, l'uſage des teſtamens nuncupatifs, y a été conſervé à l'égard de toute ſorte de perſonnes : Qu'un Soldat écrive donc ſa diſpoſition de ſa main, qu'il la ſigne ſi elle eſt écrite d'une main étrangere, qu'en défaut d'écriture, il la déclare devant deux témoins, en tous ces cas elle ſera conſtament hors d'atteinte.

Ricard, *tom. 3. pag. 368.* M. Loüet, *Lett. T. ſom. 8.*

Que les témoins dans un teſtament Militaire, ne doivent pas être priez. M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 45.*

Les témoins dans les Codicilles ne doivent pas être priés, *L. ult. Cod. de Codicillis.*

Nous avons dit en parlant des teſtamens retenus par les Curés & Vicaires, qu'ils avoient le caractere d'Acte public, parce que les Curés & Vicaires avoient eux-mêmes à cet égard par les Ordonnances de Blois & d'Orleans, le caractere de perſonnes publiques : En eſt-il de même des teſtamens des Soldats retenus par l'Aumônier du Regiment ? Les Arrêts * ont jugé que l'Aumônier repréſentoit naturellement la perſonne du Curé ; & qu'ainſi il n'y avoit aucune neceſſité de faire oüir ou réſumer les témoins numeraires.

* M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 54.*

J'ai vû agiter cette année * dans un Procès pendant en la premiere Chambre des Enquêtes, s'il en étoit d'un Directeur ou Aumônier dans un Convent ou Monaſtere de Religieuſes, comme du Curé ou de l'Aumônier d'un Regiment ? c'étoit à l'occaſion du teſtament qu'avoit retenu l'Aumônier du Monaſ-

* En 1730.

tere de l'Hôpital de Beaulieu en Querci, d'une Penſionnaire qui y étoit decedée : La Dame de Cars heritiere inſtituée avoit prévenu par la réſomption des témoins, le moyen de nullité qu'on auroit pû prendre du défaut de pouvoir en la perſonne de l'Aumônier ; mais je ſuis perſuadé que ſans cette précaution le teſtament auroit ſubſiſté, & que la même raiſon qui a fait étendre la diſpoſition de l'Ordonnance touchant les Curés des Paroiſſes, aux Aumôniers des Regimens, l'auroit fait étendre auſſi aux Directeurs des Monaſteres.

In illis temporibus, per quæ citrà expeditionum neceſſitatem in aliis locis, vel in ſuis ædibus degunt, minimè ad vindicandum tale privilegium adjuvantur, &c.

QUoique ces paroles ſemblent reſtraindre le privilege de teſter militairement aux Soldats qui ſont dans l'exercice actuel de la Guerre, *cum in expeditionibus occupati ſunt*, les Arrêts néanmoins l'ont étendu aux Soldats qui teſtent dans les Hôpitaux où leurs bleſſures les ont obligez de ſe retirer, ils l'ont étendu encore aux Soldats qui teſtent dans les Garniſons, comme auſſi à tous ceux indiſtinctement qui meurent dans le Camp, quoiqu'ils ne ſoient pas Soldats, les Vivandiers, par exemple, les Charretiers, Valets, & autres.

Henris, *tom.* 1. *pag.* 771. M. Maynard, *Liv.* 5. *ch.* 17. Papon, *Liv.* 20. *Tit.* 1. *art.* 23. M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 54.

§. 4. *Si quis antè Militiam non Jure fecit teſtamentum, dicendum eſt valere quaſi ex novâ Militis voluntate, &c.*

AInſi dans l'eſpece de l'Arrêt rapporté par M. de Cambolas, *Liv.* 5. *Ch.* 37. le teſtament olographe qu'avoit fait un particulier habitant de Toulouſe, long-tems avant de s'enrôler, ſubſiſta comme Teſtament Militaire, parce que ce Particulier peu de jours avant qu'il ne fût tué, l'avoit remis à deux Réligieux, en leur déclarant que c'étoit ſa derniere volonté, * *quaſi ex novâ Militis voluntate*, &c.

A l'exemple des teſtamens Militaires, les Loix & la Juriſprudence des Arrêts, ont diſpenſé en tout ou en partie des ſolemnitez ordinaires, pluſieurs autres eſpeces de teſtamens,

* M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 54.

les teſtamens par exemple, des peres & meres en faveur de leurs enfans, ceux faits en faveur de la cauſe pie, ceux où les ſucceſſeurs *ab inteſtat* ſont inſtituez heritiers, ceux que l'on fait aux champs, ou en tems de peſte.

L. hac conſultiſſimâ, §. ex imperfecto, Cod. de teſtam. Novelle 107.

Les teſtamens des peres entre enfans, n'ont abſolument beſoin d'aucune ſolemnité, ainſi que les teſtamens Militaires; mais il eſt remarquable que le privilege eſt reſtraint aux diſpoſitions qui regardent les enfans, en ſorte que les Legs ou les Fideicommis qu'il pourroit y avoir en faveur des perſonnes étrangeres, ſeront nuls & de nul effet.

M. Dolive, *Liv. 5. ch. 1.* M. de Cambolas, *Liv. 2. ch. 13.*

On peut juger de la faveur des teſtamens *inter liberos*, par cet Arrêt que rapporte M. de Catelan, *Liv. 2. Ch. 4.* & par lequel fut confirmée la diſpoſition du ſieur Sancheli Marchand de cette Ville, quoi qu'atteſtée par le Notaire ſeulement, qui avoit été appellé pour la retenir, mais qu'il n'avoit pas eu le tems d'écrire; & par l'Apoticaire qui avoit entendu le Malade déclarer ſa volonté au Notaire, mais auquel le Malade n'adreſſoit point la parole, & qui n'avoit été prié ni requis de porter témoignage : Arrêt ſingulier qui parût même tel aux Juges qui le rendirent, & qui par cette raiſon voulurent qu'on ajoûtât, que c'étoit pour certaines cauſes & conſiderations : ces conſiderations priſes de la qualité des témoins & de leur probité reconnuë, de la réſomption qui en avoit été faite à la Requête de la mere, d'abord après le decès du Teſtateur, des Actes & Tranſactions paſſées en conſéquence par les enfans quoique mineurs; & ſi l'on veut encore de la ſageſſe de la diſpoſition, conforme à celle que font communement tous les Peres, l'aîné inſtitué heritier, & la legitime laiſſée aux Puînez.

Teſtamens en faveur de la cauſe pie

Il en eſt des teſtamens faits en faveur de la cauſe pie, comme des teſtamens entre enfans, c'eſt-à-dire, qu'étant écrits ou ſignez par le Teſtateur, & en défaut d'écriture étant atteſtez par deux témoins, en l'un & en l'autre cas, ils ſubſiſtent au préjudice des ſucceſſeurs *ab inteſtat.* V. Ferriere ſur Guy-pape, *queſt.* 538. Lapeyrere, *lettre* T. *nom.* 45. & M. de Catelan, *Liv.* 12. *Ch.* 37.

L. hic conſultiſſimâ, §. 3. L. ult. Cod. de teſtamt.

A l'égard des teſtamens où les ſucceſſeurs *ab inteſtat* ſont inſtituez heritiers, le privilege conſiſte en ce qu'ils ſont valables

bles avec cinq témoins seulement. M. de Catelan au *Liv.* 2. *Ch.* 2. propose comme une question douteuse, si le privilege doit avoir lieu, lorsqu'un seul ou bien quelques-uns seulement, d'un plus grand nombre de successeurs *ab intestat*, sont instituez heritiers? Mais ce doute ne paroît avoir aucun fondement raisonnable; si on decidoit que le testament imparfait n'est valable que lorsque les successeurs *ab intestat* sont tous instituez heritiers, il faudroit aussi decider par la même raison, que le testament n'est valable que lorsque les successeurs *ab intestat* sont tous instituez heritiers en portions égales, auquel cas il seroit vrai de dire, qu'un Testateur ne pourroit par un testament imparfait, faire en faveur de ses successeurs *ab intestat*, que ce qu'il feroit en mourant *ab intestat.*

Le privilege des testamens faits aux champs consiste de même, en ce qu'on n'exige que la présence de cinq témoins: ce privilege n'est point fondé uniquement, comme quelques Auteurs l'ont crû, sur l'ignorance & la grossiereté des personnes rustiques, il l'est encore plus sur l'impossibilité ou difficulté de trouver aux champs le nombre des témoins requis ailleurs; ainsi les Arrêts * ont jugé que les habitans des Villes de quelque condition qu'ils fussent, pouvoient en user, lorsqu'ils se trouvoient à la Campagne attaquez d'une maladie dangereuse.

Les Loix n'accordent d'autre privilege aux testamens faits en tems de Peste, sinon qu'on les declare valables, quoique les témoins n'y ayent pas assisté conjointement, & tous ensemble; mais l'usage leur en a encore donné un autre, en ce qu'on n'exige que cinq témoins, & que s'il en faut même croire à la décision de Ferriere sur la *quest.* 543. de Cuy-Pape, la Peste pourroit être si échauffée, que deux seuls témoins suffiroient; *grassante peste, ità ut major quàm duorum testium numerus congregari non posset.* Ce n'est pas tout, les testamens en tems de peste sont dispensez d'une formalité essentiellement necessaire en tout autre cas, & qui consiste en ce que les témoins voyent le Testateur, *coram testatore, &c. in conspectu Testatoris, &c.* les Arrêts rapportez par M. Dolive, *Liv.* 5. *Ch.* 4. ayant jugé qu'il suffisoit aux témoins d'avoir entendu la voix du Testateur sans le voir.

L. ult. Cod. de testam.

Si les témoins doivent être priés, M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 3.

* M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 3.

L. casus majoris, Cod. de Testamentis.

M. Dolive, *Liv.* 5. *ch.* 2.

Si les témoins doivent être priés, M. de Catelan, *Liv.* 1. *Ch.* 53.

On a demandé si pour teſter de cette maniere, il falloit être actuellement attaqué de la peſte, ou s'il ſuffiſoit de ſe trouver dans un lieu peſtiferé ; mais la même raiſon qui a determiné pour la validité des teſtamens faits à la Campagne, en préſence de cinq témoins, par les habitans des Villes, ne pouvoit ſans doute que determiner auſſi pour les teſtamens faits en des lieux déſolez par la peſte, quoique les Teſtateurs n'en ſoient pas encore attaquez.

*M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 54.

Depuis ce que nous venons d'obſerver au ſujet des teſtamens militaires, & de ceux faits en tems de peſte, eſt ſurvenuë l'Ordonnance de 1735. dans laquelle à cet égard, il faut voir les articles 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 & 37.

TITRE XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE teſtamentum.

Præter hos qui caſtrenſe peculium, vel quaſi caſtrenſe habent, ſi quis alius filius-familiàs teſtamentum fecerit, inutile eſt, licet ſuæ poteſtatis factus deceſſerit, &c.

L'Uſage & la Juriſprudence des Arrêts ont introduit dans les Païs du Droit Ecrit, deux exceptions à la regle propoſée ici par Juſtinien ; car on y permet au fils de famille, de teſter entre ſes enfans, & en faveur de la cauſe pie : avec cette difference pourtant, que pour teſter en faveur de la cauſe pie, le fils de famille a beſoin du conſentement de ſon pere ; au lieu que pour teſter *inter liberos*, ce conſentement n'eſt point neceſſaire. Dans les Païs, diſons-nous, du Droit Ecrit, parce que dans les Païs Coûtumiers on ne reconnoît point cet effet de la puiſſance paternelle, les fils de famille pouvant y diſpoſer librement de leurs biens aventifs, pourveu qu'ils ayent atteint l'âge requis par la Coûtume.

M. Duranty & Ferriere, *queſt.* 21. M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 40.

Quand on dit que le fils de famille peut teſter *inter liberos*, on l'entend de la maniere & dans le ſens que nous avons dit dans le Titre précedent ; que les peres pouvoient entre

enfans, teſter ſans aucune ſolemnité, c'eſt-à-dire, que comme un pere par un teſtament imparfait ne peut diſpoſer qu'en faveur des enfans, & que toute autre diſpoſition en faveur des perſonnes étrangeres ſeroit nulle, un fils de famille auſſi ne peut teſter qu'en faveur & pour l'interêt de ſes enfans, en ſorte que les legs ou Fideicommis qu'il pourroit y avoir en faveur des étrangers, ſeroient nuls & de nul effet. *V.* M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 40.

Quoique le fils de famille ne puiſſe teſter, même avec le conſentement de ſon pere, il peut neanmoins donner à cauſe de mort, pourveu que ſon pere y conſente. Et de là il naît une difficulté qui ſe preſente aſſez ſouvent; ſçavoir, ſi lors qu'un pere a permis à ſon fils de teſter, le teſtament fait par ce fils, & dans lequel eſt inſerée la clauſe, *voulant que ſi l'acte ne peut valoir comme teſtament, il vaille comme codicille, ou donation à cauſe de mort*, peut ſubſiſter en vertu de cette derniere clauſe, c'eſt-à-dire, s'il peut ſubſiſter comme donation à cauſe de mort? à la rigueur il ſemble que non, parce qu'un fils de famille ne peut donner à cauſe de mort, ſans le conſentement de ſon pere, & que nous avons ſuppoſé le conſentement donné par le pere, pour teſter, & non pour donner: Le pere a permis à ſon fils de teſter, & il ne pouvoit le lui permettre, *quod non potuit voluit*: il pouvoit permettre à ſon fils de donner à cauſe de mort; mais il ne la point fait: *quod potuit noluit*; tout ce que l'on pourroit dire, & à quoi ſemble incliner M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 40. c'eſt, que ſi le pere avoit été preſent au prétendu teſtament, & s'il avoit donné ſon conſentement dans l'acte même qui contient la derniere diſpoſition de ſon fils, on pourroit préſumer qu'il a conſenti à toutes les clauſes qui s'y trouvent inſerées, & par conſequent qu'il a entendu autoriſer ſon fils pour la donation à cauſe de mort, auſſibien que pour le teſtament.

On demandera, peut être, ſi dans le cas où le teſtament du fils de famille ſe convertit en donation à cauſe de mort, & ne ſubſiſte que par l'effet de cette converſion, il ne faut point pour la validité de la diſpoſition, qu'elle ſoit acceptée par l'heritier regardé comme donataire; mais nous avons prévû & decidé cette queſtion ſur le §. 1. du Titre *de Donationibus*, en obſervant, que quand l'acceptation ſeroit neceſſaire dans les

donations même à cauſe de mort, ce qui peut être ſuſceptible de beaucoup de difficulté, les Arrêts la jugeoint inutile dans une donation à cauſe de mort, qui n'eſt telle, pour ainſi dire, que ſubſidiairement, & qui autrement ſeroit toûjours ſans effet, parce que dans les Teſtamens, on n'appelle jamais ceux en faveur de qui on diſpoſe, & que le Notaire même ne s'aviſe point d'accepter pour l'heritier abſent.

§. 1. *Teſtamentum facere non poſſunt impuberes, &c.*

* Les mâles à 14. ans, & les filles à 12.

ON peut teſter dans les Païs du Droit Ecrit dès qu'on a atteint l'âge de puberté ; * Mais il en eſt autrement dans preſque tous les Païs Coûtumiers : „ Pour teſter (dit la Coû„ tume de Paris en *l'art.* 293.) des meubles, acquêts & con„ quêts immeubles, faut avoir accompli l'âge de vingt ans : „ & pour teſter du quint des propres, faut avoir accompli „ l'âge de vingt-cinq ans ; toutefois (ajoûte l'article ſuivant) „ ſi le Teſtateur n'a meubles, acquêts ni conquêts immeubles, „ peut audit cas teſter du quint de ſes propres après vingt ans „ accomplis.

Dans les Coûtumes qui ne parlent point de l'âge auquel il eſt permis de teſter, doit-on ſuivre la diſpoſition du Droit Romain, plûtôt que la diſpoſition de la Coûtume de Paris ou des Coûtumes voiſines ? Cette queſtion, comme l'on voit, eſt une ſuite de celle que nous avons traitée dans la Préface ; ſçavoir, ſi le Droit Romain eſt le Droit Commun du Royaume, en ſorte qu'il faille y avoir recours toutes les fois qu'il ſe preſente des cas omis par les Coûtumes ? Nous l'avons decidée en faveur du Droit Romain, & nous perſiſtons toûjours dans cet avis : S'il a été rendu des Arrêts qui ont jugé differament touchant l'âge auquel il eſt permis de teſter dans les lieux où il n'eſt pas reglé par la Coûtume, on en peut voir la conciliation dans l'addition aux notes ſur le premier Liv. *ch.* 27. du Recuëil de M. Bardet, *tome* 2.

§. 1. Item furioſi, quia mente carent, &c.

LA fureur ou l'imbecilité eſt ſi fort un empêchement, que les Notaires dans la Preface des teſtamens ne manquent jamais d'inſerer que le Téſtateur eſt en ſon bon ſens & entendement. Cette clauſe eſt regardée comme une clauſe de ſtile, & ſi fort, que toutes les fois que ceux qui ont interêt à débattre le teſtament, alleguent que le Teſtateur étoit imbecile ou furieux, on les reçoit à la preuve par la voye ordinaire des enquêtes ſans les obliger à s'inſcrire en faux. * Je me ſouviens d'avoir vû agiter autrefois à l'Audience de la Grand'Chambre, s'il en devoit être de même, lorſqu'on alleguoit que le Teſtateur ne pouvoit pas parler, & ſi on pouvoit être reçu à la preuve de ce dernier fait, ainſi qu'à la preuve de l'imbecilité, ſans être tenu de s'inſcrire en faux? Il fut jugé que non; * & il y a en effet une grande difference d'un cas à l'autre. Qu'un Teſtateur ſoit en ſon bon ſens ou non, c'eſt ce qui n'eſt point du fait du Notaire; c'eſt ce que le Notaire n'examine point: la clauſe par laquelle il l'atteſte, eſt regardée, ainſi qu'il a été dit, comme une clauſe de ſtile; mais que le Teſtaire ſoit en état de parler ou non, c'eſt ce qui ne peut être équivoqué; c'eſt un fait à raiſon duquel, ni le Notaire, ni les témoins ne peuvent être trompez ou ſurpris: la preuve du fait contraire n'eſt pas recevable, l'acte doit être impugné de faux.

M. Dolive, *Liv. 5. ch. 9.*

* 14. Mars 1694. Arrêt contraire dans M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 67.* à la fin. *Vbi* de la preſence & ſignature des témoins *uno contextu*, & ſi la preuve par témoins du fait contraire, peut être reçûë.

§. 2. Item prodigus, cui bonorum ſuorum adminiſtratio interdicta eſt, &c.

DAns l'eſpece de l'Arrêt rapporté par M. de Cambolas *Liv. 5. ch.* 50. le teſtament fait par un prodigue fut declaré valable, par cette raiſon, que le prodigue avoit teſté en faveur de ſes enfans, comme auroit pû faire l'homme le plus judicieux; & il ne faut pas douter qu'on n'en uſât de même en pareil cas, ſuivant ces paroles de la Novelle 39. de l'Empereur Leon, *quid enim ſi prodigus aut hæreditatem neceſſariis ſuis relinquere, aut pauperibus ſua diſtribuere, aut denique gravem ſervitutis torquem ſervorum cervicibus adimere velit, an ideo quod prodigus eſt illi non licere velle dicendum, &c.*

§. 3. *Surdus, & mutus non ſemper teſtamentum facere poſſunt, &c.*

JUſtinien par la Conſtitution dont il parle dans ce Paragraphe, rapportée en la Loi *diſcretis*, *Cod. qui teſtam. fac. poſſunt*, défend abſolument de teſter à celui qui eſt ſourd & muet de naiſſance, *ſi hoc ex ipsâ naturâ habeat* : elle le permet ſeulement à celui qui eſt ſourd & muet par accident, *non naturali calamitate, ſed morbo* ; pourveu toutefois qu'il ſçache écrire, ſi *ponamus hujuſmodi hominem litteras ſcientem* ; cette Conſtitution doit ſervir de regle ; & ſi on a vû de nos jours un ſourd & muet de naiſſance qui ſçavoit écrire, capable d'affaires par le moyen de l'écriture, & dont le teſtament par cette raiſon fut declaré valable, * on n'en peut conclure autre choſe ſinon, qu'on voit quelquefois de prodiges de la nature, des prodiges ſi étonnans, qu'on ne peut imputer au Legiſlateur de ne les avoir pas prévûs.

* M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 48.

§. 4. *Cæcus non poteſt facere teſtamentum, niſi per obſervationem, quam lex Divi Juſtini introduxit.*

LA Loi dont parle ici Juſtinien, & qui preſcrit les formalitez qui doivent être obſervées dans les teſtamens des aveugles, eſt la Loi *hac Conſultiſſima*, *Cod. qui teſtamenta facere poſſunt* : Elle ôte aux aveugles la liberté de faire un teſtament clos & ſecret : elle les oblige de declarer de vive voix leur derniere volonté aux témoins, *per nuncupationem ſuæ condant moderamina voluntatis*, & les aſſujettit de plus à appeller un Notaire, ou en défaut de Notaire, un huitiéme témoin qui mette le tout par écrit, & qui faſſe ſouſcrire les témoins après avoir lui-même ſouſcrit ; ce qui fait dire aux Interprêtes que cette eſpece de teſtament n'eſt à proprement parler, ni nuncupatif, ni écrit, ou plûtôt qu'il eſt écrit & nuncupatif tout enſemble, *teſtamentum mixtum, quia quidquid in utraque ſpecie teſtamenti neceſſarium eſt, hic intervenire oportet.* On peut voir dans M. de Cambolas, *Liv.* 4. *chap.* 34. des Arrêts, qui conformement à cette Loi, ont declaré nuls les teſtamens des aveu-

Un Notaire de plus, ou en défaut de Notaire un huitiéme témoin. *V.* M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 53.

gles, pour n'avoir pas été redigez en écrit par un Notaire, ou par un huitiéme témoin.

Sur la queſtion, ſi le teſtament d'un pere ou d'une mere aveugle, *inter liberos*, eſt aſſujetti aux formalitez dont nous venons de parler, les Arrêts rapportez par M. Dolive, *Liv. 5. Ch. 6.* ont diſtingué entre les formalitez qui regardent la ſolemnité de l'acte, & celles qui ont pour objet de conſtater la volonté du Teſtateur : les teſtamens *inter liberos* ſont diſpenſez des premieres, telles que l'intervention d'un Notaire, ou d'un huitiéme témoin, & la ſouſcription, tant des témoins que du Notaire ; mais ils ne ſont point diſpenſez des autres : en ſorte qu'un pere & une mere aveugles ne peuvent point faire de teſtament clos & ſecret, par la facilité qu'auroient ceux dont ils ſe ſerviroient pour écrire à abuſer de leur confiance. On peut rappeller ici ce que nous avons obſervé ſur le Titre de *Teſtamentis ordinandis*, en parlant des perſonnes illiterées qui ne ſçavent ni lire ni écrire, & dont la condition ſur cette matiere n'eſt guere differente de celle des aveugles.

On a demandé ſi dans les lieux dont la Coûtume requiert pour la validité des teſtamens un nombre de témoins moindre que celui qui eſt requis par le Droit, un aveugle peut valablement teſter avec ce nombre de témoins requis par la Coûtume, ou s'il ne le peut qu'avec le nombre des témoins, & les autres formalitez preſcrites par la Loi *hac conſultiſſimâ* ; cette queſtion ſe preſenta à juger il n'y a pas long tems * au rapport de M. de Cambon en la grand'Chambre, au ſujet du Teſtament qu'avoit fait Jeanne Laforgue veuve du ſieur Villari, en faveur du ſieur Laforgue ſon frere, & que cette femme étant aveugle avoit fait à Toulouſe en preſence d'un Notaire & de deux témoins ; l'Arrêt qui declara le teſtament valable décida bien clairement que le nombre des témoins requis par la Loi *hac conſultiſſima* n'étoit point neceſſaire à Toulouſe, ou par la Coûtume deux témoins ſuffiſent : & qu'à cet égard, la Loi devoit être ſubordonnée à la Coûtume ; en quoi on ne ſe conforma point au ſentiment de pluſieurs Auteurs, & du Preſident Boyer entr'autres, qui dit à la page 258. *cæcum teſtari non poſſe, etiamſi eſſet conſuetudo, vel ſtatutum loci, volens teſtamentum coram minori teſtium numero factum valere ; quia non intelli-*

* Ceci eſt de 1721.

gitur comprehendere teſtamentum caci; mais il ne decida pas auſſi préciſement, ſi pour la validité du teſtament que fait un aveugle dans un lieu où la Coûtume ne requiert que deux témoins, il ne falloit en effet que deux témoins, ou s'il en falloit un troiſiéme, ainſi qu'il en faut huit par la Loi *hac conſultiſſima*; & ce qui fait qu'on ne trouve point cette déciſion dans l'Arrêt, c'eſt que l'heritier intereſſé à ſoûtenir le teſtament n'inſiſtoit pas ſi fort ſur l'inutilité du troiſiéme témoin, attendu la diſpoſition de la Coûtume, qu'il n'ajoûtât, que ce troiſiéme témoin ſe trouvoit en la perſonne du Notaire; n'étant pas douteux, diſoit-il, ſuivant la Loi *Domitius labeo, ff. qui teſtam. fac. poſſ.* que le Notaire dans un teſtament ne puiſſe ſoûtenir, *duplicem perſonam*, & de témoin, & de perſonne publique: *plus enim quam ridiculum eſt dubitare, an aliquis jure teſtis adhibitus ſit, quoniam idem tabulas teſtamenti ſcripſerit.* J'incline volontiers à croire que les Juges ſe déterminerent par cette derniere raiſon, & j'ai peine à comprendre, que la Loi *Dominitius labeo*, ne doive être appliquée, ainſi que veut l'inſinuer M. de Cambolas au *Liv. 3. Ch. 46.* qu'aux teſtamens purement nuncupatifs, qui ſubſiſtent par la réſomption des témoins, & non aux teſtamens par écrit, ou aux teſtamens nuncupatifs & par écrit tout enſemble, tels que ſont les teſtamens des aveugles. En ſuppoſant la neceſſité d'un troiſiéme témoin, on concilie la Loi avec la Coûtume; la Loi qui requiert un témoin ſurnumeraire dans les teſtamens des aveugles, avec la Coûtume qui ne veut que deux témoins dans les teſtamens ordinaires, tout ce que l'on diſoit au ſurplus pour prouver que dans le cas particulier du teſtament de l'aveugle, le Notaire appellé ſeulement pour donner à l'acte un caractere d'authenticité, ne pouvoit repreſenter ce témoin ſurnumeraire, requis par la Loi *hac conſultiſſima*, parce que ce témoin ſurnumeraire, ſoit Notaire ou autre, devoit être du nombre de ceux que le Teſtateur appelloit pour leur declarer verbalement ſa volonté, ne paroiſſant avoir rien de ſolide, puis qu'après tout, le Notaire ne pouvoit avoir écrit que ce qu'il avoit entendu de la bouche du Teſtateur.

Voyés M. de Catelan, *Liv. 2. Ch. 53.*

§. 4.

§. 5. *Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in Civitate fuerat, fecit: sive redierit valet jure postliminii, sive illic decesserit, valet ex Lege Cornelia.*

NOus avons eu occasion d'observer ailleurs, que la victoire parmi les Nations chrétiennes, avoit perdu le droit de changer l'état des personnes, & que ceux qui étoient pris par les ennemis devenoient seulement prisonniers de guerre, obligez en cette qualité de payer une rançon telle, dont les deux Nations ennemies ont publiquement convenu, ou en défaut de convention, telle qu'il plaît au vainqueur d'exiger; de maniere qu'il ne peut y avoir aujourd'hui de difficulté qu'à l'égard de ceux qui sont pris par des Turcs, ou par des Corsaires, dont la Religion n'a point adouci les mœurs, & chez qui la victoire a conservé le droit de faire des Esclaves. Sans doute que s'il s'agissoit d'un testament fait avant la captivité, & que le Testateur vint à être racheté, ou qu'il decedât captif, on admettroit pour conserver le testament, les fictions dont parle ici Justinien. *post liminii, & Legis Cornelia*: on feindroit dans le premier cas que le Testateur n'avoit jamais quitté sa patrie: & dans le second, on le reputeroit mort du premier moment qu'il auroit été pris. Mais reste la question touchant la validité du testament qui seroit fait pendant la captivité: question délicate, & sur laquelle j'aurois souhaité de trouver quelque préjugé: Un Auteur d'un grand nom *a* a decidé que le testament étoit nul, & il a crû pouvoir fonder sa décision sur l'interêt même des captifs: *potes dicere, quod sit utile, etiam ipsis captivis, quòd sint servi, nè fortè inimici sui faciant eos contrahere, vel aliàs testari, prout vellent, vel alias fortè, sine vi, favore inimicorum hoc facerent*; mais je doute si le cas se presentoit, qu'on le jugeât ainsi; je suis persuadé qu'on declareroit le testament valable, *b* qu'on ne regarderoit point comme Esclaves par rapport aux effets civils ceux qui auroient été pris par les infidéles, & qu'il seroit plus naturel & plus conforme à nos mœurs, de regarder en ce cas la liberté comme perduë de fait seulement, & non de

* *Jonnes-Faber instilut. quibus mod. jus patriæ potestatis solvitur.* Ceux qui avoient testé avant la captivité, pouvoient faire des Codiciles pendant la captivité; ce n'étoit donc qu'une subtilité du Droit qui les empêchoit de tester, & non point les inconveniens dont parle Faber.

b Et depuis ce que je viens d'observer, est survenuë l'Ordonnance de 1735. qui le decide ainsi dans l'art. 38.

droit, ainſi qu'il arrive à ceux que des voleurs retiennent par force, & qui ſont purement conſiderez comme abſens, capables par conſequent de teſter.

Il étoit permis par le Droit à ceux qui avoient teſté avant la captivité, de faire des Codiciles pendant la captivité ; d'où on peut conclure que ce n'étoit rien moins que les inconveniens dont parle Joannes Faber, qui rendoient inutile le teſtament fait durant la captivité.

Bacquet du Droit d'Aubaine, *partie 2. ch. 18. & part. 4. ch. 27.*

Nous obſerverons avant de paſſer à un autre titre, que par les Loix du Royaume, les Etrangers ne peuvent point diſpoſer par teſtament des biens qu'ils ont en France, ces biens appartenant au Roi par droit d'aubaine, & qu'on ne ſuit pas par conſequent l'authentique *omnes peregrini*, *Cod. de ſucceſſionibus* : Lafaille dans le premier Tom. de ſes Annales, *pag.* 240. fait mention des Lettres Patentes par leſquelles le Roi en l'année 1472. accorda à Toulouſe l'affranchiſſement du droit d'Aubaine, afin de donner à cette Ville qui avoit été déſolée par la Peſte, le moyen de ſe repeupler : & d'autres Lettres Patentes de l'année 1485. qui accorderent le même privilege à toute la Province du Languedoc.

droit d'aubaine abrogé en Languedoc. les etrangers peuvent y teſter.

TITRE XIII.

DE EXEREDATIONE LIBERORUM.

Alioquin ſi eum ſilentio præterierit, inutiliter teſtabitur, &c.

LA préterition de quelqu'un des enfans du Teſtateur, rend (dit Juſtinien) le teſtament inutile ; Mais le rend-elle inutile, non-ſeulement par rapport à l'inſtitution, mais par rapport encore aux legs, fideicommis, & autres diſpoſitions qui y ſont contenuës ? Queſtion celebre, & qui n'eſt ni clairement decidée par le Droit, ni fixée par la Juriſprudence des Arrêts, & ſur laquelle il a été fait de part & d'autre, des diſſertations infinies.

Ceux qui tiennent que l'inſtitution ſeule eſt emportée par la preterition, & que les legs, les fideicommis, & autres diſpoſitions contenuës dans le teſtament doivent ſubſiſter, ſe fondent ſur l'authentique *ex causâ*, *Cod. de liberis præteritis*, priſe de la Novelle 115. *chap.* 3. & il faut convenir en effet que ce Texte paroît bien précis : *ex causâ præteritionis, vel exheredationis, irritum fit teſtamentum, quantùm ad inſtitutiones : cæterà namque firma permanent, &c.*

Ceux qui tiennent l'opinion contraire, c'eſt-à-dire, qui croyent que tout teſtament dans lequel un fils a été preterit, omis, ou oublié par ſon pere, eſt nul d'une nullité radicale, eſſentielle, & abſoluë ; en ſorte qu'aucune des diſpoſitions qui y ſont contenuës, ne peut ſubſiſter, ſe fondent ſur la Loi *filio præterito* 17. *ff. de injuſto rupto & irrito facto teſtamento* : d'où il faut convenir auſſi que la deciſion paroît bien formelle : *filio præterito qui fuit in patris poteſtate, neque libertates competunt, neque legata præſtantur* : Ils ne regardent point cette Loi comme abrogée par la Novelle 115. d'où a été priſe l'authentique *ex cauſa*, attendu, diſent-ils, que Juſtinien y parle, non point d'un teſtament nul par la preterition, mais d'un teſtament inofficieux : la querelle d'inofficioſité fondée ſur l'exheredation injuſte du pere, ou ſur la preterition de la mere, que le Paragraphe dernier de ce Titre nous apprend tenir lieu d'exheredation : & ils ajoûtent que le Parlement de Paris l'a ainſi jugé par deux Arrêts que l'on trouve rapportez dans le premier Tome du Journal des Audiences, l'un au *Liv.* 4. *ch.* 40. qui declara nul le teſtament de M. le Duc d'Epernon, qui avoit preterit le Duc de la Valette ſon fils, & le declara nul, tant à l'égard de l'inſtitution que le Teſtateur avoit fait de la perſonne du Duc de Candale ſon petit-fils, que du legs de 300000. liv. qu'il avoit fait à la Demoiſelle de la Valette ſa petite-fille : Et l'autre au *Liv.* 8. *ch.* 17. qui ne laiſſa pas même ſubſiſter les diſpoſitions contenuës dans le teſtament en faveur de la cauſe pie : M. l'Avocat General Talon, ſur les concluſions duquel furent rendus l'un & l'autre de ces Arrêts, ayant dans ſes Plaidoyers interprêté l'authentique *ex cauſa*, de la maniere que nous l'avons dit, en appliquant ſa deciſion au teſtament inofficieux par l'exheredation du pere, ou de la mere.

On ne peut diſſimuler que cette interpretation paroît moins ſolide que ſubtile, auſſi le Parlement de Toulouſe ne l'a-t-il point adoptée ; & qu'elle raiſon en effet de diſtinguer ſur cette matiere, entre la preterition & l'exheredation, de declarer aneanties par la preterition toutes les diſpoſitions contenuës dans le Teſtament, tandis que par l'exheredation, l'inſtitution ſeule eſt emportée : comme ſi la preterition, qui après tout peut être l'effet de l'oubli & de l'inattention du pere, étoit un plus grand vice que l'exheredation : comme ſi un teſtament inofficieux par l'exheredation, qui ſuivant le langage des Loix, ne peut être regardé que comme l'ouvrage d'un pere furieux, ou qui n'eſt pas en ſon bon ſens, *quaſi non ſanæ mentis fuerit qui teſtamentum condidit*, devoit être plus reſpecté qu'un teſtament nul par la preterition : plus reſpecté, diſons-nous, comme il le ſeroit ſans difficulté, ſi la querelle d'inofficioſité ne rendant que l'inſtitution nulle, tant l'inſtitution que les autres diſpoſitions contenuës dans le teſtament, étoient emportées par la preterition : En un mot, le texte eſt préeis, *ex causâ præteritionis, vel exheredationis irritum teſtamentum, quantùm ad inſtitutiones, cætera firma manent* ; & c'eſt à quoi il faut s'en tenir ; tout ce qu'il y a, c'eſt qu'on diſtingue entre la preterition qui eſt faite *ignoranter*, & celle qui eſt faite *ſcienter* : qu'un pere dans ſon teſtament ne faſſe aucune mention d'un fils qu'il ne connoiſſoit pas, qu'il croyoit mort, ou qui n'étoit pas encore né, l'effet de la preterition en ce cas ſera de rendre nulles toutes les diſpoſitions contenuës dans le teſtament ; mais qu'un pere ne faſſe pas mention d'un fils qu'il connoiſſoit, & qu'il ſçavoit être en vie, l'effet de la preterition en ce dernier cas, ſera de rendre l'inſtitution nulle, ſans donner atteinte aux autres diſpoſitions contenuës dans le teſtament.

L. 2. ff. de inoff. teſtam.

Ferriere ſur la queſt. 426. de Guy-Pape.
Henrys, *tome 2. Liv. 5. queſt. 45.*
Ricard, *tome 1. page 611. & tom. 2. page 249.*

De cette premiere queſtion il en naît une ſeconde ; ſçavoir, ſi la nullité fondée ſur la preterition, eſt couverte par la clauſe codicillaire, dont les Loix nous apprennent que l'effet eſt celui de convertir la diſpoſition du Teſtateur en un Fideicommis, de maniere que les heritiers *ab inteſtat* ſont cenſez priez de rendre la ſucceſſion à l'heritier inſtitué dans le teſtament qui ſe trouve nul, en retenant la Quarte Trebellianique : *qui decrevit facere teſtamentum*, dit la Loi derniere, *Cod.*

voyés l'arrêt 53 de l'ordre des teſtaments de 1735 la diſtinction ſur la preterition faite ou ſcienter ou ignoranter n'a pas lieu, la preterition rend nul le teſtament quant à l'inſtitution dans l'un et l'autre cas. ny il ne peut valoir par la clauſe codicillaire ici.

de Codicillis, ſi id adimplere nequiverit, inteſtatò videtur eſſe defunctus, nec tranſducere licet ad Fideicommiſſi interpretationem, velut ex codicillis ultimam voluntatem : niſi id ille complexus ſit, ut vim etiam codicillorum ſcriptura debeat obtinere. Un pere fait un teſtament, dans lequel il ne fait aucune mention de ſon fils, ou d'un de ſes fils, mais il declare qu'il veut & entend que ſi ſa diſpoſition ne peut valoir comme teſtament, elle vaille comme codicille ; cette clauſe que l'on appelle codicillaire, ſoûtiendra-t-elle le teſtament, ou le fera-t-elle valoir comme codicille ? Le fils préterit, & les autres ſucceſſeurs *ab inteſtat* ſeront-ils obligez de ſe conformer à la volonté du Teſtateur en acquittant les legs, & en rendant l'heredité à l'heritier inſtitué ? On ne peut decider cette queſtion, ſans ramener encore, la diſtinction de la préterition faite *ſcienter, vel ignoranter* : le pere a-t-il préterit un fils qu'il connoiſſoit & qu'il ſçavoit être en vie ? En ce cas la clauſe codicillaire conſervera toutes les diſpoſitions contenuës dans le teſtament : Le pere a-t-il préterit un fils qu'il ne connoiſſoit point, ou qu'il croyoit mort ? En ce cas la clauſe codicillaire eſt ſans effet, elle ne conſerve ni l'inſtitution ni les legs : la préterition étant faite *ignoranter*, il eſt indifferent que la clauſe codicillaire ſoit inſerée ou omiſe, parce que la diſpoſition ſubſiſte auſſi peu comme codicille, que comme teſtament ; mais ſi la préterition eſt faite *ſcienter*, l'effet de la clauſe codicillaire eſt de conſerver l'inſtitution, le fils préterit recevant d'une main l'heredité pour la rendre de l'autre à l'heritier inſtitué : je dis l'inſtitution, parce que comme nous avons obſervé, la Novelle 115. fait ſubſtituer les legs & autres diſpoſitions contenuës dans le teſtament, independament de la clauſe codicillaire, *irritum ſit quantum ad inſtitutiones, catera firma permanent.*

Journal du Palais, *tom.* 2. *pag.* 536. Henrys, *tom.* 2. *pag.* 560. Ferriere ſur la queſt. 426. & ſur la queſt. dernierè de Guy-pape. M. Laroche, *Liv.* 4. *tit.* 5. *art.* 3. M. de Cambolas, *Liv.* 3. *ch.* 51. M. Maynard, *Liv.* 5. *ch.* 13. Ricard, *tom.* 1. *nom.* 1422. & ſuivans. M. de Catelan, *Liv.* 2. *chap.* 6.

§. 1. *Filio posthumo præterito, valet quidem testamentum, sed posteà agnatione posthumi rumpitur, & eâ ratione totum infirmatur, &c.*

L'Agnation d'un posthume est le cas le plus ordinaire de la préterition ignorament faite ; car il n'arrive guere qu'un pere oublie ignorament un fils déja né lors du testament ; mais la regle dont nous venons de parler, fondée sur la distinction *scienter, vel ignoranter*, n'est pas toûjours à l'égard de la préterition des posthumes, une regle bien sûre ; car la clause codicillaire, lors même que le posthume a été préterit sciament, ne conserve pas toûjours les dispositions contenuës dans le testament ; & cette clause peut conserver quelque fois les dispositions contenuës dans le testament, lors même que la préterition a été faite ignorament : Qu'un pere par exemple, instituë heritiers des étrangers, seroit-il juste que la question, si la clause codicillaire soûtient le testament ou non, dépendît de sçavoir si le posthume a été préterit *scienter, vel ignoranter* ? Non sans doute, & pour en être convaincu, il n'y a qu'à rappeller ce que nous avons observé en parlant de la revocation des donations par la survenance des enfans : Qu'un pere instituë heritier son fils aîné, & donne simplement la legitime à ses autres enfans déja nés : seroit-il juste qu'une disposition si sage, dépendît de la même distinction *scienter, vel ignoranter* ? Non sans doute, la volonté du Testateur seroit alors une raison superieure qui rendroit cette distinction inutile, ou la feroit prévaloir à toutes les subtilitez du Droit : par la clause codicillaire, le posthume préterit seroit obligé de rendre à l'heritier institué.

M. de Catelan, *Liv. 2. 6.*

Nous ne nous étendrons pas davantage sur cette matiere, parce qu'on peut la voir traitée au long par les Auteurs que nous avons cité ; nous observerons seulement, qu'un Testateur peut prévenir toutes les contestations qui peuvent naître de la préterition des posthumes, en instituant vaguement le posthume, ou les posthumes, les Arrêts * ayant jugé qu'une institution ainsi vaguement faite, s'étendoit à tous les enfans nés depuis le testament, & aux enfans même nés d'une au-

*M. de Cambolas, *Liv. 6. Ch. 10.*

institution d'un posthume s'étend aux enfans d'une autre femme

tre femme, que celle avec laquelle le Teſtateur étoit marié lors du teſtament, le tout conformément à la Loi *placet*, *ff. de liberis & poſthumis* : Bien plus, les Arrêts * ont jugé que l'inſtitution du poſthume, lors même qu'elle étoit reſtrainte par le Teſtateur aux enfans qu'il auroit de la femme avec laquelle il étoit actuellement marié, ou à l'enfant dont ſa femme ſe trouvoit lors actuellement enceinte, s'étendoit generalement à tous les poſthumes ; ce qui pourtant eſt un peu contraire à la diſpoſition du Droit, car comme il eſt dit en la Loi 28. §. 2. au même Titre de *liberis & poſthumis*, *ſi quis ex certâ uxore natum ſcribit hæredem, in periculum rumpendi teſtamentum deducit, ex aliâ ſuſceptis liberis.*

* M. Maynard, *Liv.* 5. *Ch.* 9. M. Laroche, *Liv.* 2. *in verbo* Fideicommis, *Tit.* 5. *art.* 1. Le Préſident Faber en ſon Code, *Liv.* 6. *Tit.* 10. *définit.* 1. M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 52.

(*a*) *Adeò quidem, ut, ſi vivo patre, filius mortuus ſit, nemo hæres ex eo teſtamento exiſtere poſſit, quia ſcilicèt ab initio non conſtiterit teſtamentum, &c.*

LA nullité priſe de la préterition, n'eſt pas convertie, dit Juſtinien, par la mort du fils préterit, arrivée pendant la vie du pere ; mais cette déciſion (dit le Juriſconſulte en la Loi *poſthumus* 12. *ff. de injuſto rupto & irrito*, *&c.*) eſt fondée ſur une trop grande ſubtilité, *Juris ſcrupuloſitate & nimia ſubtilitate*, auſſi les Arrêts ne l'ont-ils point ſuivie ; M. le Préſident Duranti en la queſt. 44. nous aprend, que toutes les fois que le cas s'eſt préſenté, on n'a fait aucune difficulté de declarer le teſtament bon & valable.

On demande, ſi lorſque le fils préterit ſurvit à ſon pere & qu'il ne ſe plaint pas, les autres enfans reduits à la legitime, ou inſtituez en de portions inégales, peuvent ſe plaindre, *ex perſona preteriti*, s'ils ſont eux-même perſonnes legitimes pour demander la caſſation du teſtament ? Et l'opinion commune eſt que l'approbation même expreſſe du teſtament, faite par le fils préterit, n'empêche pas les autres enfans de ſe plaindre, & de demander un partage égal des biens delaiſſez par le pere commun, *ſi hæc obſervata non fuerint*, dit la Novelle 115. *liberi æqua lance admittantur* ; il n'en ſeroit pas de même ſi le Teſtateur n'ayant laiſſé que le fils qu'il a préterit, les plus proches

Ferriere ſur la queſt. 426. de Guy-pape. M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 6.

(*a*) Ce Texte eſt une ſuite du Titre 13. & non du §. 1. du même Titre ci-deſſus cité.

parens vouloient ſe ſervir de la préterition pour exclure l'heritier inſtitué, malgré l'approbation de ce fils préterit ; l'opinion commune en ce dernier cas, eſt que le fils préterit eſt ſeul en droit de ſe plaindre, & que ſon approbation fait ſubſiſter le teſtament au profit des heritiers inſtituez, à l'excluſion des ſucceſſeurs *ab inteſtat.*

L. filio præterito 17. ff. de injuſt. Rup. Et Ferriere en l'endroit cité ciderſus.

§. 1. *Si mulier, ex quâ poſthumus ſperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento eſt ſcriptis hæredibus ad hæreditatem adeundam, &c.*

UN poſthume préterit, pour rendre le teſtament nul, doit naître vif ou viable : On a ſouvent agité, ſi on devoit regarder comme viable un enfant né avant le ſeptiéme mois, & ſi on devoit regarder comme legitime un enfant né dans le 10. ou après le 10. mois ; & on peut voir dans les Auteurs que nous citons * les differens Arrêts rendus ſur cette matiere.

* Journal des Audiences, *tom.* 1. *Liv.* 3. *ch.* 20. M. Loüet, *lett. E. Som.* 5. M. Maynard, *Liv.* 5. *ch.* 77. Mornac ſur la Loi *ſeptimo menſe, ff. de ſtatu hominum.* Ferriere, *Tractatus varii, tit. ad Senatuſc. Trebell. ch.* 28.

l'enfant de 7. mois ou de 10. lie

Il ne ſuffit pas, dit la Loi 3. *Cod. de poſth. hæred.* que l'enfant ſoit né vif ou viable, il faut encore qu'il n'ait rien de monſtrueux, *vivus ad orbem totus procedat, ad nullum declinans manſtrum* ; & ſur cela on peut voir encore un Arrêt remarquable du Parlement de Paris, rapporté par Bardet, *Tom.* 1. *pag.* 85. un Arrêt, qui declara habile & capable de ſucceder, un enfant qui étoit né ayant la partie inferieure du viſage ſemblable au muſeau d'un Singe, avec les pieds fourchus, qui n'avoit vêcu que quelques heures, & à qui le Curé avoit refuſé de donner le Baptême.

§. 2. *Si filius vivo eo moriatur, aut qualibet aliâ ratione exeat de poteſtate ejus, incipit nepos neptiſve in locum ejus ſuccedere, &c.*

Quid ſi filius præmortuus inſtitutus ſit in teſtamento, &c.

LA préterition des petit-fils entrez au degré de leur pere, qui ſe trouve vuide par ſon decès, rend nul le teſtament de l'ayeul, cela eſt ſans difficulté ; mais en eſt-il de même de la préterition des petits-fils dont le pere a été juſtement exheredé ? L'exheredation en ce cas a-t-elle le même effet que la mort ; en ſorte que les enfans du fils exheredé, puiſſent

ſent ſe plaindre ou de la préterition, ou de l'exheredation injuſte que l'ayeul aura fait de leurs perſonnes? S'il en faut croire à Duperier, *Liv.* 2. *queſt.* 8. & aux Auteurs qu'il cite, la queſtion doit être decidée en faveur des petits-fils, ſans diſtinguer ſi le fils exheredé eſt mort avant ſon pere, ou s'il lui a ſurvêcu? mais les Arrêts rapportez par M. Maynard, *Liv.* 8. *Ch.* 73. ont diſtingué, ils ont jugé, que les petits-fils pouvoient ſe plaindre, lorſque leur pere exheredé étoit mort avant leur ayeul, & non point lorſque l'ayeul avoit ſurvêcu à leur pere, cette diſtinction, comme nous l'obſerverons ailleurs * eſt conforme aux principes du Droit, elle eſt adoptée par M. Ricard, *Tom.* 1. *pag.* 626. *nom.* 962. & par Lebrun, Traité des Succeſſions, *pag.* 451. *&* 452. & il faut convenir, que ſi l'opinion de ceux qui la rejettent, en appellant les petit fils, ſans diſtinguer ſi leur pere eſt decedé avant leur ayeul, ou s'il lui a ſurvêcu, paroît dabord ſoûtenuë de quelque raiſon d'équité, qui ne permet pas que le fils ſoit puni pour les fautes de ſon pere, elle tend auſſi à procurer l'impunité des fautes commiſes par les enfans, qui craindroient ſans doute bien peu d'être exheredez, ſi l'exheredation ne devoit avoir d'autre effet que d'appeller leurs fils à leur excluſion, & de rendre vuide le premier degré qu'ils rempliſſent; les Arrêts que rapporte M. Maynard ſont rendus en faveur des petits-fils, dont le pere s'étoit marié ſans le conſentement de leur ayeul; mais aujourd'hui, & depuis que les Ordonnances ont declaré incapables de tous effets civils les enfans procréez des mariages contractez ſans le conſentement de leur pere & mere, on jugeroit ſans doute, comme en effet on a jugé, tout autrement, ainſi qu'on peut voir dans M. Ricard & Lebrun, aux endroits que nous venons de citer.

* Sur le Titre 1. du Liv. 3.

§. 7. *Silentium matris, vel avi materni, & cæterorum per matrem aſcendentium tantùm facit, quantùm exheredatio patris, &c.*

JUſtinien en la Novelle 115. ordonne entre autres choſes, que les meres ſeront obligées auſſi-bien que les peres d'inſtituer leurs enfans, ou de les exhereder: que les peres

ſeront également obligez d'inſtituer ou d'exhereder les enfans émancipez, & ceux qu'ils ont en leur puiſſance : & qu'enfin les peres, ni les meres ne pourront exhereder leurs enfans, ſans expreſſion d'une cauſe legitime ; cet Empereur ajoûtant la clauſe irritante en cas de contravention : *Si autem hæc omnia non fuerint obſervata, nullum vim hujuſmodi teſtamentum quantùm ad inſtitutionem habere ſancimus* : de-là il s'enſuit, que la préterition de la mere ne peut plus être regardée comme une exheredation ; & par une conſequence neceſſaire que le teſtament dans lequel une mere préterit ſon fils, eſt nul & non-inofficieux ; ce qui fait dire à M. Dolive, *Liv.* 3. *Ch.* 8. que la querelle d'inofficioſité, dont il ſera parlé dans l'un des Titres ſuivans, * cette querelle qui ſuppoſe un teſtament fait ſelon les regles du Droit, mais contre les devoirs de la pieté, ne peut avoir lieu aujourd'hui que dans un cas, ſçavoir lorſque le fils a été injuſtement exheredé, ſoit par ſon pere ou par ſa mere, c'eſt-à-dire, exheredé en la forme preſcrite par la Novelle 115. mais pour une cauſe ſoûtenuë fauſſe & ſuppoſée. Cette queſtion, ſi un teſtament eſt nul par la préterition, ou inofficieux par l'exheredation injuſte, n'eſt pas comme nous verrons ailleurs une queſtion inutile : l'action pour faire declarer nul un teſtament dure trente ans, & l'action pour faire declarer un teſtament inofficieux, n'en dure que cinq, chacun des enfans peut agir *ex perſonâ præteriti*, & le fils exheredé eſt ſeul perſonne legitime pour ſe plaindre.

* Titre 18.

Depuis ce que nous venons d'obſerver au ſujet de la préterition, eſt ſurvenuë l'Ordonnance de 1735. laquelle à l'art 53. dit : Qu'*en cas de préterition d'aucuns de ceux qui ont droit de legitime, le teſtament ſera declaré nul, quant à l'inſtitution d'heritier, ſans même qu'elle puiſſe valoir comme fideicommis, ni être chargée de ſubſtitution, encore que le teſtament contînt la clauſe codicillaire, ſans préjudice néanmoins de l'execution du teſtament, pour le ſurplus des diſpoſitions du Teſtateur.*

TITRE XIV.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

IL y a dabord au ſujet de l'inſtitution d'heritier deux obſervations importantes à faire.

La premiere, que dans preſque tous les Païs Coûtumiers, on ne connoît point ce que c'eſt que d'inſtituer un heritier : *inſtitution d'heritier n'a point lieu* (dit la Coûtume de Paris en *l'art.* 299.) c'eſt-à-dire, que non-ſeulement l'inſtitution d'heritier eſt inutile pour la validité du teſtament, mais encore que l'inſtitution d'heritier n'empêche pas que le plus proche parent du défunt en qualité d'heritier legitime, ſoit ſaiſi de la ſucceſſion, par la regle, *le mort ſaiſit le vif*, *&c.* une diſpoſition qualifiée d'inſtitution, ne pouvant jamais valoir que comme legs à concurrence des biens dont le Teſtateur pouvoit diſpoſer ; en ſorte que l'heritier inſtitué, regardé proprement comme legataire univerſel, eſt tenu de demander aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ſaiſis & comme inſtituez par la Coûtume, la délivrance des acquets, & autres choſes dont la Coûtume laiſſe la diſpoſition au Teſtateur. (*a*)

La deuxiéme, que par un uſage reçu dans tout le Royaume, ſans diſtinction des Païs du Droit Ecrit, & des Païs Coûtumiers, les inſtitutions d'heritier peuvent être faites non-ſeulement dans les teſtamens, mais encore dans les Contrats de Mariage, (*b*) contre la diſpoſition du Droit en Loi *hæreditas*, *Cod. de pactis conventis* ; & non-ſeulement on peut inſtituer un heritier dans un Contrat de Mariage, mais on peut encore promettre de l'inſtituer : la promeſſe d'inſtituer ayant le même effet que l'inſtitution, & l'un & l'autre le même effet en faveur de l'heritier contractuel, qu'une donation entre-vifs & irrevocable ; on uſe ſeulement de quelque temperament à l'égard des promeſſes d'inſtituer, c'eſt qu'elles n'ôtent pas à celui qui a promis, la liberté de contracter, en achetant, vendant, permutant, *more boni patris-familias*, (*c*) non plus que la liberté

(*a*) Loyſel en ſes inſtitutions Coûtumieres, *Liv.* 2. *Tit.* 4. *art.* 5. Commentaire ſur la Coûtume de Paris, *art.* 299.

(*b*) Loyſel, *Liv.* 2. *Tit.* 4. *art.* 9. Lebrun, des ſucceſſions, *Liv.* 3. *ch.* 2. M. Maynard, *Liv.* 5. *ch.* 90.

(*c*) Fernan, *ad caput unic. de filiis natis*, *num.* 7.

de donner ou leguer à ſes enfans, pouveu qu'il n'excede guere la legitime, & faire des legs pieux ou des donations moderées; les promeſſes d'inſtituer (& je croi qu'on doit dire la même choſe des inſtitutions contractuelles) ôtent ſeulement la liberté de faire un autre heritier, & d'abſorber les biens par des alienations, emprunts, ou legs faits en fraude.

Duperier, *Liv. 2. Ch. 15.* M. de Catelan, *Liv. 2. chap. 13. page 257. de la premiere Edition, & page 264. de celle de 1723.*

Au ſujet de ce que nous avons dit, que dans les Païs coûtumiers inſtitution d'heritier n'a pas lieu, il faut obſerver que par l'art. 68. de l'Ordonnance du mois d'Août 1735. il eſt dit, que *lorſque le Teſtateur ſera domicilié dans un des Païs, qui ſuivent le Droit Ecrit, l'inſtitution d'heritier par lui faite aura ſon effet, tant pour les immeubles ſituez auſdits Païs, que pour les meubles, droits & actions qui ſuivent la perſonne; & quant aux immeubles ſituez dans les Païs où le Droit Ecrit n'eſt pas obſervé, elle vaudra comme legs univerſel, ſi ce n'eſt qu'elle ait été faite pour une ſomme fixe, ou pour de certains effets, auquel cas, elle ne vaudra dans leſdits Païs, que comme legs particulier.*

Par l'Art. 69. il eſt dit, que *la diſpoſition de l'Art. précedent aura lieu, encore que le Teſtateur domicilié en Païs de Droit Ecrit, ait fait teſtament dans un Païs où ce Droit n'eſt pas obſervé; & en cas que ledit teſtament ne contînt qu'un ou pluſieurs legs univerſels, ſans inſtitution d'heritier, ils vaudront comme inſtitution dans les Païs de Droit Ecrit, pour les biens qui y ſont ſituez, ou qui ſuivent la perſonne, & ſeulement comme legs univerſels pour les immeubles ſituez en d'autres Païs.*

Hæredes inſtituere permiſſum eſt tam Liberos homines, quam Servos, &c.

NOus avons dit ailleurs, que les Religieux exclus de toute participation du Droit Civil, ne pouvoient être inſtituez heritiers, & qu'ils ne pouvoient même recevoir des legs qu'à titre de penſion viagere; mais on demande ſi cette incapacité s'étend au corps de la Communauté Religieuſe? Si parce que les Religieux ne peuvent être inſtituez heritiers, une Communauté compoſée de Religieux eſt incapable auſſi d'être inſtituée heritiere? Tous nos Auteurs conviennent que non; &

nous trouvons en effet divers Arrêts qui l'ont jugé de même, c'eſt-à-dire, qui ont confirmé des inſtitutions d'heritier, faites au profit des Communautez Regulieres & Seculieres ſans diſtinction : Si on trouve quelques Arrêts contraires, des Arrêts qui ayent caſſé de pareilles inſtitutions, ce n'eſt point par l'incapacité des Religieux dont la Communauté eſt compoſée, cette incapacité étant perſonnelle & fondée ſur des raiſons particulieres aux Religieux, mais par des circonſtances particulieres priſes, tantôt de la captation préſumée, tantôt de la qualité ou de la faveur des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, aſcendans ou deſcendans du Teſtateur. C'eſt par ces circonſtances que les ſieurs de Catelan de cette Ville, firent caſſer par Arrêt rendu à l'Audience de la Grand'Chambre en l'année 1691. * le teſtament de la Demoiſelle Catelan leur ſœur, qui avoit inſtitué ſon heritiere la Congregation des Sœurs du Tiers-Ordre de Nôtre-Dame de Mont-Carmel, établie dans l'Egliſe des Carmes, & qui avoit legué une penſion viagere de 60. liv. à un Religieux Carme, qui étoit ſon Confeſſeur, & en même-tems Directeur de la Congregation du Tiers-Ordre. Et c'eſt auſſi par ces mêmes circonſtances que le ſieur Alexandre de Vic fit caſſer par Arrêt du 26. Juin 1702. en la deuxiéme Chambre des Enquêtes rendu au Rapport de M. de Villeſpaſſan, le teſtament de Demoiſelle Louïſe de Vic ſa ſœur, qui avoit inſtitué heritier le Chapitre Regulier de Beaumont dans le Dioceſe de Vabre ; on alleguoit pour moyen de caſſation, que la Teſtatrice avoit 80. ans, que le teſtament avoit été fait deux heures après minuit, & que le frere étoit homme de condition & pauvre, &c. Quand on dit que les Communautez Regulieres peuvent être inſtituées heritieres, on n'entend point parler des Communautez, qui par les Conſtitutions de leur Regle, ſont incapables de poſſeder aucuns biens, celles-ci ne pouvant tout au plus, qu'accepter des legs pour bâtir ou reparer leur Maiſons & leurs Egliſes, ou autres neceſſitez ſemblables.

Ricard, *tom.* 1. *pag.* 135.

* M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 97. rapporte cet Arrêt.

Ricard, *ibid.*

In ſervum adulterio maculatum, à Dominâ collata hæredis inſtitutio, nullius momenti habeatur, &c.

IL ne faut pas croire que cette deciſion ſoit particuliere aux Eſclaves, la Loi *Claudius Seleucus*, *ff. de his quæ ut indignis*, declare nulle toute inſtitution d'heritier faite en faveur de celui ou de celle qui a entretenu un commerce adulterin avec le Teſtateur ou la Teſtatrice; & cette Loi eſt religieuſement obſervée parmi nous: à cela près neanmoins, que le Droit Romain regardant l'heritier ou l'heritiere comme indigne plûtôt qu'incapable, déferoit la ſucceſſion au fiſc, & que parmi nous la ſucceſſion eſt devoluë aux heritiers legitimes: la Juriſprudence des Arrêts ayant depuis long tems rejetté la difference que faiſoit le Droit Romain entre un heritier indigne, & un heritier incapable, difference qui ſubſiſtoit encore du tems de M. Maynard, comme on peut voir par les Arrêts que rapporte cet Auteur au *Liv. 3. chap. 15.* On a douté autrefois ſi les heritiers legitimes pouvoient être reçus à prouver par témoins la malverſation du Teſtateur ou de la Teſtatrice, avec l'heritier ou l'heritiere inſtituée; mais on n'en doute plus aujourd'hui, il a été jugé par divers Arrêts* que cette preuve devoit être reçuë; & ce qui eſt remarquable, qu'elle devoit être reçuë dans le cas même où on ne pouvoit la faire ſans convaincre d'adultere l'heritier ou l'heritiere actuellement mariée, & ſans troubler par conſequent ce que les Loix appellent, *quieſcens matrimonium*, *&c.* le Parlement de Toulouſe l'a ainſi jugé il n'y a pas long-tems, en faveur des enfans du ſieur de L.... demandeurs en caſſation du teſtament de leur pere; & le moyen de caſſation pris de ce que leur pere avoit entretenu un commerce adulterin avec l'heritiere inſtituée; par Arrêt la preuve du commerce fut ordonnée, & c'eſt à quoi il faut s'en tenir, malgré les Arrêts contraires que nous trouvons rapportez dans le ſecond Tome de Bardet, *page* 137.

Il importe d'obſerver que par rapport à l'indignité ou incapacité, nous ne diſtinguons point, comme diſtinguoit le Droit Romain, entre l'adultere & le concubinage; par le Droit

* Journal du Palais, *page* 457. M. Loüet & Brodeau, *lett. D. Som.* 43. M. de Catelan, *Liv. 2. Ch.* 83.

Romain (*a*) les concubines étoient capables de recevoir toute ſorte de liberalitez, ſoit entre-vifs ou par teſtament, de ceux qui les avoient entretenuës ; mais parmi nous le concubinage ne rend pas moins indigne ou incapable que l'adultere. (*b*) Par Arrêt du 25. Mai 1730. rendu en la troiſiéme Chambre des Enquêtes, au Rapport de M. de Malaret, le teſtament du ſieur de Latraverſe ne fut confirmé, que parce que la preuve du concubinage de ce Teſtateur avec l'heritiere, à laquelle les proches parens avoient été admis par la Sentence dont étoit l'appel, ne ſe trouva pas concluante.

(*a*) *L.* 5. & 32. *ff. de donat.* *L.* 3. §. 1. *ff. de donat. int. vir. & uxor.* *L.* 2. *Cod. eod.*

De l'inſtitution d'une concubine. V. Bardet, *tom.* 2. *pag.* 398.

(*b*) Brodeau ſur M. Loüet, *lett.* D. *ſom.* 43.

§. 4. *Et unum & plures, uſque in infinitum, quot quis hæredes velit facere, licet.*

ON n'a pas ſeulement la liberté d'inſtituer pluſieurs heritiers certains & determinez ; mais rien n'empêche encore, comme nous l'avons déja obſervé, qu'on ne puiſſe inſtituer valablement des Compagnies & des Communautez entieres. Tout ce que l'on exige pour la validité des inſtitutions & autres liberalitez faites à des Compagnies & des Communautez, c'eſt qu'elles ſoient établies en vertu des Lettres Patentes de Sa Majeſté bien & dûëment verifiées, toute Compagnie en France étant regardée comme un corps illicite & incapable de participer aux effets civils, ſi elle n'eſt approuvée par le Roi. Ricard, Traité des Donations, *Tom.* 1. *pag.* 135. rapporte divers Arrêts qui ont caſſé des inſtitutions ou des legs faits à des Confréries, par cette raiſon, qu'elles n'étoient point autoriſées par Lettres Patentes ; & M. Maynard, *Liv.* 7. *ch.* 16. en rapporte qui ont appliqué à des œuvres pies les revenus de ces ſortes de Confréries non approuvées & autoriſées.

§. 5. *Hæreditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ aſſis appellatione plerùmque continentur, &c.*

QUoique la diviſion que fait ici Juſtinien d'une heredité en douze onces diſtinguées par des noms particuliers, ne convienne pas à notre uſage, il ne faut pas douter néanmoins que s'il arrivoit quelque conteſtation entre des coheri-

tiers, au ſujet des portions appartenant à un chacun, on ne ſuivit la diſpoſition de ce paragraphe, & des trois paragraphes ſuivans.

§. 9. *Hæres ſub conditione inſtitui poteſt, &c.*

LA condition peut être conçûë de maniere qu'elle ſuſpende l'inſtitution, ou que ſans ſuſpendre l'inſtitution, elle prive par ſon évenement l'heritier de la ſucceſſion ; dans l'un & dans l'autre cas on donne à la condition lorſqu'elle arrive, un effet retroactif au jour du decès du Teſtateur, & en faveur de l'heritier, & contre l'heritier : je veux dire, que par l'évenement de la condition qui ſuſpend l'inſtitution, l'heritier eſt regardé comme inſtitué purement & ſimplement, & que par l'évenement de la condition, qui par la volonté du Teſtateur doit priver l'heritier de la ſucceſſion, l'heritier eſt tenu à rendre & reſtituer aux ſucceſſeurs *ab inteſtat* tous les fruits perçûs depuis la mort du Teſtateur ; ainſi jugé par Arrêt rendu en 1715. en la cauſe du ſieur Couderc Avocat de cette Ville, lequel ayant été inſtitué heritier par ſon pere, ſous la condition de ne pas épouſer certaine perſonne, fût dabord après ſon mariage avec la perſonne prohibée, condamné au delaiſſement de l'heredité, avec reſtitution des fruits.

§. 9. *Ex certo tempore, vel ad certum tempus non poteſt, &c.*

JE ne ſçai ſi cette déciſion qui défend d'inſtituer un heritier dans un certain tems, ou juſqu'à un certain tems, & qui veut en l'un & en l'autre cas, que l'heritier ſoit reputé pur & ſimple, *perinaè eſſe ac ſi purè inſtitutus eſſet*, ne ſeroit point regardée comme une ſubtilité à laquelle devroit prévaloir la volonté du Teſtateur, les Interprêtes même du Droit Romain le croyent ainſi, & Vinnius entr'autres dans l'explication qu'il fait de ce Paragraphe, lorſqu'il dit : *Noſtri, & Gallorum mores hujuſmodi ſubtilitatibus, adverſantur atque ità & ad tempus quiſque hæredem facere, poteſt, & ex certo tempore, & ut aut poſt tempus, aut antequam dies veniat inteſtati hæreditas deferatur.*

§. 11. *Si*

§. 11. *Si plures conditiones in inſtitutionibus adſcriptæ ſint, ſi quidem conjunctim, ſi illud & illud factum fuerit; omnibus parendum eſt: ſi ſeparatim, veluti, ſi illud, aut illud factum fuerit, cuilibet obtemperare ſatis eſt.*

CE qui eſt dit ici de l'effet de la Particule conjonctive & de la disjonctive ou alternative, ſouffre entr'autres une exception remarquable dans le cas de la Loi *generaliter*, *Cod. de inſtitutionibus & ſubſtitutionibus*, lorſqu'un Teſtateur après avoir inſtitué ſon fils, lui ſubſtituë s'il vient à deceder ſans enfans, ou ſans faire teſtament, ou ſans ſe marier; car Juſtinien en cette Loi, decide, que la particule disjonctive doit être convertie en conjonctive; de maniere que dans le cas propoſé, le ſubſtitué eſt exclus, non-ſeulement par l'exiſtance des enfans de l'heritier, mais encore par le teſtament de l'heritier, quoique decedé ſans enfans, & par le mariage du même heritier, quoique decedé ſans enfans, & ſans teſtament, tout comme ſi le Teſtateur avoit dit: Je ſubſtituë à mon fils, au cas il decede ſans enfans, & ſans teſtament & ſans être marié; l'effet de la disjonctive devroit être naturellement celui d'appeller le ſubſtitué dans l'un des trois cas, *ſi ſine liberis, vel ſine teſtamento; vel ſine nuptiis*, parce que de pluſieurs conditions alternatives, il ſuffit que l'une arrive, quoique les autres défaillent; mais la Loi *generaliter* fait prévaloir la volonté du Teſtateur, en convertiſſant, comme il a été dit, l'alternative en conjonctive. La Juriſprudence des Arrêts a apporté quelque temperament à cette déciſion, en diſtinguant le ſubſtitué étranger, du ſubſtitué déſcendant du Teſtateur: ſi le ſubſtitué eſt étranger, on ſuit à la lettre la diſpoſition de la Loi *generaliter*: l'alternative eſt priſe pour conjonctive; en ſorte que la ſubſtitution ne peut avoir lieu que par l'évenement des trois conditions, quand même l'heritier inſtitué ſeroit auſſi étranger; & ſi au contraire le ſubſtitué eſt deſcendant du Teſtateur, il ne peut être exclus que par l'exiſtance des enfans de l'heritier; c'eſt-à-dire, que ſi l'heritier decede ſans enfans, le ſubſtitué eſt appellé quoique l'heritier ſoit mort marié, ou après avoir fait teſtament.

M. Dolive, *Liv. 5. Chap. dernier.* M. Maynard, *Liv. 5. ch. 38. & 39.* M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 19.*

TITRE XV.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Poteſt quis in Teſtamento ſuo plures gradus hæredum facere, &c.

PAr la même raiſon qu'on ne connoît point dans les Païs Coûtumiers, les inſtitutions d'heritier, on n'y connoît pas non plus les ſubſtitutions vulgaires, qui ſont proprement des ſecondes inſtitutions; mais dans les Païs du Droit Ecrit, on ſuit à peu de choſe près ſur cette matiere tous les principes de la Juriſprudence Romaine.

Ce que nous diſons, que les ſubſtitutions vulgaires ne ſont pas connuës dans les Païs Coûtumiers, doit être entendu dans le ſens qu'on dit, que l'inſtitution d'heritier n'a pas lieu; car du reſte, rien n'empêche ſans doute, qu'un Teſtateur ne puiſſe en défaut de ſon légataire univerſel, en appeller un ſecond; & au défaut de celui-ci, un troiſiéme: On n'y connoît pas non plus l'uſage des ſubſtitutions pupillaires, parce que les peres n'ont pas leurs enfans en leur puiſſance; & des exemplaires encore moins, parce que la Coûtume ne ſouffre pas que l'ordre naturel des ſucceſſions *ab inteſtat* ſoit interrompu.

Si illæ hæres non erit, ille hæres eſto, &c.

TOus les Auteurs conviennent, que la ſubſtitution vulgaire conçûë en ces termes, *ſi ille hæres non erit, ille hæres eſto*, comprend les deux cas que l'on appelle *impotentiæ & voluntatis*; c'eſt-à-dire, que la ſubſtitution a lieu également, ſoit que le premier heritier inſtitué ne veüille, ou ne puiſſe accepter la ſucceſſion. Mais la difficulté eſt de ſçavoir, ſi la ſubſtitution vulgaire faite avec expreſſion d'un des deux cas, peut recevoir extenſion au cas non exprimé: J'inſtituë Pierre mon

heritier, & au cas il ne puiſſe accepter ma ſucceſſion, je ſubſtituë Jean : S'il arrive que Pierre pouvant accepter ma ſucceſſion, veüille la repudier, Jean comme ſubſtitué vulgairement, pourra-t'il recuëillir la ſucceſſion repudiée par Pierre ? J'inſtituë Pierre mon heritier, & au cas il ne veüille accepter mon heredité, je ſubſtituë Jean : s'il arrive que Pierre decede avant moi, Jean comme ſubſtitué vulgairement, recuëillera-t'il ma ſucceſſion, ou pourra-t'il être exclus par cette raiſon, qu'il étoit appellé taxativement dans un cas qui n'eſt point arrivé ? M. Ricard au *Tome* 2. de ſon traité de Donations, *page* 289. traite cette queſtion au long, & il conclut pour la negative ; cependant je doute qu'on le jugeât ainſi, & la raiſon d'en douter eſt fondée ſur ce que, par la diſpoſition du Droit, à laquelle les Arrêts ſe ſont conformez, la ſubſtitution vulgaire comprend toûjours tacitement la pupillaire, ainſi que la ſubſtitution pupillaire comprend toûjours tacitement la vulgaire : *jam hoc jure utimur*, dit la Loi 4. *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit*, *ut cùm pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituit*, *in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur*, *ſive filius hæres non extiterit*, *ſive extiterit*, *& impubes deceſſerit*. Si on preſume de la volonté du Teſtateur, qu'il a entendu appeller par la ſubſtitution pupillaire, celui qu'il a ſubſtitué ſeulement, *in caſum vulgarem* : ſi pour ſe conformer à la volonté préſumée du Teſtateur, on convertit une eſpece de ſubſtitution en une autre toute differente ; combien ne doit-on pas plus facilement préſumer, que le Teſtateur ayant preferé le ſubſtitué vulgairement, en un cas qui n'eſt pas arrivé, à ſon heritier légitime, il a voulu auſſi lui donner la préference dans le cas qui eſt arrivé, & qu'il a omis d'exprimer : l'extenſion d'un cas à l'autre dans le même genre de ſubſtitution, n'eſt-elle pas plus favorable & plus naturelle, que l'extenſion d'une ſubſtitution à une autre ?

Ce que nous venons de dire, que la ſubſtitution pupillaire eſt compriſe tacitement dans la vulgaire expreſſe, ſouffre deux exceptions remarquables.

1. Lorſque la mere ſe trouve entre le fils inſtitué, & celui qui eſt ſubſtitué vulgairement, la faveur de la mere faiſant ceſſer en ce cas la preſomption de volonté que nous avons dit être le motif de l'extenſion de la vulgaire expreſſe à la pupillaire tacite.

J'inſtituë heritier mon fils pupille, & à ſon défaut je ſubſtituë Titius : Si mon fils après avoir recuëilli ma ſucceſſion vient à deceder en pupillarité, laiſſant ſa mere ſurvivante, Titius appellé par ma ſubſtitution vulgaire, n'aura rien à prétendre ſur mes biens, & moins encore ſur les biens propres, ſur les biens aventifs de mon fils; il ne pourroit prétendre aux uns & aux autres que comme ſubſtitué pupillairement par une ſubſtitution pupillaire tacite, ou tacitement compriſe dans la vulgaire; mais l'interêt de la mere fait ceſſer toute extenſion & toute converſion d'une eſpece de ſubſtitution en une autre; tout eſt fini pour Titius dès que mon fils m'a ſurvêcu, ſa mere lui ſuccedera à l'excluſion de Titius, & dans cette ſucceſſion ſeront compris tous les biens du pupille, ſoit qu'il les ait du chef de ſon pere ou d'ailleurs : M. de Catelan au *Liv. 2. Ch. 84.* fait une longue diſſertation pour prouver qu'en cela nous nous éloignons des principes du Droit, & qu'on a mal interpreté la Loi *precibus Cod. de impuberum & aliis ſubſtitut.* mais enfin il convient que la Juriſprudence eſt certaine, & que la maxime *tacita pupillaris non excludit matrem*, ne peut être aujourd'hui revoquée en doute.

2°. Lorſque la ſubſtitution vulgaire eſt reciproque, & que l'un des ſubſtituez a paſſé l'âge de puberté : J'ai deux enfans Pierre & Jean, Pierre pupille, & Jean qui a paſſé l'âge de puberté : je les inſtituë heritiers, & les ſubſtituë reciproquement l'un à l'autre : Pierre decede en pupillarité après m'avoir ſurvêcu ; la ſubſtitution vulgaire par laquelle Jean étoit appellé, ne comprendra point la pupillaire, Jean n'aura rien à prétendre ſur les biens propres, ſur les biens aventifs de Pierre ; (nous examinerons ailleurs, s'il ſeroit fondé à prétendre les biens dépendans de ma ſucceſſion, comme étant appellé par une ſubſtitution compendieuſe qui comprend la fideicommiſſaire.) La raiſon qui dans l'eſpece propoſée exclut la converſion ou l'extention de la vulgaire expreſſe à la pupillaire tacite, eſt priſe de ce qu'il ne ſeroit pas juſte que la ſubſtitution fût pupillaire & vulgaire tout enſemble en faveur de Jean, tandis qu'elle ſeroit ſeulement vulgaire pour Pierre : *incongruum videbatur*, dit la Loi 4. que nous avons déja citée, *ff. de vulg. pupill. ut in altero duplex eſſet ſubſtitutio, in altero ſola vulgaris.*

Henrys, *Tome* 1. *Liv.* 5. *Ch.* 4. *quæſt.* 47. *page* 808. a de la peine à ſe rendre à cette raiſon, parce que la préſomption de la volonté du pere, ſur laquelle eſt fondée l'extenſion ou la converſion, eſt la même (dit-il) en l'un & en l'autre cas : & que par rapport au fils pupille, il lui importe peu que la ſubſtitution ſoit pour lui ſeulement vulgaire, puiſque ne pouvant lui-même teſter, il ne reçoit & ne peut recevoir aucun préjudice de l'inégalité prétenduë ; Cependant il rapporte des Arrêts qui ont jugé en conformité, & nous en trouvons de ſemblables dans M. Maynard, *Liv.* 5. *Chap.* 42.

Nous avons dit, que nous examinerons ailleurs, ſi dans le cas d'une ſubſtitution reciproque conçuë en ces termes : J'inſtituë heritier Pierre & Jean, & les ſubſtituë reciproquement l'un à l'autre, Jean exclus de la ſucceſſion de Pierre, ſoit parce que l'inégalité dans l'état & la condition des deux ſubſtituez, l'un pupile & l'autre pubere, eſt un obſtacle à l'extenſion de la vulgaire expreſſe en pupillaire tacite, ſoit parce que Pierre qui n'eſt decedé qu'après la pupillarité, n'eſt pas fondé du moins à demander les biens dépendans de ma ſucceſſion ; mais je crois que ce ſeroit ici en effet le lieu de l'examiner, parce que la queſtion, comme l'on voit, dépend de ſçavoir, ſi une ſubſtitution vulgaire & conçuë dans les termes directes & propres à cette eſpece de ſubſtitution, comprend non-ſeulement la pupillaire, pour avoir lieu dans le cas du decès de l'heritier en pupillarité, mais encore la fideicommiſſaire, dans le cas où l'heritier vient à deceder après avoir atteint l'âge de puberté.

Il n'eſt pas douteux que lors que la ſubſtitution eſt conçuë en des termes qui lui donnent trait de tems après la puberté, comme ſi le Teſtateur a dit : J'inſtituë Titius, & juſqu'à ce qu'il aura atteint l'âge de vingt-cinq ans, je lui ſubſtituë Seïus, ou j'inſtituë Titius, & après ſa mort, je lui ſubſtituë Seïus : Il n'eſt pas douteux, diſons-nous, qu'en ce cas & autres ſemblables, la ſubſtitution après la puberté ſe convertit en fideicommis, la ſubſtitution alors étant, comme on l'appelle communement compendieuſe, parce qu'en effet *compendio verborum*, elle renferme toutes les differentes eſpeces de ſubſtitution, & la vulgaire ſi l'heritier précede le Teſtateur, & la pupillaire ſi l'heritier decede en pupillarité, & la fideicommiſſaire ſi l'heritier decede après

avoir atteint l'âge de puberté. Mais la difficulté conſiſte à ſçavoir ſi la ſubſtitution étant conçuë en des termes qui ne lui donnent aucun trait de tems, comme ſi par exemple, le Teſtateur après avoir inſtitué Titius, ajoute ſeulement, qu'il lui ſubſtituë Seïus, on doit encore dans ce cas la regarder comme compendieuſe, en ſorte que Titius decedant après l'âge de puberté, ſoit chargé de rendre à Seïus ſinon ſes biens propres, du moins les biens du Teſtateur ſubſtituant? Les Auteurs ont fait ſur cette queſtion des diſſertations infinies : & après avoir prouvé ou cherché à prouver que dans l'eſpece propoſée, la converſion de la ſubſtitution en fideicommis, eſt contre les regles & contre les principes du Droit; ils ſont pourtant forcez de convenir que l'uſage contraire a prévalu : c'eſt à-dire que dans l'uſage le terme abſolu, *je ſubſtituë*, emporte avec lui trait de tems; en ſorte que l'héritier décedant après la puberté, le ſubſtitué eſt fondé à demander les biens du ſubſtituant comme appellé par une ſubſtitution fideicommiſſaire compriſe dans la compendieuſe : on peut voir entr'autres Ricard, *tome* 2. *page* 289. & ſuivantes, Henrys, *Tome* 1. *Liv.* 5. *Ch.* 4. *quaſt.* 48. *page* 811.

le verbe substituo — emporte trait de tems et détermine la compendieuse

§. 4. *Si ſervum alienum quis patrem familiàs arbitratus, &c.*

LA déciſion de ce Texte, quoique dans une eſpece qui ne peut avoir aucun raport à nos uſages, ne laiſſe pas d'être remarquable : elle nous apprend que dans les queſtions difficiles, on peut uſer quelquefois de temperament, & ſans prononcer à la rigueur pour l'une ou pour l'autre des parties, partager, comme l'on dit le differend, *nec mihi, nec tibi, ſed dividatur, &c.*

ce texte apprend que dans les questions difficiles on peut partager le different



TITRE XVI.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

Liberis ſuis impuberibus, quos in poteſtate quis habet, ſubſtituere poteſt, &c.

JUſtinien marque par ces paroles, comme une condition abſolument neceſſaire pour la validité des ſubſtitutions pupillaires, que les enfans auſquels on ſubſtituë pupillairement, ſoient ſous la puiſſance du Teſtateur, & qu'ils ſoient ſous ſa puiſſance, non-ſeulement lors du teſtament, mais encore lors de ſon decès. Les meres & les ayeux maternels peuvent bien ſubſtituer ſi bon leur ſemble à leurs enfans pupilles, en les inſtituant heritiers: mais comme il eſt obſervé par Henrys, *Tome* 1. *page* 801. & par Ricard *Tome* 2. *page* 246. ces ſubſtitutions de quelque maniere & en quelques termes qu'elles ſoient conçuës, n'ont & ne peuvent avoir d'autre effet que celui des ſubſtitutions vulgaires ou fideicommiſſaires. *Lib. 2. ff. de vulg.*

Titius filius hæres eſto, & ſi hæres non erit, vel priùs moriatur, quàm in ſuam tutelam venerit: Scïus hæres eſto, &c.

NOus avons dit en expliquant le Titre précedent, que la ſubſtitution vulgaire comprenoit tacitement la pupillaire, comme celle-ci comprenoit tacitement la vulgaire; & nous n'y revenons, que parce que nous avons vû depuis nombre d'Auteurs qui conteſtent formellement cette extenſion d'une eſpece de ſubſtitution à une autre, ou qui conteſtent du moins l'extention de la pupillaire expreſſe à la vulgaire tacite: J'inſtituë heritier mon fils pupille, & à ſon défaut, je ſubſtituë Jean; on convient que ſi mon fils vient à deceder en pupillarité, Jean lui ſuccedera par l'effet de la ſubſtitution pupillaire, ta-

citement compriſe dans la vulgaire expreſſe, par laquelle il eſt appellé; mais on ne veut pas convenir que la choſe ſoit reciproque, j'inſtituë heritier mon fils pupille: & s'il vient a decéder en pupillarité, je lui ſubſtituë Jean: ſi mon fils, dit-on, vient à deceder avant moi, Jean ne lui ſuccedera point par l'effet de la ſubſtitution vulgaire, tacitement compriſe dans la pupillaire; il n'y aura en ce dernier cas ni converſion, ni extenſion d'une ſubſtitution à l'autre; Ricard, traité des Donations, *tome* 2. *page* 287. & 288. démontre par des ſolides raiſons, que cette diſtinction entre la ſubſtitution vulgaire & la ſubſtitution pupillaire, eſt dénuée de tout fondement, qu'elle eſt contraire au Texte de la Loi, *jam hoc jure*, qui ne paroît pas ſuſceptible de differentes interpretations, *cùm pater impuberi filio in alterum caſam ſubſtituit*, *&c.* Plus contraire encore à la volonté preſumée du pere du Teſtateur; & quoiqu'il en ſoit elle n'a été conſtamment accuëillie dans aucun Tribunal du Royaume: *vulgaris expreſſa continet tacitam pupillarem*, *pupillaris expreſſa continet tacitam vulgarem*: Tous les Parlemens ont également adopté l'une & l'autre de ces maximes; s'il y avoit quelque exception à la derniere, c'eſt-à-dire, s'il y avoit quelque cas dans lequel la pupillaire expreſſe pût ne pas comprendre tacitement la vulgaire, ce ſeroit celui dont parle Ricard en l'endroit que nous venons de citer *page* 289. *Nomb.* 205. le même auſſi dont parle M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 60. ſçavoir, lorſque la ſubſtitution pupillaire eſt faite par autre que par un pere au fils qu'il a en ſa puiſſance; car, comme nous l'avons obſervé, rien n'empêche qu'on ne puiſſe ſubſtituer pupillairement aux heritiers que l'on n'a pas en ſa puiſſance, ſauf que le Teſtateur ne tranſmet au ſubſtitué que l'eſperance de ſucceder à ſes biens propres, & non à ceux du pupille: J'inſtituë heritier Titius, qui m'eſt étranger, ou que je n'ai pas en ma puiſſance, & ſi Titius vient à deceder en pupillarité, je lui ſubſtituë Seïus: la ſubſtitution en cas du decès de Titius *antè aditam hæreditatem*, ſera caduque, la condition du decès en pupillarité dans la diſpoſition du Teſtateur étranger, n'étant regardée que comme une ſimple condition; parce qu'encore une fois, la ſubſtitution que fait un Teſtateur à un heritier qu'il n'a pas en ſa puiſſance, n'eſt qu'une ſubſtitution pupillaire improprement dite, &

pour

pour laquelle n'a pas été faite la maxime, *pupillaris expreſſa continet tacitam vulgarem.*

Si extiterit hæres filius, & antè pubertatem deceſſerit, ipſi filio ſit hæres ſubſtitutus, &c.

C'Eſt là le grand effet de la ſubſtitution pupillaire, de faire recuëillir à celui qui eſt ſubſtitué pupillairement l'entiere ſucceſſion du fils decedé en pupillarité, à l'excluſion de ſes heritiers legitimes; le ſubſtitué pupillairement, devient ſi fort l'heritier du fils decedé en pupillarité, que par les Arrêts rapportez par M. de Cambolas, *Liv. 6. ch. 19.* & par M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 35.* il a été jugé qu'une ſubſtitution faite à une partie des biens du pupille, devoit être étenduë aux autres biens du même pupille, parce qu'autrement le pupille decederoit *partim teſtatus, partim inteſtatus.* Le ſubſtitué pupillairement ſuccede au pupille avec cet avantage ſur tous autres heritiers, qu'il exclut la mere non-ſeulement de la ſucceſſion, mais de la legitime même ſur les biens propres du pupille; la mere, dit le Juriſconſulte, ne pouvant ſe plaindre de cette eſpece d'exheredation, parce que quoique la ſubſtitution pupillaire ſoit regardée comme le teſtament du fils, elle eſt néanmoins dans la verité l'ouvrage du pere: *ſed nec impuberis filii mater inofficioſum teſtamentum dicit, quia pater ei hoc fecit*: Je ſçai qu'il y a des Parlemens où malgré la ſubſtitution pupillaire expreſſe, on donne à la mere une legitime; mais le Parlement de Toulouſe n'eſt pas de ce nombre, le ſubſtitué y joüit de l'effet de la ſubſtitution pupillaire dans toute ſon étenduë, la mere encore une fois ne peut abſolument rien prétendre. *Leg. 8. §. 5. ff. de inofficioſo teſtamento.*

La ſubſtitution pupillaire expreſſe exclut (diſons-nous) la mere de la ſucceſſion, & de tout droit legitime; mais en eſt-il de même de cette ſubſtitution dont nous avons parlé dans le Titre precedent: de cette ſubſtitution que l'on appelle compendieuſe, & que l'on appelle ainſi, parce qu'elle comprend *compendio verborum*, & la vulgaire, & la pupillaire, & la fideicommiſſaire? Il en devroit être ſans doute de même, parce qu'on peut dire de la ſubſtitution compendieuſe, qu'elle comprend expreſſement la pupillaire: Cependant la faveur de la mere a prévalu: la mere malgré cette

ſubſtitution, conſervé par la Juriſprudence des Arrêts, des droits ſur la ſucceſſion de ſon fils decedé en pupillarité, & ces droits ſont plus ou moins conſiderables, ſuivant que le ſubſtitué eſt lui-même plus ou moins favorable, ſuivant que le ſubſtitué eſt étranger, ou deſcendant de celui qui a fait la ſubſtitution: le ſubſtitué eſt-il deſcendant de celui qui a fait la ſubſtitution: en ce cas on adjuge à la mere une légitime, mais une legitime que les derniers Arrêts ont reduit à la troiſiéme partie de ce que la mere auroit eu *ab inteſtat* ſur les biens propres de ſon fils decedé en pupillarité: les biens propres du fils, s'il n'a d'ailleurs des biens aventifs conſiſtant ſeulement en la legitime ſur les biens de ſon pere: Dans le ſecond cas, c'eſt-à-dire, lorſque le ſubſtitué eſt étranger, la mere recueïllit l'entiere ſucceſſion de ſon fils, & cette ſucceſſion eſt compoſée de l'entiere légitime du fils ſur les biens de ſon pere, de la quarte-Trebellianique, & des biens aventifs du pupille; ce qui a donné lieu à la maxime: *ſubſtitutio compendioſa matre in medio exiſtente omni tempore eſt fideicommiſſaria, ubi ſubſtitutus non eſt ex liberis.* Qu'on laiſſe, comme nous avons dit ci-devant, recueïllir à la mere l'entiere ſucceſſion de ſon fils, malgré la ſubſtitution pupillaire compriſe tacitement dans la vulgaire, il n'y a rien en cela de contraire aux Loix, on ne fait tout au plus que les interpréter favorablement pour la mere; mais que malgré la ſubſtitution pupillaire compriſe dans la compendieuſe, on faſſe ſucceder la mere à ſon fils lorſque le ſubſtitué eſt étranger, & qu'on lui donne une légitime lors même que le ſubſtitué eſt deſcendant du Teſtateur, c'eſt ce que tous les Auteurs regardent comme contraire aux principes du Droit, parce qu'il ne faut pas regarder la ſubſtitution pupillaire comme compriſe tacitement dans la compendieuſe, ainſi que dans la vulgaire, la ſubſtitution compendieuſe comprend expreſſement la pupillaire; & tout ce que l'on peut dire, c'eſt qu'elle la comprend expreſſement, *non verbis ſpecialibus, ſed generalibus, &c.*

On doit entendre ainſi M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 84.*

M Dolive, *Liv. 3. ch. 10.*
M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 84.*
Ricard, *Tome 2. page 291.*
M. Laroche, *Liv. 3. in verbo* ſubſtitution, *tit. 5. art. 13.*

la compendieuſe comprend la pupillaire expreſſe verbis generalibus

Une ſubſtitution compendieuſe, diſons-nous, eſt reputée fideicommiſſaire en faveur de la mere, toutes les fois que le ſubſtitué n'eſt pas deſcendant du Teſtateur; mais ſi la mere eſt predecedée, donnera-t'on le même avantage à l'ayeul, ou à l'ayeule maternelle? M. de Juges, Doyen du Parlement, donna

lieu à agiter cette queſtion en l'année 1697. & l'Arrêt qui intervint en la premiere Chambre des Enquêtes au Rapport de M. de Prougen, partagea pour ainſi dire le differend ; car il accorda à M. Dejuge une legitime, qui fut déclarée être le tiers de tous les biens, & lui refuſa la quarte ainſi que les biens aventifs de ſon petit-fils en pupillarité.

§. 1. *Si qui mente captos habeant liberos, liceat eis, ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, certas perſonas ſubſtituere, &c.*

LA ſubſtitution, dont parle ici Juſtinien, ſe regle par les mêmes principes que la pupillaire ; & c'eſt auſſi pour cette raiſon qu'on l'appelle communement exemplaire : Il y a pourtant entre l'une & l'autre, deux differences conſiderables marquées dans la Loi *humanitatis, Cod. de impuberum & aliis ſubſtit.* La premiere conſiſte, en ce que le droit de ſubſtituer exemplairement n'eſt point attaché à la puiſſance paternelle, cette eſpece de ſubſtitution pouvant être faite par tous les aſcendans de l'un & de l'autre ſexe, peres, meres, ayeux & ayeules : La ſeconde, en ce que le pere ou la mere qui veut faire une ſubſtitution exemplaire, doit choiſir neceſſairement le ſubſtitué parmi les enfans du fils imbecille, & en défaut d'enfans parmi ſes freres : Les Arrêts que nous trouvons rapportez dans le premier Tome du Journal des Audiences, *Liv. 8. ch. 27. page* 808. nous apprennent que dans les Païs Coûtumiers, on connoît auſſi peu l'uſage des ſubſtitutions exemplaires, que des vulgaires & des pupillaires.

§. 2. *Igitur in pupillari ſubſtitutione duo quodammodo ſunt Teſtamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam ſi ipſe filius ſibi hæredem inſtituiſſet, &c.*

QUoique Juſtinien appelle ici la ſubſtitution pupillaire le teſtament du fils, *tanquam ſi ipſe filius ſibi hæredem inſtituiſſet*, on comprend néanmoins aiſément que ce n'eſt là qu'une fiction, & que dans la verité, la ſubſtitution pupillaire eſt l'ouvrage & la diſpoſition du pere : Les Arrêts l'ont jugé ainſi tou-

tes les fois que le cas s'eſt preſenté ; car a-t'il été queſtion par exemple de ſçavoir, ſi la ſubſtitution pupillaire faite par le mari en faveur de ſa ſeconde femme, étoit ſujette au retranchement de la Loi *hac Edictali*, *Cod. de ſecundis nuptiis*? Les Arrêts * ont jugé y avoir lieu au retranchement, & ont ſuppoſé par conſequent, que l'avantage qui revenoit à la ſeconde femme de la ſubſtitution pupillaire faite en ſa faveur, provenoit de la liberalité du mari ; a-t'il été queſtion encore de ſçavoir, ſi une mere appellée par la ſubſtitution pupillaire à la ſucceſſion de ſon fils, devoit quelques droits au Seigneur dans les lieux où il en eſt dû, des diſpoſitions faites par le mari en faveur de ſa femme, & non point des diſpoſitions faites par le fils, en faveur de ſa mere? Les Arrêts * ont jugé que la mere devoit payer: en ſuppoſant toûjours, comme l'on voit, que la ſubſtitution pupillaire n'eſt en effet que le teſtament du pere.

Subſtitution pupillaire ſujette au retranchement

* M. Dolive *Liv.* 3. *Ch.* 14.

hac edictali

* Henrys, *Tome* 2. *page* 233.

Ricard, *Tome* 2. *page* 253.

§. 5. *Pupillare teſtamentum, pars & ſequela eſt paterni teſtamenti : adeo ut, ſi patris teſtamentum non valeat, nec filii quidem valebit, &c.*

Que par les principes du Droit Romain, *valet ſubſtitutio pupillaris, cum præterito filio, contrà tabulas bonorum poſſeſſio petita eſt* ; & qu'aujourd'hui par l'authentique, la ſubſtitution pupillaire doit ſubſiſter, ſoit que le teſtament ſoit inofficieux ou nul par la preterition. Voyez Vinnium, *page* 442.

Ricard, *Tome* 2. *page* 249.

NOus trouvons dans M. Maynard, *Liv.* 5. *Ch.* 11. un Arrêt du Parlement de Toulouſe, par lequel fut confirmée une ſubſtitution pupillaire, quoique contenuë dans un Teſtament nul par la préterition de l'un des enfans du Teſtateur. Cet Arrêt, comme atteſte l'Auteur qui le rapporte, eut pour fondement l'authentique *ex causâ*, *Cod. de liberis præteritis*, qui malgré la préterition ou l'exheredation injuſte, fait ſubſiſter toutes les diſpoſitions contenuës dans le teſtament, autres que l'inſtitution d'heritier : *ex causâ præteritionis vel exheredationis irrita fit inſtitutio, cætera ſalva permanent* ; mais la raiſon de douter ne laiſſoit pas d'être conſiderable ; auſſi fut-elle le ſujet d'un partage : elle étoit priſe de ce que toute ſubſtitution directe n'eſt autre choſe qu'une ſeconde inſtitution, & qu'on peut dire, même de la ſubſtitution pupillaire, qu'elle eſt une premiere inſtitution par rapport à la ſucceſſion du pupille : *licet enim unum teſtamentum ſit, alia tamen atque alia hæreditas eſt*, *Lib.* 2. §. 4. *ff. de vulgari pupillari, &c.*

§. 6. *Vel ſingulis liberis, vel ei, qui eorum noviſſimus impubes morietur, ſubſtitui poteſt. Singulis quidem, ſi neminem eorum inteſtatum decedere voluerit: noviſſimo, ſi Jus legitimarum hæreditatum integrum inter eos cuſtodiri voluit.*

Très remarquable au ſujet des ſubſtitutions reciproques

UN pere ayant deux ou pluſieurs enfans pupilles, ſubſtituë Pierre à celui d'entre eux qui decedera le dernier étant encore en pupillarité ; ces pupilles doivent-ils être regardez comme ſubſtituez entre eux reciproquement ? Juſtinien decide que non ; & pourquoi en effet ſuppoſer une ſubſtitution reciproque, puiſque ſans recourir à aucune fiction, l'intention du Teſtateur peut être pleinement ſatisfaite ; l'intention du Teſtateur eſt celle-là, que ſes enfans venant tous à decceder en pupillarité, leur entiere heredité paſſe ſur la tête de Pierre : or Pierre pour recuëillir cette entiere heredité, n'a pas beſoin que les pupilles ſoient ſubſtituez entr'eux reciproquement, s'ils meurent tous en pupillarité, il ſuffit à Pierre de recuëillir la ſucceſſion du dernier, parce que celui-là aura recuëilli la ſucceſſion de ſes autres freres, qui ne pouvant teſter, ſe ſeront laiſſez ſucceſſivement heritiers les uns des autres : *in hæreditate noviſſimi pueri*, dit la Loi 42. *ff. de vulgari & pupillari*, *fratrum, qui antè mortui ſunt hæreditatem ſubſtitutus inveniat*, encore une fois, pour remplir les vûës du Teſtateur, il n'y a qu'à ne pas interrompre entre les freres pupilles l'ordre naturel des ſucceſſions legitimes, *noviſſimo ſubſtitui poteſt, ſi Jus legitimarum hæreditatum integrum inter eos cuſtodiri voluit.*

Cette déciſion eſt très-remarquable, car on en conclud, que deux ou pluſieurs heritiers inſtituez & chargez de ſubſtitution ou de Fideicommis en faveur d'un tiers, ſont cenſez entre eux reciproquement ſubſtituez, toutes les fois que ſans feindre ou ſans ſuppoſer cette ſubſtitution reciproque, l'heredité ne ſçauroit ſuivant l'intention preſumée du Teſtateur, parvenir toute entiere au ſubſtitué : J'inſtituë (par exemple) heritiers Pierre & Jean, & au cas ils decedent ſans enfans, je

leur ſubſtituë Jacques : Pierre & Jean, ſeront ſubſtituez entre eux reciproquement ; & l'effet de cette ſubſtitution reciproque ſera tel, que l'un des heritiers inſtituez, Pierre ou Jean, venant à deceder ſans enfans, le ſurvivant ſera appellé & à l'excluſion de Jacques, & à l'excluſion des heritiers teſtamentaires ou *abinteſtat* du coheritier defunt : *Paulus reſpondit*, dit la Loi *Titia* 87. §. *Seïa de legatis.* 2°. *Teſtatricem videri in eo Fideicommiſſo, de quo quærebatur, duos Gradus ſubſtitutionis feciſſe, unum, utis qui ex duobus prior moreretur alteri reſtitueret : alterum, ut noviſſimus his reſtitueret, quos nominatim poſtea enumeraverit* : L'Arrêt rapporté par M. Dolive, *Liv. 5. Ch. 11.* jugea, que deux freres auſquels le pere avoit ſubſtitué un tiers, étoient entre eux ſubſtituez reciproquement, quoiqu'ils fuſſent tous les deux pupilles ; ce qui paroît d'abord contraire à ce que nous avons dit qu'il étoit inutile en pareil cas de feindre une ſubſtitution reciproque ; mais c'eſt que dans l'eſpece de cet Arrêt la ſubſtitution étoit compendieuſe, & avoit trait de tems après la puberté : le pere après avoir inſtitué heritiers ſes enfans pupilles, leur avoit ſubſtitué un tiers au cas ils decederoient ſans enfans ; & comme ſes heritiers pouvoient deceder après avoir atteint l'âge de puberté, & diſpoſé de leur ſucceſſion, il falloit bien, comme l'on voit, préſumer que le Teſtateur dans la vûë de faire paſſer ſon entiere heredité ſur la tête du ſubſtitué, avoit entendu ſubſtituer reciproquement ſes enfans.

Ce que nous avons dit de la ſubſtitution reciproque, entre deux ou pluſieurs heritiers, a lieu également entre deux donataires ou deux legataires, auſquels un tiers eſt ſubſtitué ; mais il eſt remarquable que comme cette ſubſtitution reciproque n'eſt fondée que ſur une préſomption de volonté de la part du ſubſtituant, les Arrêts * ont jugé que la preſomption ceſſoit lorſque la donation ou le legs étoit de deux choſes differentes : Je legue, par exemple, 500. liv. à Pierre, & pareille ou plus grande ſomme à Jean : & au cas ils decedent ſans enfans, je leur ſubſtituë Jacques : l'un des deux legataires, Pierre ou Jean, venant à deceder ſans enfans, Jacques recuëillira le legs à l'excluſion du legataire ſurvivant : & ſi Jacques prédecede, le legataire qui decedera ſans enfans, tranſmettra le legs à ſes heritiers teſtamentaires, ou *ab inteſtat*, à

* M de Catelan, *Liv. 2. Ch. 25.*

l'excluſion auſſi du legataire ſurvivant ; en un mot il n'y aura point de ſubſtitution reciproque entre Pierre & Jean.

§. 8. *Extraneo, vel filio puberi hæredi inſtituto ſubſtituere nemo poteſt, ut ſi hæres extiterit, & intrà aliquod tempus deceſſerit, alius ei ſit hæres, &c.*

CE texte & celui de la Loi *verbis civilibus, ff. de vulg. & pupillari*, ont donné occaſion à la plûpart des interpretes de decider, qu'une ſubſtitution conçuë en termes directs, prend fin après la puberté ; & qu'après ce tems elle ne ſubſiſte plus même comme Fideicommiſſaire ; mais ſans examiner ſi cette déciſion eſt conforme ou non aux veritables principes du Droit, il nous ſuffit d'avoir obſervé, comme nous avons fait ci-devant, qu'on ne la ſuit point au Palais, où l'on tient pour maxime, que toute ſubſtitution qui a trait de tems au-delà de la puberté, en quelques termes qu'elle ſoit conçûë, *poſt pubertatem flectitur in Fideicommiſſum*, les Arrêts * ayant ainſi interprêté ou étendu la diſpoſition de la Loi *Centurio, ff. de vulg. & pupill.* & de la Loi *Præcibus, Cod. de impuberum & aliis ſubſt. &c.*

* Henrys, *tome* 1. *page* 811. Ricard, *tom.* 2. *pag.* 298.

TITRE XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMENTUR.

§. 1. *Si quis adoptaverit ſibi filium, rumpitur ejus teſtamentum, quaſi agnatione ſui hæredis, &c.*

LEs teſtamens parmi nous ne peuvent être annullez par la préterition d'un fils adopté depuis le teſtament, mais ils peuvent l'être par la préterition d'un poſthume, c'eſt-à-dire, d'un fils né depuis le teſtament, ou depuis le decès du Teſtateur : Nous avons obſervé ſur le Titre *de exheredatione liberorum*, que pour prevenir ce moyen de nullité ou de caſſation, il étoit de la prudence du Teſtateur, d'inſtituer toûjours

le posthume, les Arrêts ayant jugé que cette institution s'étendoit à tous les enfans nés depuis le testament, par l'égalité d'affection présumée dans le Testateur, pour tous les posthumes qui lui étoient également inconnus.

§. 2. Posteriore quoque testamento, quod Jure perfectum est, superius rumpitur, &c.

Qu'un premier testament, revoqué par un posterieur, ne prend sa force si le dernier est rayé & batonné. Bardet, *tome. 1. page 408.*

DAns l'usage & par la Jurisprudence des Arrêts, la regle proposée ici par Justinien, souffre deux exceptions remarquables :

La premiere, est à l'égard des testamens qui contiennent une clause dérogatoire, car si cette clause n'est point repetée dans le testament posterieur, quoique d'ailleurs parfait, le premier testament subsiste & n'est point censé revoqué. On ne trouve point de texte dans le Droit, où il soit parlé des clauses dérogatoires, mais on trouve quelque chose d'équipollent en la Loi *Si quis 22. de legatis. 2°.* où un Testateur ayant dit dans le commencement de son testament, qu'au cas il fît plusieurs legs à Titius, il entendoit qu'il n'y en eût qu'un de valable ; le Jurisconsulte répond, que les deux legs faits à Titius dans le même testament, ou dans un codicille, ne laissent pas de subsister, *quia nemo eam potest sibi Legem dicere, ut à priore voluntate ei recedere non liceat*, pourveu toutefois (ajoûte-t'il) que le Testateur ait declaré specialement qu'il revoquoit sa premiere disposition ; *sed hoc ità locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis se pœnituisse, & voluisse, ut legatarius plura legata acciperet.*

M. de Cambolas, *Liv. 5. ch. 4.* Guypape *quest. 127.* M. Duranty, *quest. 92.* Journal des Audiences, *tom. 1. Liv. 3. ch. 80. & Liv. 5. ch. 35.*

Sur la question, si une clause dérogatoire doit être toûjours necessairement repetée ? Si elle doit l'être expressement, ou si la repetition peut être supplée par de termes équipollens ? Il a été rendu tant, & de si differens Arrêts, qu'il n'est point aujourd'hui de question plus arbitraire, & qui dépende plus des circonstances du fait. La grande attention des Juges lorsque la clause dérogatoire ne se trouve point repetée dans le second testament, est d'examiner, si c'est par un défaut de mémoire de la part du Testateur, ou parce que le Testateur n'en a pas connu la force, ou parce qu'il a voulu en effet, que le

le défaut de repetition conſervât le premier teſtament : l'oubli ou le défaut de memoire ſe préſume aiſement, lorſqu'il s'eſt paſſé dix années du premier au ſecond teſtament : & on préſume l'ignorance de la part des perſonnes ruſtiques, ainſi que de la part des Soldats qui font des teſtamens militaires ; la plûpart des Auteurs prétendent qu'il faut auſſi préſumer l'ignorance ou l'oubli de la part des perſonnes illiterées, de la part des femmes, & des Mineurs.

M. Loüet, *lett. T. Som.* 9.

M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 1.

on presume l'oubli par le laps de dix ans

On convient aſſez que le défaut de repetition peut être ſuppléé par des équipollens, & on regarde comme des équipollens, que le Teſtateur, par exemple, declare dans le teſtament poſterieur, qu'il a inſeré dans le précedent une clauſe dérogatoire dont il ne ſe ſouvient pas, qu'il marque le jour que ce teſtament précedent a été fait, le Notaire qui l'a retenu, le nom de l'heritier qui s'y trouve inſtitué : La clauſe dérogatoire ne s'étend point aux donations entre-vifs, je veux dire que la clauſe dérogatoire inſerée dans un teſtament, n'infirme pas les donations entre-vifs, dans leſquelles elle ne ſe trouve point repetée ; elle n'infirme pas non-plus les codicilles, pourveu toutefois qu'ils ne contiennent que des legs modiques ; car un codicille, par exemple, qui contiendroit un Fideicommis univerſel, ou qui autrement épuiſeroit l'heredité, ne pourroit être ſans doute que très-ſuſpect, on le regarderoit comme un teſtament deguiſé, & par-là expoſé aux ſoupçons de captation & de ſubornation, qu'on cherche à prévenir par la clauſe dérogatoire ; mais à preſent l'uſage des clauſes dérogatoires étant entierement abrogé par l'Ordonnance de 1735. *art.* 76. toutes ces diſtinctions ſont inutiles.

Ferriere ſur la queſt. 127. de Guypape.

M. Loüet, *lett. T. Som.* 9.

* M. de Cambolas, *Liv.* 2. *Ch.* 1.

La deuxiéme exception à la regle, eſt à l'égard des teſtamens faits en faveur des enfans ou de la cauſe pie ; car on juge qu'ils ne ſont point revoquez par des teſtamens poſterieurs faits en faveur d'autres que des enfans, ou de la cauſe pie, ſi ces teſtamens poſterieurs ne revoquent expreſſement les diſpoſitions précedentes.

M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 1.

Contrà Ferriere ſur la queſt. 200. de Guypape, dumoins pour les teſtamens faits en faveur de la cauſe pie.

les testamens posterieurs ne revoquent pas les anterieurs qui sont faits en faveur des enfans ou de la cause pie, sans revocation speciale.

§. 2. *Nec intereſt, extiterit aliquis hæres ex eo, an non; hoc enim ſolum ſpectatur, an aliquo caſu exiſtere potuerit, &c.*

UN premier teſtament, dit Juſtinien, eſt annullé par un teſtament poſterieur, quoique l'heritier inſtitué dans le teſtament poſterieur, ne veuille ou ne ſoit pas en état d'accepter l'heredité; mais en eſt-il de même lorſque l'heritier inſtitué eſt incapable ou indigne? Après avoir fait un premier teſtament, j'en fais un ſecond: & par celui-ci j'inſtituë une perſonne que les Loix ne me permettent pas d'inſtituer, que les Loix declarent incapable ou indigne, & de qui on ne peut dire par conſequent que, *ullo caſu hæres exiſtere potuerit*; le premier teſtament ſera-t'il emporté malgré l'incapacité ou l'indignité de l'heritier inſtitué dans le teſtament poſterieur? Les Arrêts du Parlement de Toulouſe ont jugé que non, ils ont jugé que dans le cas propoſé, les heritiers inſtituez dans le premier teſtament, excluoient les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, & ils l'ont jugé ainſi, ſans diſtinguer ſi les heritiers étoient incapables ou indignes: nous en trouvons dans M. Maynard, *Liv.* 8. *Ch.* 50. & dans M. de Cambolas, *Liv.* 5. *Ch.* 36. qui ont maintenu les heritiers inſtituez dans un premier teſtament, dans le cas où l'heritier inſtitué dans le teſtament poſterieur étoit incapable, incapacité par exemple, priſe de la qualité de Tuteur, ou de Medecin du Teſtateur: & nous en trouvons dans M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 83. qui ont maintenu pareillement les heritiers inſtituez dans le premier teſtament, dans le cas où l'heritier inſtitué dans le teſtament poſterieur étoit indigne, indignité fondée ſur le commerce criminel de l'heritier avec la Teſtatrice, ou de l'heritiere avec le Teſtateur; j'ai dit les Arrêts du Parlement de Toulouſe, parce qu'en effet ceux des autres Parlemens ne l'ont pas jugé de même, nous en trouvons dans le premier Tome du Journal du Palais, *page* 76. & 169. qui ont maintenu les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, à l'excluſion des heritiers inſtituez dans le premier teſtament, ſans diſtinguer non-plus, ſi les heritiers inſtituez dans le teſtament poſterieur, étoient exclus par incapacité ou indignité. On ne peut diſſimuler qu'on s'éloigne également des principes du Droit, ſoit en jugeant un premier teſtament revoqué, malgré l'incapa-

Le Testament antérieur subsiste-t-il lorsque dans le postérieur un incapable ou un indigne fait institution?

cité des heritiers inſtituez dans le teſtament poſterieur, ſoit en faiſant ſubſiſter malgré l'indignité de ces mêmes heritiers ; l'incapacité & l'indignité en la perſonne de l'heritier, ſont deux choſes toutes differentes, & que l'on ne devroit pas confondre : l'incapable ne peut jamais recuëillir la ſucceſſion ; & & par-là il ſemble que l'inſtitution faite de ſa perſonne, regardée *pro non ſcriptâ*, ne devroit pas être un obſtacle à la validité du premier teſtament ; mais l'indigne peut recuëillir la ſucceſſion, quoi qu'il ne puiſſe pas la conſerver ; & par-là il ſemble que malgré l'inſtitution faite de ſa perſonne, le premier teſtament devroit être annullé, & la ſucceſſion devoluë aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*. Depuis que parmi nous le fiſc ne ſuccede plus aux indignes, la Loi *cum quidam, ff. de his quæ ut indignis*, paroît d'abord contraire à cette diſtinction ; car elle ſemble decider contre les heritiers inſtituez dans le premier teſtament, malgré l'incapacité des heritiers inſtituez dans le teſtament poſterieur : *Cum quidam ſcripſiſſet hæredes, quos inſtituere non potuerat, quamvis inſtitutio non valeret, neque teſtamentum ruptum eſſet, heredibus tamen, ut indignis, qui non habuerunt ſupremam voluntatem, abſtulit jam pridem Senatuſc. hereditatem* ; mais il eſt évident que dans l'eſpece de cette Loi il y avoit quelque circonſtance particuliere qui nous eſt inconnuë : & rien ne le prouve mieux que ces paroles : *quamvis inſtitutio non valeret, neq. teſtamentum ruptum eſſe*. Si le premier teſtament n'étoit pas annullé, comme le Juriſconſulte en convient, par le teſtament poſterieur contenant inſtitution d'une perſonne incapable, ſur quel fondement auroit-on pû priver de la ſucceſſion, les heritiers inſtituez dans ce premier teſtament, ſi comme nous l'avons dit, il n'y avoit eu quelque raiſon particuliere pour les exclure ?

Toto titulo, ff. de his quæ pro non ſcripto habentur.

L. 2. ff. de his quæ ut indignis, &c.

§. 3. *Teſtamentum ſecundo loco factum, licet in eo certarum rerum hæres ſcriptus ſit, perindè Jure valere, ac ſi rerum mentio facta non eſſet, &c.*

NOus apprenons de ce texte, qu'on peut valablement inſtituer un heritier *in re certâ*, parce qu'un heritier ainſi inſtitué, s'il n'a point d'autre coheritier, ſera reputé heritier univerſel, & que l'inſtitution reſtrainte à une certaine choſe,

L. quoties Cod. de hæredibus instituendis.

ſera regardée comme pure & ſimple, *ac ſi rerum mentio facta non eſſet* : J'ai dit s'il n'y a point d'autre coheritier ; car ſi le Teſtateur, par exemple, après avoir inſtitué Titius en une choſe particuliere, nomme par le même teſtament un autre heritier, ou ſans expreſſion de portion, ou en une portion d'heredité ; Titius en ce cas ſera regardé comme un ſimple legataire, il ne pourra prétendre que la choſe en laquelle il aura été inſtitué, & ne ſera point tenu auſſi de contribuer aux charges hereditaires. On a douté au Palais, ſi l'heritier inſtitué *in re certâ*, ayant un coheritier, pouvoit devenir heritier univerſel par le prédecès de l'autre heritier avant le Teſtateur, ou par ſa repudiation ? Les Arrêts ont jugé la queſtion en faveur de l'heritier *in certâ* : & où auroit pû être en effet la difficulte ; car enfin qu'importe qu'un heritier *in re certâ*, n'ait point eu originairement de coheritier, ou qu'il ait ceſſé d'en avoir par le prédecès ou la repudiation : on declare heritier univerſel, l'heritier inſtitué *in re certâ*, lorſqu'il n'a pas eu originairement de coheritier, *ne pro parte inteſtatus decedat Teſtator, pro parte teſtatus*, cette même raiſon ne decide-t'elle pas pour l'heritier *in re certâ*, lorſque le coheritier qu'il avoit originairement, decede avant le Teſtateur ou qu'il repudie ?

§. 4. Teſtamenta Jure facta infirmantur, cùm is qui fecit teſtamentum, capite deminutus ſit, &c.

NOus avons obſervé ſur le Titre *de capitis deminutione*, au premier Livre, que la condamnation aux Galeres perpetuelles, eſt à peu près parmi nous, ce qu'étoit parmi les Romains la condamnation aux métaux, qui faiſoit le grand changement d'état, *maxima capitis deminutio* : & le banniſſement perpetuel hors du Royaume, ce qu'étoit la déportation, ou l'interdiction de l'uſage de l'eau & du feu, qui faiſoit le ſecond changement d'état, *media capitis deminutio* ; l'une & l'autre de ces peines, font regarder le condamné comme mort civilement, & annullent par conſequent le teſtament précedament fait : Le paragraphe qui ſuit, rend au teſtament ſa premiere force, lorſque la cauſe pour laquelle il a été annullé ne ſubſiſte plus lors du decès du Teſtateur ; & il ne faut pas douter que ſi le cas ſe préſentoit, on ne ſe conformât à cette déciſion : je veux dire, qu'on ne declarât valable un

teſtament annullé par la condamnation, ſi par la grace du Prince ou autrement, le Teſtateur avant ſon decès avoit été retabli en ſon premier état.

On declareroit, diſons-nous, valable un teſtament annullé par la condamnation ou aux Galeres perpetuelles, ou au banniſſement perpetuel, ſi par la grace du Prince, le Teſtateur avant ſon decès avoit été retabli en ſon premier état. Mais que dirons-nous du teſtament de celui qui après avoir teſté, viendroit à être condamné à mort par défaut, & qui decederoit ſans avoir purgé la Contumace; ou de celui qui auroit reſté pendant la Contumace, mais qui ſe ſeroit juſtifié avant ſa mort, ou dont les heritiers s'il étoit decedé *in reatu*, ſeroient en état de purger la mémoire: Dans un cas, dit-on, le Teſtateur n'a pas eu *teſtamenti factionem tempore mortis*, quoiqu'il l'ait eu lors du teſtament; & dans l'autre, il ne l'a pas eu *tempore teſtamenti*, quoiqu'il l'ait eû *tempore mortis*; & il eſt des regles que pour qu'un teſtament ſoit valable, il faut que le Teſtateur ait été en état de teſter en l'un & en l'autre tems; ſur ce principe M. de Catelan au Chapitre dernier du Livre 2. décide pour la nullité du teſtament en l'un & en l'autre cas; & cependant l'Arrêt qu'il rapporte préjugea évidament le contraire, puiſqu'en declarant nul le teſtament fait dans la Contumace, on reſerva expreſſement à l'heritier inſtitué, de purger la mémoire du défunt, reſervation bien inutile ſi cette juſtification ne devoit pas valider le teſtament. On peut à mon avis regarder l'état d'un homme condamné à mort par défaut, comme en ſuſpens, & tel à peu près que celui d'un Captif, tandis qu'il eſt detenu en eſclavage; & je ſuis perſuadé que les mêmes fictions que les Loix ont imaginé pour faire ſubſiſter les teſtamens des Captifs, feroient ſubſiſter auſſi les teſtamens des condamnez à mort par défaut: Lorſque le condamné à mort par défaut ſe repréſente pour inſtruire ſa juſtification, c'eſt comme s'il n'avoit jamais été condamné, le jugement de condamnation eſt anéanti de plein droit; & il en eſt de même lorſque le condamné étant decedé ſans s'être repreſenté, ſes parens ou heritiers ſont en état de purger ſa mémoire; on peut voir ce que nous avons obſervé ſur le §. 10. du Titre *de nuptiis*, au premier Livre, & ſur le §. 5. du Titre *quibus modis jus patriæ poteſtatis ſolvitur* au même Livre.

§. 7. *Ex eo autem ſolo non poteſt infirmari teſtamentum, quod poſteà Teſtator noluerit valere, &c.*

Sur la queſtion, ſi un teſtament parfait peut être revoqué par une ſimple declaration de revocation, il s'eſt formé trois avis differens; Les uns croyent qu'une ſimple declaration de revocation faite devant Notaire & témoins, eſt ſuffiſante; & ils croyent leur opinion fondée ſur la Loi premiere, §. *Si hæres, ff. ſi tabulæ teſtamenti nullæ extabunt*, laquelle appelle les ſucceſſeurs *ab inteſtat*: *Si hæres inſtitutus non habeat voluntatem, vel quia inciſæ ſunt tabulæ, vel cancellatæ, vel quia aliâ ratione voluntatem Teſtator mutavit, voluitque ab inteſtato decedere*: Les autres au contraire fondez ſur la Loi *Sancimus* 27. *Cod. de teſtamentis*, ſoûtiennent qu'une ſimple déclaration de revocation faite même devant ſept témoins, ne ſuffit pas pour emporter un teſtament, s'il n'y a un intervalle de dix années entre le teſtament & la revocation: & il y en a enfin qui pour concilier les deux avis précedens, eſtiment que la ſimple revocation ſuffit ſans le concours du tems de dix années, pourveu qu'elle ſoit faite devant le nombre des témoins néceſſaire pour la validité d'un teſtament, & que le Teſtateur ait ajoûté qu'il vouloit mourir *ab inteſtat*: Ce dernier avis fut ſuivi par le Parlement de Toulouſe, dans l'Arrêt rendu au mois de Mars 1697. en faveur du ſieur Ducros, contre le ſieur de Fizes de Montpellier: Dans l'eſpece de cet Arrêt, il n'y avoit point veritablement de déclaration expreſſe de la part du Teſtateur, qu'il vouloit mourir *ab inteſtat*; mais il y avoit quelque choſe d'équipollent, en ce que le Teſtateur en faiſant la revocation, avoit conſervé & augmenté même un legs fait aux pauvres dans le teſtament revoqué, legs qui ne pouvant être payé que par les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ſuppoſoit neceſſairement que la revocation étoit faite en leur faveur, ſuivant la Loi *conficiuntur*, §. 1°. *ff. de jure codicillorum*. On trouve dans le premier *Tome* de Bardet, *Liv.* 1. *Ch.* 3. un Arrêt du Parlement de Paris, qui déclara valablement revoqué un teſtament par la ſeule déclaration de la Teſtatrice, & une déclaration même aſſez informe: mais cet Arrêt ne peut être tiré à conſequence

Henrys. *tom.* 2. *page* 654. Ferriere ſur la queſt. 200. de Guypape.

Cette Loi déclare la révocation valable, faite après dix années, devant trois témoins.

Revocation de testament doit être faite devant sept temoins ou autrement qu'un mot ab intestat.

par les circonſtances dans leſquelles il fut rendu, & celle-là entr'autres que le teſtament avoit été fait *ab iratâ matre*, & que la revocation étoit en faveur de la fille unique de la Teſtatrice. V. Bardet en l'endroit cité.

TITRE XVIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Quia plerumque parentes ſine cauſa liberos ſuos exhæredant, vel omittunt : inductum eſt, ut de inofficioſo teſtamento agere poſſint liberi, &c.

JUſtinien parle ici des enfans exheredez par leur pere, ou préterits par leur mere : il permet aux uns & aux autres d'attaquer le teſtament comme inofficieux, & ne leur permet pas de l'attaquer autrement, parce que la préterition de la mere eſt regardée comme une exheredation, *ſilentium matris tantùm facit, quantùm exheredatio patris*; mais nous avons déja obſervé ſur le Titre *de exheredatione liberorum*, que la Novelle 115. *Ch.* 3. avoit fait de la neceſſité d'inſtituer ou d'exhereder les enfans, une Loi commune aux peres & aux meres; & qu'ainſi la préterition de la mere, ne rend pas aujourd'hui le teſtament moins nul, que la préterition du pere. Ce n'eſt pas le ſeul changement qu'a fait la Novelle, dont nous venons de parler, dans le Droit ancien, elle a fixé les cauſes d'exheredation qui étoient auparavant arbitraires, donnant à l'exheredation faite ſans expreſſion d'une cauſe legitime, le même effet qu'à la preterition; en ſorte que ſuivant le raiſonnement de M. Dolive, *Liv.* 3. *Chap.* 8. la querelle d'inofficioſité ne peut avoir lieu aujourd'hui que dans un ſeul cas; ſçavoir, lorſque le fils a été exheredé par ſon pere & par ſa mere, en la forme preſcrite par la Novelle, mais pour une cauſe qu'il ſoûtient fauſſe & ſuppoſée.

Les cauſes legitimes d'exheredation ſont au nombre de quatorze. La premiere, ſi les enfans ont battu leur pere : La ſeconde,

ſi les peres ont reçu de leurs enfans quelque injure attroce : La troiſiéme, ſi les peres ont été accuſez par leurs enfans de quelque crime qui ne ſoit pas contre la perſonne du Prince, ou contre l'Etat : La quatriéme, ſi les enfans ont eu ſocieté avec des gens qui commettent des malefices pour en commettre avec eux : La cinquiéme, ſi les enfans ont attenté à la vie de leur pere par poiſon ou autrement : La ſixiéme, ſi les enfans ont eu commerce de debauche avec la femme ou la concubine de leur pere : La ſeptiéme, ſi les enfans ont dénoncé leur pere dans quelque affaire qui leur ait cauſé un préjudice notable : La huitiéme, ſi les enfans ont laiſſé empriſonner leur pere pour ne vouloir cautionner pour lui : La neuviéme, ſi les enfans ont voulu empêcher leur pere de teſter par des voyes de fait : La dixiéme, ſi les enfans ſe ſont faits Gladiateurs ou Comediens ſans le conſentement de leur pere, ſi ce n'eſt que le pere lui-même ne fût de cette profeſſion : La onziéme, ſi une fille avant la vingt-cinquiéme année, mêne une vie ſcandaleuſe, ou ſe marie ſans le conſentement de ſon pere : La douziéme, ſi le pere étant tombé en démence ou en fureur, les enfans ont negligé d'en avoir ſoin : La treiſiéme, ſi les enfans negligent de racheter leur pere étant en captivité : & la derniere, ſi le pere étant Catholique, ſes enfans ſe ſont Heretiques : Cette derniere cauſe d'exheredation, depuis que Louis le Grand a réüni tous ſes Sujets dans le ſein de l'Egliſe, ne peut guere avoir lieu parmi nous ; avant la réünion, l'art. 26. de l'Edit de Nantes, défendoit d'y avoir égard ; mais cet Edit ayant été revoqué, il ne faut pas douter que ſi le cas ſe preſentoit, on ne regardât le changement de Religion comme une cauſe legitime d'exheredation. Pour ce qui regarde la onziéme cauſe contre les filles, qui avant leur vingt-cinquiéme année ſe marient ſans le conſentement de leur pere, nous avons obſervé ſur le Titre de *Nuptiis*, que par les Ordonnances de 1556. en 1639. il eſt permis aux peres & aux meres d'exhereder les enfans qui ſe marient ſans leur conſentement, ſi ce n'eſt que le fils excedant l'âge de trente ans, & les filles celui de vingt-cinq, ſe ſoient mis en devoir de requerir l'avis & le conſeil de leur pere & mere.

Nous devons rappeller ici ce que nous avons obſervé ſur le Titre

Titre de *exheredatione liberorum*, touchant l'effet de l'exheredation par rapport aux enfans de l'exheredé ; & à cette obſervation, nous devons en joindre deux autres.

La premiere, que quelque attention qu'ait eu la Novelle à fixer le nombre des cauſes d'exheredation pour ne pas les laiſſer arbitraires aux peres & aux meres, il ne faut pas néanmoins prendre la choſe ſi litteralement, que les peres & meres ne puiſſent exhereder pour des cauſes également graves, quoique omiſes par Juſtinien : les Auteurs en couviennent tous, & Vinnius entre autres ſur le Texte que nous expliquons, le démontre par de ſolides raiſons.

La deuxiéme, que de quelque nature que ſoit l'offenſe pour laquelle un fils a merité d'être exheredé, les Arrêts ont jugé que l'exheredation étoit ſans effet toutes les fois qu'il y avoit preuve de la reconciliation : cette Juriſprudence fondée ſur la déciſion, ou ſur un argument pris de la Loi 5. *Cod. familiæ erciſcundæ*, où il eſt dit, *in ipſius mariti tui fuit poteſtate mutare, quod in ſervos ſuos iratus teſtamento caverat, ut unus quidem in perpetuis vinculis moraretur, alter verò exportandus venundaretur. Pro inde ſi offenſam iſtam clementia flexit : Quod licèt ſcripturâ non probetur, aliis tamen rationibus doceri nihil impedit, præſertim cùm poſteriora eorum talia merita deprehenduntur, ut ira Domini potuerit mitigari noviſſimam ejus voluntatem arbiter familiæ erciſcundæ ſequetur.* Un fils eſt exheredé par ſon pere, pour s'être marié ſans ſon conſentement, le pere ayant ſouffert que ſon fils logeât dans une de ſes maiſons : Arrêt qui declara l'exheredation nulle, & qui la déclara telle malgré la proteſtation faite par le pere avant ſa mort : que par ce logement qu'il avoit donné à ſon fils, il n'avoit nullement entendu ſe reconcilier avec lui, mais lui procurer ſeulement occaſion de gagner ſa vie, le tout par charité, & comme il en auroit uſé à l'égard d'un étranger : Cet Arrêt rapporté par Ricard, *Tom. 1. page 627.* n'a rien de contraire à cet autre, qu'on trouve dans le ſecond Tome du Journal des Audiences, *Liv. 3. Ch. 21.* & qui fit ſubſiſter l'exheredation prononcée par le pere contre un fils qui s'étoit marié auſſi ſans ſon conſentement, quoique le pere à l'article de la mort eût donné la benediction à ſon fils ; parce qu'on jugea, que la benediction d'un pere mou-

rant, étoit un acte de Religion qui ne concluoit rien pour la remiſſion de la peine encouruë par le fils, *cenſetur remiſiſſe odium & non ſatisfactionem injuriæ*; mais quoiqu'il en ſoit, on peut conclure de ces préjugez, qu'on eſt bien revenu de cette ancienne ſeverité, qui comme nous l'avons obſervé ſur le Titre *de Nuptiis* au premier Livre, faiſoit douter, non point ſi la peine de l'exheredation encouruë par les enfans mariez ſans le conſentement de leurs pere & mere, pouvoit être remiſe par une reconciliation préſumée, mais ſi le pere même ou la mere, pouvoient ne pas exhereder les enfans mariez ſans leur conſentement, & s'ils pouvoient remettre & pardonner l'injure qui leur avoit été faite : ce doute fondé ſur la diſpoſition de l'Ordonnance de 1639. laquelle en l'art. 2. declare les enfans mariez ſans le conſentement de leurs pere & mere, privez & déchûs par le ſeul fait, enſemble les enfans procréez de leurs Mariages, indignes & incapables à jamais des ſucceſſions de leurs peres, meres & ayeuls, & de toutes autres directes & collaterales, comme auſſi des droits & avantages qui pourront leur être acquis par Contrats de Mariage & Teſtamens, ou par les Coûtumes & Loix du Royaume.

On a douté, ſi un pere ou une mere pouvoit exhereder par acte devant Notaire, ou s'il ne le pouvoit que dans un teſtament; & les Arrêts ont jugé que l'exheredation pouvoit être faite indiſtinctement, & par acte & par teſtament : On peut les voir rapportez dans le premier Tome du Journal des Audiences, *Liv. 3. Ch. 52.* On a douté encore, ſi l'exheredation devoit être abſoluë; c'eſt-à-dire, ſi le fils exheredé, devoit être exclus de toute ſa portion de ſucceſſion, ou ſi le pere en l'exheredant, pouvoit lui conſerver une partie de ſes droits legitimaires, ſoit en capital, ou en uſufruit; & on a jugé, que par la raiſon, que qui peut le plus, peut le moins, un pere avoit la liberté d'apporter à l'exheredation tel temperament qu'il jugeoit à propos, qu'il pouvoit faire à ſon fils un legs au-deſſous de la legitime, ou lui donner une penſion viagere. Voyez Ricard, *Tome 1. page 629.* & le Journal des Audiences, *Tome 2.*

§. 1. *Non autem liberis tantùm permiſſum eſt teſtamentum inofficioſum accuſare, verùm etiam liberorum parentibus, &c.*

TOut ce que nous avons dit des enfans preterits ou exheredez par leurs pere & mere, doit être appliqué aux pere & pere préterits ou exheredez par leurs enfans, ſans expreſſion d'une cauſe légitime : Un teſtament par lequel un fils decedant ſans enfans, préterit ſon pere ou ſa mere, ou par lequel il exherede ſon pere & ſa mere, ſans expreſſion d'une cauſe legitime, eſt nul : Il eſt inofficieux lorſque le fils decedant auſſi ſans enfans, exherede ſon pere ou ſa mere, avec expreſſion d'une cauſe legitime, mais fauſſe & ſuppoſée. M. Dolive, Liv. 3. Ch. 8.

La Novelle 115. a pris ſoin de marquer les cauſes pour leſquelles un fils peut exhereder ſon pere ou ſa mere, elles ſont au nombre de huit : La premiere, ſi le pere & la mere ont accuſé leurs enfans d'un crime capital, autre toutefois que celui de leze-Majeſté : La ſeconde, ſi le pere & la mere ont attenté à la vie de leurs enfans par poiſon ou autrement : La troiſiéme, ſi le pere a eu commerce avec la femme, ou la concubine de ſon fils : La quatriéme, ſi le pere & la mere ont voulu empêcher leurs enfans de teſter : La cinquiéme, ſi le pere & la mere ont attenté à la vie l'un de l'autre : La ſixiéme, ſi les enfans étant en fureur ou en démence, leur pere & mere ont negligé d'en avoir ſoin : La ſeptiéme, ſi les pere & mere n'ont point racheté leurs enfans étant en captivité : Et la huitiéme, ſi les pere & mere ſont Heretiques & les enfans Catholiques.

Il eſt donc dû une legitime au pere & à la mere, lorſque par un renverſement de l'ordre de la nature, *& turbato mortalitatis ordine*, ils ſurvivent à leurs enfans. Mais ſur quel pied regle-t-on cette legitime ? Sera-ce le tiers de tous les biens du fils ? Sera-ce le tiers de ce que le pere & mere auroient eu *ab-inteſtat* ? La difference comme l'on voit eſt grande ; car qu'un fils, par exemple, decede ayant 10000. écus de bien, & qu'il laiſſe ſa mere ſurvivante avec un frere ou une ſœur, ſi la legitime de la mere doit être le tiers de tous les biens, la mere aura 10000. liv. pour ſa legitime, & ſi la legitime doit être *Vide* ſur cela l'art. 61. de l'Ordonnance du mois d'Août 1735.

ſeulement le tiers de ce que la mere auroit eu *ab inteſtat*, elle ſera reduite à la ſomme de 5000. liv. faiſant le tiers de celle de 15000. parce que les freres & les ſœurs étant admis, comme nous verrons ailleurs, à la ſucceſſion *ab inteſtat*, conjointement avec le pere & la mere, la ſomme de 15000. liv. feroit dans le cas propoſé, le montant de la portion de la mere, de la portion qu'elle auroit eu *ab inteſtat*. Il y en a qui croyent que la legitime doit être toûjours le tiers, ſans examiner ſi le fils decedé a laiſſé des freres ou des ſœurs, & ſans entrer par conſequent en la diſcution du plus ou du moins que le pere ou la mere auroient en la ſucceſſion *ab inteſtat* de leur fils; & il y en a au contraire qui regardant la legitime comme une partie de la portion dûë *ab inteſtat*, *quarta debitæ portionis*, *quarta pars ejus quod ad filium perventurum eſſet*, *ſi inteſtatus pater deceſſiſſet*, trouvent extraordinaire, que les aſcendans puiſſent avoir pour leur legitime beaucoup plus qu'ils n'auroient eu en ſuccedant *ab inteſtat*, & qui par cette raiſon, la reduiſent au tiers de ce que les aſcendans auroient eu *ab inteſtat*; ce tiers plus ou moins conſiderable ſuivant le nombre des freres ou ſœurs qui auroient concouru avec les aſcendans dans la ſucceſſion *ab inteſtat*. Le Parlement de Toulouſe a cherché à concilier par un temperamment judicieux, ces deux differentes opinions, & ſa Juriſprudence eſt telle; le fils, de la ſucceſſion duquel il s'agit, a-t'il laiſſé des freres ou des ſœurs, ou n'en a-t'il laiſſé aucuns? en ce dernier cas la legitime du pere & de la mere eſt inconteſtablement le tiers de l'entiere ſucceſſion, *tertia totius*; Mais dans le premier, on diſtingue, & on fait dépendre le plus ou le moins de legitime de la qualité des heritiers inſtituez par le fils, & ſuivant que ces heritiers ſont plus ou moins favorables: ſi le fils a inſtitué quelqu'un de ſes freres, la legitime du pere & de la mere n'eſt que la troiſiéme partie de ce qu'ils auroient eu *ab inteſtat*; s'il a inſtitué heritier un étranger, la legitime eſt le tiers de l'entiere ſucceſſion.

M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 84.

Il s'eſt preſenté un cas; ſçavoir, ſi un frere étant inſtitué heritier à la charge de rendre la legitime du pere & de la mere, devoit être reduite (ſuivant la diſtinction dont nous venons de parler) au tiers de ce qu'ils auroient eu *ab inteſtat*? Il fut jugé que non, & on le jugea ainſi, quoique le fideicommis fût en

faveur de la cauſe pie. Pour diminuer la legitime des aſcendans, & la reduire du tiers de tous les biens, au tiers de la portion de la ſucceſſion *ab inteſtat*, il faut toute la faveur d'une inſtitution pure & ſimple, & d'une inſtitution dont le frere retire tout l'avantage. Au ſurplus, ce que nous diſons du pere & de la mere doit être entendu de l'un & de l'autre ſeparement, ſi l'un ou l'autre étoit decedé, & on doit l'entendre auſſi de l'ayeul & de l'ayeule, ſi celui de la ſucceſſion duquel il s'agit, n'avoit laiſſé ni pere ni mere.

§. 1. *Soror & frater, turpibus perſonis ſcriptis hæredibus, ex ſacris Conſtitutionibus Prælati ſunt, &c.*

CEtte déciſion, par laquelle les freres & les ſœurs peuvent mutuellement faire caſſer le teſtament les uns des autres, *turpibus perſonis ſcriptis hæredibus*, ne doit point être appliquée, comme ſemblent avoir voulu l'appliquer quelques Auteurs, au cas où l'un des freres au préjudice des autres a ſubſtitué une perſonne incapable ou indigne ; l'infamie dont parle ici Juſtinien, ne donne droit de ſe plaindre qu'aux freres & aux ſœurs ; au lieu que par l'incapacité ou indignité, les parens même les plus éloignez ſont appellez à la ſucceſſion : *Si ſcripti hæredes*, dit la Loi *fratres*, *Cod. de inoff. teſtamento*, *infamiæ*, *vel turpitudinis*, *vel levis notæ maculâ aſpergantur*, c'eſt-à dire, qu'une legere note d'infamie, qui ne rendroit pas d'ailleurs inhabile & incapable de ſucceder, rend l'inſtitution nulle, lorſqu'elle eſt faite au préjudice d'un frere ou d'une ſœur.

Ricard, Tome 1. page 616.

§. 3. *Sin verò quantacumque pars hæreditatis, vel res eis fuerit relicta, de inofficioſa querelâ quieſcente, id, quod eis deeſt, uſque ad quartam legitimæ portionis, repleatur, &c.*

LA repletion, dont il eſt ici parlé, eſt ce que nous appellons communement, ſupplément de legitime : l'action pour demander ce ſupplement, quoique ſubrogée à la plainte ou querelle d'inofficioſité, eſt reputée de même nature, que l'action pour demander la legitime même ; ainſi les Arrêts ont jugé, qu'elle

durroit trente-ans, à compter du jour du decès du pere & de la mere, qu'elle paſſoit aux heritiers & aux créanciers même du fils decedé avant que de l'avoir intentée, & que les interêts en étoient dûs ſans interpellation. *a*

Ces paroles *quantacumque pars hæreditatis*, ont donné lieu à une queſtion; ſçavoir, ſi l'inſtitution que fait un pere de la perſonne de ſon fils, en la ſomme par exemple de cinq ſols, eſt ſuffiſante pour la validité du teſtament? Dumoulin ſur le Titre du Code *de inofficioſo teſtamento*, dit qu'une inſtitution de cette nature, eſt une dériſion plûtôt qu'un titre d'honneur, & qu'elle augmente l'inofficioſité, plûtôt qu'elle ne la couvre: *Si quod relictum eſt, ſit vilisſimum & ridiculum, non minuit inofficioſitatem, ſed auget*; Cependant les Arrêts *b* ont jugé le contraire: ils ont declaré les teſtamens bons & valables, quand même un étranger ſeroit inſtitué heritier, ſauf aux enfans à ſe pourvoir en ſuplément de legitime. Si dans l'eſpece de l'Arrêt rapporté par M. Maynard, *Liv.* 5. *Ch.* 11. un Teſtament fut caſſé, parce que la grand mere du teſtateur n'avoit été inſtituée qu'en la ſomme de cinq ſols, c'eſt parce qu'elle n'avoit été ainſi inſtituée que par une clauſe vague & generale, n'ayant point été expreſſement nommée & inſtituée, & le Teſtateur ayant dit ſeulement qu'il inſtituoit en la ſomme de cinq ſols tous ſes parens & lignagers. Et ſi dans l'eſpece d'un autre Arrêt rapporté par Albert *lett.* T. *Ch.* 28. un autre teſtament fut auſſi caſſé malgré l'inſtitution de la fille de la teſtatrice en la ſomme de cinq ſols, ce fut par des circonſtances particulieres, priſes ou de la captation préſumée, ou de ce que le teſtament avoit été fait *ab iratâ matre*; quoiqu'il en ſoit, la Juriſprudence eſt aujourd'hui conſtante, atteſtée comme telle par Meſſieurs du Parlement dans la Réponſe à la queſtion 14. ſur les matieres teſtamentaires, & établie par les art. 51. & 52. de l'Ordonnance de 1735. qui en a fait une Loi generale.

Dans tous les Païs du Droit Ecrit, on ſuit pour la quotité de la legitime des enfans, la diſpoſition de la Novelle 18. *de triente & ſemiſſe*, c'eſt-à-dire, que s'il y a quatre enfans ou au-deſſous, ils doivent avoir à eux tous le tiers de la ſucceſſion du pere & de la mere, qui peuvent diſpoſer librement des autres deux tiers au profit de telle perſonne que bon leur ſem-

a M. Dolive, *Liv.* 5. *Ch.* 31. M. Duranti, *queſt.* 30. M. Laroche, *in verbo* Legitime, *Tit.* 63. *art.* 17. M. Maynard, *Liv.* 8. *ch.* 40. M. de Cambolas, *Liv.* 2. *Ch.* 32. Henris, *Tome* 1. *pag.* 578. Ricard, *Tome* 1. *page* 637. Cette Juriſprudence eſt conforme au Droit Romain. *Vinnius* page 471. *in notis.*

b M. de Cambolas, *Liv.* 2. *ch.* 15. Henris, *Tome* 1. *pag.* 788. M. Maynard, *Liv.* 5. *Ch.* 11. M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 33.

ble, ſoit du nombre de leurs enfans, ou d'un étranger; & que s'il y a plus de quatre enfans, leur légitime en ce cas eſt la moitié de la ſucceſſion à partager entre eux.

Quatuor aut infrà natis dant jura trientem, ſemiſſem verò, fuerint ſi quinque vel ultrà.

LOrſque les Coûtumes des lieux contiennent ſur cette matiere des diſpoſitions contraires à la Novelle dont nous venons de parler, il faut ſans doute s'y conformer, mais en défaut de diſpoſition contraire, les Arrêts * ont jugé qu'il falloit ſe conformer à la Novelle, & non point aux Coûtumes voiſines, ou à la Coûtume de Paris; ce qui fait une nouvelle preuve de la propoſition qui a ſervi de ſujet à notre Préface, que le Droit Romain, eſt le Droit Commun de la France. La Coûtume de Paris donne à chacun des enfans pour ſa legitime, ſans diſtinction du nombre plus ou moins grand, la moitié de la part & portion qu'il auroit eu en la ſucceſſion de ſes pere & mere, s'ils fuſſent decedez *ab inteſtat.*

* Ricard, *Tome* 1. *page* 640.

Quoique les enfans repreſentent leur pere, & qu'ils ne puiſſent par conſequent avoir tous enſemble ſur les biens de leur ayeul plus de droit qu'en auroit eu leur pere predecedé, nos Auteurs néanmoins ont remarqué un cas ſingulier, dans lequel ils ne doutent pas qu'on n'adjugeât aux petits-fils une legitime plus grande que n'auroit eu leur pere s'il avoit vêcu; qu'on ſuppoſe, diſent-ils, un fils unique qui decede laiſſant cinq enfans ou plus, & que ſon pere decede enſuite après avoir inſtitué un étranger, on ne fera point difficulté d'adjuger aux petits-fils, la moitié des biens de l'ayeul pour leur legitime, quoique leur pere n'eût pû prétendre que le tiers.

Lebrun, Traité des ſucceſſions, *liv.* 2. *ch.* 3. *ſect.* 3. *n.* 23.

Les enfans ont la legitime non-ſeulement ſur les biens délaiſſez par leurs pere & mere, mais ſur les biens encore que les pere & mere ont donné pendant leur vie à quelqu'un des enfans. Un pere par exemple, ayant 100000 liv. de bien, en donne 50000. liv. à ſon aîné en le mariant, les autres enfans legitimeront ſur l'entiere ſomme de 100000. liv. il en ſeroit autrement des donations faites à des étrangers, & on peut voir la raiſon de la difference dans la diſſertation que fait ſur cette matiere Duperier, *Liv.* 1. *quæſt.* 2.

Ce qui a été donné aux enfans pendant la vie du pere ou de la mere, rentre, disons-nous, dans la masse, & grossit le patrimoine, à l'effet de regler les legitimes ; Mais en est il de même des dots payées par le pere ou par la mere, pour l'entrée en Religion de ses filles ? Les Arrêts ont jugé que non ; il en fut rendu un entr'autres le . . . . . 1715. en la premiere Chambre des Enquêtes en la cause des sieurs Couderc & Soulié.

Non seulement les donations faites aux enfans, rentrent dans la masse à l'effet, comme il a été dit, de regler les legitimes ; mais elles sont elles mêmes retranchées, si elles sont inofficieuses, c'est à dire, que si un pere, par exemple, qui a cinq enfans, a donné plus de la moitié de ses biens, ce qui excede est sujet au retranchement ; on observe seulement à l'égard des dots inofficieuses, qu'elles ne sont retranchées qu'après la mort du mari, le mari pendant sa vie regardé comme un créancier, & comme tel préferable aux legitimaires.

Lorsque les donations sont inofficieuses, elles sont, disons-nous, sujettes au retranchement, à concurrence de la legitime ; mais comment & de quelle maniere doit être fait ce retranchement ? La legitime doit-elle être prise par contribution sur toutes les donations? ou doit-elle être prise sur la derniere, & subsidiairement sur chacune des autres, en remontant de celles qui sont posterieures, à celles qui sont anterieures ? Messieurs du Parlement ont répondu à cette question, * que la legitime devoit être prise toûjours sur la derniere donation, les autres en remontant toûjours des posterieures aux anterieures, n'étant tenuës que subsidiairement, le tout conformement aux Arrêts raportez par M. de Cambolas, *Liv. 3. ch. 30.* M. Maynard, *Liv. 6. Ch. 20. & 21.* M. Laroche & Graverol, *Liv. 6. Tit. 63. art. 14.* Cette Jurisprudence fondée sur ce que les biens donnez n'étant plus dans le patrimoine du donateur, & demeurant acquis irrevocablement au donataire, il ne doit pas être au pouvoir du donateur de venir contre son propre fait, ou d'y venir du moins indirectement, comme il le pourroit sans doute, si la legitime se prenoit indifferament & par contribution sur toutes les donations, par la facilité qu'il auroit à donner lieu au retranchement par les donations posterieures : Cela se trouve ainsi reglé

* C'est la neuviéme sur les matiéres des Donations.

reglé par l'art. 34. de l'Ordonnance du mois de Février 1731.

Les dots, disons-nous, quoique sujettes au retranchement par l'inofficiosité, ne le sont néanmoins qu'après la mort du mari, regardé comme créancier ; on le juge ainsi constamment sans distinguer (comme on faisoit autrefois) si la dot consiste en argent ou en fonds, & sans distinguer encore dans le premier cas, si elle a été payée, ou si elle est encore dûë en tout ou en partie ; mais on ne peut dissimuler que cette Jurisprudence a de grands inconveniens, & ceux-là entr'autres, (qui se presentent naturellement,) que les enfans peuvent se trouver sans legitime, tandis que leurs sœurs seront richement dotées, & qu'ils peuvent se trouver sans legitime par le fait de leurs peres & meres, à qui il est aisé d'épuiser leur patrimoine par des dots immenses ; s'il paroît injuste d'arracher au mari une dot destinée à supporter les charges du Mariage, y a t'il plus de justice à renvoyer après la mort du mari le payement de la legitime dûë aux enfans, & qui doit servir à leurs alimens ? Les enfans à raison de leur legitime, ne sont-ils pas regardez comme créanciers de leur pere, & cette qualité ne leur convient-elle pas mieux qu'au mari à raison de la dot ? Je ne puis qu'approuver la reflexion que fait Graverol sur M. Laroche sous le mot *Legitime*, *Liv. 6. Tit. 63. art.* 14. sçavoir, que dans le cas au moins où les enfans legitimaires n'auroient aucuns biens ni aucune industrie, on ne pourroit sans inhumanité leur refuser une provision qui repondît à peu près aux interêts de la legitime. Voyez Graverol en l'endroit cité ; M. Dolive, *Liv.* 3. *Ch.* 21. & M. de Catelan, *Liv.* 4. *Ch.* 65.

Jurisprudence abrogée par l'art. 35. de L'Ordonnance concernant les donations du mois de Février 1731.

§. 4. *Si Tutor nomine pupilli, &c.*

CE Texte nous apprend, qu'un fils après avoir reçu le legs qui lui a été fait par son pere, ne peut attaquer le testament de son pere comme inofficieux : & qu'après avoir attaqué le testament de son pere comme inofficieux, il n'est plus recevable à demander le legs ; il en est autrement lorsqu'il est question de la fausseté ou de la nullité du testament : on peut après avoir reçu le legs impugner le testament comme faux, ou comme nul ; & après l'avoir ainsi impugné, rien n'empê-

reception du legs exclud la querelle d'inofficiosité mais non l'action en supposition : — reception du legs n'exclud pas la demande en fausseté ou nullité du testament

che qu'on ne puiſſe demander le legs ; cette difference fondée ſur ce que par la plainte ou querelle d'inofficioſité, le jugement du Teſtateur eſt directement impugné & attaqué, *quaſi non ſanæ mentis fuerit* ; au lieu que dans la voye de fauſſeté ou de nullité, on prétend ſeulement que ce n'eſt pas la veritable volonté du défunt, ou que dans ſa diſpoſition, le défunt n'a pas ſuivi toutes les formalitez preſcrites par les Loix, *de jure diſputatur, non judicium impugnatur* : notre Juriſprudence n'a rien de contraire à ces déciſions ; mais il importe d'obſerver, que quoique l'action pour demander le ſupplement de legitime ſoit ſubrogée, comme nous l'avons dit ailleurs, à la plainte ou querelle d'inofficioſité, néanmoins l'approbation que fait le fils du teſtament de ſon pere en recevant le legs, ne l'empêche pas de demander ce ſupplément, quelque renonciation même qu'il ait fait à ſes droits paternels & maternels, les Arrêts * ayant jugé, qu'une renonciation vague & generale n'étoit point un obſtacle à la demande du ſupplement, & que le fils n'avoit pas beſoin pour former cette demande, des Lettres pour être relevé & reſtitué en entier ; ce qui paroît aſſez conforme à la déciſion de la Loi *ſi quando*, §. 2. *Cod de inoff. teſtamento*, où il eſt dit, que toutes les fois que le pere a fait un legs à ſon fils qui ne répond pas à la legitime, le fils en recevant le legs, & quelques clauſes qu'il inſere dans la quittance, ne ſe fait aucun préjudice pour le ſupplément, s'il n'a dit par exprès, *nullam ſibi ſuper eſſe de repletione quæſtionem*, c'eſt-à dire, s'il n'a ſpecialement renoncé à tout ſupplément ; ce n'eſt donc que dans ce cas de renonciation ſpeciale à tout ſupplement, que le fils eſt obligé de ſe pourvoir dans le délai & en la forme que doivent être intentées les actions reciſoires, c'eſt-à-dire, dans dix ans & par Lettres de reſtitution en entier : reſtitution, qui ſuivant la deciſion de Ferriere ſur la queſtion 427. de Gui-Pape, ne peut être fondée que ſur une lézion énorme, & qui ſoit de la moitié du juſte prix.

L. 24. *ff. de his quæ ut indignis.*

M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 33.*

* M. Laroche & Graverol *in verbo legitime, Tit. 4. art. 4. page 200.*

M. de Cambolas, *Liv. 2. ch. 32.*

M. Maynard, *Liv. 7. ch. 6.* & M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 36.*

§. 6. *Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioſo agere non poſſit, ſive jure hæreditario, ſive jure legati, &c.*

LA diſpoſition de ce §. auſſi-bien que de la Novelle 18. a été abrogée par la Novelle 115. chap. 3. en ces termes : *non licere penitùs patri, vel matri liberos præterire, aut exheredes in ſuo facere teſtamento, nec ſi per quamlibet donationem : vel legatum, vel fideicommiſſum, vel alium quemcumque titulum, eis dederit legibus debitam portionem* : Irnerius Compilateur des Authentiques, s'eſt donc évidamment trompé, lorſque dans l'Authentique *noviſſima*, priſe de la Novelle 18. & inſerée dans le titre du Code *de inofficioſo teſtamento*, il établit comme une maxime fondée ſur la plus nouvelle Juriſprudence, que la legitime peut être laiſſée à quel titre que ce ſoit, *quoquo relinqui titulo.*

Nous trouvons des Arrêts du Parlement de Paris, qui ont ſuivi à la lettre la diſpoſition de la Novelle 115. dont nous venons de parler, c'eſt-à-dire, des Arrêts qui ont declaré nuls les teſtamens dans leſquels la legitime n'étoit pas laiſſée aux enfans ſous le Titre honorable d'inſtitution ; mais il en eſt autrement dans le Parlement de Toulouſe, * où l'omiſſion d'inſtituer en la legitime n'eſt conſiderée comme une nullité, que dans le cas où le pere & la mere ont inſtitué un étranger ; s'il eſt vrai, comme nous l'avons obſervé ſur le Titre *de exheredatione liberorum*, que les diſpoſitions contenuës dans un teſtament où les enfans ſont préterits, ſubſiſtent hors l'inſtitution, & qu'à l'égard même de l'inſtitution, on ait trouvé moyen de la conſerver par l'effet de la clauſe codicillaire, les enfans preterits ne recevant d'une main l'heredité, que pour la rendre de l'autre à l'heritier inſtitué : on doit conclure que la queſtion concernant la nullité ou validité des teſtamens dans leſquels la legitime n'eſt pas laiſſée aux enfans à titre d'inſtitution, eſt une queſtion oiſeuſe & inutile, du moins à l'égard de tous les teſtamens dans leſquels la clauſe codicillaire ſe trouve inſerée ; mais à cet égard, & à preſent, il faut ſe regler ſuivant ce qui eſt établi par l'art. 53. de l'Ordonnance de 1735. lequel veut que cette clauſe codicillaire ne puiſſe produire au-

Journal du Palais, *Tom.* 2. *page* 537. Henrys, *Tome* 1. *page* 785. M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 33.

cun effet, & que le teſtament ſoit declaré nul quant à l'inſtitution d'heritier, &c.

§. 6. *Vel jure fideicommiſſi, &c.*

fideicomis universel emportes jl institution heritiere de l'enfant et exclud il lui de portion?

LEs Auteurs font naître ici une queſtion ; ſçavoir, ſi la diſpoſition de la Novelle 115. qui ordonne que la legitime ſoit laiſſée à titre d'inſtitution, & non à titre de legs ou de fideicommis, doit être étenduë aux fideicommis univerſels: Ferriere ſur la queſtion 456. de Guy-pape, decide que non; il prétend que la Novelle 115. n'a point abrogé la Loi *Scimus*, §. *cum autem*, *Cod. de inofficioſo teſtamento*, où Juſtinien, dans le cas où un pere a inſtitué un étranger à la charge de rendre après ſa mort l'heredité à ſon fils, declare le teſtament valable, en rejettant le délai & la condition à concurrence de la legitime, pour en faire joüir le fils d'abord après le decès de ſon pere; & je ſuis perſuadé que ſi le cas ſe preſentoit, on ſe conformeroit à cette déciſion. Si on eſt curieux de voir toutes les raiſons qui peuvent être alleguées ſur cette matiere pour & contre, on les trouvera rapportées au long par Henrys, *Tome* 1. *Liv.* 5. *Ch.* 4. *quæſt.* 27. *page* 745. & par Duperier, *Liv.* 1. *Ch.* 24.

Le contraire a été jugé dans l'application de la Coût. de Lorr. du mois de 1707 par arrêt du page 138

§. 6. *Vel ſi mortis causâ ei quarta donata fuerit, vel inter vivos: In his tantummodò caſibus, quorum mentionem facit noſtra conſtitutio, &c.*

imputation en la legitime et rapport.

PAr le Droit Romain il n'y avoit que les donations faites pour conſtitution de dot, & à cauſe de nôces, qui duſſent être imputées en la legitime, toute autre liberalité entre-vifs faite par le pere ou la mere, étant exempte d'imputation, ſi ce n'eſt qu'elle eût été faite avec cette condition expreſſe: *Hac tamen contemplatione, ut in quartam haberetur*; mais il en eſt autrement parmi nous: nous regardons toutes les donations que font les pere & mere à leurs enfans, ſoit entre vifs, ſoit à cauſe de mort, comme faites en avancement d'hoirie, & toutes indiſtinctement ſont ſujettes à l'imputation, de même qu'au Rapport: On n'oblige point un fils à imputer ſur la

L. quoniam Novella, Cod. de inoff. teſtam. Leg. 25. ff. cod.

legitime, ce que le pere a depenſé pour ſon éducation, les fraix faits, par exemple, pour le tenir dans les Univerſitez ou les Academies, ou ce qu'il lui a donné pour aller à l'Armée, Armes, Chevaux, Equipages, &c. mais on l'oblige d'imputer ce que ſon pere a depenſé pour ſon établiſſement: on peut voir dans M. de Catelan, un Arrêt qui ordonna l'imputation d'une ſomme de 1400. liv. que le pere avoit payé pour faire ſon fils en bas âge Chevalier de Malthe, quoique ce fils devenu Majeur declarât qu'il vouloit quitter cet état.

M. de Catelan, *Liv. 2. Ch. 64.*
M. Dolive, *Liv. 5. Ch. 30.*
M. de Cambolas, *Liv. 2. Ch. 26.*
Ricard, *Tom. 1. page 673.*

Un fils à qui le pere avoit pendant ſa vie donné à concurrence de ſa legitime, pourroit-il ſe plaindre & demander caſſation du teſtament de ſon pere, dans lequel il ne ſeroit fait aucune mention de lui? J'avouë que j'ai été ſurpris de voir cette queſtion traitée par quelques-uns de nos Auteurs, comme une queſtion difficile & douteuſe, parce qu'il eſt évident qu'elle dépend de cette autre que nous avons propoſée ci-deſſus; ſçavoir, ſi l'omiſſion d'inſtituer en la legitime rend le teſtament nul? L'omiſſion d'inſtituer en la legitime n'eſt un moyen de nullité, avons-nous dit, que lorſqu'un étranger eſt inſtitué heritier; qu'on joigne à cette propoſition, celle que nous venons d'établir, que ce qu'un pere donne à ſon fils pendant ſa vie, eſt toûjours préſumé donné en repréſentation de legitime, en avancement d'hoirie; & on en conclura que l'effet de l'omiſſion & de la préterition d'un fils donataire, eſt le même que celui de l'omiſſion d'inſtituer un fils legataire, c'eſt-à-dire, que comme l'omiſſion d'inſtituer en la legitime eſt un moyen de nullité dans le cas ſeulement où un étranger eſt inſtitué heritier: Dans ce ſeul cas auſſi, la préterition du fils à qui le pere a donné pendant ſa vie, peut être regardée comme une nullité. Si dans le premier Tome du Journal du Palais, *page 267.* on trouve des Arrêts du Parlement de Paris, qui ont declaré nuls des teſtamens, par la préterition des filles que le pere avoit marié & doté pendant ſa vie quoiqu'un des enfans fût inſtitué heritier, c'eſt parce que le Parlement de Paris juge la même choſe à l'égard des teſtamens dans leſquels la legitime a été leguée aux enfans à autre Titre que d'inſtitution, & qu'il n'a pas voulu ſe conformer à la diſtinction que nous faiſons ici, des teſtamens où le pere a

inſtitué un de ſes enfans, & de ceux où il inſtituë un étranger. Il y a un moyen bien aiſé de prévenir ſur cette matiere tout ſujet de conteſtation, c'eſt que le pere qui a donné à ſon fils pendant ſa vie, inſtituë nommement dans ſa derniere diſpoſition, ce fils donataire, en la choſe donnée.

TITRE XIX.

DE HÆREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

§. 1. Neceſſarius hæres, eſt Servus à Domino inſtitutus, &c.

L'Eſclavage étant aboli en France, ainſi que nous l'avons remarqué pluſieurs fois, tout ce qui eſt dit en cette Loi des Eſclaves inſtituez heritiers par leurs Maîtres, & par là heritiers neceſſaires, n'eſt abſolument d'aucun uſage.

§. 2. Sui & neceſſarii hæredes ſunt Liberi, qui in poteſtate morientis, &c.

LEs enfans qui ſont en puiſſance, ayant par l'Edit du Preteur, dont parle Juſtinien en ce paragraphe, la liberté d'abſtenir de l'heredité de leur pere, on ne peut plus les regarder comme des heritiers neceſſaires; ainſi la Coûtume de Paris ne contient point de diſpoſition contraire au Droit Romain, lorſqu'elle dit en *l'art.* 316. * qu'en France *il ne ſe porte heritier qui ne veut.* Nous obſerverons ailleurs, que la Novelle 118. *Ch.* 1. appelle tous les enfans émancipez ou non, à la ſucceſſion de leur pere, ſans diſtinction & ſans préference; & qu'ainſi il ne pourroit y avoir de raiſon pour obliger les enfans en puiſſance, à être heritiers malgré eux, qui ne fût commune aux enfans émancipez. Les Interpretes ont obſervé que l'Edit du Preteur, en ôtant à la ſuite l'effet de rendre les enfans heritiers neceſſaires, n'avoit pas entendu lui ôter ce qu'elle avoit d'utile & d'avantageux pour les enfans, l'avantage conſiſtant entre autres, en ce que les enfans en puiſſance, *ſui hæredes*, tranſmettoient la ſucceſſion à leurs he-

* Voyez le Commentaire de lad. Coûtume ſur la queſtion, ſi un Majeur & Mineur, ayant accepté la reſtitution du Mineur, *prodeſt Majori &c.*

tiers, quoique non acceptée ; mais nous avons une maxime, qui à cet égard rend égale la condition de toute sorte d'heritiers : le mort, disons-nous communement, saisit le vif, c'est-à-dire, que tout heritier testamentaire ou *ab intestat*, soit en ligne directe ou en ligne collateralle, est saisi de plein droit de la succession, & la transmet à ses heritiers, sans distinguer si avant sa mort il avoit accepté ou non. Lebrun, *pag.* 390.

§. 4. *Hoc amplius, & cum adit hæreditatem, esse debet cum eo testamenti factio, &c.*

LA maxime dont nous venons de parler, le mort saisit le vif, rend inutile parmi nous la question, sçavoir si un heritier doit être habile à succeder non-seulement lors du testament, & lors du decès du Testateur, mais encore lorsqu'il accepte l'heredité : toute succession soit testamentaire ou *ab intestat*, est acquise du moment qu'elle est deferée : elle est acquise indépendamment de l'acceptation, & on ne peut par consequent marquer ou distinguer un troisiéme tems, auquel le défaut d'habilité & de capacité en la personne de l'heritier, puisse l'exclure de la succession.

§. 6. *Nostra benevolentia constitutionem tàm æquissimam, quàm nobilissimam scripsit, &c.*

JUstinien entend parler ici de la Loi *Scimus*, *Cod. de Jure deliberandi*, Loi fameuse pour le benefice d'invetaire, & qui est generalement observée dans tout le Royaume : l'effet ou le benefice de l'inventaire est celui-là, que l'heritier n'est tenu d'acquitter les dettes, qu'à concurrence des biens de la succession, & qu'il ne fait d'ailleurs aucune confusion des actions qu'il avoit contre le défunt. Par l'art. 164. de l'Ordonnance de Blois ; l'inventaire peut être fait par le Juge ou par un Notaire au choix des parties interessées. Voyez Bardet, *tome* 1. *pag.* 81.

Dans les Païs Coûtumiers, on ne peut joüir du benefice d'inventaire, sans obtenir des Lettres de la Chancellerie : il en est autrement dans les Païs du Droit Ecrit, ce benefice y est regardé comme accordé par la Loi, & comme dit Dumoulin, *frustrà imploratur à principe, quod à Lege conceditur.* Il parut un Edit en 1697. & un autre 1704. portant défenses à tous Juges Lebrun, des successions, *Liv.* 3. *ch.* 4

d'admettre aux benefices d'âge ou d'inventaire, ſans Lettres, nonobſtant toutes Coûtumes, Arrêts & uſages contraires; mais quelques ſoins que ſe ſoient donnez les Officiers de la Chancellerie pour les faire executer, ils ne l'ont jamais été, dumoins dans le Reſſort du Parlement de Toulouſe.

Par le Droit Romain, l'inventaire devoit être commencé dans trente jours après le decès, & achevé ſoixante jours après qu'il avoit été commencé, ſauf ſi les biens de l'heredité étoient ſituez loin de la demeure de l'heritier, auquel cas on accordoit une année entiere; mais par l'Ordonnance de 1667. *tit.* 7. *art.* 3. il eſt indifferent que l'inventaire ſoit commencé plûtôt ou plûtard, pourveu qu'il ſoit fini dans les trois mois: les Juges au ſurplus ayant la liberté de proroger le délai en cas d'empêchement legitime, * ainſi qu'ils le trouvent à propos. La même Ordonnance * ne donne qu'un délai de quarante jours pour déliberer, au lieu que le Droit Romain * donnoit neuf mois, ou une année entiere; mais il y a auſſi cette difference, que par le Droit Romain, le délai pour déliberer excluoit le benefice d'inventaire, c'eſt-à-dire, que celui qui demandoit un délai pour déliberer, ſoit qu'il eût fait inventaire ou non, ne pouvoit après le délai expiré, qu'accepter purement & ſimplement, & qu'après avoir accepté, il ne pouvoit plus repudier; au lieu que parmi nous, le délai n'empêche point qu'on ne puiſſe toûjours ſe porter pour heritier ſous benefice d'inventaire, qu'on ne puiſſe accepter en cette qualité, & qu'après avoir accepté, on ne puiſſe repudier en tout tems, en rendant compte des effets hereditaires & des joüiſſances.

L. Scimus, §. 2. & 3.

* Art. 4.
* Art. 1.
L. Scimus. §. 23.

Voy. Vinnius *page* 292. *in princ.*

Il y a un article dans l'Ordonnance, c'eſt l'article 3. du même titre 7. qui ſemble inſinuer que les quarante jours donnez pour déliberer, peuvent être employez à la confection de l'inventaire; car il eſt dit, que ſi au jour de l'échéance de l'aſſignation donnée à l'heritier, les délais de trois mois pour faire inventaire & de quarante jours pour déliberer ne ſont pas encore expirez, l'heritier aura le reſte du délai, ſoit pour proceder à l'inventaire, ſoit pour faire ſa déclaration; & que ſi au contrire ils ſont expirez, quoique l'inventaire n'ait point été fait, il ne ſera accordé aucun délai pour déliberer; cependant les Arrêts ne l'ont pas interpreté ainſi: la queſtion s'étant preſentée

à

à l'Audience de la Troiſiéme Chambre des Enquêtes le 11. Juin 1714. il fut jugé, qu'un heritier qui avoit laiſſé paſſer trois mois ſans faire inventaire, n'étoit plus reçu à le faire, & qu'il ne pouvoit y employer le délai de quarante jours donné uniquement pour déliberer : on crut que l'Ordonnance ne s'étant point expliquée ſur cette queſtion en termes clairs & précis, il falloit autant qu'il ſe pouvoit, ramener les choſes à la diſpoſition du Droit, ſuivant lequel, ainſi que nous l'avons déja remarqué, l'inventaire devoit être commencé trente jours après le decès, & acheve ſoixante jours après qu'il avoit été commencé.

Par l'Ordonnance de Blois, *art.* 164. on a le choix de faire proceder à l'inventaire, par des Notaires, ou par des Officiers Royaux, & c'eſt en quoi il faut s'en tenir malgré les differens Edits qui ont été faits depuis, portant création d'Offices de Commiſſaire aux Inventaires ; ces Offices réünis, tantôt aux Officiers Royaux, & tantôt aux Notaires, les Officiers Royaux ne peuvent proceder aux inventaires, s'ils ne ſont requis par les Parties, ou par les Procureurs du Roi pour l'interêt de Sa Majeſté ou de celui du public, ou pour la conſervation des biens du Mineur ; encore même en ce dernier cas, ne peuvent-ils proceder à l'excluſion des Notaires, que lorſque les Mineurs & les Pupilles n'ont ni Tuteur, ni Curateur ou autre adminiſtrateur, ainſi qu'il a été jugé par les Arrêts que rapporte Graverol ſur Monſieur Laroche ſous le mot *Inventaire*, *Liv. 6. Titre* 55. *Art.* 1. *Voyez* Bardet, *Tome* 1. *page* 7. 80. & 117.

„ L'heritier (dit la Coûtume de Paris en l'art. 342.) l'he-
„ ritier en ligne directe, qui ſe porte heritier par benefice d'in-
„ ventaire, n'eſt exclus par autre parent qui ſe porte heritier ſimple : On comprend par là que la Coûtume diſtingue entre les heritiers en ligne directe, & les heritiers en ligne collaterale ; mais cette diſtinction n'eſt point connuë dans le Païs du Droit Ecrit, où on tient pour maxime, qu'un heritier quel qu'il ſoit, voulant accepter ſous benefice d'inventaire & non autrement, ne peut être exclus par un coheritier, & moins encore par un parent en degré plus éloigné, qui veut accepter purement & ſimplement. M Maynard, *Liv.* 2. *Ch.* 43. M. Dolive, *Liv.* 5. *Ch.* 30. Lebrun. Traité des ſucceſſions, *Liv.* 3. *ch.* 4. *nomb.* 33.

Tous nos Auteurs * convinnent, qu'un Teſtateur ne peut dé- * Ferriere.

ſur Guy Pape, queſtion 352. M. Laroche, *Liv. 5. tit. 55 art. 1.* Journal des Audiences, *Tome. 1. Liv. 1. Ch. 62.* M. de Catelan, *Liv. , 5. Ch. 43.* M. Dolive, *Liv 5. ch. 30.* Bardet, *tom. 1. page. 216.*

ne peut défendre à ſon heritier de faire inventaire, & lui enjoindre d'accepter purement & ſimplement, l'inventaire, d'ilſent-ils, étant, *juris remedium & beneficium, quo hæres privari non poteſt per teſtatorem*; il ne pourroit y avoir de difficulté que dans le cas où le Teſtateur après avoir prohibé l'inventaire, donneroit l'excluſion à l'heritier inſtitué, qui refuſeroit de ſe ſoûmettre à la condition, & nommeroit un autre heritier à ſa place, quoique dans ce cas là même il y auroit fort à craindre qu'on ne jugeât la prohibition inutile. Henrys, au premier Tome de ſes Arrêts, *Liv. 5. queſtion 30. page 753.* rapporte, que cette derniere queſtion s'étant preſentée au Sénéchal de Lyon, elle fut jugée contre l'heritier en faveur de celui qui étoit ſubſidiairement appellé, mais il paroît peu touché de ce préjugé; & il faut convenir en effet, que toutes les raiſons pour leſquelles il eſt decidé, qu'un heritier peut uſer du benefice d'inventaire malgré la prohibition, concourent auſſi à rendre la prohibition inutile, quoi qu'accompagnée de la clauſe, dont nous venons de parler: * Si un teſtateur ne peut priver ſon heritier du benefice d'inventaire, il ne le peut directement ni indirectement, & il eſt évident qu'il le pourroit indirectement, dès qu'il ne faudroit pour cela qu'appeller un tiers en cas de contravention.

testateur ne peut priver le benefice d'inventaire

* Lapeyrie, *lett. H. nom. 21.* eſt d'avis que la prohibition avec la clauſe de privation, doit avoir ſon effet.

Le Teſtateur, diſons-nous, ne peut prohiber l'inventaire: Cette prohibition eſt ſans effet, ſoit par rapport à l'heritier qui ne peut être privé de ce benefice de la Loi, ſoit par rapport aux creanciers à qui il importe que les effets de la ſucceſſion ne ſoient & ne puiſſent être détournez. Mais le Teſtateur peut-il prohiber l'inventaire en faveur de celui qu'il laiſſe legataire de l'uſufruit de tous ſes biens? L'heritier en ce cas pourra-t'il faire proceder à l'inventaire pendant la vie de l'uſufruitier, & malgré l'uſufruitier? Le pourra-t'il en offrant de le faire à ſes dépens? Les Arrêts rapportez par M. de Catelan. *Liv. 2. Ch. 43.* ont jugé, que dans le cas propoſé, il ne pouvoit être fait inventaire ſans le conſentement de l'uſufruitier, & quoique la raiſon pour laquelle on l'a jugé ainſi, paroiſſe commune à un heritier chargé de rendte, on trouve néanmoins decidé par Ferriere ſur la queſtion 351. de Gui-Pape, que le ſubſtitué ou fideicommiſſaire peut contraindre l'heritier à faire inventaire

malgré la prohibition du Teſtateur, pourveu qu'il offre de le faire à ſes dépens : ſi le Teſtateur peut prohiber l'inventaire à ſon heritier en faveur de celui qu'il fait legataire de l'uſufruit de tous ſes biens ; par quelle raiſon ne pourroit-il pas également le prohiber au ſubſtitué, en faveur de l'heritier grevé : l'heritier & le ſubſtitué également honorez par le défunt, & l'un & l'autre également obligez à ſouſcrire aux conditions qu'il plaît au Teſtateur de leur impoſer ?

On a demandé, ſi lorſque le Teſtateur a fait lui-même une deſcription & un inventaire de ſes biens, voulant que l'heritier par lui inſtitué fût heritier ſous le benefice de cet inventaire ? Sans doute que les créanciers du défunt peuvent malgré la condition par lui impoſée à l'heritier, obliger cet heritier à faire un inventaire d'autorité de Juſtice, & le faire declarer s'il ne le fait pas heritier pur & ſimple ; Mais la queſtion eſt de ſçavoir, ſi les créanciers ne demandent point ce nouvel inventaire, l'heritier, qui ſans autre précaution, & ſur la foi d'inventaire fait par le Teſtateur, s'eſt immiſcé dans les biens de l'heredité, doit être regardé comme heritier pur & ſimple, obligé comme tel indéfinitivement envers les créanciers ? M. de Catelan en l'endroit qui vient d'être cité, rapporte un Arrêt qui jugea en faveur de l'heritier, contre les créanciers ; mais il obſerve que c'étoit une femme inſtituée heritiere, & à qui il fût permis de repudier, quoiqu'elle ſe fût immiſcée : faiſant entendre que ce fût là une des circonſtances qui determinerent les Juges, parce qu'en effet, on releve les femmes de l'ignorance du droit, lorſqu'elles ne cherchent qu'à éviter de perdre.

On releve les femmes de l'ignorance du droit lorſqu'elles ne cherchent qu'à éviter de perdre. L. ult. Cod. de jur. & fact. ignor.

Un heritier beneficiaire peut repudier en tout tems, en rendant compte des effets hereditaires, & des joüiſſances, & on ne ſuit point en cela la déciſion de Bacquet, traité des Droits de Juſtice, *Ch* 15. *nom.* 34. non plus que de Boniface, *Tome* dernier, *page* 149. ces Auteurs fondez ſur la maxime, qui dit : *Semel hæres numquam deſinit eſſe hæres* ; mais il eſt remarquable que par la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, tandis que l'heritier ſoûtient cette qualité, & juſqu'à ce qu'il ait repudié, les créanciers peuvent agir contre lui perſonnelle-

ment, & uſer de ſaiſie, tant ſur ſes biens propres, que ſur ceux dépendans de la ſucceſſion.

On a demandé ſi un heritier par benefice d'inventaire, ayant payé des créanciers hereditaires au préjudice des creanciers anterieurs, ceux-ci, qui après la repudiation ne trouvent pas dans l'heredité de quoi ſe payer, peuvent agir contre les créanciers poſterieurs qui ont reçu leur payement? M. de Catelan, *Liv. 6. Ch.* 11. rapporte des Arrêts qui ont jugé la queſtion en faveur des créanciers anterieurs, ſuivant la diſpoſition de la Loi derniere, §. 5. *ſin vero creditores*, *Cod. de jure deliberandi*; mais on ne peut regarder que comme ſingulier l'opinion de cet Auteur, lorſqu'il dit, que ſi depuis le payement fait aux créanciers poſterieurs, il s'étoit paſſé dix années, ils ne pourroient plus être recherchez par les créanciers anterieurs, dont l'hipoteque ſe trouveroit preſcrite, cette opinion, diſons-nous, paroît ſinguliere, parce que les créanciers anterieurs reviennent ſur les poſterieurs, par l'action appellée *condictio indebiti*, qui dure trente années, & qui n'a rien de commun avec la preſcription de dix années introduite contre l'action hipotequaire des créanciers, en faveur des acquereurs & poſſeſſeurs des biens ſoûmis à leur hipoteque.

Il y a des perſonnes, qui quoiqu'heritiers ſans inventaire, ne confondent point leurs droits, & il y en a d'autres qui les confondent, quoi qu'elles ayent fait inventaire: Par la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, * les femmes ont cet avantage, que quoiqu'elles ſe ſoient portées pour heritieres de leurs maris ſans avoir fait inventaire, elles peuvent néanmoins repeter ou retenir leur dot; & par l'Ordonnance de Rouſſillon de l'année 1563. *art.* 16. les heritiers de ceux qui decedent en Office, Charge & adminiſtration des deniers ou affaires du Roi, ne peuvent par rapport au Roi, joüir du benefice d'inventaire, c'eſt-à dire, que les heritiers des comptables, s'ils ne repudient la ſucceſſion, ſont toûjours tenus purement & ſimplement envers le Roi, ſoit qu'ils ayent fait inventaire ou non.

J'ai dit, que par la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, la femme ne confondoit point, parce qu'en effet cette Juriſprudence eſt particuliere à ce Parlement. On peut voir dans Henrys, *Tom.* 1. *pag.* 910. d'Arrêts contraires, rendus par les autres Parlemens du Royaume.

* M. Maynard, *Liv.* 3. *Ch.* 24. M. de Catelan, *Liv.* 4. *ch.* 67. Ce dernier Auteur donne le privilege aux femmes par rapport aux legataires ſeulement, & non par rapport aux créanciers, mais il ſe trompe. M. Maynard au lieu cité donne le même privilege aux maris pour le gain de ſurvie.

Pour faire un inventaire valable, il faut ſuivant la Novelle premiere, *Ch.* 2. appeller les Parties intereſſées, du nombre deſquelles ſont les legataires, & les Fideicommiſſaires; & c'eſt conformement à cette déciſion, que fut rendu l'Arrêt rapporté par M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 56. par lequel, l'inventaire fait par un fils heritier de ſon pere, ſans appeller ſes freres & ſœurs, fût declaré nul & de nul effet. Au nombre des Parties intereſſées, il faut mettre encore les Créanciers connus lors de l'inventaire; car ſi bien la Novelle ne parle pas d'eux nommement, il faut croire que c'eſt parce que l'heritier eſt preſumé les ignorer, juſqu'à ce qu'il ait eu connoiſſance des affaires de l'heredité, & qu'il ne peut guere avoir cette connoiſſance que par le moyen de l'inventaire.

La Loi *Scimus*, §. 10. punit de la peine du double, un heritier qui lors de l'inventaire, recele ou divertit quelques effets de la ſucceſſion; les Arrêts ont paſſé plus avant, car ils ont declaré l'heritier qui avoit recelé, déchu du benefice d'inventaire, ils l'ont declaré heritier pur & ſimple, à l'effet d'être tenu indefiniment envers tous les Créanciers; & comme l'a obſervé M. Loüet, * cette Juriſprudence eſt aſſez conforme à l'eſprit & à la diſpoſition de la Novelle 1. *de hæredibus & falcidia.*

* M. Loüet & Brodeau, *lett.* H. *Som.* 24. Lebrun des ſucceſſions, *Liv.* 3. *Ch.* 4. *nomb.* 15. Bretonier en ſes notes ſur Henrys, *tom.* 1. *page* 912. Du payement fait par l'heritier beneficiaire au préjudice des créanciers anterieurs, *Vide* M. de Catelan, *Liv.* 6. *ch.* 11.

§. 7. *Pro hærede gerere quis videtur, ſi rebus hæreditariis tanquam hæres utatur, vel vendendo res hæreditarias, vel prædia colendo, &c.*

CEs paroles, *tamquam hæres*, ſont remarquables: ce que l'on fait en autre qualité que celle d'heritier n'engage point; & dans le doute on eſt toûjours preſumé agir en ſa qualité qui n'entraîne aucun engagement ſuivant la déciſion de la Loi *Pro hærede* 20. *ff. de acquirendâ vel omittendâ hæreditate*: *cæterum ſi quid pietatis causâ fecit, ſi quid cuſtodiæ causâ fecit, ſi quid quaſi non hæres egit, ſed quaſi alio jure Dominus, oportet non videri pro hærede geſſiſſe*: La Coûtume de Paris s'eſt entierement conformée à ces textes, lorſqu'elle dit en l'art. 317. „ ſi aucun prend & apprehende les biens d'un défunt, ou partie d'iceux, telle qu'elle ſoit, ſans avoir autre

„ qualité ou droit de prendre leſdits biens ou partie, il fait „ acte d'heritier, & s'oblige en ce faiſant, à payer les dettes „ du défunt. Le 31. Août 1722. en la deuxiéme Chambre des Enquêtes, cette queſtion ſe préſenta à juger, ſçavoir ſi deux filles, qui ſans avoir fait inventaire, ou ce qui eſt la même choſe après avoir fait inventaire ſans obſerver les formalitez requiſes, avoient vendu quelques effets dépendans de la ſucceſſion de leur pere, ſans prendre aucune qualité dans le Contrat de vente, devoient être declarées heritieres pures & ſimples? elles alleguoient ce que dit ici Juſtinien, qu'afin que la vente des effets hereditaires puiſſe être regardée comme un acte d'heritier, il faut l'avoir faite en cette qualité, *tamquam hæres*, qu'elles étoient créancieres de leur pere, & que c'étoit en cette derniere qualité quoique non exprimée dans le Contrat, qu'il falloit préſumer qu'elles avoient vendu: Les créanciers repliquoient qu'il étoit indifferent qu'on prît, ou qu'on ne prît pas dans un acte la qualité d'heritier, ſi en effet la qualité d'heritier étoit la ſeule en laquelle on pouvoit valablement contracter, qu'on ne pouvoit préſumer que des heritiers préſomptifs, des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, diſpoſant des biens de la ſucceſſion, en diſpoſaſſent autrement qu'en la qualité d'heritiers; que la qualité de créanciers à laquelle les filles ſe retranchoient, outre qu'elles ne l'avoient pas priſe dans l'acte, ne leur donnoit pas d'ailleurs droit d'aliener; & qu'enfin la promeſſe que les filles avoient fait en leur nom de garantir la vente, ſuppoſoit évidament qu'elles avoient entendu diſpoſer d'un bien dont la proprieté leur appartenoit: Par Arrêt rendu le même jour 31. Août 1722. en la cauſe du ſieur Comte de Lafare, contre les Demoiſelles Dauphine & Henriette Bernard, au Rapport de M. de Courtois, les filles perdirent leur procès.

TITRE XX.

DE LEGATIS.

§. 1. Legatum eſt donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præſtanda..

Legs à un Domeſtique, & ſi on peut le regarder comme legs pie. M. Dolive, *Liv 5. ch. 36. p. 800.* Ferriere ſur Guy-pape, *queſt. 509.*

UN heritier eſt ſaiſi de plein droit de tous les effets de la ſucceſſion, & c'eſt lui qui doit faire la délivrance des legs, *ab hærede præſtanda*; ſi la proprieté des choſes leguées, paſſe au legataire ſans aucune entremiſe de l'heritier, c'eſt à l'effet ſeulement de la tranſmiſſion du legs aux heritiers du legataire decedé avant que le legs ait été demandé ou delivré, ce qui fait que les Interpretes parlent de cette proprieté à laquelle n'eſt point attachée la poſſeſſion ni le droit de poſſeder, comme d'une proprieté improprément dite, *tranſlatio illa Dominii ficta potius quam vera & ad hoc ſolum introducta, ut legatarius decedens ad hæredem legatum tranſmittat.* Vinnius, *pag.* 498.

Le legs doit être délivré par l'heritier, & c'eſt ſans doute par cette raiſon, quoi qu'en diſe Bacquet, *Traité des Droits de Juſtice, Ch. 8. nom. 25.* qu'on n'adjuge, & qu'on ne doit adjuger les interêts d'une ſomme leguée, & les fruits même d'un fonds legué, que du jour que l'heritier eſt en demeure, c'eſt-à-dire, depuis qu'il a été interpellé par le legataire, *tot. tit. de uſuris & fructibus legatorum.* La Loi *Titia* 87. §. *uſuras de legatis* 2. decide que les Mineurs doivent être exceptez de la regle, & qu'à leur égard les interêts doivent courir, quoique l'heritier ne ſoit point *in mora*; mais quoi qu'en diſe Graverol ſur M. Laroche, *Livre 6. Titre 61. article 14. page* 547. cette déciſion n'a point été adoptée par l'uſage, les Mineurs, ſuivant l'obſervation de Mornac ſur la Loi 32. *ff. de uſuris*, & ſur la Loi 3. *Cod. in quibus cauſis reſtitutio in integrum non eſt neceſſaria*, & l'obſervation encore de Ricard, *Tom. 1. pag.* 406. étant auſſi bien que les Majeurs, compris en la diſpoſition de l'Ordonnance d'Orleans

les mineurs compris dans la diſpoſition de l'art. 60 de l'ord.ce d'Orleans et les interêts des legs ne leur ſont pas dûs avant l'interpellation malgré la loi romaine. C'eſt ſans doute toujours ſuivi de tout temps. elle eſt contraire au droit commun

art. 60. qui ne donne cours aux interêts que du jour de l'interpellation. La Novelle 131. *Ch.* 12. excepte encore de la regle, les legs faits en faveur de la cauſe pie, mais cette exception n'eſt pas connuë non plus dans le Parlement de Toulouſe, du moins dans le cas où il n'y a pas un ſervice attaché au legs, comme on peut voir par les Arrêts rapportez par M. de Catelan, *Liv.* 1. *Ch.* 8.

S'il y a un ſervice attaché au legs, les interêts en ſont dûs ſans interpellation

On a demandé, ſi lorſque le legs eſt d'une rente en argent, ou en grains, le legataire peut en demander les arrerages d'un tems anterieur à l'interpellation ? On tient communement qu'il le peut, par la raiſon que les arrerages même font partie du legs, & c'eſt à quoi il faut s'en tenir malgré l'Arrêt rapporté par Montholon, *nom.* 28. qui déclara les arrerages d'une rente de 300. liv. leguée par un pere à ſa fille naturelle, n'être dûs que du jour de la demande. Voyez Graverol ſur M. Laroche en l'endroit cité, *Liv. 6. Tit. 61. art.* 14. & Augeard, *Tome* 2. *page* 507.

On ne doute point que les interêts d'une ſomme leguée par un pere à ſes enfans, pour leur tenir lieu de legitime, ne ſoient dûs du jour du decès du pere, & quoiqu'il n'y ait de la part des enfans aucune interpellation ; mais j'ai vû douter quelquefois, ſi les interêts devoient être adjugez de l'entiere ſomme leguée, même en ce qu'elle ſe trouveroit exceder la legitime ; Ricard, *Tome* 1. *page* 407. *nom.* 118. decide pour la negative : & il ſemble en effet, que le legs par rapport aux interêts ne devroit avoir de faveur & de privilege qu'autant qu'il repreſente la legitime, & qu'en tout ce qui excede la legitime, il faut s'en tenir au Droit Commun, & n'adjuger les interêts que depuis l'interpellation ; cependant l'opinion contraire a prévalu, dans l'uſage on ne diſtingue point ce que le pere n'a pas lui-même diſtingué, les interêts de l'entier legs ſont adjugez du jour du decès du pere.

Le legs legitime, les interêts en ſont dûs même à l'encontre ſans interpellation

Le legs doit être delivré par l'heritier, & c'eſt ſans doute encore par cette raiſon, qu'on oblige l'heritier à fournir au legataire, tout ce qu'il faut pour parvenir à la poſſeſſion de la choſe leguée. Qu'un Teſtateur, par exemple, legue un immeuble à des gens de Main-morte, l'heritier ſera tenu de payer le Droit d'amortiſſement, Ricard, *Tome* 1. *page* 390.

M. Loüet

M. Loüet, *lett.* A. *Som.* 12. M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 85. qu'il legue une Charge ou Office, l'heritier ſera tenu de fournir aux fraix des proviſions, *militia legata*, dit la Loi penultiéme, §. *ultim. de leg.* 3. *onera omnia & introitus militiæ ab hærede præſtanda.*

§. 2. *Quibuſcumque verbis aliquid relictum ſit, liceat legatariis, id perſequi non ſolùm per actiones perſonales, ſed etiam per in rem, & per hypotecariam, &c.*

LA conſtitution, dont parle ici Juſtinien, eſt la Loi premiere *Cod. communia de legatis*, cette Loi donne aux legataires une hypoteque ſur les biens dépendans de la ſucceſſion; & de là cette queſtion celebre; ſçavoir, ſi l'hypoteque des legataires eſt ſolidaire contre chacun des heritiers, & ſi l'un des heritiers qui n'eſt tenu des legs perſonnellement que pour ſa part & portion, peut être convenu hypotequairement pour le tout? En ſorte qu'il ſoit obligé d'abandonner les biens qui lui ſont venus du Teſtateur, ou de payer entierement les legataires, ſauf ſon recours contre les coheritiers?

Dans les dernieres leçons que nous avons donné ſur cette matiere, nous avions crû devoir adopter l'opinion de ceux qui tiennent pour la negative, & qui diviſent l'action hypotequaire, ainſi que l'action perſonnelle des legataires, contre chacun des coheritiers: * cette opinion fondée ſur le texte de la Loi, qui ſemble faire de l'action perſonnelle, comme la meſure & la regle de l'action hypotequaire, *in tantum & hypotecariâ unumquemque conveniri volumus, in quantum perſonnalis actio adverſus eum competit*; n'étant pas au ſurplus touchez de la maxime qui dit, *indiviſa pignoris causâ, tota in toto, & tota in qualibet parte*, parce qu'il nous paroiſſoit qu'elle ne trouvoit de juſte application, qu'à l'hypoteque des Créanciers qui eſt ſolidaire & indiviſe contre chacun des heritiers du debiteur, par une raiſon qui n'eſt pas commune à l'hypoteque des legataires, cette raiſon priſe, de ce que l'hypoteque des Créanciers étant ſolidaire & indiviſe dans ſon principe, il faut neceſſairement qu'elle ſubſiſte telle après la mort du débiteur, & contre chacun de ſes heritiers, qui par le partage qu'ils font

* Bacquet, des Droits de Juſtice, *ch.* 8. *nom.* 26. Ricard, *tom.* 1. *p.* 384. Henrys, *tom.* 2. *Liv.* 4. *quæſt.* 57. *page* 472. Ce dernier Auteur raporte un Arrêt qui a jugé, qu'une promeſſe reconnue après la mort du debiteur ne donne hypoteque contre chacun des coheritiers que pour la part & portion qu'ils ſont tenus perſonnellement. *Vide* dans Augeard, *tom.* 3. *page* 492. un Arrêt qui a declaré l'hypoteque ſolidaire contre chacun des coheritiers, il faut s'en tenir là.

entr'eux ne peuvent donner atteinte au droit anterieur des Créanciers, au lieu que l'hypoteque des legataires ſur les biens dependans de la ſucceſſion, n'a jamais & en aucun tems été indiviſe, qu'elle a été diviſée du premier moment qu'elle a été établie, & que c'eſt en quelque maniere ſous la condition de la diviſion qu'elle a été accordée aux legataires : Nous l'avions crû ainſi, mais il faut ceder à l'autorité de la choſe jugée, nous avons vû depuis deux Arrêts du Parlement de Paris rendus avec grande connoiſſance de cauſe, qui ont jugé la queſtion en faveur des legataires ; & c'eſt à quoi il faut s'en tenir : on peut voir ces Arrêts raportez dans le Recuëil d'Augeard, *Tome* 2. *page* 507. *& Tome* 3. *page* 492. la raiſon de la difference entre l'hypoteque des Créanciers, & celle des legataires, fut trouvée plus ſubtile que ſolide, parce qu'enfin, il eſt vrai de dire, que du moment que le Teſtateur eſt decedé, les biens dependans de la ſucceſſion ſont chargez du payement des legs, dont les legataires peuvent auſſi dès ce moment demander la délivrance ; & qu'ainſi on ne ſçauroit marquer aucun inſtant auquel les heritiers ayent été ſaiſis de leur portion hereditaire avant que l'hypoteque ait été acquiſe aux legataires : aucun inſtant auquel les heritiers ayent pû ſe regarder comme les Maîtres des biens, avant que les legataires ayent pû exercer leur action hypotecaire.

§. 4. Verius eſt, ipſum qui agit, id eſt, legatarium, probare oportere, ſci viſſe alienam rem legare defunctum, &c.

S'Il arrivoit qu'un Teſtateur legât une choſe dont il ne fût pas le Maître, & qui appartînt à autrui, on ſe conformeroit ſans difficulté à ce que dit ici Juſtinien, c'eſt-à-dire, qu'on faiſoit dépendre la queſtion touchant la nullité ou la validité du legs, de cette diſtinction, ſçavoir, ſi le Teſtateur ſçavoit que la choſe appartenoit à autrui, ou s'il l'ignoroit ? Le Teſtateur ſçavoit il que la choſe appartenoit à autrui, l'a-t-il leguée *tamquam alienam* ? en ce cas le legs eſt valable, & l'heritier eſt obligé de donner la choſe ou le prix ; le Teſtateur étoit-il dans l'erreur, croyoit-il que la choſe leguée lui appartînt, l'a-t-il leguée *tanquam ſuam* ? en ce dernier cas

le legs eſt nul, & l'heritier dechargé, parce que comme il eſt dit en la Loi *unum ex familia* §. 8°. *de legat.* 2°. *ſunt magis in legandis ſuis rebus, quàm in alienis comparandis faciliores voluntates*; s'il y a quelque choſe de ſingulier en la déciſion, c'eſt qu'en faveur & par la décharge de l'heritier, on préſume toûjours l'erreur ou l'ignorance de la part du Teſtateur, c'eſt-à-dire, qu'on préſume toûjours que le Teſtateur a entendu leguer *tanquam ſuam*, la choſe qui appartenoit à autrui, ſi le legataire n'eſt en état de juſtifier le contraire.

Quid ſi apud alium rei legatæ poſſeſſio ſit, neque in ea defunctus quidquam juris habuit, aut ſibi aſſeruit, magna cauſa eſt præſumendi pro legatario, ſciviſſe defunctum rem alienam eße. Vinnius, *pag.* 507.

Par la diſpoſition de la Loi *cùm alienam*, *Cod. de legatis*, cette diſtinction, dont nous venons de parler, ſi le Teſtateur a ſçû, ou s'il a ignoré que la choſe leguée appartenoit à autrui, n'a point lieu pour les legs faits à des perſonnes, dont les liaiſons avec le Teſtateur ſont telles, qu'on puiſſe raiſonnablement préſumer que le Teſtateur auroit legué, quand même il auroit ſçû que la choſe ne lui appartenoit pas : *niſi fortè proximæ perſonæ vel uxori, vel alii perſonæ datum ſit, cui legaturus eſſet, & ſi ſciſſet rem alienam eſſe*; cependant nous trouvons decidé en la Loi *cum pater*, §. *evictis de legat.* 2°. qu'un pere ayant legué un fonds à ſon fils, & l'ayant legué *tanquam ſuum*, le fils legataire n'a en cas d'éviction aucun recours contre les heritiers de ſon pere : *evictis prædiis quæ pater, cum ſe Dominum eſſe credebat, verbis Fideicommiſſi filio reliquit, nulla cum fratribus & cohæredibus actio erit* : Henrys, *Tom.* 1. *Liv.* 5. *queſt.* 43. *pag.* 791. a obſervé la contrarieté de ces Loix, & ce qu'il dit pour les concilier paroît aſſez raiſonable, ſçavoir, que dans l'eſpece de la Loi *cum pater*, les heritiers étoient des perſonnes auſſi proches & auſſi favorables que le legataire; & que l'exception propoſée en la Loi *cum alienam*, ne peut avoir lieu, que lorſque le legataire eſt plus proche & plus favorable que l'heritier. Ricard, *Tome.* 1. *pag.* 489. rejette cette interpretation; mais je ne ſçai ſi on doit préferer celle qu'il donne lui-même, ſçavoir, que dans l'eſpece de la Loi *cum pater*, le Teſtateur étoit actuellement en poſſeſſion de la choſe leguée, & ne la leguoit par conſequent que comme ſienne, ou parce qu'il la croyoit telle.

§. 5. *Sed & ſi rem obligatam creditori aliquis legaverit, &c.*

LA Loi *Prædia 6. Cod. de Fideicommiſſi*, ſemble condamner la diſtinction que fait ici Juſtinien, à l'égard du legs d'une choſe engagée ou hypotequée, *prædia obligata per legatum vel Fideicommiſſum relicta hæres luere debet, maximè* * *cùm Teſtator conditionem eorum non ignoravit*; mais quoiqu'il en ſoit, il eſt certain dans l'uſage, qu'un heritier eſt toûjours & indiſtinctement tenu de décharger le fonds legué, des hypoteques auſquelles il ſe trouve aſſujetti, ſoit que ſes hypoteques fuſſent connuës, ou non au Teſtateur, il s'enſuivroit autrement, ſuivant la remarque de Duperier, *Liv. 2. quæſt. 9.* & de Ricard, *Tome 1. page* 488. que les legataires ſeroient toûjours obligez d'acquitter une partie des dettes du Teſtateur; car il arrive rarement que les Créanciers n'exigent une hypoteque generale de tous les biens de leur debiteur, & qu'ils ſe contentent d'une hypoteque ſpeciale & reſtrainte à une certaine choſe.

* Le mot *maximè*, ſuivant l'opinion commune des Interpretes, ſervant de demonſtration de plus grand droit, plûtôt que de limitation ou reſtriction.

§. 8. *Si eadem res duobus legata ſit, ſive conjunctim, ſive disjunctim, & ambo perveniant ad legatum, ſcinditur inter eos legatum: Si alter deficiat, &c.*

JUſtinien propoſe ici deux cas, dans leſquels le droit d'accroiſſement a lieu entre deux ou pluſieurs legataires: Je legue ma maiſon à Jean & à Pierre, voilà le premier: Je legue ma maiſon à Jean, & je legue enſuite la même maiſon à Pierre, voilà le ſecond: En l'un & en l'autre, les legataires ſont, comme l'on voit, *re conjuncti*; & lorſqu'ils ſont joints par la choſe même, il importe peu qu'ils le ſoient par les paroles.

Je legue à Pierre & à Jean ma maiſon par égales portions: regarderons-nous encore en ce cas les legataires comme joints par la choſe, à l'effet de faire accroître la portion *legatarii deficientis*, au legataire qui aura reçû la ſienne; Ou bien regarderons-nous les legataires comme joints ſeulement par les paroles, *verbis conjuncti, re disjuncti*; & ne comptant pour rien cette conjonction verbale ou vocale, le legs par rapport à ce

lui qui n'a pû, ou qui n'a voulu le recevoir, ſera-t'il declaré caduc, & comme tel acquis à l'heritier ? En ſera-t'il de ce cas comme de celui où le Teſtateur auroit legué la moitié de ſa maiſon à Pierre, & l'autre moitié à Jean, & que les legataires ne ſeroient joints ni par la choſe, ni par les paroles, *verbis & re disjuncti* ? Henrys, *Tome* 1. *page* 523. ne fait aucune difference en ce dernier cas au precedent, c'eſt-à-dire, du cas où le Teſtateur a legué la moitié d'une choſe à Pierre, & l'autre moitié à Jean, d'avec celui où le Teſtateur a legué la même choſe à Pierre & à Jean par égales portions ; il exclut en l'un & en l'autre, le droit d'accroiſſement, par cette raiſon, qu'en l'un & en l'autre, la clauſe qui contient le legs fixe, diviſe & diſtribuë les portions que chacun des legataires doit avoir en la choſe leguée ; & que pour la conjonction réelle, qui ſeule peut donner lieu à l'accroiſſement, il faut que la choſe ſoit leguée en entier à chaque legataire, enſorte que la diviſion ne ſe faſſe que par le concours, *tota legata ſingulis data eſſe, partes autem concurſu fieri* : Henrys le decide ainſi, & il raporte un Arrêt du Parlement de Paris, rendu en conformité : Un Arrêt qui jugea n'y avoir aucun droit d'accroiſſement entre deux perſonnes à qui le Teſtateur avoit legué ſes meubles par égales portions, un des legataires étant decedé avant le Teſtateur, ſa portion du legs fut declarée acquiſe à l'heritier à l'excluſion du legataire ſurvivant. Ricard. *Tome* 1. *page* 523. rapporte le même Arrêt, en obſervant néanmoins, que la diviſion des portions, n'eſt pas toûjours un obſtacle au droit d'accroiſſement entre deux legataires que le Teſtateur a joint par les paroles : il faut examiner) dit-il ſi le Teſtateur a entendu en effet disjoindre & ſeparer le legs, ou regler ſeulement les portions que chacun des legataires doit prendre en la choſe leguée, au cas ils viennent tous à concourir ; & cette obſervation comme l'on voit, ſert bien moins à fixer ou à éclaircir la queſtion, qu'à la rendre arbitraire. Nous trouvons dans M. Maynard, *Liv.* 5. *Ch.* 10. un Arrêt, qui declara le droit d'accroiſſement avoir lieu entre deux ou pluſieurs fideicommiſſaires, quoique le Teſtateur eût aſſigné à chacun d'eux la portion du fideicommis qu'il devoit recuëillir, & qui le jugea ainſi, quoiqu'il n'y eût même entre les fideicommiſſaires au-

cune conjonction verbale ou vocale ; mais cet Arrêt ne conclut rien pour la queſtion que nous agitons : s'il declara que le droit d'accroiſſement devoit avoir lieu, *inter verbis & re disjunctos*, ce fut, & ce ne peut être que par la circonſtance particuliere, priſe de ce que le Teſtateur avoit voulu que ſon heredité, après la mort des heritiers par lui inſtituez, ne fût point diviſée ou tranſportée en tout ou en partie, à autres qu'aux fideicommiſſaires ; & qu'il avoit témoigné le vouloir ainſi, en ce qu'après avoir appellé les fideicommiſſaires, le premier pour recuëillir la moitié de ſon heredité, le ſecond un quart, & le troiſiéme un autre quart ; il avoit ajoûté, qu'il les inſtituoit ſes heritiers univerſels & generaux, pour faire de ſon heredité à leurs plaiſirs & volontez ; ſans laquelle circonſtance on comprend aiſement que l'Arrêt prouveroit trop, parce qu'on n'a jamais douté, que pour l'accroiſſement, il ne fallût du moins une conjonction vocale. M. de Catelan, *Liv. 2. Ch. 93.* rapporte un Arrêt qui jugea, que le droit d'accroiſſement n'avoit pas lieu entre des fideicommiſſaires, dont les portions étoient diſtinctes & aſſignées par le Teſtateur ; mais celui-ci ne decide pas non plus la queſtion propoſée, parce que dans l'eſpece ſur laquelle il fut rendu, les fideicommiſſaires étoient auſſi peu conjoints par les paroles, que par la choſe ; & que nous cherchons ſi l'accroiſſement peut & doit avoir lieu entre ceux qui ſeparez veritablement par la choſe, ſont néanmoins conjoints par les paroles, *re disjuncti verbis conjuncti* ; & s'il en eſt, comme nous l'avons dit, du cas où le Teſtateur a legué un même fonds à Pierre & à Jean, en aſſignant à l'un & à l'autre certaines portions égales ou inégales, comme du cas où le Teſtateur a legué le même fonds à Pierre & à Jean, ſans fixer & diviſer les portions, enſorte qu'en tous les deux cas le droit d'accroiſſement doive avoir lieu ; ou s'il en eſt du cas où le Teſtateur legue le même fonds à Pierre & à Jean en aſſignant & diviſant les portions, comme du cas où le Teſtateur legueroit à Pierre la moitié du fonds, & l'autre moitié à Jean, enſorte qu'il n'y ait lieu d'accroiſſement ni en l'un ni en l'autre : Il faut conclurre, que l'Arrêt de M. de Catellan ne decide pas la queſtion dont s'agit. Je me ſouviens que le cas s'étant préſenté il y a quelque tems dans une cauſe importante, & ſur

laquelle pourtant il ne fut point rendu d'Arrêt, la plûpart des Juges inclinoient à donner à la conjonction vocale, le même effet qu'à la conjonction réelle, & ils étoient touchez entre autres, des ſolides raiſons ſur leſquelles Vinnius en l'endroit que nous expliquons, appuye cet avis, ainſi que de la déciſion de Ferriere ſur la queſtion 335. de Gui-pape. Graverol ſur M. Laroche, *in verbo ſubſtitution. Liv. 6. Tit. 3. art. 8.* a cru mal-à-propos, que la choſe devoit être reſtrainte aux fideicommis univerſels, s'il a entendu (car il ne l'explique pas d'une maniere fort claire) qu'entre des fideicommiſſaires univerſels, le droit d'accroiſſement eût lieu, quoiqu'il n'y eut entr'eux aucune conjonction, ſoit réelle ou vocale, il s'eſt évidament trompé, parce qu'il n'en eſt pas des fideicommis, comme des inſtitutions, ou des fideicommiſſaires, comme des heritiers, entre leſquels le droit d'accroiſſement a lieu par la nature même de la choſe, & par une ſuite de ce principe, ſuivant lequel, *nemo partim Teſtatus decedere poteſt, partim inteſtatus*: difference qui n'a pas échapé à M. Maynard en l'endroit cité, *Liv. 5. Ch. 10.* & ſi Graverol a entendu exclurre le droit d'accroiſſement dans les fideicommis particuliers, ſinon dans les cas où les fideicommiſſaires ſont conjoints, & par les choſes, & par les paroles, il s'eſt encore trompé, parce qu'il n'eſt pas poſſible d'aſſigner ſur cette matiere, aucune raiſon de difference entre les fideicommiſſaires univerſels, & les legataires ou fideicommiſſaires particuliers: aucune raiſon qui ne ſoit commune aux uns & aux autres, ſoit pour les exclurre du droit d'accroiſſement, s'il n'y a entr'eux une conjonction réelle, ſoit pour les faire jouïr de l'accroiſſement, quoiqu'il n'y ait entr'eux qu'une conjonction vocale.

§. 12. *Si rem ſuam legaverit Teſtator, poſteàque eam alienaverit: Celſus putat, ſi non adimendi animo vendidit, nihilominùs deberi, &c.*

IL eſt aiſé de decider que le legs eſt dû malgré l'alienation qu'a fait le Teſtateur de la choſe leguée, s'il n'a pas aliené dans l'intention de revoquer le legs; mais la difficulté conſiſte à juger de cette intention, car on ſuppoſe que le Teſtateur ne l'a

point declarée ? les Loix * nous preſcrivent ſur cela diverſes regles, & celle-là entr'autres, que ſi le Teſtateur a aliené bien volontairement & ſans y être forcé par la neceſſité de ſes affaires, en ce cas ſeulement, on préſume qu'il a aliené dans le deſſein de revoquer.

* *L. 18. L. 24. ff. de adimen. Leg. 11. §. ſi rem, de Legatis. 3.*

L'échange que fait le Teſtateur de la choſe leguée, ſera-t'il regardé comme une alienation volontaire, à l'effet de préſumer de la part du Teſtateur, *animum adimendi* ? Il ſemble d'abord que la queſtion ne reçoit pas de difficulté, d'autant mieux que nous trouvons decidé en la Loi 25. *ff. de adimendis legat.* que le legs d'un fonds aliené depuis le teſtament, ne laiſſe pas d'être revoqué & de demeurer ſans effet, quoique le Teſtateur ait employé le prix de la vente à l'acquiſition d'un autre fonds : les Arrêts néanmoins ont jugé tout autrement ; car ils ont condamné l'heritier, lorſque le cas s'eſt preſenté, à donner au legataire ce que le Teſtateur avoit reçu en contre-échange : on les trouve rapportez dans le premier Tome du Journal des Audiences, *Liv. 1. Ch. 17.* & on leur donne pour fondement cette maxime generale, *ſubrogatum ſapit naturam ſubrogati.*

Vide Ricard, *Tome 1. page 484.*

§. 12. *Qui poſt teſtamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademiſſe legatum non videri ; & ideò legatarium agere poſſe, ut prædia à creditoribus luantur, &c.*

C'Eſt ſur ce Texte, que ſont fondez les Arrêts que rapporte M. Maynard, *Liv. 7. Ch. 14. & 15.* par leſquels il a été jugé, qu'un heritier devoit faire joüir le legataire des fonds leguez, & qui depuis le teſtament avoient été vendus par le Teſtateur à pacte de rachat, ou baillez à titre d'anticreſe, &c. Il eſt évident qu'un Teſtateur qui vend le fonds legué à pacte de rachat, ou qui en abandonne la joüiſſance à ſes creanciers, ne le fait que parce qu'il y eſt contraint par la neceſſité de ſes affaires, & qu'ainſi on ne peut préſumer de ſa part aucune intention de revoquer le legs.

§. 13.

§. 13. *Si quis debitori ſuo liberationem legaverit, legatum utile eſt, &c.*

LE legs de la liberation comprend-il non-ſeulement les dettes établies lors du teſtament, mais celles-là encore qui ont été contractées dans l'intervale du teſtament au decès du Teſtateur : Je legue à Titius ce qu'il me doit, & Titius ne me doit, lorſque je fais mon teſtament, qu'une ſomme de 1000. liv. Je prête enſuite à Titius une autre ſomme de 1000. liv. les deux ſommes ſeront-elles compriſes dans les legs, & Titius ſera-t'il entierement liberé ? M. de Catelan, *Liv. 2. Ch. 79.* rapporte un Arrêt qui jugea, que dans le legs des terres & poſſeſſions acquiſes en un tel lieu par le Teſtateur, les acquiſitions faites depuis le teſtament dans ce même lieu, n'étoient point compriſes : & cet Arrêt, comme l'on voit, decide contre le legataire la queſtion propoſée ; Il en ſeroit autrement, comme nous verrons ci-après, s'il n'étoit queſtion que des interêts qui auroient couru depuis le teſtament : les interêts regardez comme un acceſſoire du capital, ſuivroient ſans difficulté & augmenteroient d'autant le legs de la liberation. L'Arrêt, diſons-nous, jugea, que le legs des terres & poſſeſſions acquiſes en un tel lieu, ne comprenoit pas les acquiſitions faites par le Teſtateur dans l'intervale du teſtament au decès, & il le jugea ainſi, parce qu'en effet on ne peut regarder un fonds acquis depuis le teſtament comme un acceſſoire des fonds leguez ; d'où on peut conclurre que ſi le legs étoit d'un Corps, comme d'une Metairie, tout ce que le Teſtateur auroit ajoûté à la Metairie depuis le teſtament, ſeroit compris dans le legs.

L. Aurelius. §. 1. ff. de liberatione legata. L. Uxori, §. 1. de leg. 2. M. Maynard *Liv. 8. ch. 77.* M. Laroche, *Liv. 6. tit 61. Art. 3.* M. de Catelan, *ibidem.*

§. 14. *Si debitor creditori ſuo, quod debet, legaverit; inutile eſt legatum, ſi nihil plus eſt in legato, quam in debito, &c.*

Legatum debiti poſt quam Juſtinianus actionem hipotecariam legatariis dedit in bonis defuncti utile eſt; niſi creditor etiam extrà cauſam legati; jus pignoris habens, conſtitutum ſibi jam antè, vel à debitore vel à Lege. Vinnius, *p.* 527.

AU lieu que la queſtion propoſée en ce Paragraphe, ſi un débiteur peut leguer à ſon creancier ce qu'il lui doit, & ſi le legs eſt valable lors même que la ſomme dûë répond preciſement à la ſomme leguée, Juſtien pouvoit en propoſer une ce ſemble plus utile, & qui paroît avoir plus de difficulté, ſçavoir, ſi lors qu'un débiteur legue à ſon créancier, ſans faire aucune mention de la dette, la dette eſt éteinte & compenſée à concurrence du legs, ou ſi le creancier legataire eſt en droit d'exiger & la dette & la choſe leguée; les Arrêts ont jugé qu'à l'égard des dettes provenant d'une obligation volontaire, la compenſation ne ſe faiſoit jamais, ſi ce n'eſt que le Teſtateur eût legué dans cette intention, & que cette intention ne ſe préſumoit jamais de la part du Teſtateur s'il ne l'avoit ainſi expreſſement declarée, *niſi*, comme dit la Loi *creditorem* 85. *de legat.* 2° *voluntas Teſtatoris compenſare volentis evidenter oſtenderetur.* M. Maynard au Livre 7. *Ch.* 11. rapporte qu'un pere ayant legué à ſon fils la ſomme de 1000. liv. à la charge de ne rien plus prétendre ou demander ſur ſes biens, il fut jugé ſans aucune contradiction, que le fils legataire pouvoit en acceptant le legs que l'on convenoit exceder la legitime ſur les biens paternels, demander encore la ſomme de 2000. liv. en laquelle il étoit créancier de ſon pere pour les droits maternels: cette clauſe (à la charge de ne rien plus demander ſur ſes biens) pouvoit bien faire préſumer que le pere avoit legué *animo compenſandi*; mais ce n'étoit là qu'une préſomption, & comme il a été dit, il faut pour la compenſation une volonté expreſſement declarée. Il en auroit été autrement ſuivant l'obſervation de Ferriere ſur la queſt. 93. de Guy-Pape, ſi le pere au lieu de défendre à ſon fils de rien plus demander ſur ſes biens, lui avoit défendu ſimplement de rien plus demander; en ce dernier cas, dit-il, l'intention du Teſtateur n'auroit eu rien d'équivoque, & le fils legataire n'auroit pû rien demander du chef de ſa mere, ſans repudier le legs, & ſe reduire en le répudiant

à ſes droits legitimaires ; au lieu que dans le premier, il peut en acceptant le legs, demander ce qui lui eſt dû du chef de ſa mere ou d'ailleurs, ſans contrevenir à la volonté de ſon pere : & il le peut, ajoûte Ferriere, parce qu'en effet le fils en demandant ce qui lui eſt dû du chef de ſa mere, ou d'ailleurs, ne demande rien ſur les biens du pere : *non petit de bonis Teſtatoris quicquam, petendo debitum tanquam æs alienum, quia æs alienum deducendum eſt, & bona dicuntur deducto ære alieno* : Il y a quelque ſubtilité dans cette diſtinction ; mais au fond elle paroît juſte, & je ſuis perſudé qu'on s'y conformeroit. Si par l'Arrêt que rapporte Lapeyrere, *lettre* L. *nom.* 2. le Parlement de Bordeaux ordonna la compenſation du legs avec la dette, il faut croire que le Teſtateur avoit défendu au legataire en termes generaux de rien demander, & non point de rien demander ſur ſes biens.

Ferriere ſur la fin eſt d'un avis contraire.

J'ai dit qu'on ne compenſe point les legs avec les dettes provenant d'une obligation volontaire, parce qu'en effet la plûpart de nos Auteurs conviennent que la compenſation ſe fait avec les dettes neceſſaires, c'eſt à-dire, avec les dettes que le Teſtateur n'a pas lui-même contracté, & qui ſont établies par la Loi ou par la Coûtume : on peut mettre au nombre des dettes neceſſaires la legitime légale ou coûtumiere, l'augment ou le doüaire coûtumier, & on y peut mettre encore, ſuivant la remarque de M. Maynard, cette eſpece d'obligation que l'autentique *prætera*, *Cod. unde vir & uxor*, établit ſur les biens du mari en faveur de la femme pauvre. *Vide* Lapeyrere en l'endroit cité, le Preſident Faber en ſon Code, *Liv. 6. tit.* 18. *définit.* 8. 19. & 22. M. Maynard, *Liv.* 3. *Chap.* 25. & le Journal des Audiences, *Tome* 1. *Liv. 6. Ch.* 17.

L'Arrêt du Journal des Audience juge qu'il n'y a lieu de compenſation avec le doüaire coûtumier.

§. 15. *Sed ſi uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, &c.*

LE legs que fairoit un mari à ſa femme de la dot conſiſtant en immeubles, ne ſçauroit avoir aucune utilité ; & ſi la dot conſiſtoit en argent ou en effets mobiliaires, ce que les Juriſconſultes appellent *comodum repræſentationis*, ne rendroit guere le legs plus utile, le mari ou les heritiers du mari

étant obligez de payer à la femme pendant l'année de deüil, que la dot ne peut être exigée, une penſion qui n'eſt jamais au deſſous des interêts de la dot. Du reſte les Arrêts * ont jugé, ſuivant la diſtinction marquée dans l'article precedent, que la femme legataire de ſon mari, pouvoit demander, & le legs, & la dot, enſemble l'augment ſtipulé dans le Contrat de mariage.

* M. de Catelan, *Liv.* 4. *ch.* 18.

L. unica, §. 3. *Cod. de rei uxoriæ actione.*

§. 17. *Si quis ancillas cum ſuis natis legaverit, &c.*

LEs Arrêts * ſe trouvent conformes à la diſtinction que fait ici Juſtinien, & dans les Paragraphes ſuivans, du cas où chacune des choſes leguées fait un corps à part, avec celui où une des choſes leguées eſt l'acceſſoire de l'autre; ils s'y ſont conformez, ſoit en ce qui regarde l'extinction du legs, ſoit en ce qui regarde les accroiſſemens & les diminutions que le legs peut recevoir depuis le teſtament : il faut rappeller ici l'obſervation que nous avons fait ſur le §. 13. de ce Titre, où il eſt parlé du legs de la liberation.

* Ricard, *Tome* 1. *pag.* 504 M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 79.

§. 19. *Ædibus legatis, columnas, & marmora, quæ poſt teſtamentum adjecta ſunt, legato cedere, &c.*

EN eſt-il de même des ſtatuës, qui depuis le teſtament ont été tranſportées en la maiſon leguée? Cette queſtion, comme l'on voit, dépend de ſçavoir, ſi les ſtatuës ſont partie de la maiſon, & on peut voir ſur cela les Arrêts rapportez par Bardet, *Tome* 1. *Liv.* 3. *Ch.* 56. & dans le premier Tome du Journal des Audiences, *Liv.* 2. *Ch.* 53. les ſtatuës, dit la Loi 245. *de verb. oblig.* portées & placées dans la maiſon, *ornatus cauſa*, *non quò ædes perficiantur*, *non ſunt ædium*, mais dans le doute on préſume toûjours qu'elles ont été portées, *quò ædes perficiantur*, ſur tout ſi elles ne peuvent être détachées & tranſportées ailleurs ſans laiſſer quelque vuide ou quelque difformité dans le lieu où elles étoient auparavant.

L. quæſitum, §. 23. *ff. de inſtructo vel inſtrum. Leg.*

§. 21. *Quod defuncto debetur, poteſt alicui legari, ut actiones ſuas hæres legatario præſtet, &c.*

LEs Arrêts ont jugé, ſuivant la diſpoſition de ce Texte, que le legataire d'une dette active, ne pouvoit exiger de l'heritier autre choſe ſinon qu'il délivrât les actes neceſſaires pour établir la dette leguée, ou qu'il jurât n'en avoir aucuns; que la ſomme ne ſe trouve point dûë, ou que le débiteur ne ſoit pas ſolvable; en l'un & en l'autre cas, le legataire n'a aucun recours contre l'heritier; on n'excepte de la regle que les legs faits à l'Egliſe & pour une fondation: ceux-ci, ſuivant la Doctrine de M. Dolive, *Liv.* 1. *Ch.* 6. étant toûjours préſumez demonſtratifs, & jamais taxatifs, ou limitatifs, ſi le Teſtateur ne les a expreſſement declarez tels. M. de Catelan. *Liv.* 2. *Ch.* 41. M. Laroche, *Liv.* 6. *Tit.* 61. *art.* 6. M. Maynard, *Liv.* 7. *Ch.* 9. le Journal du Palais, *Tome* 2. *page* 260.

§. 21. *Niſi exegerit vivus Teſtator pecuniam, quo caſu legatum extinguitur, &c.*

LE legs d'un fonds étant revoqué par l'alienation qu'en fait le Teſtateur, il faut bien auſſi par la même raiſon, que le legs d'une dette ſoit revoqué par le payement fait au Teſtateur de la ſomme leguée: ſi on ne veut dire qu'il y a encore cela de particulier au legs d'une dette, que la choſe leguée eſt abſolument éteinte par le payement, au lieu que malgré l'alienation du fonds legué, la choſe leguée ſubſiſte toûjours, *qui res aliena legari poteſt.* M. Maynard au Livre 5. *Ch.* 99. rapporte que le cas s'étant preſenté, le Parlement de Toulouſe ordonna, qu'avant dire droit, le legataire prouveroit que le Teſtateur en recevant le payement de la ſomme leguée, n'avoit pas eu intention de revoquer le legs; mais il faut convenir qu'une preuve de cette nature eſt bien difficile à faire, ſur-tout lorſque le Teſtateur n'a pas marqué lui-même ſon intention, ſoit en conſervant la ſomme leguée après le payement qui a été fait, ſoit en l'employant à quelque acquiſition, de maniere qu'on ne puiſſe pas douter que la

L. Fideicommiſſa 11. §. *largò* 13. *de legatis.* 3.

L. Fideicommiſſa dicto, §. 13. *de Leg.* 3.

ſomme qui ſe trouve encore en nature, ou qui a ſervi pour l'acquiſition, eſt la même que celle contenuë dans le legs. Par la raiſon qu'après le payement, la choſe leguée ne ſubſiſte pas, la plûpart des Auteurs, du nombre deſquels eſt Ricard, *Tome* 1. *page* 483. ne croyent pas qu'il faille diſtinguer entre le payement forcé, & le payement volontaire, comme on diſtingue dans le legs d'un fonds, entre l'alienation volontaire ou forcée; quoi qu'on ne puiſſe diſſimuler que les termes dont ſe ſert Juſtinien, *niſi exegerit vivus Teſtator pecuniam*, ſemblent conduire à faire ſubſiſter le legs dans le cas où le debiteur a payé volontairement & ſans y être forcé par le Teſtateur.

§. 22. *Si generaliter Servus, vel res alia legetur, electio legatarii eſt, &c.*

LA Loi 37. *de Leg.* 1°. ſemble rendre aſſez inutile la queſtion qui de deux, ou du legataire, ou de l'heritier doit avoir le choix, lorſqu'elle dit, *legato generaliter relicto, id eſſe obſervandum, nè optimum vel peſſimum accipiatur* : M. Maynard au Livre 8. *Ch.* 87. rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, par lequel il fut jugé, qu'une veuve qui par ſon Contrat de Mariage avoit le choix d'une des maiſons de ſon mari pour y habiter pendant ſa vie, ne pouvoit uſer de ce choix, qu'en ſe conformant à l'eſprit de la Loi, que nous venons de citer, c'eſt-à-dire, qu'elle ne pouvoit choiſir la maiſon la plus grande & du plus grand prix, mais qu'on ne pouvoit auſſi l'obliger à ſe contenter de la plus petite.

§. 24. *Legari illis ſolum poteſt, cum quibus teſtamenti factio eſt.*

Ordonnance de 1539. *art.* 131.

LEs Ordonnances de nos Rois ont établi à l'égard de certaines perſonnes une incapacité, dont il n'eſt point parlé dans le Droit Romain, c'eſt à l'égard des Tuteurs, Curateurs, & autres adminiſtrateurs, qui ne peuvent recevoir des legs de ceux dont ils ont eu l'adminiſtration, juſqu'à ce qu'ils leur ayent rendu compte : Ces Ordonnances ſont exactement ob-

ſervées ; & les Arrêts * même y ont ajoûté, 1°. En ce qu'ils ont étendu la prohibition contre les Tuteurs, Curateurs, & autres adminiſtrateurs, juſqu'au payement du reliqua. 2°. En ce qu'ils ont compris dans la prohibition, les Précepteurs, Confeſſeurs, Medecins, Apoticaires, Chirurgiens, &c. quelquefois même & ſuivant les circonſtances, les Avocats & les Procureurs.

* M. Maynard, *Liv. 2. Ch. 96. & Liv. 3. ch. 12.* M. Dolive, *Liv. 5. Ch. 19. & 20.* M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 77.* M. de Cambolas, *Liv. 6. ch. 12.* Ricard, *Tom. 1. page 99.* & ſuivantes.

§. 25. *Incertis perſonis neque legata, neque Fideicommiſſa olim relinqui conceſſum erat, &c.*

ON ne trouve point la conſtitution dont parle Juſtinien dans un des §. ſuivans, & par laquelle cet Empereur dit avoir corrigé l'ancien Droit, concernant les diſpoſitions faites en faveur des perſonnes incertaines ; mais quoiqu'il en ſoit, nous obſerverons, qu'afin que l'incertitude ne ſoit pas un obſtacle à la validité du legs, il faut non-ſeulement que la perſonne du legataire puiſſe être manifeſtée par quelque action, ou par quelque évenement, mais encore que la perſonne du lagataire venant à être manifeſtée, on puiſſe entrevoir de la part du Teſtateur quelque interêt, ou quelque motif raiſonnable qui ait pû l'obliger à exercer ainſi ſa liberalité :

Je legue cent écus à celui qui paſſera le premier à la Place du Salin le jour de la Saint Jean, le legs eſt deriſoire & nul.

Je legue cent écus à celui qui épouſera ma fille, à celui qui ſera fait Conſul l'année prochaine, à celui qui montera le premier à l'aſſaut d'une Ville, &c. le legs eſt valable. Ricard, *Tome 1. page 126.*

Si on ne peut leguer à des perſonnes incertaines dans le ſens que nous venons de le dire, on peut encore moins leguer à une perſonne telle qu'elle ſera choiſie par un tiers, ſi ce n'eſt toutefois que le choix ſe trouve renfermé dans un certain nombre de perſonnes, c'eſt-à-dire, que le tiers ait ſeulement la faculté de choiſir entre certaines perſonnes nommées par le Teſtateur : Je legue 100. liv. à celui qui ſera choiſi par Pierre, le legs eſt nul : Je legue 100. liv. à celui d'entre mes parens qui ſera choiſi par Pierre, le legs eſt valable ; M. de Catelan en l'endroit cité, Ricard, *Tome 1. Part. 1.*

Ch. 3. *Section* 11. *&* 12. *page* 123. & ſuivantes, Henrys, *Tom.* 1. *pag.* 711. *& Tom.* 2. *pag.* 613. Journal du Palais, *Tom.* 2. *pag.* 491. Journal des Audiences, *Tom.* 1. *Liv.* 1. *Chap.* 51. *& Liv.* 5. *Chap.* 14. Bardet, *Tom.* 1. *pag.* 154. *&* 202. *& Tom.* 2. *pag.* 407. Journal des Audiences, *Tom.* 1. *pag.* 17.

On ne laiſſe point ſubſiſter des diſpoſitions laiſſées vaguement au choix & à l'arbitre d'un tiers, parce que les diſpoſitions d'un Teſtateur, *non debent ex alieno arbitrio pendere, in alienam voluntatem conferri non debent*, *L.* 32. *ff. de hæred. inſtit. L.* 52. *ff. de condit. & demonſt.* & c'eſt ſur ces principes que les Auteurs qui ont écrit ſur cette matiere, ont regardé comme ſingulier l'Arrêt rapporté par Anne Robert, *rerum judicatarum*, *Liv.* 1. *Ch.* 3. par lequel le Curé de Saint Jacques de la Boucherie de Paris, legataire d'une ſomme de 9000. liv. pour être employée conformement à ce que le Teſtateur lui avoit dit en ſecret, fit condamner les heritiers à la délivrance du legs, ſans être obligé de declarer l'emploi; la probité de ce Curé generalement reconnuë, ayant obligé les Juges à ſe départir en cette occaſion des regles, comme on le fit encore quelque tems après dans un cas tout ſemblable en faveur du Vicaire de la même Paroiſſe Saint Jacques de la Boucherie, quoi qu'on convînt que ce Vicaire étoit le Directeur ſpirituel du Teſtateur. S'il en faut croire à M. de Catelan & à l'Arrêt qu'il rapporte, *Liv.* 1. *Ch.* 23. la choſe ne recevroit plus aujourd'hui tant de difficulté, je veux dire, que la confiance du Teſtateur en la probité & en la conſcience d'un tiers, pour faire certaine diſtribution de deniers, devroit toûjours l'emporter ſur toutes les autres conſiderations, ſur tout ſi cette diſtribution devoit être faite en aumônes & œuvres pies, *L. Theopompus, ff. de dote prælegata.*

§. 29. *Si in nomine cognomine legatari Teſtator erraverit: cum de perſona conſtat, valet legatum, &c.*

IL a été jugé non-ſeulement, qu'une fauſſe expreſſion du nom & ſurnom du legataire, mais que le défaut même d'expreſſion du nom & ſurnom, n'empêchoit point que le legs ne

ne fût valable, pourveu que par quelque conjecture ou par quelque préſomption raiſonable, on peut connoître celui dont le Teſtateur a entendu parler : Un pere ayant trois enfans, Etienne, Jean & Jacques, legue certaine ſomme à ces deux derniers, & inſtituë ſon heritier ſon cher & bien aimé fils : Arrêt qui maintient en l'heredité Etienne, quoique deſigné ſeulement par une qualité qui lui étoit commune avec ſes freres : Un Ayeul maternel ayant deux petis-fils, *ex filia*, nommez tous deux Guillaume, & tous deux ſes filleuls, legue à Guillaume ſon petit-fils & filleul, une vigne, & en tous ſes autres biens inſtituë ledit Guillaume, & autre Guillaume ſes petits-fils ; Arrêt qui adjuge le prélegs à l'aîné ; on trouve ce dernier cas dans M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 24. & le premier dans Ricard, *Tom.* 1. *pag.* 124.

§. 30. *Falſâ demonſtratione legatum non primi, &c.*

UNe fauſe demonſtration ne nuit point au legs, ainſi par exemple (& ce cas arrive bien plus ſouvent que celui que propoſe ici Juſtinien) ſi je legue cent écus à prendre ſur ce que Pierre me doit, mon heritier ne pourra ſe diſpenſer de Payer les cent écus, ſoit que Pierre doive ou ne doive pas, & qu'il ſoit ou ne ſoit pas ſolvable ? il en ſeroit autrement comme nous l'avons obſervé ſur un des §. précedens, ſi je leguois cent écus que Pierre me doit, le legs en ce dernier cas ſeroit taxatif, & non domonſtratif, & mon heritier ne ſeroit tenu ni à garantir la dette, ni la ſolvabilité de Pierre. Si une fauſſe demonſtration ne nuit point au legs, elle nuit encore moins au legataire, & on en peut juger par l'Arrêt que nous trouvons rapporté dans le premier Tome de Bardet, *pag.* 313. un Teſtateur ayant trois niéces, dont l'une étoit mariée, legue à chacune la ſomme de 3000. liv. en les deſignant ſous le nom de ſes niéces, filles à marier, le legs fut adjugé à celle qui étoit mariée, ainſi qu'aux deux autres.

L. 27. *de Leg.* 3.

§. 31. *Longè magis legato falſa cauſa (adjecta) non nocet, &c.*

LA regle propoſée ici par Juſtinien, n'eſt pas ſi certaine, qu'elle ne ſouffre des exceptions dans les cas où il paroît, que la cauſe énoncée par le Teſtateur a été le motif qui l'a obligé à faire le legs, lorſqu'il paroît évidament que le Teſtateur n'auroit point legué s'il avoit été inſtruit de la fauſſeté de la cauſe; & c'eſt ſans doute ce qu'a voulu faire entendre Papinien, lorſqu'il dit, en la Loi *cum tale*, §. *falſam*, *ff. de conditionibus & demonſtrationibus*, *falſam cauſam legato non obeſſe verius eſt, quia ratio legandi legato non cohæret, ſed plerumque doli exceptio locum habebit, ſi probetur aliàs legaturus non fuiſſe, &c.* L'Arrêt que rapporte M. Dolive, *Liv.* 5. *Ch.* 17. & la diſſertation qu'il fait ſur cette matiere, peuvent nous ſervir à ne pas confondre la differente nature des cauſes, à diſtinguer les cauſes qui ne ſont proprement qu'impulſives, & qui quoique fauſſes ne rendent pas le legs inutile, de celles dont on peut dire que *legato cohærent*, & dont la fauſſeté rend inutile le legs.

Un pere legue à ſon gendre, ce qui lui reſte dû de la dot, dans l'opinion où il étoit, que la dot étoit acquiſe à ſon gendre par le prédecès de ſa fille petite fille du Teſtateur, le legs declaré nul.

§. 31. *Sed ſi conditionaliter enunciata fuerit cauſa: aliud Juris eſt, &c.*

LEs termes dont ſe ſert le Teſtateur, determinent la nature du legs pur ou conditionel, & c'eſt à quoi on doit avoir grande attention, parce que les termes dans leſquels eſt conçu un legs pur & ſimple, ſont peu differens de ceux qui font le legs conditionel: Je legue par exemple, cent écus à Titius pour ſe marier, pour prendre un métier, afin qu'il ſe marie ou qu'il prenne un métier, le legs eſt pur, & le legataire peut l'exiger d'abord après la mort du Teſtateur; il eſt tranſmiſſible aux heritiers du legataire, quoique decedé ſans s'être marié, ou ſans avoir pris de métier.

Bardet, *tom.* 1. *Liv.* 2. *ch.* 13. *pag.* 162. & *ch.* 78. *p.* 257.

Journal des Audiences, tom. 1. *Liv.* 1. *ch.* 93.

Faberen ſon Code, *Lib.* 6. *Tit.* 25. *definit.* 9.

§. 34. *Antè hæredis inſtitutionem inuliter anteà legabatur : ſcilicet quia teſtamenta vim ex inſtitutione accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum totius teſtamenti, &c.*

Ferriere, *Tractat. varii, quando dies, Leg. vel Fideic. cedat. ch. 2.* Albert, *lett. L. art. 2.* M. de Cambolas, *Liv. 4. ch. 49.* M. Maynard, *Liv. 5. ch. 98.* Arrêt dans M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 81.* par lequel il a été jugé, que le legataire de certaine ſomme pour ſe mettre en métier, ne pouvoit demander le legs qu'à l'âge de 25. ans, ou quand il ſe marie.

JUſtinien dit & repete en differens endroits, que celui dont l'heritier teſtamentaire n'accepte & ne recuëillit point la ſucceſſion, ne differe en rien de celui qui decede *inteſtat*, le défaut d'adition rendant toutes les diſpoſitions contenuës dans un teſtament abſolument nulles ; juſques-là que comme il eſt dit en ce §. il falloit commencer le teſtament par l'inſtitution d'heritier ; & que les legs qui précedoient cette inſtitution étoient nuls, même ceux de la liberté donnée aux Eſclaves. Dans les Païs Coûtumiers, ou comme nous avons remarqué, on ne reconnoît aucun heritier teſtamentaire, & où les teſtamens ne ſont que des codicilles, il eſt aiſé de comprendre que la validité des legs ne dépend point de l'acceptation que fait l'heritier ; & pour les Païs du Droit Ecrit, il eſt ſi rare depuis qu'on introduit le benefice d'inventaire, qu'on repudie une heredité en état d'acquitter les legs, que le cas n'eſt peut-être jamais arrivé, & quand il arriveroit, les legataires n'y perdroient rien, *ſoit qu'on ſuppleât la clauſe codicillaire*, dont l'effet ſeroit celui-là d'appeller l'heritier legitime, à la charge d'acquitter les legs au défaut de l'heritier inſtitué, ſoit qu'on ſe conformât à l'eſprit de la Novelle premiere, *Ch.* 1. où Juſtinien ſur le refus de l'heritier inſtitué d'acquitter les legs, appelle l'heritier ſubſtitué, au défaut de celui-ci les heritiers legitimes, toûjours à la charge de payer les legs, & ſur le refus des heritiers legitimes, les legataires & les Fideicommiſſaires, *ad tantas reſpeximus ſucceſſiones, ut non remaneat ſine aditione ipſius morientis hæreditas, &c.*

Loix civiles, *tome 3. page 372.*

TITRE XXI.

DE ADEMPTIONE LEGATORUM.

NOus n'avons d'autre obſervation à faire ſur ce Titre, ſinon, que par la Juriſprudence de tous les Parlemens du Royaume, les legs pieux ne ſont point revoquez par la revocation du teſtament qui les contient, s'ils ne ſont expreſſement & ſpecifiquement revoquez; ce qui a été ainſi jugé, dans le cas même où le ſecond teſtament contient un legs en faveur de la cauſe pie, plus ou moins avantageux que celui qui a été fait dans le premier : Je legue, par exemple, par mon teſtament cent Piſtoles à une Communauté Religieuſe, & par le ſecond, je legue à la même Communauté cinq cens livres ou cinq cens écus, l'un & l'autre legs ſeront dûs.

M. de Catlan, *Liv. 2. ch. 1.*

TITRE XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

Noviſſimè lata eſt Lex Falcidia, quâ cavetur nè plus legare liceat, quàm dodrantem totorum bonorum, &c.

PAr le Droit du Digeſte & du Code, un Teſtateur ne peut prohiber à ſon heritier la detraction de la quarte Falcidie, mais il le peut par la Novelle premiere dont on ſuit par tout la diſpoſition; bien plus, quoique la Novelle exige que la prohibition ſoit expreſſe, les Arrêts ont jugé que la prohibition tacite devoit avoir le même effet, & en cela ils ſe ſont conformez à la deciſion de Cujas; car (dit cet Auteur) *quod teſtamento hoc fieri vult Juſtinianus nominatim, non utique intelligendum eſt, factâ Legis falcidiæ commemoratione; ſed etiam, ſi integra legata hæredem præſtare juſſerit:*

Cujas ſur la Novelle premiere.

Soëfve, *Tome 2. Centurie 4. ch. 30.* remarque que dans l'eſpece d'un Arrêt qu'il rapporte, l'heritier fut privé de la Falcidie, parce qu'on regarda la prohibition qui lui avoit été faite par le Teſtateur de faire inventaire, comme une prohibition tacite de toute detraction de Quarte : l'heritier à qui on oppoſoit le défaut d'inventaire, s'excuſoit ſur la défenſe qui lui en avoit été faite par le Teſtateur ; mais ce fut par cet endroit-là même qu'il perdit ſa cauſe, parce qu'on jugea, que le Teſtateur n'avoit pû prohiber l'inventaire, ſans prohiber tacitement la Falcidie, n'étant pas poſſible en effet de fixer ſans inventaire la valeur des biens dépendans de la ſucceſſion : Sur ce principe l'heritier auroit perdu ſon procès, quand même il auroit fait inventaire : La Falcidie, diſons-nous, peut être prohibée expreſſement ou tacitement, elle peut l'être en tout ou en partie, le Teſtateur peut la prohiber pour certains legs, & non des autres ; mais on demande en ce dernier cas, c'eſt-à-dire, lorſque la prohibition ne tombe que ſur cetains legs, ſi l'heritier peut retenir ſur les autres, à concurrence de l'entiere Quarte ? Un Teſtateur laiſſe une ſucceſſion de 20000. liv. & il l'épuiſe totalement par des legs, parmi ces legs il y en a à concurrence de 5000. liv. ſur leſquels toute detraction eſt prohibée, l'heritier prendra-t-il ſur les autres legataires ce qu'il ne peut retenir ſur ces derniers ? Les legs ſur leſquels ne tombe pas la prohibition ſeront-ils retranchez de maniere que l'heritier trouve ſur eux l'entiere *Quarte*, c'eſt-à-dire, la ſomme de 5000. livres ? Cette queſtion s'étant preſentée il y a quelque tems au Parlement de Toulouſe, elle fut jugée en faveur de l'heritier, ſuivant la deciſion de Ferriere ſur la queſtion 537. de Guy-pape, l'Arrêt eſt du mois d'Août 1719. au rapport de M. de Comere.

Nous avons vû ſur le Titre de *inofficioſo teſtamento*, que toutes les donations faites par le pere & mere à leurs enfans, ſoit entre-vifs, ou à cauſe de mort, étoient imputées en la legitime : & on demande ſi ce qu'un fils a reçu de ſon pere par donation entre-vifs, ou à cauſe de mort, doit être imputé de même en la falcidie ? Je donne par exemple, cent écus à mon fils, n'ayant en tout que quatre cens écus ; j'inſtituë enſuite heritier mon fils, & je fais des legs pour les trois cens écus qui me

reſtent ; mon fils pourra-t'il demander le retranchement des legs, & les legataires ne pourront ils pas lui oppoſer qu'il a ſa quarte au moyen de la donation qui a precedé le teſtament ? Il ſemble d'abord que la falcidie étant moins favorable que la legitime, tout ce qui eſt imputé ſur la legitime, doit l'être auſſi ſur la falcidie ; cependant les Arrêts * ont jugé le contraire : ils ont jugé que la falcidie ne ſouffroit aucun retranchement par des donations faites à l'heritier, & il faut convenir en effet, qu'outre que par le Droit en la Loi *in quartam*, *ff. ad Legem falcidiam*, il eſt expreſſement decidé qu'on n'impute en la falcidie que ce que l'heritier prend, *jure hereditario* ; il y a une raiſon pour l'imputation des choſes données en la legitime, qui n'eſt pas commune à la falcidie, c'eſt que tout ce qu'un pere donne à ſon fils, de quelque maniere & à quel titre que ce ſoit, il eſt préſumé le donner en avancement d'hoirie, & à compte pour ainſi dire des droits que la nature donne à un fils ſur les biens de ſon pere ; ce qu'on ne peut préſumer à l'égard des donations faites à celui que l'on inſtituë heritier : un heritier n'ayant abſolument d'autres droits que ceux qui lui ſont acquis en cette qualité, n'ayant avant le teſtament qui l'inſtituë heritier aucuns droits ſur leſquels on puiſſe préſumer, que le Teſtateur ait voulu être imputées les choſes données.

* M. Dolive, *Liv. 5. ch. 30.* Journal des Audiences, *Tome. 1. Liv. 4. ch. 10.* Henrys, *tom. 2. pag. 678.*

Que dans la Trebellianique *imputatur quidquid quocumque jure capitur.* Journal des Audiences, *Tom. 1. Liv. 2. page 410.*

Un fils inſtitué heritier par ſon pere, & chargé de rendre l'heredité, peut comme nous le verrons dans le Titre ſuivant, retenir, & la legitime, & la quarte trebellianique : On demande s'il en eſt de même de la falcidie, c'eſt-à-dire, ſi un fils inſtitué heritier par ſon pere, l'heredité ſe trouvant épuiſée par les legs, peut outre la legitime, détraire encore la facidie ? Les Arrêts * ont jugé que non : ils ont donné veritablement au fils le choix de l'une des deux, de la falcidie, ou de la legitime ; mais ils lui ont rendu ce choix preſque inutile, en jugeant que le fils heritier de ſon pere ne pouvoit détraire la falcidie des legs laiſſez à ſes freres & ſœurs ; les enfans du Teſtateur legataires à titre d'inſtitution étant regardez comme des coheritiers ſur leſquels par conſequent la falcidie ne peut être detraite : On comprend aiſement que lorſque l'heredité du pere eſt épuiſée par des legs, c'eſt ordinairement par des legs laiſſés aux enfans, & qu'ainſi puiſque ces legs ne peuvent être retranchez

* Henrys, *Tom. 1. page 815.* M. Dolive, *Liv. 5. ch. 27.* M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 49.*

par la falcidie, il eſt de l'interêt du fils heritier, de ſe retrancher à la legitime : Depuis ce qui vient d'être obſervé, eſt ſurvenuë l'Ordonnance de 1735. dans laquelle à cet égard il faut voir l'article 56.

Voy ma note ſur l'art 60 en marge du commencement d'aujourd'hui

§. 4. *Antè deducitur æs alienum, funeris impenſa, & prætia ſervorum manumiſſorum, &c.*

L'Autentique *ſimiliter, Cod. ad Legem falcidiam*, ajoûte qu'il faut déduire encore les legs pies, de maniere qu'ils ne ſoient ſujets à aucun retranchement, & on l'obſerve ainſi dans tous les Parlemens du Royaume. Nous avons dit en parlant de la prohibition que fait le Teſtateur de détraire la falcidie de certains legs, que cette prohibition étoit à la charge des autres legataires ſur leſquels l'heritier retenoit à concurrence de l'entiere quarte : en eſt-il de même des legs pies, & à l'égard de ceux-ci, l'effet de la prohibition légale ſera-t'il le même que celui de la prohibition faite par le Teſtateur ? On juge que non, & on ſuit encore en cela la déciſion de Ferriere en l'endroit cité ſur la queſtion 530. de Gui-Pape, *legata pia*, dit cet Auteur, *tanquam æs alienum primùm deducuntur deindè de cæteris deducitur falcidia.*

Guy-Pape *queſt.* 188. Papon en ſes Arrêts, *Liv.* 20. *tit.* 4. *art.* 2.

TITRE XXIII.

DE FIDEICOMMISSARIIS HÆREDITATIBUS : & ad Senatus-conſultum Trebellianum.

§. 1. *Quibus non poterant hæreditatem, vel legata relinquere, ſi relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex teſtamento non poterant, &c.*

CEs paroles ſemblent induire que l'uſage des fidéicommis ayant été introduit, il fut un tems auquel on ſe ſervoit impunement de cette voye pour tranſporter ſes biens à des

perſonnes prohibées ou incapables ; mais quoiqu'il en ſoit, cet abus ne fut pas long-tems toleré, car nous trouvons divers textes dans le Digeſte & dans le Code, qui declarent acquis au fiſc tout ce que l'on donne indirectement, & par le miniſtere d'une perſonne interpoſée, à ceux à qui les Loix nous défendent de donner, qui declarent l'heredité acquiſe au fiſc toutes les fois que l'heritier, *neque teſtamento, neque codicilis rogatur, ſed domeſtica cautione, vel chirographo obligat ſe ad præſtandum fideicommiſſum ei qui capere non poteſt.*

L. in tacitis 103. de Leg. 1. L. in fraudem 10. ff. de his quæ ut indignis, &c.

Notre Juriſprudence ſur cette matiere eſt la même, à cela près, que les proches parens profitent parmi nous, de ce que le Droit Romain adjugeoit au fiſc. Pour découvrir la fraude, on peut en défaut de preuve litterale ou vocale, faire oüir categoriquement l'heritier ou le legataire qu'on prétend avoir été tacitement grevé ; mais ſi celui qui a voulu contrevenir à la Loi, a eu aſſez de confiance en la perſonne interpoſée, pour n'éxiger d'elle aucune aſſurance, la fraude à la Loi ne peut être découverte ni punie, parce que les Juges ne pouvant ſe diſpenſer de confirmer les diſpoſitions qui ſe trouvent faites en faveur d'une perſonne capable, rien n'empêche que cette perſonne ne diſpoſe enſuite en faveur d'un autre qui eſt capable de recevoir de ſa main : J'ai dit en défaut de preuve litterale ou vocale, car je ne doute point malgré l'Arrêt contraire que nous trouvons rapporté par Baſſet, *Tom* 1. *Liv.* 5. *Tit.* 3. *ch.* 2. que dans tous les Pays où on reçoit la preuve d'un fideicommis verbal par témoins, on ne reçût auſſi la preuve par témoins d'un fideicommis tacite, l'heritier legitime étant pour le moins auſſi favorable dans un cas, que le fideicommiſſaire l'eſt dans l'autre.

Ricard, *Tome* 1. *pag.* 160.

Dans Bardet, *Tom.* 1. *page* 350. on trouve un Arrêt qui admit la preuve vocale, y ayant un Commencement de preuve par écrit.

§. 2. *Liberum eſt vel purè, vel ſubconditione fideicommiſſum relinquere, vel ex certo die.*

LOrſque le fideicommis eſt pur & ſimple, ſans terme ni condition, le droit eſt acquis au fideicommiſſaire d'abord après le decès du Teſtateur : en ſorte que venant lui-même à decéder avant la reſtitution du fideicommis, ſes heritiers ſeront ſans difficulté fondez à en demander la délivrance.

Lorſque

Lorſque le fideicommis eſt conditionnel, il n'eſt dû que lorſque la condition eſt arrivée ; ainſi le ſubſtitué ou le fideicommiſſaire venant à deceder avant l'évenement de la condition, il ne tranſmet point à ſes heritiers le droit d'agir contre l'heritier grevé.

Lorſque le fideicommis contient quelque terme, on diſtingue : ou le terme eſt incertain, comme ſi l'heritier (par exemple) eſt chargé de rendre après ſa mort, ou lorſqu'il mourra ; & en ce cas le terme a le même effet que la condition, *dies incertus pro conditione habetur* ; de maniere que ſi le fideicommiſſaire vient à deceder avant l'heritier grevé, celui-ci demeure entierement déchatgé : ou le terme eſt certain, comme ſi l'heritier (par exemple) eſt chargé de rendre à un tel lorſqu'il aura atteint l'âge de 25. ans, & en ce cas le fideicommis eſt dû d'abord après le decès du Teſtateur, de même que s'il étoit pur & ſimple ; de maniere pourtant que le fideicommiſſaire venant à deceder avant d'avoir atteint la vingt-cinquiéme année, ſes heritiers ne pourront agir pour la reſtitution du fideicommis qu'au tems où le ſubſtitué s'il eût vêcu, auroit eu vingt-cinq ans ; s'ils le faiſoient plûtôt, ils le feroient (dit le Juriſconſulte) contre la volonté & l'intention du Teſtateur, *contra voluntatem defuncti repreſentatio fideicommiſſi deſideratur.*

Les Loix 49. §. 3. de *Leg.* 1. & 22. *quando dies Leg. cod.* decident pourtant, qu'en ce cas le legs n'eſt pas tranſmis aux heritiers, le legataire mourant avant d'avoir atteint la 25. année.

L. 36. § 1. *ff. de conditionibus & demonſtrationibus.* & M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 49.

Il importe d'obſerver ; que lorſque l'heritier eſt grevé de rendre après ſa mort, & que la ſubſtitution eſt faite par un aſcendant, la condition, *ſi ſine liberis*, eſt toûjours ſous-entenduë ; & que lorſque cette condition ſe trouve appoſée à la ſubſtitution, les enfans, ſans diſtinguer, ſi le ſubſtituant eſt un aſcendant ou un étranger, ne ſont point appellez après l'heritier grevé, ſi ce n'eſt en deux cas : 1°. Lorſque les enfans ſont en la condition ſous la qualification de mâles : 2°. Lorſque la condition eſt redoublée, c'eſt-à-dire, lorſque le Teſtateur a ſubſtitué au cas ſon heritier vînt à deceder ſans enfans, ou ſes enfans ſans enfans : la premiere exception fondée, ſur ce que la préference des premiers mâles ſuppoſe ou fait préſumer que le Teſtateur a entendu conſerver les biens dans la famille de l'heritier grevé : & la ſeconde, ſur ce que les enfans de l'heritier grevé étant eux-même grevez, s'ils decedent ſans enfans, ils ſont par une conſequence neceſſaire cenſez appellez, parce que, *quem non honoro gravere non poſſum.*

L. cum avus 102. *ff. de condit. & dem.*

M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 63. Loix civiles *part.* 1. *p.* 519.

On demande ſi la mort civile, & la Profeſſion Religieuſe de l'heritier grevé de rendre après ſa mort, donnoit lieu à l'ouverture du fideicommis? & on répond pour l'affirmative : ſauf que par rapport à la mort civile, on diſtingue la condamnation au banniſſement perpetuel, d'avec la condamnation aux galeres perpetuelles dans la comparaiſon que nous faiſons de la premiere de ces peines à la déportation, & de la ſeconde à la condamnation aux Mines, *ad Metella* ; la condamnation aux galeres perpetuelles donne lieu à l'ouverture du fideicommis, & non la condamnation au banniſſement perpetuel. Il faut rappeller ici l'obſervation que nous avons faite ſur le titre *de cap. dimin.* au premier Livre.

Ce que nous avons dit, que le ſubſtitué ou le fideicommiſſaire decedant avant l'évenement de la condition appoſée au fideicommis, ne tranſmet aucun droit à ſes heritiers, ſouffre une exception dans le Parlement de Toulouſe, en faveur des deſcendans du Teſtateur, & du fideicommiſſaire, leſquels par une Juriſprudence introduite contre les principes du Droit, reçoivent par la tranſmiſſion l'eſperance d'un fideicommis conditionnel, tout de même que ſi le fideicommis étoit pur & ſimple, & que ſi la condition étoit arrivée pendant la vie du fideicommiſſaire : Un pere ayant deux enfans, Pierre & Jean, inſtituë Pierre ſon heritier, & au cas il decede ſans enfans, il lui ſubſtituë Jean : Jean decede laiſſant des enfans, & Pierre decede enſuite ſans enfans ; les enfans de Jean recuëilliront la ſubſtitution ou fideicommis auquel leur pere étoit appellé, & que leur pere n'avoit pû recuëillir, parce qu'il étoit decedé avant l'évenement de la condition.

Comme cette tranſmiſſion d'un fideicommis conditionnel n'a été établie qu'en faveur des deſcendans, & pour exclurre les étrangers, on juge qu'elle ne peut avoir lieu dans le concours des deſcendans qui ſont tous également privilegiez & favorables : Un pere ayant trois enfans, Pierre, Jean & Jacques, les inſtituë ſes heritiers, & les ſubſtituë reciproquement les uns aux autres, au cas ils decedent ſans enfans : Jean decede laiſſant un ou pluſieurs enfans, & Pierre decede enſuite ſans enfans ; Jacques recuëillira ſeul la ſubſtitution ouverte par le decès de Pierre, & les enfans de Jean en ſeront exclus, parce que Jacques eſt appellé de ſon chef, & que les enfans de Jean ne ſont appellez que par le benefice de la tranſmiſſion. Par la

même raiſon auſſi, l'on juge que la tranſmiſſion de tranſmiſſion n'a point lieu, c'eſt-à-dire, que ceux des deſcendans à qui l'eſperance du fideicommis a été tranſmiſe, ne peuvent la tranſmettre eux-mêmes à leurs enfans, au préjudice des autres deſcendans qui ont déja recuëilli cette eſperance: Un pere ayant deux enfans, Pierre & Jean, inſtituë Pierre ſon heritier, & au cas il decede ſans enfans, il lui ſubſtituë Jean: Jean decede laiſſant deux enfans, Jacques & Guillaume; Jacques decede enſuite laiſſant un fils; ce fils ne recuëillira point conjointement avec Guillaume le fideicommis dont Pierre étoit chargé, Guillaume le recuëillera ſeul, Jacques n'ayant pû tranſmettre à ſon fils ce qu'il n'avoit lui même que par tranſmiſſion; ne l'ayant pû, diſons-nous, au préjudice de Guillaume, à qui cette eſperance étoit deja acquiſe. Il eſt remarquable que la tranſmiſſion appelle également à la ſubſtitution tous les enfans du fideicommiſſaire predecedé, ſoit qu'ils ſoient heritiers de leur pere, ou non, *jure ſuitatis & filiationis*; en ſorte qu'il ne dépend pas de l'heritier grevé d'élire un de ces enfans à l'excluſion des autres.

Ferriere ſur la queſt. 458. de Guy-Pape. M. Dolive, *Liv. 5. ch. 23. & 24.* M. Maynard, *Liv. 5. ch. 33.* M. Laroche, *Liv. 3. tit. 9. art. 2.* M. de Catelan. *Liv. 2. ch. 26. 71. 72. & 73.* Henrys, *Tom. 2. page 538.*

§. 7. *Liceat ei, vel quartam, vel quod deeſt, ex noſtra authoritate retinere, &c.*

LA Quarte, dont parle Juſtinien, eſt celle qu'on appelle communement quarte trebellianique, que tout heritier grevé dans le Païs du droit Ecrit a la liberté de retenir lorſqu'il reſtituë le fideicommis.

Par le Droit Romain, les enfans heritiers chargez de fideicommis par leur pere, ne peuvent détraire que la legitime ou la trebellianique à leur choix; Mais par la juriſprudence des Arrêts de preſque tous les Parlemens du Royaume, & notamment du Parlement de Toulouſe, les enfans peuvent détraire la legitime & la trebellianique tout enſemble: cette Juriſprudence fondée ſur la diſpoſition du Droit Canonique dans le Chapitre *Raynutius*, *extra de Teſtamentis*, vient d'être confirmée par l'Ordonnance du mois d'Août 1735. *art. 56.* on favoriſe encore les enfans, en ce qu'on ne les oblige à aucune imputation des fruits ſur la quarte trebellianique; & on les favoriſe enfin,

L. Papinianus, ff. de inoff. teſtam.

en ce qu'ils ne peuvent être exclus de la trebellianique, que par une prohibition expreſſe ; ces deux derniers avantages ſemblent leur être accordez par la Loi *jubemus*, *Cod. ad trebell.* mais c'eſt toûjours beaucoup qu'on les leur ait conſervez depuis qu'on leur a permis la détraction des deux quartes.

Henrys, *Tome 2. pag. 557. & 569.* Ferriere ſur la queſtion 51. de Gui-Pape. M. Maynard, *Liv. 5. ch. 47.* M. de Cambolas, *Liv. 1. ch. 8. & 32.* M. Dolive, *Liv. 5. ch. 27.* M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 30.*

a De ce que nous venons de dire, que les enfans par un privilege particulier n'imputent point les fruits ſur la trebellianique, il s'enſuit que les heritiers étrangers ſont ſujets à cette imputation, & telle eſt en effet la diſpoſition du Droit en la Loi *in fideicommiſſariâ*, §. 1. *ff. ad trebell.* Duperier au *Liv.* 4. de ſes queſtions, *ch.* 5. prouve par une ſupputation exacte, que tout heritier qui a joüi pendant ſix années & huit mois, eſt entierement payé, cependant l'opinion la plus commune eſt, qu'il faut une joüiſſance de dix années. On a douté ſi une joüiſſance moindre de dix années devoit être imputée, c'eſt-à-dire, ſi un heritier qui a joüi moins de dix ans, devoit imputer les fruits à proportion du tems ; mais M. de Catelan, *Liv.* 2. *Ch.* 29. nous apprend, que la queſtion s'étant preſentée, on la jugea ſans difficulté contre l'heritier. On propoſe pour exemple de la prohibition tacite, *b* l'obligation ou charge impoſée à l'heritier de rendre l'entiere heredité, de la rendre de plein droit, de la rendre ſans diminution, &c.

a Jure Digeſtorum, & Condicis, & ante novellam primam, trebellianica, nè quidem expreſſe poterat prohiberi extraneis.

Idem in Leg. 22. §. 2. ff. ad Trebell. quod percipitur ſummovet falcidiam, ſi tantum fuerit, quantum quartam facit & quartæ fructus.

Poſt decennium nihil habet quod quæratur. L. 8. §. 11. ff. de inoff. teſtam.

Nous avons dit en parlant de la falcidie, que ſuivant la diſpoſition de la Novelle premiere, tout heritier la perd par le défaut d'inventaire, & juſques-là que les Arrêts ont regardé la prohibition de l'inventaire comme une prohibition tacite de la falcidie : Ferriere ſur la queſtion 53. de Guy-Pape, & le Preſident Faber en ſon Code, *lib. 6. tit. ad Senatus-conſultum trebellianum, defin.* 5. démontrent par de ſolides raiſons, qu'il ne peut y avoir à cet égard aucune difference de la falcidie à la trebellianique, & que celle-ci ne peut être non plus que l'autre, détraite par l'heritier qui n'a pas fait inventaire : cependant les Arrêts l'ont jugé tout autrement : *c* ils ont regardé la Novelle comme une conſtitution penale, qu'ils parlent ſeulement de la falcidie, ne devoit point recevoir d'extenſion ; & ſur ce fondement ils ont permis à l'heritier grevé la détraction de la trebellianique malgré le défaut d'inventaire.

b Ferriere ſur la queſtion 51. de Gui-Pape. M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 30.* M. Maynard *Liv. 5. ch. 32.*

c M. Dolive, *Liv. 5. ch. 26.*

§. 7. Proratâ portione actionibus, tam in hæredem, quàm in fideicommiſſarium competentibus, &c.

L'Heritier grevé eſt tenu au payement des dettes à concurrence de la quarte, la choſe eſt ſans difficulté ; mais on demande, 1°. Si l'heritier grevé eſt tenu de contribuer au payement des legs, ainſi qu'au payement des dettes ? 2°. Si les legs ſont ſujets au retranchement, c'eſt-à-dire, ſi la quarte doit être priſe indifferemment & des legs & du fideicommis, ou ce qui eſt la même choſe, ſi la quarte doit être détraite en entier du fideicommis ſans aucune diminution des legs ? Ces deux queſtions ont fait parmi nos Auteurs, le ſujet de pluſieurs & ſçavantes diſſertations ; mais enfin les Arrêts ont jugé l'une & l'autre contre le fideicommiſſaire : ils ont jugé, que l'heritier grevé ne devoit cotribuer en rien au payement des legs, & ils ont jugé encore que les legs ne pouvoient être retranchez pour le payement de la quarte ; le tout ſans diſtinguer les fideicommis purs & ſimples, des fideicommis conditionels.

Ferriere ſur la queſt. 296. de Guy-Pape. Duperier, *Liv. 1. queſt. premiere.* M. de Cambolas, *Liv. 1. ch. 6.*

Du reſte, la transfuſion des actions qui ſe fait de l'heritier grevé ſur la tête du fideicommiſſaire, n'empêche pas que les creanciers hereditaires, pour les interêts qui ont couru avant la reſtitution du fideicommis, ne puiſſent agir à leur choix, ou contre l'heritier grevé, ou contre le fideicommiſſaire ; on trouve des Arrêts dans M. Dolive, *Liv. 5. Ch. 13.* qui ont condamné le fideicommiſſaire ; & on en trouve dans M. de Catelan, *Liv. 2. Ch. 91.* qui ont condamné l'heritier grevé ; les uns & les autres ſont conformes à la diſpoſition du Droit en la Loi *deductâ, §. hæreditario, ff. ad trebellianum.*

§. 9. Si quis unâ aliquâ deductâ, vel præceptâ, quæ quartam continet, veluti fundo, vel aliâ re, &c.

CEs Mots, *quæ quartam continet*, ſuppoſent que ſi la ſomme ou le fonds que le Teſtateur permet à l'heritier grevé de retenir, ne répond pas à la valeur de la quarte, ce qui manque doit être ſupplée d'ailleurs ; & c'eſt en effet ce que nous trouvons expreſſement decidé en pluſieurs Loix ; cependant les

L. deductâ, §. acceptis, ff. ad trebel.

Arrêts ont jugé le contraire, ils ont regardé la permiſſion donnée par le Teſtateur à l'heritier grevé, de retenir une certaine ſomme, ou un certain fonds, comme une prohibition tacite de la quarte ; & ſur ce fondement ils ont jugé que l'heritier grevé ne pouvoit rien prétendre au-delà ; Ferrierre * qui les rapporte, obſerve que s'ils ſont contraires au Droit du Digeſte & du Code, c'eſt parce qu'avant la Novelle premiere, la trebellianique, non plus que la falcidie, ne pouvoit même expreſſement être prohibée par le Teſtateur.

* *Tractatus varii, tit. ad Senatuſc. trebell. ch. 5. pag.* 190.

Le prelegs que fait le Teſtateur à l'un de ſes heritiers chargé de rendre, eſt il compris dans le fideicommis ? On diſtingue communement, ſi le prelegs a été fait après la ſubſtitution, ou s'il precede la ſubſtitution : Dans ce dernier cas ſeulement, le prelegs (dit-on) fait partie du fideicommis, & doit être reſtitué au fideicommiſſaire avec le reſte de l'heredité ; mais s'il en faut croire à ce que nous trouvons dans M. de Catelan, *Liv. 2. Ch.* 78. le prelegs doit être toûjours & indiſtinctement compris dans le fideicommis, s'il ne paroît une volonté contraire du Teſtateur, comme ſi après avoir fait le prelegs, il ajoûte, pour en diſpoſer à ſes plaiſirs & volontez.

§. 9. Et ſecum deliberare debet is cui reſtitueretur hæreditas, an expediat ſibi reſtitui, &c.

Ferriere ſur Guy-Pape, queſtion 571. *Utrum inventarium à tutore factum proſit pupillo, &c.* Ferrierre, *ibid.*

LEs Arrêts ont jugé d'un côté, que l'inventaire fait par l'heritier grevé ſert au fideicommiſſaire, & de l'autre, que ſi l'heritier grevé n'a pas fait inventaire, le fideicommiſſaire, s'il ne fait lui-même inventaire dans le délai de l'Ordonnance, c'eſt-à-dire, dans les trois mois, à compter du jour que l'heredité lui a été reſtituée, eſt tenu indéfiniment envers tous les Créanciers & les legataires.

§. 10. *Prætereà inteſtatus quoque moriturus, poteſt rogare eum, ad quem bona ſua, pertinere intelligit, ut hæreditatem alicui reſtituat, &c.*

NOus avons dit ailleurs, c'eſt ſur le Titre 13. *de exheredatione liberorum*, que la clauſe codicillaire appoſée dans une diſpoſition qui ne peut ſubſiſter comme teſtament, la ſoûtient & la fait valoir comme codicille; les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, préſumez en ce cas, priez & chargez de rendre l'heredité à l'heritier inſtitué. Lorſque la reſtitution ſe fait ainſi par l'effet de la clauſe codicillaire, les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ſont en droit ſans difficulté de détraire la Quarte Trebellianique; mais on demande, ſi lorſque les ſucceſſeurs *ab inteſtat* ſont les enfans même du Teſtateur, ils peuvent outre la legitime détraire encore la Quarte, ou s'ils ont ſeulement le choix de l'une des deux? Les Arrêts ont jugé qu'ils avoient ſeulement le choix, qu'ils ne pouvoient retenir l'une & l'autre; & c'eſt-là comme l'on voit, une exception remarquable à la regle; cette exception fondée * ſur ce que le Fideicommis dont les enfans ſont chargez par l'effet de la clauſe codicillaire, eſt un Fideicommis pur & ſimple, & qu'ainſi la Trebellianique s'il y avoit lieu à la détraction, ſe trouveroit concourir en même tems avec la legitime, ce qui ne ſe peut ſans ſuppoſer l'imputation ou compenſation de l'une avec l'autre; *hoc caſu*, dit Ferriere, *unam tantùm detrahit quartam, quia purè rogatus cenſetur, & uno tempore fit detractio utriuſque quartæ, legitimæ ſcilicet & Trebellianicæ, ità ut altera in alterum imputetur; quo fit ut unâ tantùm filius contentus eſſe debeat*; & c'eſt ſi fort (ajoûte le même Auteur) par la raiſon du concours, que le fils dans le cas propoſé, ne peut retenir & la legitime & la Quarte, que ſi le teſtament étoit nul par la préterition d'un poſthume né depuis le decès du Teſtateur, comme en ce dernier cas la détraction de la legitime & de la Quarte ſe fait en des tems differens, le fils pourroit ſans difficulté détraire toutes les deux; *quia gravamen non oritur, niſi nato poſthumo, & ità, diverſis temporibus quartæ deducendæ ſunt, ideò utraque deducenda, &c.*

La clauſe codicillaire, avons-nous dit, fait ſubſiſter une diſ-

Il n'y a pas de choix à faire, la legitime eſt toûjours plus avantageuſe que la Quarte.

* Ferriere, *Tractatus varii tit. ad Senatuſc. Trebel.* & le Preſident Faber en ſon Code, *Liv. 6. Tit. 17. défi. nit. 7.*

poſition qui ne peut valoir comme teſtament, les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, chargez en ce cas de rendre l'heredité à l'heritier inſtitué. Mais la clauſe codicillaire ſoûtiendra-t-elle le teſtament au profit du ſubſtitué ou du fideicommiſſaire, dans le cas où l'heritier grevé eſt decedé avant le Teſtateur, & que par-là l'inſtitution eſt devenuë caduque? Il n'y a point de difficulté à decider pour l'affirmative, & il ne peut en effet y en avoir aucune : mais il y en a beaucoup à decider, ſi le teſtament dans le cas propoſé, peut ſubſiſter indépendament de la clauſe codicillaire : ſi la ſubſtitution fideicommiſſaire ſubſiſte malgré la caducité de l'inſtitution : ſi on peut dire de la ſubſtition fideicommiſſaire, ce que l'on dit de la ſubſtitution vulgaire, que le teſtament *vires capit à ſecundo gradu* : En un mot, ſi la ſubſtitution fideicommiſſaire ſe convertit en vulgaire, lorſque le cas de cette derniere arrive : les principes du Droit reſiſtent à cette converſion, mais par les maximes du Royaume, la ſubſtitution fideicommiſſaire paſſant ſans circuit ſur la tête du ſubſtitué ou fideicommiſſaire, du moment que le fideicommis eſt ouvert, & la formalité de l'adition étant abolie par l'uſage, la caducité de l'inſtitution ne rendroit point auſſi caduque la ſubſtitution fideicommiſſaire : La queſtion n'eſt pas oiſeuſe dans les teſtamens même qui contiennent la clauſe codicillaire, parce qu'on comprend aiſément qu'il eſt bien plus avantageux au fideicommiſſaire de recevoir l'heredité de la main pour ainſi dire du Teſtateur, & ſans aucune détraction, plûtôt que de la main des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, qui retiennent toûjours la Quarte Trebellianique.

§. 11. *Eum quoque, cui aliquid reſtituitur, poteſt rogare, ut id rurſum alii reſtituat, &c.*

PAr l'ancien Droit, tout Teſtateur avoit la liberté de faire des ſubſtitutions graduelles & perpetuelles juſqu'à l'infini, Juſtinien fut le premier qui reſtraignit cette liberté, en ordonnant par la Novelle 159. que les ſubſtitutions ne pûſſent être étenduës au-delà de quatre degrès.

Le Roi Charles IX. par l'Ordonnance d'Orleans du mois de Janvier 1560. *art.* 59. reduiſit les quatre degrés à deux, la

la perſonne inſtituée non compriſe ; mais parce que cette Ordonnance ne contenoit qu'un reglement pour l'avenir, & laiſſoit par conſequent divers ſujets de conteſtation pour les ſubſtitutions faites auparavant, le même Roi Charles IX. crût devoir expliquer ſes intentions, & il les expliqua en effet par l'Ordonnance de Moulins du mois de Fevrier 1566. *art.* 57. en ces termes : En amplifiant l'article de nos Ordonnances „ faites à Orleans pour le fait des ſubſtitutions, & voulant „ ôter pluſieurs difficultez, même ſur leſdites ſubſtitutions fai- „ tes auparavant notredite Ordonnance d'Orleans, en quelque „ diſpoſition que ce ſoit, par Contrat d'entre-vifs, ou de der- „ niere volonté, & ſous quelques paroles qu'elles ſoient con- „ çuës, voulons qu'elles ſoient reſtraintes au quatriéme degré „ outre l'inſtitution.

Il eſt évident que cette derniere Ordonnance fut faite uniquement, comme nous l'avons dit, pour expliquer l'Ordonnance d'Orleans à l'égard des ſubſtitutions faites auparavant, en ſorte qu'il n'y eût que celles-là qui pûſſent être étenduës juſqu'au quatriéme degré ; cependant le Parlement de Toulouſe l'a interpretée autrement ; car on y a toûjours jugé, & on y juge encore aujourd'hui, que tout Teſtateur peut valablement faire quatre degrés de ſubſtitution, l'heritier non compris.

Par l'article 124. de l'Ordonnance de 1629. les degrez dans les ſubſtitutions doivent être comptez par têtes, en ſorte que chaque perſonne qui recuëillit faſſe un degré ; mais cette Ordonnance encore n'eſt point obſervée dans le Parlement de Toulouſe, car on y juge conſtament, que les degrez doivent être comptez par ſouches ou par generations ; de maniere que ſi l'heritier inſtitué a dix enfans qui recuëillent ſucceſſivement la ſubſtitution par le decez ſans enfans des uns des autres, ces dix perſonnes enſemble ne font qu'un degré : On n'excepte qu'un cas, c'eſt celui où la ſucceſſion ſe fait avec interruption de degré, *& per medios nepotes* : Que le fils aîné de l'heritier, par exemple, meure après avoir recuëilli, qu'il laiſſe un fils qui decede ſans enfans, & que par-là on ſoit obligé de remonter aux freres de cet aîné, on comptera trois degrez, l'aîné ſera le premier, ſon fils le ſecond, ſes freres le troiſiéme, quoique

M. Dolive, *Liv.* 5. *ch.* 10. M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 74.

ceux-ci ſoient d'une même generation que leur aîné qui a recueilli le premier.

La renonciation doit être pure & ſimple, & non en faveur d'un autre; en ce dernier cas on la regarderoit comme une donation, & le degré ſeroit rempli,

Ricard, *tom.* 2. *pag.* 419.

Henris, *tom.* 1. *Liv.* 5. *queſt.* 24. & 25.

On a douté long-tems, ſi un des ſubſtituez renonçant ou repudiant par acte, la ſubſtitution à lui déferée faiſoit un degré; mais on n'en doute plus aujourd'hui, les Arrêts ayant jugé pour la negative, & que la ſubſtitution en ce cas étoit prorogée juſqu'à celui qui ſans la renonciation où la répudiation auroit été au cinquiéme degré.

On a douté encore, ſi la tranſmiſſion dans les Païs où elle a été introduite, pouvoit avoir lieu en faveur de ceux qui ſe trouvent hors du quatriéme degré: Pierre & Jean, par exemple, rempliſſent le quatriéme degré, Jean puiſné, decede laiſſant des enfans; & Pierre qui a recueilli decede enſuite ſans enfans: Les enfans de Jean qui ne peuvent venir de leur chefs, parce qu'ils ſe trouvent dans le cinquiéme degré, pourront-ils venir du chef de leur pere, comme ayant recueilli par ſon predecès l'eſperance du Fideicommis auquel il étoit appellé? La queſtion s'étant preſentée au Parlement de Toulouſe, il a été jugé que la tranſmiſſion en ce cas ne pouvoit avoir lieu. *

* M. de Catelan, *Liv.* 2. *ch.* 74.

L'Ordonnance de Moulins en l'article 57. veut que les ſubſtitutions contenant un ou pluſieurs degrez, ſoient publiées en jugement l'Audience tenant, au plus prochain ſiége Royal de la demeure du Teſtateur, qu'elles ſoient enregiſtrées au Greffe de cette Juſtice, & encore au Greffe des plus prochains Siéges Royaux des lieux où les biens ſujets à reſtitution ſont aſſis, le tout dans le mois, à compter du jour du decès de ceux qui ont fait les ſubſtitutions, & à peine de nullité; mais cette Ordonnance ayant trouvé dans l'execution des difficultez & des inconveniens, & n'ayant pas même été executées en pluſieurs Parlemens du Royaume, du nombre deſquels étoit le Parlement de Toulouſe: Le Roi a rendu depuis deux differentes Declarations; la premiére, au mois de Novembre 1690. & la ſeconde, au mois de Janvier 1712. l'une & l'autre ſi préciſes, qu'il ne peut plus y avoir là-deſſus matiere de conteſtation.

Par ces Declarations, le délai pour publier & enrégiſtrer les ſubſtitutions eſt de ſix mois, à compter du jour des actes,

ſi les ſubſtitutions ont été faites par des diſpoſitions entre-vifs, & du jour du decès des Teſtateurs, ſi elles ſont faites par des diſpoſitions à cauſe de mort : Par ces Declarations les ſubſtitutions ne ſont point nulles pour n'avoir été publiées & enregiſtrées dans le délai, elles peuvent être publiées en tout tems ; de maniere pourtant que ſi elles ne ſont publiées & enregiſtrées qu'après les ſix mois, elles n'ont effet contre les Créanciers & tiers-acquereurs, que du jour de la publication & enregiſtrement : Par ces Declarations enfin, les ſubſtitutions quoi qu'elles n'ayent été publiées & enregiſtrées, ni dans les ſix mois, ni après, ne ſont nulles que par rapport aux Créanciers & aux tiers-acquereurs, le défaut de publication & enregiſtrement ne pouvant être oppoſé par les heritiers, donataires, legataires, ni par leurs ſucceſſeurs, à l'égard deſquels les ſubſtitutions doivent avoir toûjours leur effet, comme ſi elles avoient été publiées & enregiſtrées.

Il a été ſouvent agité, ſi le Créancier ou le tiers poſſeſſeur qui a eu connoiſſance de la ſubſtitution avant de contracter ou d'acquerir, eſt recevable à oppoſer le défaut d'inſinuation de la ſubſtitution ; mais enfin il eſt conſtant ſuivant la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, qu'il n'y a qu'une connoiſſance legale de la ſubſtitution qui peut nuire aux creanciers & tiers-acquereurs, ou qui peut les conſtituer en mauvaiſe foi ; que cette connoiſſance legale n'étoit autre que l'enregiſtrement & la publication ; & que ſi les Creanciers & tiers acquereurs ont connu la ſubſtitution avant de contracter ou acquerir, ils ont connu en même-tems qu'elle ne pourroit pas leur être oppoſée par un défaut, qui aux termes des Declarations la rendoit à leur égard nulle, & de nul effet. *

* Arrêt du 24. Mai 1728. rendu à la deuxiéme Chambre des Enquêtes du Parlement de Toulouſe, qui le jugea de cette maniere, au rapport de M. de Bouſquet en la cauſe des ſieurs de Caſtelbajac, & de Vendries, rapporté par Me. Furgole, dans ſes obſervations ſur l'Ordonnance de 1731. *p.* 39.

§. 12. *Si neque ex ſcripturâ, neque ex quinque Teſtium numero, qui in Fideicommiſſis legitimus eſſe noſcitur, poſſit res manifeſtari, &c.*

DAns le Parlement de Toulouſe, la Preuve d'un Fideicommis verbal eſt reçuë par témoins, ainſi que d'un teſtament nuncupatif ; mais dans preſque tous les autres Par-

M. Dolive, *Liv. 5. Ch. 22.* M. de Catelan, *Liv. 2. Ch. 10.*

lemens du Royaume, on la rejette comme contraire à l'Ordonnance de Moulins, & à l'Ordonnance de 1667. Titre des faits qui giſſent en preuve, ce qui vient d'être confirmé par l'Ordonnance du mois d'Août 1735. qui veut à l'art. 1. que *toutes diſpoſitions teſtamentaires ou à cauſe de mort, de quelque nature qu'elles ſoient, ſoient faites par écrit; declare nulles toutes celles qui ſeront faites verbalement, & défend d'en admettre la preuve par témoins.* C'eſt à quoi il faut s'en tenir.

§. 12. Si Fideicommiſſarius Jusjurandum ei detulerit, neceſſe eum habere, vel Jusjurandum ſubire, vel recuſantem, ad Fideicommiſſi ſolutionem coarctari, &c.

UN heritier chargé de rendre après ſon decès à un d'entre pluſieurs, qui declareroit avec ſerment qu'il a été chargé de rendre à un tel des éligibles, pourroit-il après cette declaration en élire un autre? M. Dolive aux additions ſur le Chap. 25. du Liv. 5. rapporte un Arrêt qui jugea, qu'en ce cas l'heritier grevé ne pouvoit pas varier; mais M. de Catelan au Liv. 2. Chap. 58. rapporte des Arrêts contraires, & c'eſt à ceux-là qu'il faut s'en tenir; l'élection que fait pendant la vie l'heritier grevé avec faculté d'élire un d'entre pluſieurs, n'eſt pas proprement une élection, ce n'eſt ſuivant l'expreſſion du Juriſconſulte, qu'un projet, ou qu'une deſtination, *non eſſe electionem propter incertum diem Fideicommiſſi*; l'heritier conſerve la faculté de varier juſqu'au dernier moment de ſa vie, & il eſt des interêts des éligibles qui ſe trouvent tels lors du decès, que cette faculté ne puiſſe recevoir atteinte par des declarations contraires de la part de l'heritier, quoi qu'affirmées par ſerment. Cette Juriſprudence paroît d'abort contraire à ce que dit ici Juſtinien, que le droit eſt irrevocablement acquis au Fideicommiſſaire par la declaration aſſermentée de l'heritier, ou par le refus que fait l'heritier de jurer, *neceſſitatem habere, vel Jusjurandum ſubire, &c.* mais il n'y a point en effet de contrarieté, ſi on obſerve que le texte de Juſtinien, ainſi que la Loi derniere, *Cod. de Fideicomm.* doivent être entendus du cas, où celui qui a requis la declaration & le ſerment, eſt ſeul appellé, & non

L. eum pater à filia de leg. 2.

Faber en ſon Code, *Lib. 6. Tit. 5. definit. 17.*

point du cas où la Declaration eſt faite à l'un d'entre pluſieurs éligibles ; à quoi M. de Catelan en l'endroit cité, *Liv. 2. Ch. 58.* ſemble n'avoir pas fait attention, lorſqu'il donne pour motif de l'Arrêt qui permit à l'heritier de varier, quoiqu'il eût affirmé avec ſerment avoir été chargé de rendre à celui qu'il avoit élû, que cette Declaration n'avoit pas été faite à la requiſition du Fideicommiſſaire, devant le Juge, & en la forme preſcrite par la Loi derniere, *Cod. de Fideicommiſſis* : Au ſurplus, on permet à l'heritier chargé de rendre à l'un d'entre pluſieurs, de charger celui à qui il rend, de rendre à un autre des éligibles ; mais on ne lui permet point de charger de rendre aux enfans d'un éligible prédecedé. M. de Catelan, *Liv. 2. Ch. 100.*

TITRE XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM relictis.

§. 1. Poteſt non ſolùm proprias res Teſtator per fideicommiſſum relinquere : Sed & hæredis, &c.

UN heritier chargé de fideicommis après ſa mort, ou après un certain tems, ne peut-il point être chargé de rendre ſon propre bien ; & ce fideicommis du bien propre de l'heritier, ne ſera-t'il point valable, du moins à proportion & à concurrence des fruits qu'il aura perçu de l'heredité ? Il ne peut y avoir de difficulté lorſque l'heritier grevé eſt un étranger ; mais il y en a beaucoup lorſque c'eſt un fils du Teſtateur ; il faudroit en ce dernier cas, & pour que le bien propre du fils heritier fût ſujet à reſtitution, une volonté bien marquée de la part du Teſtateur; que le Teſtateur (par exemple) eût dit expreſſement qu'il donnoit à ſon fils les fruits de ſon heredité en repreſentation de ſon propre bien, qu'il le chargeoit de rendre ; & que ſans cette condition il ne lui auroit donné la joüiſſance de ſes biens : Duperier, *Liv. 3. Ch. 3.*

Que le Fideicommiſſaire eſt en droit d'exiger caution, lorſque le fideicommis conſiſte en effets mobiliaires. Bardet, *tome 1. page 309.*

Un fils grevé fait les fruits ſiens, & ne les impute ſur la Quarte, ſi le Teſtateur ne l'ordonne ainſi expreſſement.

fait ſur cette queſtion une longue & ſçavante diſſertation, & M. de Catelan, *Liv. 2. Ch. 30.* la réſout en la maniere que nous venons de le dire.

§. 1. Hoc ſolum obſervandum, ne plùs quiſquam rogetur alicui reſtituere, quàm ipſe ex teſtamento ceperit, &c.

LE Parlement de Toulouſe, par une Juriſprudence qui lui eſt propre, & qu'il a introduit contre les principes du Droit, permet aux peres de ſubſtituer les biens qu'ils ont déja donné à leurs enfans par donation entre-vifs, quoique les enfans ne reçoivent aucune nouvelle liberalité par le teſtament de leurs peres; mais afin que cette ſubſtitution ſoit valable, il faut neceſſairement le concours de trois conditions: La premiere, que le pere ſubſtituë nommement aux biens donnez; je dis nommement & expreſſement; car quoi qu'en diſe M. Dolive en ſes notes ou additions ſur le Chap. 15. du Liv. 5. on n'admet point d'équipollent en cette matiere: La deuxiéme, qu'il ſubſtituë au cas le fils donataire decede ſans enfans: & la troiſiéme, qu'il ſubſtituë un autre de ſes enfans, *nominatim, ſi ſine liberis, favore liberorum.*

Il s'eſt preſenté depuis peu ſur cette matiere un cas fort ſingulier: Jean Portal Baron d'Ampiac, en ſe mariant au mois de Mars 1658. donne à un des enfans mâles qui proviendront de ſon mariage, à ſon choix, la moitié de tous & chacuns ſes biens preſens & à venir, avec la reſervation expreſſe de pouvoir ſubſtituer aux biens donnez: En 1701. il marie Jean-François Portal ſon fils aîné, le nomme pour recuëillir la donation contractuelle, & ſe départ du pouvoir qu'il s'étoit reſervé lors de la donation, de ſubſtituer aux biens donnez: Il decede en 1706. après avoir par ſon teſtament ſubſtitué nommement aux biens donnez, Jean Portal ſon cadet, au cas Jean-François ſon aîné viendroit à deceder ſans enfans; Jean François étant decedé ſans enfans, & ayant inſtitué heritiere ſa femme, Jean cadet demanda l'ouverture de la ſubſtitution: On lui oppoſoit la renonciation que ſon pere avoit fait au droit de pouvoir ſubſtituer aux biens donnez; mais il étoit repliqué que cette renonciation ne pouvoit être appliquée qu'à

la faculté reſervée lors de la donation contractuelle ; que le pere, il eſt vrai, avoit en mariant ſon aîné, renoncé à tout l'avantage que lui donnoit cette reſervation, mais qu'il n'avoit point renoncé à la faculté qui lui étoit acquiſe par le Droit Commun, & par la Juriſprudence des Arrêts, indépendamment de toute reſervation. Par Arrêt rendu le 20. Mars 1713. en la Troiſiéme Chambre des Enquêtes, la ſubſtitution fut declarée ouverte. La faculté de ſubſtituer aux biens donnez reſervée lors de la donation, ajoûte à la faculté que l'on a indépendamment de reſervation, 1°. En ce que celui qui s'eſt reſervé la faculté de ſubſtituer, n'a pas beſoin de ſubſtituer nommement aux biens donnez, une ſubſtitution generale & indéfinie de tous les biens, comprenant indiſtinctement, & les biens donnez, & les biens reſervez : 2°. En ce que celui qui s'eſt reſervé la faculté de ſubſtituer, peut ſubſtituer au cas le fils donataire decede ſans enfans mâles, ſur tout ſi la famille eſt noble, & que le donateur en reſervant la faculté de ſubſtituer, ait declaré que c'eſt pour conſerver ſa maiſon, le donateur en ce cas pouvant ſubſtituer un mâle de ſa famille à l'excluſion de ſes filles : 3°. En ce que le donataire n'ayant point d'enfans de l'un ni de l'autre ſexe, le donateur peut ſubſtituer indefiniment telles perſonnes que bon lui ſemble ; & ce fut ſans doute cette difference qui fut le motif de l'Arrêt, c'eſt-à-dire, qu'on jugea que le pere en renonçant à la faculté de ſubſtituer, n'avoit renoncé qu'à ce que la reſervation ajoûtoit au droit commun. M. Dolive, *Liv. 5. ch. 15.*

La faculté de ſubſtituer aux biens donnez, a été étenduë à la mere & à l'ayeul, qui peut charger de ſubſtitution ſes petits-fils pour les biens qu'il avoit donné à leur pere predecedé ; mais il a été jugé que le pere ne pouvoit pas ſubſtituer aux biens qu'il a donné à ſon fils, un des enfans de ce fils donataire. Ferriere ſur Guy-Pape, *queſt. 184.* M. Dolive, *Liv. 5. ch. 15. & 16.* M. Maynard, *Liv. 5. ch. 34. & Liv. 6. ch. 5.*

Une des conditions, avons-nons dit, neceſſaires pour ſubſtituer valablement aux biens donnez, eſt que le pere ſubſtituë un de ſes enfans, *favore liberorum*. Mais on demande ſi le pere ayant fait donation à un des enfans du premier lit, il peut ſubſtituer un des enfans du ſecond lit au préjudice des enfans du premier ? J'ai deux enfans d'un premier mariage, Pierre & Jean, & j'ai une fille d'un ſecond : Je donne à Pierre en le mariant, une partie de mes biens, & par mon teſtament, je M. de Cambolas, *Liv. 1. ch. 35. & Liv. 6. ch. 13.* M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 13.*

ſubſtituë aux biens donnez à Pierre, la fille du ſecond lit, la ſubſtitution ſera-t'elle valable? Cette queſtion ayant été agitée au Parlement de Toulouſe en la Cauſe du Baron de Pezenes, contre la Demoiſelle ſa ſœur, il fut rendu un premier Arrêt le 27. Août 1707. au rapport de M. de Saint Laurens, qui jugea la ſubſtitution non valablement faite; mais la Demoiſelle de Pezenes s'étant pourvûë par Requête Civile, il en fut rendu un ſecond le 23. Août 1709. qui jugea la ſubſtitution valable.

§. 3. *Verba fideicommiſſorum hæc ſunt, peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo, &c.*

CEs paroles *peto rogo, &c.* ne ſont propoſées ici que pour exemple: un Teſtateur peut expliquer ſes intentions de cent autres manieres differentes, & de quelque maniere qu'il les explique, le fideicommis eſt valable.

Vers la fin du dernier ſiécle, il ſe preſenta ſur ce ſujet au Parlement de Toulouſe, une queſtion difficile, & qui donna lieu à un Partage: Mr. de Marca Archevêque de Paris, inſtituë M. de Marca ſon fils, Preſident au Parlement de Pau; & il ajoûte immediatement après, la clauſe ſuivante: *Etant bien aſſuré que ſi mon fils vient à deceder ſans enfans, il diſpoſera de ſes biens ſuivant l'ordre de la nature, & au profit de ceux dont il aura reçu plus de ſervices & de témoignages d'amitié.* M. de Marca fils étant decedé après avoit inſtitué heritier le Vicomte de Saint Martin; le Baron de Navailles petits-fils & deſcendant par fillles de Mr. de Marca Archevêque, prétendit être ſubſtitué à ſes biens en vertu de la clauſe inſerée dans ſon teſtament; & la Cour après de grandes conteſtations le jugea ainſi au rapport de M. de Chalvet au mois d'Août 1693.* le ſieur de Navailles avoit pour lui divers Textes du Droit, & ceux entre autres par leſquels il eſt decidé, que ces paroles, *credo, ſcio, non dubito te reſtituturum*, induiſent un fideicommis: Albert, lettre T. art. 22. de l'ancienne Edition, & Ch. 37. de celle de 1731. rapporte un Arrêt qui jugea, que ces paroles ajoûtées à l'inſtitution faite par le mari en faveur de ſa femme, *je vous recommande mes enfans*, induiſoient un fideicommis; mais les Arrêts

* Cet Arrêt eſt rapporté au long par M. de Catelan, *Liv. 2. ch. 9.*

Leg. 115. & 118. de Leg. 1.

L. unum ex familia de leg. 2.

rêts contraires rapportez par Mr. de Cambolas, Liv 1. Ch. 18. paroiſſent plus conformes à la diſpoſition du Droit en la Loi *fideicommiſſa*, §. *ſi ita quis*, *de leg.* 3. *ſi ita quis ſcripſerit, illum tibi commendo, Divus Pius reſcripſit, fideicommiſſum non deberi; aliud eſt enim perſonam commendare, aliud voluntatem ſuam fideicommittentis auribus inſinuare.*

TITRE XXV.

DE CODICILLIS.

ON obſerve dans les Païs du Droit Ecrit la difference que fait Juſtinien en ce Titre, entre les Teſtamens & les Codiciles, mais on ne la connoît point dans les Païs Coûtumiers, ou comme nous avons remarqué au Titre *de hæredibus inſtituendis*, l'inſtitution d'heritier n'a point lieu, & où le plus proche parent du défunt en qualité d'heritier legitime eſt toûjours ſaiſi de la ſucceſſion par la regle le mort ſaiſit le vif; en ſorte qu'une diſpoſition qualifiée d'inſtitution ne peut jamais valoir que comme legs, à concurrence des biens dont le Teſtateur pouvoit diſpoſer, & que l'heritier inſtitué regardé comme un legataire univerſel eſt tenu de demander la delivrance de ſon legs aux ſucceſſeurs, *ab inteſtat.*

§. 2. Directò hæreditas codicillis, neque dari neque adimi poteſt: ſed per fideicommiſſum hæreditas codicillis jure relinquitur, &c.

L'Inſtitution faite dans un codicille ſe convertit en fideicommis, & il en eſt de même de l'inſtitution faite dans un teſtament, qui ſe trouvant nul par le défaut de quelque formalité, ſubſiſte par l'effet de la clauſe codicillaire, les heritiers *ab inteſtat* étant cenſés priés en l'un & en l'autre cas, de rendre la ſucceſſion à l'héritier inſtitué; & pouvant auſſi en l'un & en l'autre cas, retenir la quarte trebellianique: On comprend par

M. Maynard, Liv. 5. ch. 11. M. Dolive, Liv. 3. ch. 8. Ricard, Tome 1. pag. 318.

là, qu'il eſt très-aiſé de faire par un Codicile, tout ce que l'on pourroit faire par un Teſtament, c'eſt-à-dire, d'ôter ou de donner l'entiere heredité : il n'y a pour cela qu'à charger l'heritier inſtitué dans le premier teſtament, s'il en a été déja fait un, ou les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, de rendre l'heredité ſans aucune detraction de quarte.

Lors que la clauſe codicillaire à été omiſe dans un teſtament, on ne la ſupplée point ; nous trouvons dans Henrys, Tom. 1. page. 677. un Arrêt du Parlement de Paris qui le jugea ainſi, & qui n'eut aucun égard à la priere que le Teſtateur avoit fait à tous Juges & Magiſtrats, de favoriſer ſa derniere volonté, de l'autoriſer, & vouloir permetre qu'elle fût executée. En la Loi *Codicilis*, §. dernier *de legat.* 2. le Juriſconſulte decide, que la clauſe codicillaire, quoique non exprimée, doit être ſous-entendüe ; mais le cas propoſé dans cette Loi eſt ſi ſingulier, qu'il ne peut être tiré à conſequence, le Teſtateur s'étoit expliqué en ces termes : *Ego Lucius Titius hoc meum teſtamentum ſcripſi ſine ullo juris perito, rationem animi mei potius ſecutus, quàm nimiam & miſeram diligentiam, & ſi minus aliquid legitimè, minuſvè peritè fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas.*

Henris, Tom. 1. pag. 677. & tom. 2. pag. 607.

Fin du ſecond Livre.

LIVRE TROISIÉME
DES
INSTITUTES
DE
L'EMPEREUR JUSTINIEN.

TITRE PREMIER.

DE HEREDITATIBUS QUÆ AB INTESTATO déferuntur.

DANS preſque tous les Païs Coûtumiers, les ſucceſſions ſont déferées aux plus proches parents heritiers du ſang, & on n'y connoît point l'uſage des Succeſſion Teſtamentaires ; ce n'eſt pas que les Coûtumes interdiſent la liberté des diſpoſitions à cauſe de mort, car il y en a qui permettent de diſpoſer de tous les acquêts & de tous les meubles, les propres, & une partie même des propres affectée ſeulement aux Succeſſeurs legitimes, & il y en a d'autres, qui, ſans diſtinction des diverſes natures des biens meubles ou immeubles, propres, ou acquêts, permettent de diſpoſer d'une partie de tous

les biens, comme d'un quart ou d'un cinquiéme ; mais c'eſt, que dans les Païs Coûtumiers, & dans ceux-là même qui retraignent le moins la liberté de diſpoſer, on ne connoît d'autre heritier que l'heritier du ſang, ſuivant cette Maxime qui dit : *le mort ſaiſit le vif ſon plus prochain lignager habile à lui ſucceder* : ce qui fait que les diſpoſitions qualifiées de Teſtamens, ne ſont à proprement parler que de codicilles, & que les heritiers inſtituez ne ſont que des legataires obligez comme tels de recourir aux heritiers du ſang pour obtenir la délivrance des legs.

Tout ce qui eſt dit en ce Titre, & dans les Titres ſuivans, a été preſque entierement abrogé par les Novelles, & entr'autres par la Novelle 118. où Juſtinien diſtingue trois claſſes de ſucceſſions *ab inteſtat* : La premiere, eſt celle des enfans & des autres deſcendans : La ſeconde, eſt celle des peres & meres, & autres aſcendans : Et la troiſiéme, eſt celle des freres & ſœurs, & autres collateraux, ainſi appellez ; parce qu'au lieu que les aſcendans & les deſcendans, ſont tous dans une même ligne qui les lie ſucceſſivement de l'un à l'autre ; les freres & tous les autres plus éloignez, ſont entre eux les uns à côté des autres, chacun dans ſa ligne ſous les aſcendans qui leur ſont communs ; C'eſt dans ce nouveau droit auquel l'Uſage & la Juriſprudence des Arrêts ont fait peu de changement, qu'on trouve les Principes ſur leſquels doivent être reglées toutes les conteſtations qui naiſſent ſur cette matiere : Nous allons les parcourir en les applicant à chacune des claſſes dont il a été parlé.

DE LA SUCCESSION DES ENFANS, & autres deſcendans.

Rien de plus naturel que ce premier ordre établi dans les ſucceſſions *ab inteſtat*, & par lequel les enfans ſont appellez à l'excluſion & par préference à tous autres ; car comme il eſt dit en la Loi 7. *ff. de bonis damnatorum*, *ratio naturalis quaſi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem addicit*, *velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando*, *propter quod & injure civili ſuorum hæredum nomen eis inditum eſt* ; & comme il eſt dit en-

core dans le vieux Teſtament, * *qui egredietur de utero tuo ipſum habebis hæredem.* Les enfans ſuccedent à leurs pere & mere par portions égales, ils ſuccedent ſans diſtinction de ſexe, & ſans diſtinction encore de ceux qui ſont en puiſſance, d'avec ceux qui ſont émancipez ; on ne compte point parmi les enfans ceux dont la mort previent la naiſſance, non plus que ceux qui naiſſent ſans avoir la forme humaine : *qui mortui naſcuntur, nunquam liberi appellari potuerunt, &c. non ſunt liberi qui contrà formam humani generis converſo more procreantur* ; mais du reſte, il ſuffit qu'ils naiſſent vivans, n'y eût-il que l'intervale d'un inſtant de la naiſſance à la mort, *hoc tantum modo requirendo, ſi vivus ad orbem totus proceſſit, ad nullum declinans monſtrum vel prodigium* ; On a regardé comme ſingulier l'Arrêt du Parlement de Paris que rapporte Bardet, Tome 1. page 85. en ce qu'il déclara habile & capable de ſucceder un enfant qui étoit né ayant la partie inferieure du viſage ſemblable au muſeau d'un Singe avec les pieds fourchus, qui n'avoit vêcu que quelques heures, & à qui le Curé avoit réfuſé de donner le Baptême.

* Geneſe, Ch. 15. ℣. 4.

L. 129. ff. de verb. ſignif. *L. 14. ff. de ſtatu hominum.* *L. 3. Cod. de poſth. hæred. inſtituendis.*

Les enfans ne ſont capables de ſucceder qu'autant qu'ils ſont nés d'un mariage legitime, & on ne regarde point comme legitime ceux qui, comme l'on dit communement, naiſſent avant le terme, ou qui naiſſent après le terme, les Loix ayant ſur cette matiere adopté le ſentiment d'Hypocrate : *Propter authoritatem doctiſſimi viri Hypocratis, eum qui ex juſtis nuptiis ſeptimo menſe natus eſt, juſtum filium eſſe, L. 12. ff de ſtatu hom. poſt decem menſes non admittitur ad legitimam hæreditatem. L. 3. ff. de ſuis & legit. hæred.*

Les Loix, diſons-nous, ont adopté le ſentiment d'Hypocrate, mais les Arrêts ne s'y ſont pas toûjours conformez ; nous en trouvons qui ont déclaré des enfans legitimes, quoique conçûs cinq ou ſix mois ſeulement avant leur naiſſance, & nous en trouvons auſſi qui ont declaré legitimes, des enfans quoique nés dans le onziéme mois après la mort de leur pere, il n'eſt pas poſſible de fixer là-deſſus une regle certaine. *Voyez* Brodeau, lett. E, ſom. 5. M. Maynard, Liv. 5. Ch. 77. Journal des Audiences, Tom. 1. Liv. 3. Ch. 20. Mornac ſur la Loi *ſeptimo menſe, ff. de ſtatu hom.* Ferriere *tract. varii ad Senatus Conſult. Trebell.* Ch. 28.

Loix Civiles in quarto, Tome 3. page 51. & 200. & in folio, Tome 1. page 356. de l'Edition de 1713. & de 1735.

Le Droit Romain diſtinguoit parmi les bâtards, ceux qui étoient nés d'une concubine domeſtique, appellez proprement enfans naturels, & ceux qui étoient nés d'un pere incertain & inconnu, appellez par cette raiſon, *ſpurii ſeu vulgò quæſiti*: ceux-ci, de même que les enfans nés d'un commerce ſacrilege inceſtueux ou adulterin, declarez incapables de rien recevoir, pas même à titre d'alimens, tandis qu'on donnoit aux autres la ſixiéme portion des biens de leur pere decedé ſans enfans legitimes & *ab inteſtat*, ſans incapacité d'ailleurs pour recuëillir l'entiere ſucceſſion ſi elle leur étoit deferée par teſtament; mais parmi nous les enfans naturels n'ont, par rapport à la ſucceſſion paternelle & maternelle aucun avantage ſur les autres: les Loix du Royaume les en excluent tous & de la ſucceſſion teſtamentaire, auſſi-bien que de la ſucceſſion *ab inteſtat*, l'excluſion ou l'incapacité fondée ſur une raiſon priſe de l'honêteté publique, & la même à peu près dont ſe ſert Juſtinien en la Loi derniere, *Cod. de natur. liber.* lorſqu'il dit, *filiis naturalibus relinqui conſtitutiones quantum voluerint, ideo prohibuerunt, quia vitium paternum refrænandum eſſe exiſtimaverunt*; ſi nos Loix n'ont pas la même indulgence qu'avoient les Loix Romaines pour les enfans naturels nés dans le concubinage, elles n'ont pas auſſi la même dureté pour les enfans nés d'un commerce inceſtueux, adulterin ou autre illicite; ſi les uns & les autres ſont exclus de la ſucceſſion paternelle & maternelle, les uns & les autres auſſi ſont en droit de demander les alimens juſqu'à ce qu'ils ſoient en état de gagner leur vie; & nous nous ſommes en cela conformés à la diſpoſition du Droit Canonique dans le Chapitre *cum haberet, extra de eo qui duxit in Matrimonium quam pollut per adulterium.* *Vide* Journal des Audiences, Tom. 1. page 754. M. de Cambolas, Liv. 1. Ch. 1. M. Dolive, Liv. 5. Ch. 34. Mr. de Catelan, Liv. 2. Ch. 95. Mr. Loüet & Brodeau, lett. A, Somm. 6.

Authentica licet patri Cod. de natur. Lib. Auth. ex complexu Cod. de inceſt. & inut. nupt. &c.

Il y a des cas, où les enfans ſont par rapport aux ſucceſſions regardez comme des bâtards, quoiqu'on ne puiſſe à la rigueur les regarder comme procréés d'un mariage illegitime, & tels ſont ceux dont parle l'Ordonnance de 1639. art. 4. & 5. Lors que les enfans ont été procréés des Mariages clandeſtins, des Mariages contractés à l'extremité de la vie, des Mariages

contractez après une condamnation à mort : l'Ordonnance en tous ces cas ne changeant rien en l'état des enfans, parce qu'elle laiſſe ſubſiſter *quoad fœdus*, le Mariage dont ils ont été procréés, mais les déclarant en même tems incapables de toutes ſucceſſions ; le Mariage dont ils ont été procréés declaré nul par rapport aux effets civils.

On appelle communement Mariages clandeſtins ceux qui n'ont pas été celebrez en face de l'Egliſe, ou qui n'ont pas été precedez de la publication des Bans ; mais dans le ſens & dans l'eſprit de l'Ordonnance de 1639. les Mariages clandeſtins ſont ceux que les Parties ont tenu ſecrets pendant leur vie, contre le reſpect dû à ce Sacrement, & qui par cette raiſon ſemblent ne differer en rien du concubinage.

Les Mariages *in extremis* dont parle la même Ordonnance, ſont ceux que l'on contracte à toute extremité de vie, avec des femmes que l'on a auparavant entretenu ; ainſi pour être dans le cas, il faut neceſſairement le concours de deux choſes : 1°. Qu'il y ait preuve de la débauche precedente : 2°. Que le Mariage ait été contracté dans le tems de la maladie dont on decede : On trouve dans le premier Tome du Journal du Palais un Arrêt du 8. Juillet 1675. qui par le défaut de preuve de la débauche precedente, confirma un Mariage quant aux effets civils, quoique contracté la veille ou le jour même du decès du mari ; & s'il en faut croire à M. Talon dans le Plaidoyé que nous trouvons rapporté au même Tome du Journal du Palais page 324. la condition de la maladie dont on decede, ſe verifie en ceux qui ſe marient ſur le declin de l'âge, & dans les dernieres années de la vie : Il y a une Declaration du mois de Mars 1697. qui ajoûte à l'Ordonnance de 1639. en ce qu'elle veut que l'Ordonnance ait lieu, tant à l'égard des femmes, qu'à l'égard des hommes ; c'eſt-à-dire, que tout mariage contracté *in extremis* ſoit nul pour les effets civils, ſans diſtinguer ſi c'eſt la femme qui à l'extremité de la vie épouſe celui qui l'a débauchée, ou ſi c'eſt l'homme qui épouſe ſa concubine dans la maladie dont il decede. Avant cette Declaration, on n'étendoit point la peine d'un cas à l'autre, comme on peut voir par les Arrêts que rapporte M. Leprêtre Centurie 2. Ch. 11.

L'état des enfans procréés d'un mariage contracté après la condamnation à mort par défaut, donne lieu à une queſtion qui a partagé le ſentiment des Auteurs : ſçavoir, ſi celui qui s'eſt marié depuis la condamnation, venant à deceder pendant les cinq ans que l'Ordonnance accorde pour ſe repreſenter & purger la Contumace, les enfans qui en ſont procréés ſont capables ou incapables de ſucceder ? Ceux qui tiennent pour la validité du mariage, quant aux effets civils, & conſequemment pour la capacité des enfans, ſe fondent ſur la faveur de la liberté, qui fait (diſent-ils) qu'un homme meurt *integri ſtatus*, l'orſqu'il meurt dans un tems où il pouvoit en ſe repréſentant aneantir le Jugement de condamnation ; tel eſt ſans doute (ajoûtent-ils) l'eſprit de l'Ordonnance de 1670. Tit. 17. Art. 29. lorſqu'elle dit, que „ Celui qui aura été con-„ damné par Contumace à mort, aux Galeres perpetuelles, „ ou à être banni à perpetuité hors du Royaume, & qui de-„ cedera après les cinq années ſans s'être repreſenté, ou avoir „ été conſtitué Priſonnier, ſera reputé mort civilement du jour „ de l'execution de la Sentence ; Car de ces derniers mots, qui decedera après les cinq années, il ſemble qu'on doit naturellement conclurre, que le decez du Condamné arrivant dans les cinq années, le mariage contracté depuis la condamnation eſt valable, même pour les effets civils : Ceux qui ſoûtiennent au contraire la nullité du mariage quant aux effets civils, ſe fondent ſur ce que, ſuivant la Doctrine de M. Dolive, Liv. 5. Chap. 7. tout homme condamné à mort par défaut, eſt dès ce moment mort civilement ; & les termes (ajoûtent-ils) dans leſquels eſt conçu l'Ordonnance de 1639. n'excluent-ils pas formellement, toute diſtinction du tems auquel le Condamné vient à deceder, puiſqu'il eſt dit à l'Art. 5. & 6. de cette Ordonnance „ Que les enfans procréés par ceux qui „ ſe marient après avoir été condamnez à mort par défaut, „ ſeront incapables de toutes Succeſſions, ſi leurs Peres avant „ leur decès, n'ont été remis au prémier état, par les voyes „ preſcrites par les Ordonnances ?

Ces differentes opinions peuvent être aiſément conciliées, ſi on réfléchit, que par l'Art. 1. du Tit. 27. de l'Ordonnance de 1670. il eſt permis à la veuve, aux enfans, & aux parens du

du condamné decedé pendant les cinq années de la Contumace, de ſe pourvoir contre le Jugement ou Arrêt de condamnation, & de purger la mémoire du défunt; Procedure qui ſeroit abſolument inutile, ſi la condamnation n'avoit fait aucun changement en l'état du condamné, ou pour mieux dire, ſi le decès du condamné dans les cinq années avoit emporté tout l'effet de la condamnation; mais qui ſeroit plus inutile encore ſi on ſupoſoit le condamné mort civilement, du jour de la condamnation; de maniere qu'il fût indifferent par rapport à ſon état & à celui de ſes enfans, qu'il vint á deceder avant ou après les cinq années expirées; l'eſprit de l'Ordonnance de 1670. lorſqu'en l'art. 29. du Tit. 17. elle declare mort civilement le condamné qui decede après les cinq années, eſt celui-là, non point que ſi le condamné decede pendant les cinq années, il decede *integris ſtatus*, mais de laiſſer ſon état comme en ſuſpens pendant les cinq années; enſorte que ſi après ſon decès arrivé durant les cinq années, ſa veuve, ſes enfans, ou autres ayant interêt, ſont en état de purger ſa mémoire; il n'y aura point eu de mort civile, & les choſes ſeront remiſes en l'état où elles étoient avant la condamnation, au lieu que dans le cas contraire, le condamné ſera reputé mort civilement du jour de la condamnation; les parrens au ſurplus, pouvant bien dans le cas même du decès après les cinq années, être reçus à purger la mémoire; mais ne le pouvant alors, comme il eſt dit en l'art. 2. du Tit. 27. de la même Ordonnance, que par une Grace extraordinaire du Prince, & après avoir obtenu des Lettres de la grande Chancelerie. Cette reflexion conduit naturellement à decider, que le mariage contracté depuis la condamnation à mort (le condamné venant à deceder dans les cinq années) ſera valable même pour les effets civils, ſi les enfans qui en ſont procréés ſont en état de purger ſa mémoire; mais que les enfans ne purgeant pas la mémoire de leur pere, ils ſeront incapables de ſucceder, le mariage par rapport à eux, & à tous autres effets civils ne ſubſiſtant que come Sacrement. Il importe d'obſerver la condition ſous laquelle & non autrement l'Ordonnance entend que la mort civile ſoit l'effet d'une condamnation à mort par défaut, „Sera reputé mort civilement

Lebrun, Traité des ſucceſſions, pag. 32. & 33.

Bardet, tom. 1. pag. 31. & 188.

Brodeau ſur M. Loüet, lett. E. ſom. 8.

Journal des Audiences, tom. 1. p. 32.

„ du jour de l'execution de la Sentence „, c'eſt-à-dire, comme on ne peut l'interpreter autrement, & que les Arrêts en effet l'ont interpreté toutes les fois que la queſtion s'eſt preſentée, qu'une condamnation à mort par défaut ne fait aucune impreſſion ni a ucun changement en l'état & en la perſonne du condamné, qu'autant qu'elle eſt executée figurativement; enſorte que juſqu'au jour de l'execution figurative, le condamné conſerve, ſoit pour ſucceder ou diſpoſer de ſes biens, la même liberté qu'il avoit avant la condamnation.

Ce que nous venons de dire des enfans procréés d'un mariage contracté après la condamnation à mort par défaut, doit être appliqué aux enfans qui ſeroient eux-même dans le cas, c'eſt-à-dire, qui ſe trouveroient eux-même condamnez par Contumance, leur état ſuivant l'obſervation de M. de Catelan, Liv. 2. Chap. 68. juſtement comparé à celui d'un Captif, tandis qu'il eſt détenu en eſclavage: ſi le Captif revient, il rentre dans tous ſes droits, & on feint même qu'il ne les a jamais perdus, *poſtliminium fingit eum in civitate ſemper fuiſſe*: s'il decede en captivité, il eſt reputé mort du premier moment qu'il a été pris, *ex quo captus eſt pater, filius ſui juris fuiſſe videtur*: ſon état eſt comme en ſuſpens, & tel eſt preciſement celui d'un enfant condamné à mort par défaut lors de l'ouverture pe la ſucceſſion à laquelle il eſt appellé: s'il ſe repreſente pour inſtruire ſa juſtification, c'eſt comme s'il n'avoit jamais été condamné; & on donne à ſon abſolution un effet retroactif pour les ſucceſſions deferées pendant la Contumace: s'il meurt ſans s'être repreſenté, & que ſes parens ou autres intereſſez ne ſoient pas en état de purget ſa mémoire, il eſt reputé mort civilement du jour de l'execution de la Sentence. On a demandé ſi on devoit donner à la preſcription du crime, & par rapport aux ſucceſſions échuës depuis la condamnation, le même effet qu'au relaxe ou abſolution du prévenu? & il a été jugé que non, la raiſon de la difference eſt expliquée par M. de Catelan en l'endroit cité.

Les enfans qui n'ont pas été procréés d'un mariage legitime peuvent être legitimez de deux differentes manieres, ou par le mariage ſubſequent, ou par des Lettres du Prince: mais il eſt remarquable qu'il n'y a que la legitimation par le

mariage ſubſequent, qui rende capables les enfans de ſucceder : Le Roi depuis quelque tems s'étant fait une Loi de n'habiliter les enfans par les Lettres de legitimation qu'il accorde pour ſucceder à leurs pere & mere, qu'autant que les heritiers préſomptifs, & qui ſe trouvent tels lors de l'ouverture de la ſucceſſion, voudront y donner leur conſentement ; ce qui, comme l'on voit ; reſtraint la Grace du Prince, de maniere que les enfans legitimez n'en peuvent retirer d'autre avantage que celui de porter le nom de leur pere ; encore même avons-nous vû cette année, * & en l'Audience de la Grand-Chambre, diſputer cet unique & foible avantage au ſieur Chevalier de Villespaſſan, ſur l'oppoſition formée par M. de Pardailhan, aux Lettres de legitimation, ou à l'Arrêt qui en avoit ordonné le Regiſtre, oppoſition fondée ſur ce que le Chevalier de Villespaſſan avoit annoncé qu'il étoit né *ex ſoluto & ſoluta*, quoi qu'il fût né d'un commerce adulterin.

* En 1733.

On ne compte point parmi les enfans ceux qui ont fait Profeſſion Religieuſe, qui par-là ſont reputez morts civilement : l'autentique *ingreſſi*, *Cod. de ſacroſ. Eccleſ.* qui faiſoit ſucceder le Monaſtere en la place du Religieux, étant auſſi peu obſervée en France, que la Loi *Deo nobis*, *Cod. de Epiſc. & Cler.* qui declaroit le Religieux même capable de ſucceder ; un Religieux même fait Evêque, n'eſt pas excepté de la regle, quoique ſes parens lui ſuccedent aux biens acquis depuis la promotion à l'Epiſcopat ; ce cas étant un de ceux obſervez par M. Lebrun, pag. 30. dans leſquels on ſuccede à celui qui ne peut pas nous ſucceder, quoique comme l'on dit communement, *ſi vis mihi ſuccedere, fac ut tibi ſuccedere poſſim.*

En défaut d'enfans du premier degré, les enfans du ſecond degré, ou leurs deſcendans, ſoit mâles ou filles, en quelque degré que ce ſoit, ſont appellez à la ſucceſſion ; de maniere pourtant que tous les enfans de chaque fils ou de chaque fille, en quelque nombre qu'ils ſoient, ne doivent avoir pour eux tous, que la portion qu'auroit eu leur pere ou leur mere ; & il en eſt de même lorſque les petits-fils concourent avec les enfans du premier degré ; car en ce cas comme dans l'autre, la ſucceſſion doit être partagée par ſouches, & non par têtes ou en portions égales. M. Paſquier dans ſes recherches de

la France rapporte en quelque endroit, que la queſtion ; ſi en ligne directe la repreſentation devoit avoir lieu, s'étant preſentée devant l'Empereur Othon, & les Docteurs s'étant trouvéz partagez, cet Empereur ordonna qu'on en remît la déciſion au Jugement des Armes ; qu'on choisît pour cet effet deux vaillans Champions, & que celui qui combattoit pour ſoûtenir le droit de repreſentation remporta la victoire, en conſequence de quoi il fut ſtatué qu'à l'avenir, les petits-fils & les petites-filles ſuccederoient à leurs ayeuls & ayeules, avec leurs oncles & tantes, comme euſſent fait leurs pere & mere, s'ils avoient vêcu : Cet Auteur * néanmoins obſervant, que ce droit a été pendant long-tems inconnu en France, ne paroiſſant pas poſſible de le concilier avec cette maxime, qui dit, le „ mort ſaiſit le vif ſon plus prochain lignager habile à lui „ ſucceder ; & on en peut juger (dit-il) par ce qui ſe pratiqua après la mort de Charlemagne, auquel ſucceda Loüis le Debonnaire ſon ſecond fils, à l'excluſion de Bernard fils de Pepin ſon fils aîné qui avoit predecé, Bernard n'ayant eu pour ſon partage que l'Italie : Quoi qu'il en ſoit, la repreſentation en ligne directe juſqu'à l'infini, eſt aujourd'hui un droit generalement reconnu ; preſque tous les Païs tant Coûtumiers que du Droit Ecrit, ayant adopté la déciſion de Juſtinien en la Novelle 118. Ch. 1. *ſi quem deſcendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filii, aut filiæ aut alii deſcendentes in proprii parentis locum ſuccedant* : Je dis, preſque tous les Païs Coûtumiers, parce qu'en effet il y a encore quelques Coûtumes où les enfans excluent de la ſucceſſion de leur pere, les enfans de leurs freres, ſes petits-enfans.

* Liv. 4. ch. 20.

On a demandé, ſi quelqu'un des enfans qui rempliſſent le premier degré ſe trouvant incapable de ſucceder, ſoit pour avoir encouru quelqu'une de ces peines pour leſquelles on eſt reputé mort civilement, ou de quelqu'autre maniere, les enfans de cet incapapable peuvent le repreſenſenter à l'effet de ſucceder à l'ayeul ; & l'opinion commune fondée ſur la Loi *Si qua pœna, ff. de his qui ſui vel alieni juris ſunt*, eſt celle qui favoriſe les petits enfans : *ſi quâ pœnâ pater fuerit affectus, ut vel civitatem amittat, vel ſervus pœnæ efficiatur, ſine dubio nepos filii loco ſuccedit.* Il y a plus de difficulté pour les enfans

Lebrun, pag. 57. *Sed contrà* Ricard, tom. 1. pag. 627.

de l'exheredé, ſçavoir, ſi l'exheredation par rapport aux enfans de l'exheredé, doit avoir le même effet que la mort naturelle ou civile ? ſi elle rend vuide le premier degré que remplit le fils exheredé à l'effet d'appeller ſes enfans ? mais on peut à cet égard s'en tenir à la diſtinction qu'on fait les Arrêts, ſçavoir, ſi le fils exheredé a ſurvêcu à ſon Pere, ou s'il eſt mort avant lui ; en ce dernier cas, les petits-fils ſont appellez à la ſucceſſion, & rempliſſent le premier degré qu'ils trouvent vuide par la mort de leur pere ; mais dans le premier, il n'y a point de repreſentation, & les enfans de l'exheredé ſont exclus auſſi bien que leur pere. Quand nous diſons, que par le predecès du fils exheredé, ſes enfans par repreſentation ſuccedent à leur ayeul, nous entendons excepter, comme les Arrêts l'ont en effet excepté ; le cas où l'exheredation auroit été prononcée contre un fils pour s'être marié ſans le conſentement de ſon pere, y ayant en ce cas une raiſon particuliere pour étendre la peine aux petits-fils, ſans diſtinguer ſi le fils exheredé a ſurvêcu ou non à ſon pere ; cette raiſon priſe de ce que les mêmes Ordonnances qui permettent au pere & à la mere d'exhereder un fils qui s'eſt marié ſans leur conſentement, declarent nommément incapables de ſucceder les enfans procéés de ce mariage. *Vide* Ricard, Tom. 1. pag. *626.* nom. *962.* Lebrun, Traité des Succeſſions, pag. 451. & 452. Duperier, Liv. 2. queſt. 8. & M. Maynard, Liv. 8. Ch. 73.

DE LA SUCCESSION DES ASCENDANS.

EN défaut d'enfans & des freres germains, les aſcendans ſuccedent à l'excluſion de tous autres ; car comme il eſt dit en la Loi 15. *ff. de inoff. teſtamento*, *et ſi parentibus non debetur filiorum hæreditas propter votum parentum*, *& naturalem erga filios charitatem*, *turbato tamen ordine mortalitatis*, *non minus parentibus quàm liberis piè relinqui debet* : il eſt contre l'ordre de la nature, que les enfans ne ſurvivent à ceux de qui ils ont reçu le jour ; & c'eſt en ce ſens ſeulement qu'il eſt contre l'ordre de la nature que les parens ſuccedent à leurs enfans ; car du reſte, & lorſque le cas arrive, rien de plus juſte & de plus naturel qu'un pere & une mere ne ſe voyent pas

en même-tems privez de la perſonne & des biens de leur enfans.

Dans le concours de pluſieurs aſcendans, ceux qui ſont en degré plus proche, excluent les plus éloignez; ainſi le pere ſeul & la mere ſeule, ou les deux enſemble, excluent les ayeuls & ayeules, comme les ayeuls & ayeules excluent les biſayeuls, & ainſi des autres; mais quoique la repreſentation n'ait point lieu entre les aſcendans à l'effet de faire concourir les plus éloignez avec les plus proches, elle a pourtant lieu dans le concours de pluſieurs aſcendans en même degré, dont les uns ſont paternels, & les autres maternels; qu'il y ait, par exemple, un ayeul paternel d'un côté, un ayeul & ayeule maternelle d'autre: l'ayeul paternel ſera regardé comme étant à la place du pere, & les aſcendans maternels, comme étant à la place de la mere; ainſi la ſucceſſion ſera diviſée en deux portions, & l'ayeul paternel aura autant à lui ſeul, que les deux autres enſemble: *medietatem quidem accipiant omnes à patre aſcendentes quanticumque fuerint: medietatem verò relinquam à matre aſcendentes, quantoſcumque eos inveniri contigerit.*

Novelle 118. cap. 2.

Novelle *ibid.*

Par la ſucceſſion des aſcendans, il arrive que les biens peuvent paſſer d'une famille à un autre; lorſqu'un pere, par exemple, ſuccedant à ſon fils qui a déja recuëilli la ſucceſſion de ſa mere, ou qu'une mere ſuccedant à ſon fils qui a déja recuëilli la ſucceſſion paternelle, diſpoſe enſuite en faveur des enfans du ſecond lit ou d'autres perſonnes; & c'eſt ſans doute pour prévenir cet inconvenient qu'on a introduit pour maxime dans preſque toutes les Coûtumes, que les propres ne remontent point; ce qui doit être entendu de maniere, non point que les aſcendans ne puiſſent ſucceder aux propres qui ſont venus de leur côté & ligne, mais qu'ils ſoient ſeulement exclus de la ſucceſſion aux propres qui leur ſont venus d'ailleurs: que le pere, par exemple, & les autres aſcendans paternels ne puiſſent ſucceder aux biens de leurs deſcendans qui leur ſont venus du côté maternel, & qu'on appelle propres maternels: comme auſſi que les meres & autres aſcendans maternels, ne puiſſent ſucceder aux biens de leurs deſcendans qui leur ſont venus du côté paternel, qu'on appelle propres paternels; ce qui eſt une ſuite de cette autre regle des Païs Coûtumiers qui veut, que les propres paternels ſoient affectez aux heritiers du ſang plus pro-

Loix civilles, tom. 3. pag. 7. in 4°. & tom. 1. pag. 302. nom. 4. de l'édition de 1735. in Folio.

ches du côté paternel: & que les propres maternels ſoient affectez de même aux heritiers du ſang plus proches du côté maternel, *paterna paternis*, *materna maternis*.

Quoique cette regle, *paterna paternis*, *materna*, *maternis* ſoit fondée ſuivant l'obſervation de Cujas en ſa Conſultation 23. ſur la Loi *de emancipatis* 13. *Cod de legitimis hæredibus*, qui appelle les freres uterins pour les biens qui viennent du chef de la mere, à l'excluſion des freres conſanguins, les Coûtumes n'ayant fait qu'étendre cette Loi, *ad ulteriores gradus*, elle n'a été néanmoins jamais connuë dans les Païs du Droit Ecrit, où on a regardé la Loi citée, comme compriſe en la dérogation: generale, que fait Juſtinien, dans la Préface de la Novelle 118. à toutes les Loix anterieures, & où on n'a jamais diſtingué en la ſucceſſion d'un défunt, deux differens patrimoines, parce que comme il eſt dit en la Loi *Juris peritos* 30. §. 1°. *ff. excuſationibus Tutorum*, *unius duo patrimonia eſſe non poſſunt*. Henris, tom. 1. pag. 878.

La regle *paterna paternis*, *&c.* n'eſt point connuë dans le Païs du Droit Ecrit; & c'eſt principalement par cette raiſon que fut rendu ſous le Roi Charles IX. en l'année 1567. cet Edit celebre, connu ſous le nom de l'Edit des Meres, portant que les Meres ne ſuccederont à l'avenir qu'aux meubles & conquets provenus d'ailleurs que de la ligne paternelle, & en la moitié de l'uſufruit des propres: „ en nos Païs „ & Duché de Guiénne, Languedoc, Provence & Dauphiné, „ „ & autres a été pratiquée & obſervée la conſtitution faite „ par les anciens Empereurs de Rome, par laquelle la mere „ ſurvivant à ſes enfans leur ſuccede non-ſeulement en leurs „ meubles & conquêts; mais és propres provenus de la ligne „ paternelle, privant par ce moyen les vrais heritiers deſdits „ biens & patrimoines anciens; laquelle Loi, outre qu'elle „ eſt contraire à ce qui eſt obſervé és autres Païs de notre „ Royaume, où toûjours a été obſervé, que les patrimoines „ ne remontent, ni ſoient ôtez de l'eſtoc, tige & ſouche dont „ ils ſont dérivez; elle eſt cauſe d'une infinité de procés, & „ qui pis eſt, de la perte & diſtruction de beaucoup de bon- „ nes Maiſons & Familles anciennes, &c. A ces cauſes, avons „ ſtatué & ordonné, que dorénavant telle maniere de ſucce-

„ der n'ait lieu & ne ſoit ſuivie & pratiquée en aucun endroit
„ de notre Royaume : voulons que les meres dorénavant ne
„ ſuccedent à leurs enfans, & que les biens deſdits enfans
„ provenus du pere, de l'ayeul, d'oncles, Collateraux ou au-
„ tres, de quelque endroit que ce ſoit du côté paternel, re-
„ tourneront à ceux que doivent retourner, ſans que les me-
„ res puiſſent y ſucceder, &c. Les Auteurs * ont obſervé, que cet Edit manque dans l'objet qu'il ſe propoſe de remedier aux inconveniens qu'entraîne la confuſion des droits paternels & maternels, en la perſonne & en la ſucceſſion d'un fils, ſoit parce qu'il eſt fait uniquement pour les meres, & qu'il ne comprend pas les peres dans ſa diſpoſition, quoique les biens ne paſſent pas moins dans une famille étrangere, lorque le pere ſuccede aux propres maternels, que lorſque la mere ſuccede aux propres paternels ; ſoit encore, en ce que l'excluſion eſt ſeulement pour les meres, & non point pour les ayeules paternelles ou maternelles : les Arrêts rapportez par M. Louet & Brodeau lett. M. Som. 5. 12. & 22. ayant jugé, que dans le concours d'une mere & d'une ayeule, la mere ſuccedoit aux meubles & acquêts de ſon fils, & l'ayeule à tout le ſurplus ; mais quoiqu'il en ſoit, l'Edit des Meres a été auſſi peu reçû dans les Païs du Droit Ecrit pour leſquels il a été fait, que la regle *paterna paternis* ; s'il eſt obſervé dans quelques Païs du Droit Ecrit, ce n'eſt que dans ceux qui ſe trouvent dans le Reſſort du Parlement de Paris où il a été enregiſtré ; par tout ailleurs on juge indiviſible la ſucceſſion ou le patrimoine d'un fils, un fils eût-il 100000. liv. du chef paternel, la mere ſuccedant à ſon fils recüeillit cette ſomme tout comme le pere la recüeilliroit ſi elle venoit du chef maternel : nous parlerons en ſon lieu de ce qu'il y a de ſingulier ſur cette matiere dans la Coûtume de Toulouſe.

* Lebrun, pag. 86. & ſuivantes,

Lorſque nous avons dit, que les aſcendans étoient appellez en défaut des freres germains, nous n'avons point entendu que les aſcendans dûſſent être exclus par les freres germains : nous avons entendu ſeulement que les freres germains, ainſi que les ſœurs germaines du défunt devoient concourir avec les aſcendans, la ſucceſſion en ce cas diviſée en autant de portions qu'il y a de têtes ; en ſorte que ſi par exemple, le pere & la mere ſurvivent

ſurvivent à un de leurs fils, l'heredité ſera partagée entre eux & leurs autres enfans freres germains ou ſœurs germaines du défunt, ſelon le nombre que compoſeront le pere, la mere, les freres & les ſœurs : *ſi verò cum aſcendentibus inveniantur fratres aut ſorores ex utriuſque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu aſcendentibus vocabuntur, ſi & pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippè hæreditate ſecundam perſonarum numerum, uti & aſcendentium & fratrum ſinguli æqualem habeant portionem.* Novelle 118. Cap. 2.

Ces termes, *ſi & pater & mater fuerint*, ſemblent conduire à n'appeller que le pere & la mere du défunt avec ſes freres germains ou ſes ſœurs germaines, & à donner l'excluſion aux ayeux, aux ayeules, & à tous autres aſcendans ; mais l'uſage ne l'a pas interpreté ainſi : on a crû qu'en défaut du pere & de la mere, la condition des aſcendans plus éloignez ne devoit pas être moins favorable que celle des freres, & on a crû d'ailleurs avoir remarqué une erreur dans le Texte ou dans la Traduction, & qu'au lieu de lire, *ſi & pater & mater fuerint*, il falloit lire, *& ſi pater & mater fuerint* ; ce qui fait, comme l'on voit, un ſens bien different de l'autre ; le Texte ainſi corrigé conduiſant à appeller les freres, lors même qu'ils concourent avec le pere & la mere qui ſont les plus favorables des aſcendans.

La Novelle 118. appelle taxativement les freres conjointement avec les aſcendans, *ſi cum aſcendentibus inveniantur fratres vel ſorores*, & ne parle point du cas où avec les freres il ſe trouveroit encore des enfans d'un frere predecedé ; mais il eſt ſuppléé à cette omiſſion par la Novelle 127. ou ſi l'on veut, la Novelle 127. déroge à la Novelle 118. en ce qu'elle appelle les enfans des freres à la ſucceſſion de leur oncle, avec les autres freres & les aſcendans du défunt ; *ſi quis moriens relinquat aſcendentium aliquem, & fratres & alterius præmortui fratris filios, cum aſcendentibus & fratribus vocentur etiam præmortui fratris filii* : elle appelle les enfans des freres comme repreſentant leur pere ; de maniere par conſequent (car tel eſt l'effet de la repreſentation) que le partage ſe fait par ſoûches & non par têtes : *præmortui fratris filii tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat pater accipere, ſi vixiſſet.*

Les enfans des freres predecedez concourent avec les aſcendans, l'orſqu'ils concurent auſſi avec quelqu'un de leurs oncles frere du défunt : *ſi quis moriens relinquat aſcendentium aliquem & fratres & alterius præmortui fratris filios* ; mais ſeront-ils exclus ſi le défunt n'a laiſſé aucuns freres ſurvivans, le predecès de tous les freres du défunt rendra-t'il la condition de leurs enfans moins favorable en les privant du droit de repreſentation qui leur eſt accordé quand il y a des freres ? La Loi peut être bizarre, mais elle eſt expreſſe & formelle : la Novelle 118. appelle les freres ſeuls avec les aſcendans : la Novelle 127. appelle les enfans des freres predecedez, mais elle ne les appelle que lorſqu'ils concourent avec quelqu'un de leurs oncles ; ce n'eſt donc que dans le concours de quelqu'un des freres avec leurs neveux, que ceux-ci doivent être appellez, les cas où il n'y auroit que des enfans des freres predecedez n'ayant pas été prévû par la Novelle 127. on ne peut le decider que ſuivant la Novelle 118. laquelle encore une fois n'ayant été corrigée ou abrogée par la Novelle 127. qu'en ce qui regarde l'excluſion des enfans des freres lorſqu'ils concourent avec quelqu'un des freres ſurvivans, ſubſiſte & doit être executée en ce qui regarde l'excluſion des enfans des freres qui ne concourent avec aucun de leurs oncles, ou de leurs tantes.

Juſtinien dans le Ch. 2. de la Novelle 118. decide bien clairement ce que nous avons dit touchant le partage de la ſucceſſion par têtes & par portions égales, l'orſqu'il s'agit du concours des freres germains avec le pere & la mere du défunt, ou avec l'un d'eux : *dividendâ inter eos hæreditate ſecundum perſonarum numerum, uti & aſcendentium & fratrum ſinguli æqualem habeant portionem* ; mais il laiſſe indéciſe la queſtion, ſçavoir, comment & de quelle maniere les freres & les enfans qui les repreſentent, doivent ſucceder lors qu'ils concourent, non avec le pere & la mere, mais avec les ayeuls paternels ou maternels : Suppoſons, par exemple, que le défunt ait laiſſé trois freres germains, un ayeul & une ayeule du côté paternel, & un ayeul ſeul du côté maternel, la ſucceſſion ſera-t'elle diviſée en autant de portions qu'il y a de têtes ; en ſorte que chaque frere ait un ſixiéme, & chacun des aſcendans un autre,

ſixiéme ? Il y a des Auteurs qui croyent qu'en diviſant la ſucceſſion en autant de portions qu'il y a des têtes, les trois portions des aſcendans doivent être diviſées par ſouches ; de maniere que l'ayeul maternel ait autant à lui ſeul, que l'ayeul & l'ayeule du côté paternel, c'eſt-à-dire, un ſixiéme & demi ; d'autres au contraire ſoûtiennent, que chacun des freres doit avoir autant que chaque ligne des aſcendans ; en ſorte que dans le cas propoſé, il ne ſoit fait que cinq portions, trois pour les freres, une pour l'ayeul maternel, & une autre pour l'ayeul & l'ayeule du côté paternel ; & il y en a enfin, qui laiſſant ſubſiſter la diviſion en autant de portions qu'il y a de têtes, donnent à chacun des aſcendans du côté paternel, autant qu'à l'ayeul maternel, & qu'à chacun des freres : cette derniere opinion * paroît la plus conforme au Texte, *uti & aſcendentium & fratrum ſinguli æqualem habeant portionem* ; cependant les Arrêts du Parlement de Toulouſe * ne l'ont pas ſuivie, ils ont adopté la premiere, qui fait concourir par ſouches les aſcendans, c'eſt-à-dire, qui de trois portions appartenant aux aſcendans, n'en font que deux, l'une pour l'ayeul maternel, & l'autre pour l'ayeul & ayeule du côté paternel.

* M. Lebrun, page 60.

* M. Mrynard. Liv. 6. ch. 93.

DE LA SUCCESSION DES COLLATERAUX.

LEs freres & les ſœurs ſont les premiers & les plus favorables des collateraux, ſi favorables par deſſus tous les autres, qu'il eſt des cas où la préterition faite de leur perſonne, fait déclarer le Teſtament inofficieux ; ſçavoir, comme il eſt dit en la Loi *Fratres*, *Cod. de inoff. Teſtam. ſi ſcripti hæredes infamiæ vel turpitudinis vel levis notæ maculâ aſpergantur* ; quoique d'ailleurs cette notte d'infamie fût telle, qu'elle ne rendît pas inhabille & incapable de ſucceder : Ils ſont donc les premiers appellez en défaut des deſcendans & des aſcendans : *ſi defunctus neque à deſcendentes neque aſcendentes reliquerit, iprimos ad hærditatem vocamus fratres & ſorores* ; & après eux, c'eſt toûjours le parent dans le degré le plus proche, ſans aucune difference de Sexe ; *Omnes deinceps ad hæreditatem vocamus ſecundum uniuſcujuſque gradûs prærogativam, ut viciniores gradu reliquis præponantur.*

Novelle 118. Cap. 3.

Cette Regle générale, qui dans les ſucceſſions collateralles

appelle les parens dans le degré le plus proche, ſouffre deux exceptions remarquables, ſçavoir, celle du double lien, & celle de la repreſentation.

L'effet du double lien eſt celui-là, que les freres & les ſœurs germaines du défunt, & à leur défaut, les enfans des freres ou des ſœurs germaines, excluent les freres du côté du pere qu'on nomme conſanguins, & ceux du côté de la mere qu'on nomme utérins : *Si fortè præmortuus fratres, cujus filii vivunt, per utrumque parentem defunctæ perſonæ jungebatur, ſuperſtites autem fratres per patrem ſolum forſan, aut matrem ei jungebantur : præponuntur iſtius filii propriis Thiis.* Pierre, par exemple, a deux freres, Jean frere germain, & Jacques frere conſanguin, ou uterin ; ſi Jean vient à deceder ſans enfans, Pierre lui ſuccedera à l'excluſion de Jacques, Jacques ſera encore exclus de la ſucceſſion par les enfans de Pierre prédecedé.

Nov. 118. c. 3.

Pierre, diſons-nous, dans l'eſpece propoſée, exclurra Jacques de la ſucceſſion de Jean, & non-ſeulement Pierre, mais encore & à ſon défaut les enfans de Pierre ; & ce qu'il y a de bizarre, c'eſt que ſi les enfans de Pierre concouroient, non avec Jacques frere conſanguin ou uterin du défunt, mais avec les enfans de Jacques prédecedé leurs couſins germains, les uns & les autres néveux de Jean, ils ſeroient tous également appellez à la ſucceſſion, ſans que l'avantage du double lien qu'avoit Pierre ſur Jacques, donnât en ce cas aucune préference à ſes enfans ſur les enfans de Jacques : Telle eſt l'eſpece de l'Arrêt que rapporte M. Dolive, Liv. 5. Chap. 35. & dont il ſemble que cet Auteur auroit pû donner pour motif, que les enfans des freres germains predecedez ne peuvent exclurre les freres conſanguins ou uterins de celui *de cujus ſucceſſione agitur*, ſans repreſenter leur pere, par qui auroient été exclus les freres conſanguins ou uterins, & à plus forte raiſon encore leurs enfans ; au lieu que les néveux venant à la ſucceſſion, ſans concourir avec aucun de leurs oncles ſurvivant, & y venant de leur chef, le double lien ne peut être d'aucune conſideration, par la raiſon que les néveux, *non concurrentibus Thiis*, ſuccedent à leur oncle, ſans diſtinction du double ou du ſimple lien ; Les Arrêts ont jugé auſſi, que les Oncles, ſans obſerver cette diſtinction, étoient également ap-

pellez à la ſucceſſion de leurs néveux ; M. Dolive en l'endroit cité, & M. Maynard, Liv. 6. Chap. 90.

L'effet de la repreſentation, que nous avons propoſée comme une ſeconde exception à la regle qui appelle les parens dans le degré le plus proche, eſt celui de faire concourir avec les freres du défunt les enfans des freres predecedez, & de faire ſucceder ces enfans conjointement avec leurs oncles, par ſouches & non par têtes ; ſuppoſons que de trois freres germains, Pierre, Jean & Jacques, Pierre vienne à deceder laiſſant des enfans, & que Jean vienne enſuite à deceder ſans enfans & *ab inteſtat*, Jacques ſuccedera conjointement avec les enfans de Pierre, mais de maniere pourtant, que la ſucceſſion ſera diviſée en deux portions égales, dont l'une appartiendra en entier à Jacques, & l'autre aux enfans de Pierre ; en ſorte que les enfans de Pierre en quelque nombre qu'ils ſoient, n'auront à eux tous qu'une portion égale à celle de Jacques ; ce droit de repreſentation qui met les enfans en la place de leurs peres decedez, pour ſucceder comme eux, s'ils étoient vivans, ne s'étend pas au-delà des enfans des freres ; & il eſt remarquable que ce droit a lieu ſeulement dans le cas où les enfans des freres concourent avec quelqu'un de leurs Oncles freres du défunt : *ſi defuncto fratres fuerint, & alterius fratris aut ſororis præmortuorum filii, vocabuntur iſti ad hæreditatem cum Thiis maſculis vel fœminis, & quanticumque fuerint, tantam ex hæreditatem percipient portionem, quantam eorum parens futurus eſſet accipere, ſi ſuperſtes eſſet.* Si le défunt n'avoit laiſſé ni freres ni ſœurs, les enfans des freres ne repreſenteroient point leur pere, & ils ſuccederoient alors par têtes, & non par ſouches : que Pierre & Jean (en retenant l'eſpece propoſée) viennent à deceder laiſſant des enfans, & que Jacques vienne enſuite à deceder ſans enfans & *ab inteſtat*, la portion de chacun des enfans de Pierre, fuſſent-ils au nombre de dix, ſera la même que celle de chacun des enfans de Jean, quand ils ne ſeroient que deux. Nov. 118. c. 3.

Les enfans des freres (diſons-nous) ne concourant pas avec quelqu'un de leurs oncles ſuccedent par têtes ; il faut excepter deux cas auſquels j'ai vû ſouvent qu'on ne faiſoit pas attention : deux cas ſinguliers, dans leſquels les enfans des freres ſuccedent *in ſtirpes & non in capita.* Cas ſinguliers.

Le premier eſt celui, où les enfans des freres concourent non avec leurs propres oncles, mais avec des oncles du défunt, c'eſt-à-dire, de celui de la ſucceſſion duquel il s'agit : Pierre (par exemple) a deux freres, Jean & Jacques, & il a encore un de ſes oncles, frere de ſon pere ou de ſa mere : Jean & Jacques decedent laiſſant l'un & l'autre des enfans, mais en nombre fort inégal ; car les enfans de Jean ſont, ſi l'on veut, au nombre de dix, & Jacques n'aura laiſſé qu'un fils unique ; Pierre vient enſuite à deceder, les enfans de Jean & de Jacques ſuccederont à Pierre, à l'excluſion de ſon oncle ; mais ils ſuccederont par ſouches, enſorte que le fils unique de Jacques aura autant à lui ſeul que les dix enfans de Jean. Pourquoi les néveux de pluſieurs branches ſuccedent-ils en ce cas par ſouches & non par têtes, quoiqu'ils ne concourent avec aucun de leurs oncles ? c'eſt parce qu'ils ne ſçauroient ſucceder ſans repreſenter leur pere frere du défunt, & que le partage par ſouches eſt une ſuite neceſſaire de la repreſentation : Mais pourquoi encore ne ſçauroient-ils ſucceder ſans repreſenter leur pere ? c'eſt parce que ſans la repreſentation ils concouroient à la ſucceſſion conjointement avec l'oncle du défunt : l'oncle du défunt & les enfans des freres ſe trouvant en effet, comme dit Juſtinien au §. 3. *de gradibus cognationum*, dans le même degré de parenté, c'eſt-à-dire, au troiſième degré. Il faut convenir que la Novelle 118. Cap. 3. ne s'explique pas fort clairement ſur ce partage par ſouches, entre les Néveux qui ne concurent avec aucun de leurs Oncles : *Quandoquidem fratris & ſororis filiis tale privilegium dedimus, ut in propriorum parentum ſuccedentes locum, ſoli in tertio conſtituti gradu, cum his qui in ſecundo gradu ſunt, ad hæreditatem vocentur, illud palam eſt, quia Thiis defuncti maſculis & fœminis præponuntur, ſi etiam illi tertium cognationis ſimiliter obtineant gradum* ; Mais enfin, de-là que l'Uſage & les Arrêts ont interpreté ce Texte, de maniere que les néveux ſans le concours de leurs oncles, excluoient les oncles du défunt ; On a crû devoir conclurre qu'ils ne pouvoient les exclurre, qu'autant qu'ils repreſentoient leurs peres, repreſentation qui, comme nous l'avons déja dit, conduit néceſſairement au partage par ſouches.

Fachineus, pag. 437. Lebrun, pag. 107.

Le ſecond cas, dans lequel les enfans des freres ſuccedent par ſouches, quoiqu'ils ne ſuccedent pas conjointement avec quelqu'un de leurs oncles, eſt celui-là même dont nous avons parlé à l'occaſion du double lien, ſçavoir, lorſqu'ils concourent, non avec un frere germain du défunt, mais avec un frere conſanguin ou uterin; Pierre, par exemple, a trois freres, Titius, Mevius & Sempronius, les deux premiers, Titius & Mevius, freres germains, & Sempronius frere conſanguin ou uterin : Titius & Mevius decedent laiſſant des enfans dans un nombre inégal, & Pierre vient enſuite à deceder ſans enfans, les enfans du Titius & Mevius ſeront appellez à la ſucceſſion à l'excluſion de Sempronius; mais ils ſuccederont par ſouches & non par têtes, pourquoi? Parce qu'ils ne ſçauroient exclurre Sempronius leur oncle, ſans repreſenter leurs peres qui avoient ſur Sempronius l'avantage du double lien; & que comme nous l'avons déja dit, le partage par ſouches eſt une ſuite neceſſaire de la repreſentation; ils ſuccedent en un mot par ſouches & non par têtes, par la raiſon même qu'ils excluent Sempronius : l'excluſion que la Loi donne à Sempronius, en faveur des enfans de Titius & Mevius, ne peut être fondée que ſur ce que Titius & Mevius ſont repreſentez par leurs enfans.

Nous avons dit, que l'uſage & les Arrêts avoient interprêté le texte de la Novelle 118. de maniere que dans le concours des néveux avec les oncles du défunt, ceux-là étoient préferez, & nous pouvons regarder ce cas comme une nouvelle exception à la regle qui fait ſucceder également les plus proches, parce que l'oncle & le néveu ſe trouvant dans le même degré de parenté, c'eſt-à-dire, au troiſiéme dégré, ils devroient par cet ordre être également appellez à la ſucceſſion; M. de Catelan, Liv. 2. Ch. *66.* croit trouver une raiſon de cette preference des néveux aux oncles, en ce que la ſucceſſion (dit-il) deſcend plus aiſement & plus naturellement qu'elle ne rémonte; mais cette raiſon prouveroit trop, car elle conduiroit à étendre la repreſentation au-delà des enfans des freres, ce qui eſt directement contraire à l'eſprit & à la diſpoſition de la Novelle. Il y a quelques Provinces dans le Royaume qui en ligne collaterale admettent la repreſentation à

l'infini, ainſi qu'en la ligne directe ; comme il y en a auſſi qui la rejettent entierement, même en faveur des enfans des freres : Il y a quelques Provinces, où ſans aucun égard pour le double lien, les freres conſanguins ou uterins, ſont appellez conjointement avec les freres germains : comme il y en a au contraire où le double lien a lieu pendant tout le tems que la ligne dure ; mais quoi qu'il en ſoit de ces Coûtumes bizarres, il faut les regarder comme autant d'exceptions au droit généralement reçu, & tel que nous venons de l'expliquer.

Quoique ce droit nouveau touchant l'ordre des ſucceſſions legitimes rende inutiles la plûpart des déciſions contenuës en ce Titre, & dans les Titres ſuivants, nous ne laiſerons pas de parcourir le texte, en nous arrêtant ſeulement aux endroits qui nous paroîtront ſuſceptibles de quelque nouvelle obſervation.

Inteſtatus decedit, qui aut omninò teſtamentum non fecit, &c. aut ſi ex eo nemo hæres extiterit.

IL eſt rare de voir un homme decedé *ab inteſtat*, par le réfus que fait l'heritier inſtitué d'accepter l'heredité, ſurtout depuis que Juſtinien par la Novelle 1. Ch. 1. a introduit ou ſuppléé, comme autant de ſubſtitutions vulgaires en faveur des heritiers legitimes, des legataires & des fideicommiſſaires ; les uns & les autres appellez ſous la condition d'acquiter les legs & autres charges de l'heredité : *ad tantas reſpeximus ſucceſſiones, ut non remaneat ſine aditione ipſius morientis hæreditas.*

§. 2. *Sui hæredes exiſtimantur qui in poteſtate morientis fuerint, &c.*

DAns l'uſage, on ne connoît point cette difference, que fait le Droit du Digeſte & du Code entre les enfans en puiſſance appellez *ſui hæredes*, & les enfans émancipez ; dans tous les Païs, ſoit Coûtumiers ou du Droit Ecrit, on ſuit la diſpoſition de la Novelle 118. qui appelle ſans diſtinction, tous les enfans à la ſucceſſion de leur pere & des autres aſcendans.

Quibus

§. 2. Quibus connumerari neceſſe eſt eos, qui ex legitimis nuptiis non ſunt progeniti, curiis tamen civitatum dati, hæredum ſuorum jura nanſciſcuntur, &c.

ON trouve decidé dans le Droit Canonique, que les bâtards ſont comme legitimez par la Profeſſion Religieuſe, du moins à l'effet d'être promûs aux Ordres ſans autre Diſpenſe; & ſuivant l'obſervation de Paſtor, *Tract. de Benef. Lib. 3. Tit. 25. num. 4.* cette eſpece de legitimation a été introduite à l'imitation de celle qui ſe faiſoit dans le Droit Romain, *per dationem ſeu oblationem curiæ*; quoi qu'il en ſoit, nous n'avons en France, ni Charge, ni Emploi, ni Dignité qui ſupplée au défaut d'une naiſſance legitime. *Cap. 10. extra de filiis Præsbiterorum*

§. 2. Si quis mulierem in ſuo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum quâ poterat habere conjugium, &c.

JUſtinien parle ici de la legitimation qui ſe fait par le mariage ſubſequent; & il importe d'obſerver la condition ſous laquelle & non autrement, les enfans ſont ainſi legitimez, *eam tamen cum quâ poterat habere conjugium*, c'eſt-à-dire, qu'afin que les bâtards ſoient legitimez, *per ſubſequens matrimonium*, il faut qu'au tems de leur naiſſance ou de leur conception, le pere & la mere ayent pû ſe marier, & qu'il n'y eût aucun empêchement entre eux; les Arrêts ont jugé ſur le fondement de ce texte, que les enfans nés d'un commerce adulterin étoient illegitimes & incapables de ſucceder, malgré le mariage ſubſequent de leur pere & de leur mere, mais ils ont jugé auſſi, qu'afin que l'empêchement pût être un obſtacle à la legitimation, il devoit être non-ſeulement de ceux que l'on appelle dirimens, mais tel encore qui ne peut être levé, même avec Diſpenſe du Pape; un Eccleſiaſtique, par exemple pourvû de Benefices, peut en ſe mariant legitimer les enfans qu'il a eu d'une concubine, quoique conçûs & nez dans le tems qu'il étoit actuellement Beneficier, parce que ſi bien l'Etat Eccleſiaſtique & les Benefices ſont un obſta-

cle actuel au mariage lors de la naiſſance de la conception des enfans, il n'y a pour le lever qu'à changer d'état; & il en eſt de même des enfans nés d'un commerce inceſtueux, ſi dans les ſuites le mariage eſt contracté avec Diſpenſe, Journal des Audiences, Tom. 2. Liv. 4. Ch. 4. Journal du Palais, Tom. 1. pag. 718.

Il n'eſt point parlé en cet endroit de la legitimation qui ſe fait par Lettres du Prince, parce qu'on trouve cette maniere de legitimer introduite ſeulement par les Novelles 74. & 89. d'où a été priſe l'autentique, *præterea cod. de naturalibus liberis.* Juſtinien dans ces Novelles, declare que la legitimation *per reſcriptum principis*, guérit ſi parfaitement le vice de l'origine des enfans, & retablit ſi bien leur naiſſance, qu'il ne reſte plus de difference entre ces enfans ainſi legitimez, & les enfans naturels & legitimes; mais nous avons obſervé, qu'aujourd'hui & depuis que le Roi fait du conſentement des heritiers préſomptifs une condition de la legitimation, les Lettres qu'il accorde, n'ont preſque d'autre effet, que d'autotiſer les bâtards à porter le nom & armes de leur pere: c'eſt des enfans legitimez par le mariage ſubſequent, qu'on peut dire que la condition eſt en tout la même que celle des enfans nés legitimes: c'eſt de ces enfans, dont les Arrêts ont jugé, que l'exiſtence faiſoit dans les ſubſtitutions défaillir la condition *ſi ſine liberis*, & non point comme l'a crû M. le Preſident Faber, en ſon Code, Liv. 6. Tit. 25. définit. 19. l'exiſtence des enfans legitimez par le Roi. *Vide* Ferriere, ſur Guy Pape, queſt. 481. & M. de Catelan, Liv. 2. Ch. 95.

§. 3. *Sui hæredes fiunt etiam ignorantes, & ſtatim à morte parentis eis continuatur dominium, &c.*

C'Etoit-là un des grands avantages de la ſuïté, s'il eſt permis de parler ainſi, que les enfans, *ſui hæredes*, étoient comme ſaiſis de l'heredité d'abord après la mort de leur pere, & qu'ils la tranſmettoient à leurs heritiers, quand ils ſeroient venus à deceder ſans avoir exercé, ſans avoir même connu leur droit; mais par les Loix du Royaume cet avantage eſt commun à tous les parens ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ſuivant cette regle, priſe

de l'Art. 318 de la Coûtume de Paris ,, Le mort ſaiſit le vif ſon ,, hoir plus proche & habille à ſucceder ; & non ſeulement aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, mais encore aux heritiers teſtamentaires ; enſorte que les uns ni les autres n'ont beſoin d'aucun acte corporel, d'aucune apprehenſion ou adition pour acquerir & tranſmettre les biens dépendans de la ſucceſſion.

§. 4. *Interdum licet in poteſtate (parentis) mortis tempore ſuus hæres non fuerit, tamen ſuus hæres parenti efficitur : veluti (ſi) ab hoſtibus quis reverſus fuerit poſt mortem patris (ſui) Jus enim poſt liminii hoc facit.*

Nous avons remarqué ailleurs, que les Priſonniers de Guerre, & les Eſclaves même ou les Captif entre les mains des Turcs & des Corſaires, conſervoient tous les droits de Cité & de famille, étant par rapport aux effets civils, purement conſiderez comme abſens ; mais ſi par rapport à l'eſclavage, ce que dit ici Juſtinien, ne peut être d'aucun uſage parmi nous, il peut l'être par rapport aux condamnez à mort par défaut, dont l'abſolution a un effet retroactif pour les ſucceſſions échûës, ou qui leur ont été déferées pendant la Contumace ; les condamnez, quoiqu'incapables de recuëillir lors du Teſtament & du decès du Teſtateur, rentrant dans tous leurs droits lorſqu'ils ſont abſous, *quaſi jure poſtliminii.* C'eſt principalement ſur ce Texte qu'eſt fondé l'Arrêt que rapporte M. de Catelan, Liv. 2. Chap. 68. & que l'Auteur du Journal des Audiences, Tom. 1. Liv. 4. Chap. 38. avoit rapporté avant lui : M. le Duc d'Eſpernon inſtitüe le Duc de *Lavalette ſon petit fils, & preterit le Duc de Candale ſon fils* condamné à mort par défaut ; le Duc de Candale ayant purgé la Contumace attaque le Teſtament de ſon Pere comme nul par la préterition faite de ſa Perſonne ; on lui oppoſoit ſon incapacité lors du teſtament & lors du decès du Teſtateur, mais l'effet rettoactif de l'abſolution fut une raiſon ſuperieure, le teſtament fut declaré nul, *Jus enim poſtliminii hoc facit* ; On comprend qu'il en auroit été de même ſi M. le Duc d'Eſpernon fut mort *ab inteſtat*, & qu'en ce cas M. le Duc de Candale auroit été, ſi l'on veut, encore mieux ſon-

dé à reclamer la ſucceſſion, *tanquam ſuus hæres patri effectus, licet in poteſtate parentis mortis tempore ſuus hæres non fuiſſet.*

§. 5. *Per contrarium evenit, ut licet quis in familia defuncti ſit mortis tempore, tamen ſuus hæres non fiat: veluti ſi poſt mortem ſuam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit, &c.*

LE texte qui precede propoſe un cas, où le fils incapable de ſucceder lors du decès de ſon pere eſt rappellé à la ſucceſſion par l'effet retroactif de ſon rétour ou de ſon abſolution : & Juſtinien en propoſe ici un autre dans lequel un fils habile & capable de ſucceder lors du decès de ſon pere ne ſuccede pourtant point, ou n'acquiert qu'un vain Titre d'heritier : Un pere meurt laiſſant des enfans qui doivent naturellement lui ſucceder; mais après ſa mort on lui fait le procès ou on fait le procès à ſa mémoire pour crime de Leze-Majeſté; ſi par l'évenement la mémoire de ce pere eſt condamnée, ſes biens ſeront confiſquez, & par là les enfans ſe trouveront dépoüillez de l'heredité : *poteſt dici ipſo quidem jure ſuum hæredem eſſe, ſed deſinere, &c.*

Il n'y avoit donc par le Droit Romain d'autre crime que celui de leze-Majeſté, à raiſon duquel on peut faire le procès à la mémoire dudéfunt, d'autre cas excepté de la regle, ſuivant laquelle tout crime eſt éteint par la mort du coupable : la mort ſuivant l'expreſſion d'un déclamateur, évoquant la cauſe du Tribunal de Dieu, & en interdiſant toute connoiſſance aux hommes; mais l'Ordonnance de 1670. Tit. 22. Art. 1. y en ajoûte trois autres, ſçavoir le duel, l'homicide de ſoi-même, & la rebellion à Juſtice avec force ouverte, à l'occaſion de laquelle on a été tué.

Dans le Droit l'homicide volontaire n'étoit pas veritablement inpuni, mais il n'étoit puni qu'en la perſonne de ceux qui étant accuſez d'un crime capital, avoient cherché à prévenir leur condamnation en ſe donnant la mort, & on puniſſoit bien moins en ce cas l'homicide volontaire, que le crime dont le défunt étoit originairement accuſé : *non enim,*

dit la Loy 3. *ff. de bonis eorum qui antè Sententiam mortem ſibi à conſciverunt, fati celeritatem*, ou comme dit une autre verſion, *facti ſceleritatem eſſe obnoxiam, ſed conſcientiæ metum in reo velut confeſſo teneri placuit; dicendum ergo bona ejus qui manus ſibi intulit, ita demum fiſco vindicari, ſi eo crimine reus fuit, ut ſi damnaretur, morte adficiendus eſſet.* On trouve dans M. Dolive, Liv. 1. Chap. 4. divers Arrêts, qui conformement à ces principes, n'ont condamné ceux qui s'étoient donné la mort, *tædio vitæ vel impatientiâ doloris*, que par la privation de la ſepulture; mais l'Ordonnance a changé cette Juriſprudence, quel que ſoit le motif d'une action auſſi impie, on fait toûjours le procès au cadavre ou à la memoire, & on ordonne la confiſcation.

§. 6. *Quia placuit nepotes, nepteſve, in parentis ſui locum ſuccedere : conveniens eſſe viſum eſt, non in capita, ſed in ſtirpes hæreditatem dividi, &c.*

JUſtinien parle ici de la repreſentation en ligne directe juſques à l'infini, & dont l'effet eſt toûjours la diviſion ou le partage par ſouches. Nous n'ajouterons rien à ce que nous avons dit là-deſſus, ſinon qu'il y a un cas que les Auteurs ont voulu excepter de la regle, un cas ſingulier, dans lequel on a crû qu'un pere n'étoit point repreſenté par ſes enfans, le voici : Un ayeul ayant cinq néveux ou petit-fils d'un fils unique predecedé, inſtituë heritier un étranger, & legue à ſes petits-fils la legitime telle que de droit; ſi ces petits fils repreſentent leur pere, leur legitime ne ſera que le tiers des biens à diviſer entre eux, parce que c'eſt en ce tiers qu'auroit conſiſté la legitime de leur pere, s'il avoit ſurvêcu à leur ayeul; mais s'ils viennent de leur propre chef & independament de la repreſentation, leur legitime ſera de la moitié de la totalité des biens : dans ces circonſtances Dumoulin, & après lui M. Lebrun, Traité des Succeſſions, page 52.† ont crû que la faveur & l'interêt des petits enfans devoit faire ceſſer la repreſentation : peut-être, ſi le cas ſe preſentoit, les Juges en penſeroient tout autrement.

† 54. de mon edition. Voi encore la Sect. 3. N. 2. & ſuivans.

§. 7. *Si filius exheredatus fuerit, & extraneus heres inſtitutus, & filio mortuo, poſteà certum eſſe cœperit heredem inſtitutum non fieri heredem, aut quia noluit eſſe heres, aut quia non potuit, nepos avo ſuo heres exiſtet: quia quo tempore certum eſt inteſtatum deceſſiſſe patrem-familiàs ſolus invenitur nepos, &c.*

QUelques Auteurs ont voulu ſe ſervir de ce Texte pour autoriſer la diſtinction qu'on fait par rapport aux enfans du fils exheredé, ſi ce fils eſt decedé avant ſon pere, ou s'il y a ſurvêcu : en appellant les petits-fils dans le premier cas à la ſucceſſion de leur ayeul, & les excluant dans le ſecond cas, Car de là que Juſtinien appelle les enfans du fils exheredé à la ſucceſſion de leur ayeul, lorſque leur pere vient à deceder, tandis que l'heritier inſtitué délibere s'il acceptera la ſucceſſion, *quia quo tempore certum eſt inteſtatum deceſſiſſe patrem familiàs ſolus invenitur nepos*: Il ſemble qu'il ſuppoſe en même-tems, & la regle qui exclud les enfans, lorſque le pere ſurvit à leur ayeul, & l'exception à la regle en faveur des enfans dont le pere eſt predecedé ; mais quoi qu'il en ſoit de cette application qui pourroit peut-être n'être pas exactement juſte, la Juriſprudence eſt conſtamment telle que nous l'avons deja obſervé : ſi le fils exheredé ſurvit à ſon pere, ſes enfans ſont exclus de la ſucceſſion de leur ayeul : ſi le fils exheredé eſt decedé avant ſon pere, ſes enfans ſont appellez à la ſucceſſion, & rempliſſent le premier degré qui ſe trouve vuide par le decès de leur pere.

§. 8. *Planè ſi conceptus & natus fuerit poſt mortem avi mortuo patre ſuo, deſertoque poſteà avi teſtamento, ſuus heres avo non exiſtet: quia nullo Jure cognationis patrem ſui patris attigit, &c.*

ON a fait de ce Texte le ſiége d'une queſtion celebre, ſçavoir, ſi pour ſucceder il faut être né ou conçû lors de l'ouverture de la ſucceſſion ? La déciſion de Juſtinien n'a

comme l'on voit rien d'équivoque, elle exclud le petit-fils de la ſucceſſion de ſon ayeul qui ſe trouve vacante par la repudiation de l'heritier inſtitué ou autrement : L'excluſion fondée ſur ce que ce petit-fils n'étant né, & n'ayant même été conçû qu'après la mort de l'ayeul, il eſt vrai de dire, que *nullo jure cognationis patrem ſui patris attigit* ; mais nombre d'Auteurs ont regardé cette déciſion comme compriſe dans l'abrogation generale que fait Juſtinien en la Préface de la Novelle 118. de toutes les Loix anterieures, concernant les ſucceſſions *ab inteſtat*, ils ont crû que toutes les fois qu'une ſucceſſion ſe trouvoit actuellement vacante, on ne pouvoit ſans injuſtice, réfuſer à des petits-fils la liberté de l'accepter ; & on parle d'un Arrêt qui le jugea ainſi en la Cauſe de la Dame Martin de Nîmes, qui aprés avoir repudié l'heredité de Jean Martin ſon pere, fut reçûë à accepter l'heredité d'autre Jean Martin ſon ayeul, decedé long-tems avant qu'elle ne fût ni née ni conçûë : Cet Arrêt a été rendu le 4. Août 1725. au Rapport de M. de Comere.

Je ne connois point les motifs & les circonſtances dans leſquelles fut rendu l'Arrêt dont nous venons de parler ; mais j'en vois un contraire rapporté dans le 5. Tome du Journal des Audiences, page 592. & 593. & celui-ci d'autant plus remarquable, qu'il fut rendu ſur les Concluſions de M. Dagueſſeau, lors Avocat Général, & aujourd'hui Chancellier de France, qui repreſenta, que Juſtinien par la Novelle 118. pouvoit avoir abrogé, comme il a fait, toutes les diſtinctions odieuſes qu'on faiſoit auparavant entre les agnats & les cognats, entre les mâles & les filles, ſans abroger une Loi, qui pour pouvoir ſucceder, exige qu'on ſoit du moins conçû lors de l'ouverture de la ſucceſſion ; Que cette Loi étant claire & préciſe, & la dérogation ne l'étant pas, on ne pouvoit par la faveur des petits-fils, ni ſous aucun autre pretexte y donner atteinte ; Ce dernier Préjugé (diſons nous) nous paroît d'autant plus deciſif, qu'il fut rendu ſur les Concluſions de M. Dagueſſeau ; & qu'elle autorité en effet plus reſpectable que celle de ce grand Magiſtrat, qu'on peut à tant de Titres regarder comme le Legiſlateur de la France. Benedicti ſur le Chapitre Raynutius *in verbo, & ſoboles quam geſtabat in utero*, Partie

2. page 9. s'explique en ces termes : *Non cenceptus tempore mortis illius de cujus hæreditate agitur nunquam admittitur ad ejus ſucceſſionem ex propriâ perſonâ.* Et prevoyant enſuite le cas où le petit-fils en repudiant l'heredité paternelle voudroit conſerver ou retenir du chef de ſon pere l'heredité de l'ayeul : *Si hæreditatem patris repudiaverit volens dumtaxat habere avitam hæreditatem*, cela, dit-il, ne ſe peut, *hoc facere non poteſt : quia tempore mortis avi non erat conceptus, & nunc ex perſonâ patris venire non poteſt, cùm ejus hæreditatem repudiaverit : aliàs autem ſi fuiſſet tempore mortis avi conceptus habere poſſet avi ſucceſſionem ex edicto ſucceſſorio.*

Guypape, page 547. M. Loüet, lett. R. Som. 38.

TITRE II.

DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

ON voit dans ce Titre une longue hiſtoire de divers changemens faits par Juſtinien, ou qui avoient été faits avant lui touchant l'ordre des ſucceſſions en ligne collaterale, comme on voit dans le Titre qui precede l'hiſtoire des changemens faits dans l'ordre des ſucceſſions en ligne directe ; & ſans doute que Juſtinien ſe ſeroit épargné le ſoin d'entrer dans tout ce détail, s'il avoit prévû qu'il abrogeroit un jour & par une Loi poſterieure, tout ce qu'il appelle ici, & ancienne, & moyenne, & nouvelle Juriſprudence.

Ex Lege duodecim Tabularum ad agnatum proximum pertinet hæreditas.

QUelques Auteurs ont crû, que cet article de la Coûtume de Toulouſe, qui appelle à la ſucceſſion de ceux qui decedent *ab inteſtat* les plus proches en degré de parentelle du côté du pere, *proximiores in gradu parentelæ ex parte patris*, avoit pour objet la faveur de l'agnation, & la conſervation de la famille & du nom : *hoc ſtatutum*, dit Cazaveteri, *favorabile eſt propter agnationem & conſervationem nominis & Domûs* ; mais cette

cette idée eſt fauſſe, non-ſeulement parce que la vocation des agnats, à l'excluſion & par preference aux cognats, ne conduiroit pas à la conſervation du nom & de la famille, puiſque le Droit appelle agnats ſans diſtinction de ſexe, *cognatos per virilis ſexus perſonas cognatione conjunctos*, & que par-là ma ſœur, ma tante paternelle, la fille de mon frere, ſont au nombre des agnats, ainſi que mon oncle paternel, mon frere, & les enfans mâles de mon frere; mais parce qu'en effet l'eſprit & l'intention de la Coûtume n'eſt rien moins que de donner aux agnats la préference que leur donnoit la Loi des douze Tables ſur les cognats, la Coûtume n'établiſſant d'autre droit ſingulier, que d'appeller les plus proches parens du côté du pere, à l'excluſion de la mere & des parens du côté de la mere, ſans diſtinguer s'ils ſont *per virilis, vel fœminini ſexus perſonas cognatione conjuncti*, d'autre droit ſingulier, que d'appeller, *proximiores ex parte patris*; ce que les Arrêts ont jugé devoir être entendu des plus proches parens du pere du défunt, deſcendans de la même tige, eſtoc & famille que le pere du défunt; c'eſt-à-dire, que pour être appellé par la Coûtume, il falloit avoir un aſcendant commun dans la droite ligne paternelle, *ſtipitem communem in eadem linea paterna*, le tout comme il eſt expliqué au long par M. de Catellan, Liv. 2. Ch. 32.

De-là que par la Coûtume, on n'a aucun égard à la parenté du côté de la mere il s'enſuit, que dans la ſucceſſion des freres & ſœurs, le double lien n'eſt pas conſiderable, c'eſt-à-dire, qu'un frere, ou qu'une ſœur germaine n'a aucun avantage ſur un frere ou une ſœur conſanguine; ainſi par les Arrêts qu'on trouve rapportez dans M. de Cambolas, Liv. 1. Ch. 43. & dans M. Dolive en la nouvelle addition ſur le Ch. 32. du Liv. 5. une ſœur conſanguine fut admiſe à la ſucceſſion d'un de ſes freres decedé *ab inteſtat* pour les biens ſituez dans le Gardiage, conjointement avec la ſœur germaine du défunt. On peut dire de deux freres, par rapport à la ſucceſſion dans la Coûtume de Toulouſe, ce qu'en dit Juſtinien au §. premier de ce Titre, par rapport à l'agnation, qu'il ſuffit qu'ils ſoient nés du même pere; la parenté du côté de la mere n'étant comptée pour rien: *ex eodem patre nati fratres agnati ſibi ſunt, nec requiritur, an etiam eamdem matrem habuerint.*

§. 6. *Proximus autem ; ſi quidem nullo teſtamento facto quiſquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus eſt is, cujus de hæreditate quæritur. Quod ſi facto teſtamento quiſquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo certum eſſe cœperit, nullum ex teſtamento hæredem extiturum, &c.*

TItius par ſon teſtament inſtituë heritier Seïus, qui dans les ſuites repudie la ſucceſſion : On demande à qui cette ſucceſſion ainſi vacante par la repudiation de Seïus ſera adjugée ; ſi c'eſt aux parens de Titius qui ſe trouvoient dans le dégré le plus proche lors de ſa mort ; & en défaut de ces parens plus proches lors du decès, à ceux qui les repreſentent ; ou ſi elle doit être au contraire adjugée à ceux qui ſe trouvent les plus proches lors de la repudiation ? C'eſt, comme l'on voit, en faveur de ces derniers, que la queſtion eſt decidée, parce que la repudiation fixe l'époque de la vacance ou de l'ouverture de la ſucceſſion, & que c'eſt de ce jour qu'il eſt certain, *nullum ex teſtamento hæredem extiturum.*

Tous les Auteurs conviennent qu'il en devroit être autrement de la ſucceſſion *ab inteſtat*, parce que l'époque de la vacance ou de l'ouverture d'une ſucceſſion *ab inteſtat*, étant toûjours fixée au jour du decès, & la repudiation du proche parent qui a dabort accepté, remettant les choſes en l'état où elles étoient avant l'acceptation, il ſemble que par cet effet retroactif de la repudiation au jour du decès, la ſucceſſion devroit être naturellement dévoluë au parent, qui lors du decés, ſe trouvoit dans le dégré le plus proche après le parent qui a repudié, ou à ſes heritiers ſucceſſeurs ou ayant cauſe par l'effet de la maxime, *le mort ſaiſit le vif* : Cependant nous trouvons dans M. Maynard, Liv. 6. Chap. 100. un Arrêt, qui ſur cette matiere, ne fit aucune difference de la ſucceſſion *ab inteſtat*, avec la ſucceſſion teſtamentaire, les parens qui ſe trouvoient les plus proches lors de l'Arrêt, furent appellez à l'excluſion des heritiers & ſucceſſeurs de ceux qui ſe trouvoient les plus proches lors du decès ; & ce qu'il y a de ſingulier, c'eſt que

Vinius en cet endroit des Inſtitutes. Lebrun, page 38.

M. Maynard donne pour motif de la préference de ceux qui ſe trouverent actuellement les plus proches parens (ſans remonter à ceux qui ſe trouvoient les plus proches au tems du decès) le Texte même que nous expliquons, quoiqu'il ſoit évident que ce Texte conduiſe à une déciſion toute contraire.

TITRE III.

DE SENATUS-CONSULTO TERTULLIANO.

Lex 12. *Tabularum ità ſtricto jure utebatur, ut nè quidem inter matrem & filium, ultrà citròque hæreditatis capiendæ jus daret, &c.*

NOus pouvons dire de la Coûtume de Toulouſe, ce que dit ici Juſtinien de la Loi des douze Tables, qu'elle exclut ſi fort tous parens autres que les paternels, qu'elle exclut même la mere de la ſucceſſion de ſon fils : avec cette difference néanmoins, que la Loi des douze Tables excluoit la mere, par la raiſon qu'elle étoit, *cognata, & non agnato filio*, au lieu que nôtre Coûtume l'exclut par la préference qu'elle donne aux proches parens du côté du pere du défunt; ainſi, par exemple, la Coûtume appelle indifferament les enfans des freres & des ſœurs, parce qu'ils ont tous avec le pere du défunt un aſcendant commun *in linea paterna*, au lieu que la Loi des douze Tables auroit appellé les enfans des freres, à l'excluſion des enfans d'une ſœur, ceux-ci regardez comme cognats, *per fœminini ſexus perſonas cognatione conjuncti.*

Si les Arrêts n'ont pû, par rapport à la mere, abroger la Coûtume, comme fut abrogée à cet égard la Loi des douze Tables par le Senatus-Conſulte Tertulien, & mieux encore par la Novelle 118. ils ont cherché du moins à en adoucir & rétraindre la diſpoſition : 1°. En ce qu'ils ont jugé que le Statut devoit avoir lieu ſeulement pour les biens ſcis dans le Gardiage, quoique dans tout autre Cas les Coûtumes de la Ville de Tou-

louſe ayent lieu dans toute la Viguerie ; c'eſt-à-dire dans tout le territoire de la Juriſdiction du Viguier beaucoup plus étendu que le Gardiage : 2°. En ce qu'ils ont accordé une legitime à la mere, ſur les biens même ſcis dans le Gardiage, quoique la legitime étant une portion de ce qu'on auroit eu *ab inteſtat* ; ceux qui ne prennent & ne peuvent prendre part en la ſucceſſion, ſemblent devoir être exclus de la legitime : 3°. En ce qu'on n'oblige point la mere d'imputer ſur la legitime qu'elle a ſur les biens de ſon fils ſcis dans le Gardiage, les biens ſcis hors du Gardiage auſquels elle ſuccede *ab inteſtat*.

M. de Catellan, liv. 2. ch. 65.

Il eſt aiſé de faire l'application de tous ces Arrêts, lorſque la ſucceſſion du fils conſiſte en effets mobiliaires ou en immeubles ; mais ſi elle conſiſte en cette troiſiéme eſpece de biens, que l'on appelle, noms, droits, voix & actions, qui n'ont à proprement parler qu'une aſſiette certaine, & qui ſuivant l'expreſſion de la Loi, *loco non circumſcribuntur*, comment reglera-t'on les droits ou la legitime de la mere ? Un fils (par exemple) decede laiſſant 10000. liv. en dettes actives, la mere n'aura-t'elle qu'une legitime ſur cette ſomme en la regardant comme un effet ſitué dans le Gardiage, ou cette ſomme appartiendra-t'elle en entier à la mere en la regardant comme un effet hors du Gardiage ? M. Dolive, Liv. 5. Ch. 33. traite cette queſtion, & il la fait dépendre du lieu de la réſidence ou du domicile des débiteurs ; les débiteurs ſont-ils reſidens & domiciliez dans le Gardiage, la mere en ce cas n'aura qu'un droit de legitime ; les débiteurs ſont-ils domiciliez hors du Gardiage, en ce cas l'entiere ſomme appartiendra à la mere. J'ay vû douter, par rapport aux ſommes placées ſur la Province du Languedoc, ſi on ne devoit point regarder le débiteur comme domicilié dans la ville de Montpellier, qui eſt le Siége ordinaire des Etats, & ou le Tréſorier de la Bourſe fait ſa réſidence ; mais il fut decidé par une Sentence Arbitrale, dont les Parties intereſſées ne reclamerent point, que la Province étant repreſentée à Toulouſe par un Sindic & par un Commis du Tréſorier, il ne falloit pas chercher ailleurs le débiteur, & conſequemment que la mere ne pouvoit avoir qu'un droit de legitime ſur ces ſommes, ainſi que ſur les autres effets ſituez dans le Gardiage.

§. 2. *Plenissimè de tristi successione matri, non etiam aviæ deferendâ cautum est, &c.*

LA Coûtume de Toulouse exclut sans doute les ayeules maternelles, par la même raison qu'elle exclut les meres; cette raison prise, de la préference qu'elle donne aux parens les plus proches, *ex parte patris*; mais on trouve quelque chose de singulier dans l'Edit des Meres de l'année 1557.* & bien opposé au Senatus-Consulte dont il est parlé dans ce Titre, c'est en ce que l'Edit exclut les meres de la succession de leurs enfans, sans exclurre les ayeules paternelles ou maternelles, au lieu que le Senatus-Consulte se contente d'appeller les meres, en excluant toûjours les ayeules; la Novelle 118. a pourvû également à l'interêt des ayeules & des meres, & Justinien a eu raison de proscrire & d'abroger tout ce qu'il appelle ici, *juris augustiæ.*

*Cet Edit revoqué par Charles IX. appellé communement l'Edit des Meres, n'a jamais été observé dans les Païs du Droit Ecrit, & a été revoqué par celui du mois d'Août 1729.

§. 6. *Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere; scituris eis, quod si tutores liberis, non petierint, vel in locum remoti vel excusati, intrà annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.*

UNe Mere étant aujourd'hui tutrice née de ses enfans, & jusques-là, que par les Arrêts que nous avons rapporté sur le Titre 15. *de legitima agnatorum tutela* au premier Livre, il a été jugé, qu'elle ne pouvoit se dispenser de défendre aux assignations qui lui étoient données en la qualité de tutrice, quelque declaration qu'elle fît qu'elle ne vouloit point accepter la tutelle, obligée d'agir & de défendre en cette qualité, jusqu'à ce qu'elle eût fait nommer un autre tuteur à sa place: il ne peut guere arriver qu'elle encoure la peine dont parle ici Justinien, pour avoir négligé de faire pourvoir de tuteur à ses enfans, cette peine suivant la Loi *sciant*, *Cod. de legitim. hæred.* commune aux plus proches parens des pupilles qui se trouvent sans mere.

Mais il arrive ſouvent, qu'une mere après avoir été tutrice de ſes enfans, a l'imprudence de convoler à des ſecondes nôces ſans faire nommer un nouveau tuteur à ſa place, ou ſans rendre compte de l'adminiſtration tutelaire, ou ſans payer ce qu'elle doit de ſon adminiſtration, & ce ſont ces trois cas que comprend dans ſa diſpoſition l'autentique *eiſdem pœnis*, *Cod. de ſecundis nuptiis*, *item & ea quæ ſuſceptâ liberorum tutelâ ſecundò nubit, non priùs tutorem petens, & rationem reddens, & exſolvens omne quidquid debet.*

Cette autentique priſe de la Novelle 22. ne ſe contente pas de punir les meres remariées *non petitis tutoribus*, ou ſans avoir rendu compte de leur adminiſtration, & payé le reliqua, par la privation de la ſucceſſion de leurs enfans decedez en pupillarité : elle les aſſujettit encore aux mêmes peines qu'encourent les femmes qui ſe remarient dans l'an du deüil, & ces peines, comme il eſt expliqué en Loi premiere, *Cod de ſecundis nuptiis*, & par M. Dolive, Liv. 3. Ch. 11. 12. & 32. conſiſtent, en la perte de tous les avantages reçus du premier mari, tant en proprieté qu'en uſufruit, en la prohibition de diſpoſer en faveur du ſecond mari, au-delà de la troiſiéme partie de leurs biens, en l'incapacité de recevoir des étrangers par teſtament ou autre diſpoſition de derniere volonté, & de ſucceder *ab inteſtat* à leurs parens au-delà du troiſiéme degré, il eſt évident que Juſtinien en confondant ainſi les meres remariées *non petitis tutoribus*, avec les femmes remariées, *intra annum luctus*, cherchoit à venger le parjure qu'elles commettoient en violant le ſerment qu'on les obligeoit de faire en recevant la tutelle, de ne point paſſer à des ſecondes nôces, d'où il ſemble qu'on devroit conclure, que les meres ayant par la Novelle 94. été diſpenſées de ce ſerment, elles devroient être auſſi affranchies des peines du parjure ; cependant & malgré cette raiſon, qui avoit ſervi de motif aux premiers Arrêts que rapporte M. Dolive, Liv. 3. Ch. 6. les Arrêts poſterieurs ſe ſont conformez à la diſpoſition de l'autentique, en faiſant ſubſiſter les peines, du moins en ce qui regarde outre la privation, de la ſucceſſion des enfans pupilles, la perte des liberalitez faites à la femme par ſon premier mari, tant

en proprieté que uſufruit, & de l'augment même dotal; * M. Dolive rapporte lui-même ces Arrêts poſterieurs au Liv. 3. Ch. 31. ainſi que M. de Catellan, Liv. 4. Ch. 21. & c'eſt choſe aujourd'hui dont on ne doute plus au Palais.

M. Dolive au Ch. 32. du même Liv. 3. obſerve, qu'en privant les meres ramariées dans l'année du deüil, de la ſucceſſion de leurs enfans pupilles, nous ajoûtons aux peines que prononce contre elles la Loi premiere, *Cod. de ſecundis nuptiis*, qui ne les excluant de la ſucceſſion de leurs parens, qu'au-de-là du troiſiéme degré, ſuppoſe néceſſairement qu'elles peuvent ſucceder *ab inteſtat* à leurs enfans puberes ou impuberes, *hæreditates ab inteſtato non ultrà tertium gradum ſinimus vindicare*; mais il obſerve auſſi dans un autre endroit du même Livre, Ch. 12. que ſi en cela les Arrêts ſont plus ſeveres que les Loix, ils ſont d'un autre côté plus indulgens, en ce qui regarde l'infamie qu'encouroient les femmes par leur mariage precipité, & qu'elles n'encourent point parmi nous, nous étant conformez ſur cette matiere à la diſpoſition du Droit Canonique, dans le Chapitre dernier, *extra de ſecundis nuptiis*, où il eſt dit, *non debet legalis infamiæ ſuſtinere jacturam quæ licèt poſt viri obitum infra tempus luctus nubat, conceſſâ ſibi tamen ab Apoſtolo utitur facultate*: On trouve des Arrêts, qui pour abroger l'année du deüil, ont jugé qu'une femme pouvoit convoler impunement dans le onziéme mois; mais les Arrêts poſterieurs rapportez par M. de Catellan, Liv. 4. Ch. 71. ont jugé le contraire, c'eſt-à-dire, que l'année devoit être complete, & c'eſt à quoi il faut s'en tenir.

Sur la queſtion, ſi la mere étant privée de la ſucceſſion de ſes enfans decedez en pupillarité, pour s'être remariée, *non petitis tutoribus*, ou ſans avoir rendu compte de ſon adminiſtration & payé le reliqua, l'excluſion ou l'indignité paſſe aux enfans du ſecond lit, les Arrêts ont diſtingué: ou la mere eſt morte lors du decez des enfans pupilles, ou la mere eſt encore vivante: Dans le premier cas, le fils du ſecond lit frere uterin du défunt ſuccede en défaut des freres germains: Dans le ſecond cas, le fils du ſecond lit eſt exclus, & la ſucceſſion dévoluë aux parens paternels: M. de Catellan, Liv. 4. Ch. 73. M. Dolive en ſes Notes ſur le Ch. 6. du Liv. 3. & M. de Cambolas, Liv. 5. Ch. 31.

* 21. May 1733. Arrêt du Parlement de Toulouſe, rendu à la premiere Chambre des Enquêtes, après partage, porté de la Grand'Chambre, M. de Coſta Rapporteur, M. de Baſtard Compartiteur, qui jugea la même choſe, en la cauſe du ſieur Baron d'Aigremont contre la dame de Novy ſa mere: il y avoit cette circonſtance particuliere, que le ſieur d'Aigremont, heritier de ſon pere, étoit pubere lors du convol en ſecondes nôces, & qu'il profitoit ſeul de la perte de l'augment quoique la mere n'eût pas manqué à ſon égard. Les autres enfans pupilles à qui il n'avoit point été donné de Tuteur, ou à qui il n'avoit pas été rendu compte, n'en profitant pas, *caveat mater ne perfunctoriè reddat rationē tutelæ nam hoc nonliberat matrem à pœna.* Balde ſur la Loi *omnem 6. Cod. ad Senatuſc. Tertull.*

La minorité excuſe les meres qui ſe marient *non petitis tutoribus*, ou ſans avoir rendu compte de leur adminiſtration ; une mere mineure n'encourt aucunes peines, pas même la privation de la ſucceſſion des enfans decedez en pupillarité : *excuſatur*, dit la Loi derniere, *Cod. ſi adverſum delictum, quæ filiis tutorem ætatis lubrico lapſa non petiit* ; mais la minorité n'excuſe pas les meres qui ſe remarient dans l'an du deüil ; les raiſons de la difference ſont expliquées par M. Dolive, Liv. 3. Chap. 5.

Les femmes qui malverſent dans l'an du deüil ſont ſujettes ſans doute aux mêmes peines que celles qui ſe remarient avant l'année expirée ; mais la malverſation après l'année eſt-elle impunie ? Les Loix n'ont ni prévû, ni decidé cette queſtion, & de-là il ſemble qu'on devroit conclurre pour l'impunité ; cependant les Arrêts ne l'ont pas jugé de même ; car ils ont declaré les femmes malverſant après l'année, ſujettes, ſi non, aux peines qu'encourent les femmes qui malverſent, ou qui ſe remarient *intrà annum*, du moins aux peines qu'encourent celles qui ſe remarient *non petitis tutoribus* ; c'eſt-à-dire, à la privation de la ſucceſſion des enfans pupilles, & à la perte de l'augment, ainſi que des autres liberalitez acquiſes par le decès du mari ; on n'excepte qu'un cas ; ſçavoir, lorſque la malverſation a été precedée d'un Contrat de mariage & que le mariage s'en eſt enſuivi : Aux Arrêts rendus ſur cette matiere, rapportez par M. de Catellan, Liv. 4. Ch. 72. M. de Cambolas, Liv. 3. Ch. 45. M. Dolive, Liv. 3. Ch. 32. & M. Laroche, page 220. on peut ajoûter celui rendu le 13. Août 1722. au rapport de M. de Pegueyroles, en la cauſe de la nommée Lagarde. Celui rendu le 22. du même mois d'Août 1722. au rapport de M. de Lauriere, en la cauſe d'Antoine Brue & Marie Martin, & deux autres de l'année 1726. rendus au rapport de M. de Cauſſade, l'un en faveur de la Demoiſelle Goirand, & l'autre en faveur de Combeville.

Un Arrêt bien ſingulier, où dans une eſpece bien ſinguliere, eſt celui qui fut rendu le 7. Avril 1725. au rapport de M. de Coſta : La Demoiſelle Jeanne Romieu avoit malverſé après l'année du deüil, mais elle avoit épouſé celui avec qui elle avoit eu commerce ; une de ſes filles vient à deceder en pupillarité,

pupillarité, & les parens paternels reclament la ſucceſſion ; la mere oppoſe tous les Arrêts rendus anterieurement en faveur des femmes dont la faute avoit été reparée par le mariage ſubſequent ; mais les parens inſiſtent qu'ils ne ſont point dans le cas par une raiſon particuliere, priſe (diſent-ils) de ce que la Demoiſelle Romieu avoit malverſé pendant la vie de la fille dont on diſputoit la ſucceſſion ; les Juges furent touchez de cette circonſtance, & crurent devoir interloquer, en permettant aux parens de faire la preuve de la malverſation de la mere, tandis que ſa fille étoit encore en vie : ce qui conduit, comme l'on voit, à retraindre infiniment l'effet qu'on avoit crû juſqu'ici devoir donner au mariage ſubſequent ; car il le rétraint de maniere, que la femme qui malverſe, peut eſperer ſeulement de recuëillir ou de conſerver les ſucceſſions échûës avant la malverſation.

§. 7. Licet vulgò quæſitus ſit filius poteſt tamen ad bona ejus mater ex Senatuſconſulto Tertuliano admitti.

LA diſpoſition de ce Texte n'eſt point obſervée en France, où les Seigneurs Hauts-Juſticiers ſuccedent aux bâtards decedez *ab inteſtat*, & ſans enfans legitimes, pourveu toutefois que les bâtards ſoient nés dans l'étenduë de leur Seigneurie, qu'ils y ayent fait leur domicile, & qu'ils y ſoient decedez ; trois conditions neceſſaires, & ſans leſquelles les Seigneurs Hauts-Juſticiers ſont exclus par le Roi : Aux bâtards, avons-nous dit, decedez *ab inteſtat* & ſans enfans ; car il n'eſt pas douteux que les enfans & les heritiers teſtamentaires n'excluent également, & le Roi, & le Seigneur Juſticier.

Le Seigneur Juſticier, dans le concours de trois conditions dont nous venons de parler, ſuccede-t'il à tous les biens du bâtard en quelque lieu qu'ils ſoient ſituez ? Bacquet, Traité des Droits de Juſtice, Chap. 23. Nom. 3. & dans le Traité du Droit de Bâtardiſe, Partie premiere, Ch. 8. Nom. 18. decide que non, & que le Seigneur ſuccede ſeulement aux biens trouvez ou ſituez dans l'étenduë de ſa Juriſdiction ; de maniere qu'outre les trois conditions de la naiſſance, du domicile, & du decès, il en faut encore une quatriéme ; ſçavoir, que les biens

ſoient ſituez dans la Terre du Seigneur qui reclame la ſucceſſion : Que ſi on demende à qui donc appartiendront les biens ſituez dans une Juriſdiction, autre que celle de la naiſſance, du domicile, & du decès du Bâtard, il ſera aiſé de répondre, que les biens appartiendront au Roi, puiſque le Roi ne peut encore une fois être exclus que par le Seigneur du lieu où le Bâtard eſt né, où il a été domicilié, & où il eſt decedé ; Bacquet en l'endroit cité, rapporte avoir verifié une ancienne Ordonnance, qu'on trouve dans les Regiſtres de la Chambre des Comptes, & qui eſt conçuë en ces termes : *Au Roi appartiennent la ſucceſſion de tous bâtards, s'ils n'ont enfans legitimes procréés de loyal mariage, toutefois aucuns Hauts-Juſticiers en ont joüi ; mais avant qu'ils doivent avoir la ſucceſſion, il convient qu'il y ait trois choſes concurrentes enſemble ; c'eſt à ſçavoir, que bâtards ou bâtardes ſoient nés en leurs terres*, ſecundo loco, *qu'ils y ſoient demeurans*, tertio, *qu'ils y trepaſſent*, *aliàs non audiuntur.*

M. Boiſſieu, en ſon Traité des Droits Seigneuriaux, Partie premiere, Chap. *66.* rapporte que dans la Province du Dauphiné, on ſuit encore la diſpoſition du Senatus-Conſulte Tertullien, qui appelle les meres à la ſucceſſion de leurs bâtards à l'excluſion du Roi & des Seigneurs Juſticiers ; mais quoiqu'il en ſoit, cet uſage ne s'eſt pas conſervé de même dans les autres Provinces regies par le Droit Ecrit : la Loi generale du Royaume eſt telle, que les bâtards ne peuvent avoir des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, autres que leurs enfans legitimes ; les peres & les meres ſuccedant ſi peu à leurs bâtards, qu'on a jugé qu'ils ne pouvoient pas même reprendre par droit de retour ce qu'ils leur avoient donné pour leur tenir lieu d'alimens ou de dot. M. de Cambolas, Liv. 1. Ch. 5. Ferriere ſur la queſtion premiere de M. Duranti, & M. de Catellan, Liv. 2. Ch. *95.* pag. 426. de l'Edition de 1705. Liv. 2. Ch. *96.* pag. 442. de celle de 1723.

TITRE IV.

DE SENATUS-CONSULTO ORPHITIANO.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum inteſtarum admittuntur ex Senatus-Conſulto Orphitiano, &c.

PAr la raiſon, que la Loi des douze Tables excluoit reciproquement le fils de la ſucceſſion de la mere, & la mere de la ſucceſſion de ſon fils, cette raiſon priſe de ce que la Loi des douze Tables n'appelloit que les agnats, & que le fils étoit auſſi peu, *agnatus matri*, que la mere étoit *agnata filio*; il ſemble que la Coûtume de Toulouſe, en excluant la mere de la ſucceſſion de ſon fils, par la préference qu'elle donne aux plus proches du pere du défunt, deſcendans de la même tige, eſtoc & famille que le pere du défunt, ayant avec le pere du défunt un aſcendant commun dans la ligne paternelle, *ſtipitem communem in lineâ paternâ*, elle devroit exclure auſſi le fils de la ſucceſſion de ſa mere; parce que ſi on ne peut dire de la mere, qu'elle ſoit par rapport au fils *propinquior ex parte patris*, on ne le peut pas dire non plus du fils, par rapport à la mere; cependant dans l'uſage, on ne connoît point cette reciprocité, le fils ſuccede à ſa mere, quoique la mere ne ſuccede point à ſon fils.

§. 3. *Noviſſimè ſciendum eſt, etiam illos liberos, qui vulgò quæſiti ſunt, ad matris hæreditatem ex hoc Senatus Conſulto admitti.*

ON voit par ce Texte, que les bâtards, *etiam vulgò quæſiti*, ſuccedoient à leurs meres, même en concours des enfans legitimes, comme les meres ſuccedoient auſſi reciproquement à leurs bâtards; les Loix ne diſtinguant les differentes conditions des bâtards, que par rapport à la ſucceſſion pater-

nelle : ceux que l'on appelloit, *vulgò quæsiti*, ou qui étoient nés d'un commerce incestueux, sacrilege ou adulterin, absolument exclus, & ne pouvant rien recevoir, pas même à titre d'alimens; tandis qu'on donnoit aux autres, (c'est-à-dire, aux enfans nés d'une concubine domestique) appellez enfans naturels, la sixiéme partie des biens de leur pere decedé sans enfans legitimes, & *ab intestat*, capables d'ailleurs de recuëillir l'entiere succession si elle leur étoit déferée par le testament de leur pere : le tout comme il est expliqué en l'Autentique, *licet patri*, *Cod. de naturalibus liberi.* Nous avons observé, que les Loix du Royaume avoient rejetté toutes ces distinctions, & que les bâtards, quels qu'ils soient, sont tous également exclus de la succession paternelle & maternelle, & de la succession testamentaire, comme de la succession *ab intestat*, que les pere & mere ne peuvent laisser ou leguer à leurs enfans que des alimens, ou une somme modique qui les represente ou en tienne lieu.

Quelques Auteurs ont crû qu'un heritier, pour débattre les legs excessifs faits en faveur des bâtards, ne peut opposer le fait de bâtardise que lors qu'il a des actes en main pour le prouver ; mais puisque les Arrêts on jugé, qu'on pouvoit être reçû à prouver par témoins le commerce adulterin du Testateur ou de la Testatrice avec l'heritier ou l'heritiere instituée, ainsi que nous l'avons observé sur le Titre 14. *de hæredibus instituendis*, au second Livre, on ne voit pas pourquoi le fait de bâtardise proposé par l'heritier pourroit-il n'être prouvé que par actes. *Voyez* M. Maynard, Liv. 3. Ch. 17. M. de Catellan, Liv. 2. Ch. 95. & M. Dolive, Liv. 5. Ch. 34.

§. 4. *Si ex pluribus legitimis hæredibus quidam, vel morte, vel aliâ causâ impediti fuerint, quòminus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio, &c.*

De deux successeurs *ab intestat*, Titius & Mœvius, le premier accepte, & l'autre meurt *ante aditam hæreditatem*, il est decidé par ce Texte, que la portion de Mœvius accroit à Titius ; il en seroit autrement parmi nous, parce que par une suite ou par l'effet de la regle, *le mort saisit le vif*, Mœ-

vius auroit transmis ses droits à ses heritiers testamentaires ou *ab intestat*. Tiraqueau a fait un Traité entier de cette regle, *mortuus* saisit *vivum*, & on peut voir encore ce qu'en dit M. Lebrun, Traité des successions, page 380. & 381.

TITRE V.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

§. 4. Vulgò quæsitos, nullos habere agnatos manifestum est, &c.

ON dit communement des bâtards que, *neque genus neque gentem habent, nullo necessitudinis aut propinquitatis gradu conjuncti*, incapables par consequent de recuëillir aucune succession *ab intestat*, autres que celles de leurs propres enfans; & il est inutile de repeter, que nous ne faisons en cela aucune difference des enfans nés d'une concubine appellez enfans naturels, d'avec ceux que le Droit Romain appelloit, *vulgò quæsitos*.

§. 5. Admonendi sumus, agnationis quidem jure admitti aliquem ad hæreditatem, etsi decimo gradu sit, &c.

C'Est une question parmi les Interprêtes, si Justinien a entendu exclurre des successions, ceux qui sont au-delà du dixiéme degré dans l'ordre des agnats, ou si le dixiéme degré n'est proposé ici que pour servir d'exemple, & pour designer un droit qui va à l'infini par un degré fort éloigné : Mais, quoiqu'il en soit, il est constant que dans l'usage, les parens, quels qu'ils soient, & en quelque degré qu'ils se trouvent, sont appellez à l'exclusion du fisc; * *fiscus*, dit-on, *post omnes parentes etiam in centesimo gradu*; & on peut juger du peu de faveur du fisc en cette matiere, par l'Arrêt que rapporte Bardet, Tome 1. page 379. qui appella un parent à la succession, quoiqu'il ne prouvât la parenté que par une espece de notorieté, & qu'il ne fût pas en état de designer le degré. Ce

* M Maynard, Liv. 5. ch 99. M. Loüet, lettre P. somm. 2. Lebrun, pag. 108.

droit de ſucceder en défaut de parens & d'heritiers teſtamentaires eſt connu parmi nous ſous le nom de droit de Desherence, comme qui diroit droit de ſucceder *deficientibus hæredibus*, & on le compte parmi les droits de la Haute Juſtice; les biens vacans par Desherence appartiennent au Seigneur en la Juriſdiction duquel il ſe trouvent ſituez, à l'excluſion du Seigneur du domicile du défunt, les dettes actives adjugées au Seigneur du lieu de la reſidence des débiteurs, chaque Seigneur au ſurplus obligé à contribuer au payement des charges à proportion de ce qu'il retire de la ſucceſſion; en ſorte que les Seigneurs Juſticiers, ne ſuccedent pas proprement à la perſonne, mais aux biens du défunt. Par la diſpoſition du Droit en la Loi premiere §. 2. *ff. de jure fiſci*, & en la Loi 10. *ff. de diverſis temporalibus præſcriptionibus*, le droit de Desherence ſe preſcrit contre le fiſc dans quatre ans, à compter du jour que la vacance eſt connuë publique & notoire, *Divus Pius reſcripſit vacantium bonorum nuntiationem quadriennio finiri*; mais quoique M. Lebret le decide de même en ſon Traité de la Souveraineté du Roi, Liv. 3. Ch. 12. neanmoins l'opinion la plus commune, & que Bacquet en ſon Traité du Droit de Desherence, Ch. 7. nom. 20. atteſte être ſuivie dans l'uſage, eſt celle qui proroge l'action du Seigneur juſqu'à trente ans.

TITRE VI.

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

In primis admonendi ſumus, cognationem aliam ſuprà numerari, aliam infrà, aliam ex tranſverſo, quæ etiam à latere dicitur, &c.

JUſtinien nous apprend en ce Titre, la maniere en laquelle il faut compter les degrés de parentés, ſoit en ligne directe, ſoit en ligne collaterale.

Dans la ligne directe chaque generation fait un degré, &

on compte autant de degrés que de generations : Ainſi, par exemple, le pere & le fils ſont au premier degré, l'ayeul & le petit-fils au ſecond, le biſayeul & l'arriere petit-fils au troiſiéme, & ainſi des autres.

Dans la ligne collaterale on remonte de part & d'autre à la ſouche commune, de laquelle les parens dont on veut chercher le degré ſont deſcendus, & on compte autant de degrés qu'il y a de perſonnes, à l'exception de celui qui fait la ſouche commune, qui ne ſe compte jamais : ainſi, par exemple, deux freres ſont le ſecond degré, les couſins germains ſont le quatriéme, & ainſi des autres.

vide Deſpeiſſes des ſucceſſions *ab inteſtat*, tom 2. pag. 374. de l'Edition de 1664.

Le Droit Canonique compte les degrez en ligne directe, de même que le droit Civil ; mais il les compte differamment dans la ligne collaterale ; car au lieu que le Droit Civil compte autant de degrez qu'il y a de perſonnes, *ſtipite dempto*, & que comme dit Juſtinien au §. 7. *quælibet generata perſona gradum adjicit*, le Droit Canonique * au contraire, ne compte de degrés entre deux collateraux, qu'autant qu'il y en a de l'un d'eux à la ſouche commune ; ainſi, par exemple, deux freres ſont au premier degré, parce que chacun d'eux n'eſt éloigné du pere commun que d'un degré, les couſins germains ſont au ſecond degré, parce que chacun d'eux eſt éloigné de deux degrés de l'ayeul qui eſt la ſouche commune, & ainſi des autres. Que ſi la ligne collaterale eſt inégale, c'eſt-à-dire, ſi ceux dont on veut ſçavoir le degré ne ſont pas également éloignez de la ſouche commune, le Droit Canonique * ſe ſert encore en ce cas d'une regle inconnuë au Droit Civil, c'eſt qu'il compte autant de degrez entre deux collateraux inégaux, qu'il y en a de la ſouche commune à celui qui en eſt le plus éloigné : ainſi l'oncle & le néveu ſont au ſecond degré, parce que le neveu eſt éloigné de deux degrez de ſon ayeul pere de l'oncle : le grand oncle & le petit néveu ſont au troiſiéme, parce que le petit néveu eſt éloigné de trois degrez de ſon bis-ayeul pere du grand oncle. Il importe de connoître ces deux manieres de compter les degrez de parenté, parce que nous admettons en France celle du Droit Civil à l'égard des ſucceſſions, & celle du Droit Canonique pour les mariages.

* *Cap. 7. extra de conſanguinitate & affinitate.*

* *Cap. 9. extra de conſanguin. & affinit.*

Par la raiſon que dans les mariages on compte les degrez de parenté ſuivant les regles preſcrites par le Droit Canonique, on a demandé ſi une Diſpenſe obtenuë de la Cour de Rome, entre l'oncle & la niéce, n'étoit point valable, quoi qu'on eût exprimé que les Parties n'étoient qu'au ſecond degré; la niéce, diſoit-on, ſe trouvant au ſecond degré, parce qu'elle eſt éloignée de deux degrez de ſon ayeul pere de l'oncle, & le degré le plus éloigné devant attirer le degré le plus proche, *quo gradu remotior diſtat à capite, eodem diſtant inter ſe* : il n'y a ni ſubreption ni obreption en la Diſpenſe, pour avoir tû & diſſimulé que l'oncle ſe trouvoit dans le premier degré; l'Arrêt rapporté dans le premier Tome du Journal du Palais, page 185. le jugea ainſi; mais nous n'avons garde de le propoſer comme un préjugé déciſif en ſemblable cas : on ne doit jamais diſſimuler au Pape aucune des circonſtances qui pourroient rendre plus difficile l'obtention de la Grace; & il n'eſt pas douteux que dans le cas propoſé, la circonſtance priſe du premier degré que remplit l'oncle ou la tante, ne rendît l'obtention de la grace plus difficile, ſi ellle ne la rendoit abſolument impoſſible.

§. 3. *Tertio (gradu) ſuprà, proavus infrà pronepos : ex tranſverſo fratris ſororiſque filius; & convenienter avunculus, &c.*

IL eſt évident, que par l'application des regles preſcrites par le Droit Civil, l'oncle & le néveu ſe trouvent l'un & l'autre au même degré de parenté, c'eſt-à-dire, au troiſiéme degré, parce qu'en remontant de part & d'autre à la ſouche commune, on trouve toûjours trois perſonnes, cette ſouche commune non compriſe; & ſi dans cette maniere de compter on trouve dabord quelque embarras, ce n'eſt que parce que la même perſonne ſoûtient à differens égards la qualité d'oncle, & de néveu tout enſemble : Suppoſons, par exemple, que Pierre a deux enfans, Titius & Mœvius : Titius a pareillement deux enfans, Caïus & Sempronius; Caïus a un fils que nous nommerons Lucius, & Sempronius eſt celui dont Lucius & Mœvius diſputent reciproquement la ſucceſſion : Je

ſuis,

ſuis, dit Lucius, parent au troiſiéme degré de Sempronius mon oncle, parce qu'en remontant à Titius notre ſouche commune, je trouve trois perſonnes *ſtipite dempto* : & Mœvius oncle de Sempronius peut tenir, comme l'on voit, le même langage, parce qu'en remontant à Pierre ayeul de Sempronius, on ne trouve également que trois perſonnes : Par cet ordre Lucius & Mœvius devroient ſucceder à Sempronius conjointement & par égales portions; mais, comme nous l'avons déja obſervé, il a plû à Juſtinien de le decider autrement, la Novelle 118. donne la préference au néveu à l'excluſion de l'once, & les Arrêts ont adopté cette derniere Loi.

§. 5. Quintò (gradu) ſuprà atavus, atavia : Infrà, atnepos, atneptis, &c.

NOus n'avons point dans notre langue des noms particuliers pour tous les degrez de parenté : Dans la ligne directe aſcendante, on n'en connoît point au-delà du triſayeul, & dans la deſcendante on ne parle que des arriere petits-fils : Dans la ligne collaterale on ne nomme que les freres, les oncles, grands oncles, néveux, petits-néveux, couſins germains, le reſte ne ſe connoît que par les degrez, couſin au quatriéme, au cinquiéme, au ſixiéme, &c.

TITRES VII. VIII. & IX.

DE SERVILI COGNATIONE.

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

DE ADSIGNATIONE LIBERTORUM.

NOus n'avons en France, ni Eſclaves ni Affranchis ; ainſi ces trois Titres ne ſont abſolument d'aucun uſage parmi nous, pas même dans les Provinces où il reſte encore de ces gens appellez Main-mortes ou Mortaillables, dont nous avons

parlé sur le Titre 3. *de Jure personarum*, au premier Livre. Tout ce que nous pouvons observer, c'est que par l'art. 58. de l'Edit du mois de Mars 1685. touchant la Police des Isles de l'Amerique Françoise, il est commandé seulement aux Affranchis, de porter un respect singulier à leurs anciens Maîtres, à leurs Veuves & à leurs enfans; ensorte que l'injure qu'ils leur auroient faite, soit punie plus severement que si elle étoit faite à une autre personne : les Affranchis d'ailleurs, declarez francs & quittes de toutes autres Charges, Services & Droits utiles, que leurs anciens Maîtres voudroient prétendre, tant sur leurs personnes, que sur leurs biens & successions en qualité de Patrons.

TITRE X.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

Jus bonorum possessionis introductum est à Prætore, emendandi veteris Juris Gratiâ, &c.

LA difference que faisoit le Droit Romain, entre l'heredité & la possession des biens, n'est point connuë en France, où la condition de tous les successeurs à Titre universel, soit *ab intestat* ou par testament, est obsolument la même, les uns & les autres également appellez, & saisis par la regle, *le mort saisit le vif.*

§. 4. *Aliam bonorum possessionem, quæ undè vir & uxor appellatur, in suo vigore servavimus, &c.*

LA succession reciproque du mari & de la femme, au défaut des parens, vulgairement appellé *unde vir & uxor*, a lieu dans tous les Païs du Droit Ecrit, & elle a lieu encore, dans toutes les autres Provinces du Royaume dont les Coûtumes ne contiennent point de disposition contraire; M. Maynard, Liv. 4. Ch. 1. a crû cette Loi abrogée; mais il l'a crû

ſur la foi d'un Arrêt, qui, comme l'a obſervé Graverol ſur M. Laroche, *in verbo* legitimation, page 195. fut rendu en des circonſtances qui doivent le faire regarder comme une exception à la regle; ces circonſtances priſes de ce que la femme qui demandoit la ſucceſſion de ſon mari, s'étoit ſeparée de lui, qu'elle l'avoit abandonné durant ſa derniere maladie, & qu'elle étoit d'ailleurs ſoupçonnée de malverſation: en excluant de la ſucceſſion la femme qui avoit vêcu ſeparée de ſon mari, on ne fit que ſe conformer à la diſpoſition du Droit qui donne le même effet au divorce. Lebrun, page 114.

Nous avons dit, en parlant des bâtards decedez ſans teſtament, & ſans enfans procréés de legitime mariage, que le Roi leur ſuccedoit, ſauf le Droit du Seigneur, en la Juriſdiction duquel le bâtard étoit né, où il avoit eu ſon domicile pendant ſa vie, où il étoit decedé, & où les biens ſe trouvoient ſituez; & nous avons dit, de celui qui decede ſans heritiers teſtamentaires, & ſans aucuns parens, que les Seigneurs Hauts-Juſticiers lui ſuccedoient par Droit de Desherence, chacun pour les biens ſituez en l'étenduë de ſa Juriſdiction; l'Edit *undè vir & uxor*, eſt comme l'on voit, une exception tant au droit de bâtardiſe appartenant au Roi, qu'au droit de desherence appartenant aux Seigneurs Juſticiers; le mari ſuccede à ſa femme bâtarde, & la femme ſuccede à ſon mari bâtard à l'excluſion du Roi; la femme ou le mari decedant ſans aucuns parens, le ſurvivant ſuccede à l'excluſion du Seigneur Juſticier.

La veuve d'un bâtard decedé *ab inteſtat*, & ſans enfans, ſuccede à l'excluſion du Roi & des Seigneurs; mais en eſt-il de même de la veuve d'un étranger non naturaliſé? Celle-ci ſuccedera-t-elle pareillement à ſon mari à l'excluſion du Roi, & au préjudice du droit d'Aubaine? Les Arrêts ont jugé que non, & la difference en effet de l'un à l'autre cas eſt ſenſible; le Roi exclud la femme de l'étranger, parce qu'il exclud tous les parens de l'étranger qui ſeroient autant d'heritiers legitimes, s'ils n'étoient exclus par le droit d'aubaine; au lieu qu'on ne peut pas dire de la femme du bâtard, que le Roi l'excluë, parce qu'il exclud les parens ou les heritiers legitimes du mari, puiſqu'à proprement parler, un bâtard

n'a d'autres parens ou d'autres heritiers legitimes, que les enfans nés d'un legitime mariage, par lesquels le Roi est exclus, *nec genus nec gentem habet, nec ullo necessitudinis jure aut propinquitatis gradu conjunctus censetur*; le Roi peut dire à la femme de l'étranger, je dois vous exclurre, parce que j'exclus par le Droit d'aubaine, tous les parens de votre mari qui vous exclurroient, si ce droit ne formoit obstacle à leur pretention, *si vinco vincentem te, à fortiori vincam te*; mais il ne peut pas comme l'on voit, tenir le même langage à la femme du bâtard, la regle en ce cas, ou l'argument pris de la regle, *si vinco vincentem te, &c.* seroit faux & captieux; un bâtard encore une fois, n'ayant aucuns parens habiles à succeder, ou n'en ayant d'autres que ses enfans legitimes par qui le Roi est exclus; en un mot, le Roi excluant les parens de l'étranger qui sont autant d'heritiers legitimes appellez à la succession plûtôt que le survivant des conjoints, il faut par une consequence necessaire que ce survivant soit exclus par le Roi; comme il faut aussi que le Roi soit exclus par la femme du bâtard, parce que le bâtard ne laisse aucuns parens, ou que les seuls parens qu'il laisse habiles à succeder, c'est-à-dire, ses enfans legitimes, excluent le Roi. *Vide Benedicti in verbo uxorem, n.* 155. Journal des Audiences, Tom. 1. Liv. 2. Ch. 63. Lebrun, pag. 113. Bacquet, du Droit d'Aubaine, Ch. 33. M. Loüet let. F. Som. 22. & lett. V. Som. 13.

M. Lebrun, Pag. 111. M. Maynard, Liv. 3. ch. 25.

Dans les Païs du Droit Ecritt, on observe encore l'autentique, *præterea cod. undè vir & uxor*, prise de la Novelle 117. Ch. 1 qui donne à la femme survivante & qui se trouve en necessité, la quatriéme portion des biens du défunt * comme elle la donne aussi, & dans le même cas, au mari survivant, sur les biens de sa femme; cette quatriéme portion acquise au mari ou à la femme, soit qu'il y ait des enfans ou qu'il n'y en ait pas, en observant néanmoins que s'il y a des enfans, la proprieté leur fait retour; & en observant encore que si les enfans sont au nombre de quatre, & au-dessus, la femme ou le mari n'a qu'une portion virile, en imputant toûjours les legs, & autres liberalitez faites par le prédecedé.

* *Si matrimonium sit absque dote.*

On a demandé, si une femme qui avoit une dot modique, & fort au-dessous du quart des biens du mari, étoit dans le cas

de l'autentique? Et s'il en faut croire M. de Catelan, Liv. 4. Ch. 40. la queſtion s'étant preſentée en la cauſe de la veuve d'un Chirurgien, fille d'un Tailleur d'habits, qui avoit une dot de 400. liv. & 200. liv. d'augment, elle fut décidée en ſa faveur; le quart de la ſucceſſion de ſon mari mort riche & ſans enfans, lui ayant été adjugé, à la charge de l'imputation de ſa dot & augment; je dis s'il en faut croire à M. de Catelan, parce qu'en effet, le même Arrêt qu'il rapporte ſe trouve dans Albert, lett. D. art. 10. pag 151. de l'ancienne Edition, & de la nouvelle lett. F. Ch. 8. pag. 212. comme ayant jugé préciſement le contraire, le quart des biens (dit ce dernier Auteur) ayant été refuſé à la veuve malgré la modicité de ſa dot & de ſon augment; j'inclinerois volontiers à mettre cette queſtion au nombre de celles qui peuvent être jugées differament, ſuivant les circonſtances; rien de plus juſte ſans doute que la veuve d'un homme riche vive dans une aiſance proportionnée à ſon état, & que par ſon indigence ou ſa pauvreté, elle ne deshonnore pas la mémoire de ſon mari; mais ſeroit-il juſte auſſi, qu'une femme qui ſe ſeroit mariée avec une dot proportionnée à ſon état lors preſent, peut de la modicité de ſa dot ſe faire un Titre ou un prétexte pour emporter le quart d'un patrimoine devenu ample & conſiderable pendant le mariage; & ne conviendroit-il pas en ce cas, de lui aſſurer une aiſance honnête par une penſion viagere?

Il fut rendu l'année derniere 1732. un Arrêt ſur cette matiere au Parlement d'Aix, qui ſe conforma bien litteralement à la diſpoſition de l'autentique, mais contre lequel auſſi on a été conſeillé de ſe pourvoir par Requête civile; c'étoit en la cauſe du ſieur Meinfrin, heritier du ſieur Laugier, lequel après avoir épouſé la fille d'un Procureur, n'ayant l'un & l'autre preſque aucuns biens, laiſſa en mourant environ 6. ou 700000. liv. la veuve demandoit le quart de la ſucceſſion; & quoi qu'on lui oppoſât tout ce que dans l'eſpece de l'Arrêt rapporté par M. Maynard, Liv. 4. Ch. 1. on oppoſoit à la veuve pour l'exclurre de la ſucceſſion de ſon mari decedé *ab inteſtat.* & ſans aucuns parens, c'eſt-à-dire, habitation ſeparée, & ſoupçon de malverſation, ce quart lui fut adjugé; enſorte que cette femme, qui pendant quarante ans de mariage ſe ſeroit trouvée fort heureuſe

avec une Proviſion de 100. liv. ſe trouve aujourd'hui 15000. liv. en proprieté.

§. 4. & 5. *Liberis itaque & parentibus, in petendâ bonorum poſſeſſione anni ſpatium, cæteris autem centum dierum erit, & ſi intrà hoc tempus aliquis bonorum poſſeſſionem non petierit, &c.*

NOus pouvons obſerver en cet endroit, que dans notre Uſage, on peut ſe porter heritier pendant trente ans, c'eſt-à-dire, qu'il n'y a point de terme fatal, dans lequel on ſoit tenu d'accepter une heredité, ſi ce n'eſt que les coheritiers, les legataires ou les créanciers de la ſucceſſion, obligent l'heritier à prendre qualité, ce qu'ils peuvent faire comme nous avons obſervé ſur le Titre 19. *de hæredum qual. & diff.* au ſecond Livre, après les délais que donne l'Ordonnance, tant pour faire inventaire; que pour déliberer. Voyez Lebrun, pag. 390.

TITRES XI. XII. & XIII.

DE ACQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA addicuntur.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ fiebant per bonorum venditionem & ex Senatus-Conſulto Claudiano.

CEs trois Titres ſont abſolument inutiles, ſi on ne veut chercher quelque rapport du Senatus-Conſulte Claudien, *quo mulier ſervili amore Bacchata libertatem amittebat, & cum libertate ſubſtantiam*, avec l'art. 182. de l'Ordonnance de Blois, qui punit les veuves, lors qu'ayant des enfans du premier lit,

elles épouſent en ſecondes nôces leurs Valets ou Domeſtiques, en leur ôtant la liberté de diſpoſer de leurs biens à Titre de vente ou autrement; ſans doute afin qu'elles ne puiſſent directement ou indirectement faire aucuns avantages à leurs ſeconds maris.

TITRE XIV.

DE OBLIGATIONIBUS.

Obligatio eſt Juris vinculum, quo neceſſitate aſtringimur alicujus rei ſolvendæ, &c.

ON comprend, que cette définition ne peut convenir aux obligations purement naturelles, ainſi appellées, parce que la Loi, par des raiſons particulieres, n'a pas voulu les autoriſer, & qu'elles ne produiſent aucune action en Juſtice; telle eſt par exemple, l'obligation d'un fils de famille qui emprunte ſans le conſentement de ſon pere, l'obligation d'une femme qui contracte ſans être autoriſée par ſon mari, dans les Païs où cette autoriſation eſt neceſſaire. Et on comprend encore, que le mot d'obligation ou de contrat, ne ſe prend pas ici, comme on le prend communement, & dans le diſcours ordinaire, pour l'acte ou inſtrument qui contient la preuve du Contrat, mais pour le Contrat même, c'eſt-à-dire, pour la convention par laquelle deux ou pluſieurs perſonnes s'obligent, &c.

L'obligation priſe pour l'acte ou inſtrument qui contient la preuve des conventions, eſt ou autentique, ou privée: On appelle autentique celle qui a été paſſée devant Notaire, & celle-là encore, qui paſſée ſous ſignature privée, a été averée devant un Notaire ou un Magiſtrat: l'obligation privée eſt celle qui eſt paſſée entre les Parties même ſous leur ſignature, & ſans le miniſtere d'aucune perſonne publique; les actes privez obligent autant les Parties contractantes, que les actes

publics & autentiques ; mais ceux-ci ont ſur les autres deux avantages conſiderables : 1°. En ce qu'ils donnent hypoteque ſur tous & chacuns les biens de celui qui s'oblige : 2°. En ce qu'ils ont une execution parée dès que le Sceau de la Juriſdiction y a été oppoſé ; enſorte que ſans aucune autre permiſſion de Juge, on peut ſaiſir & excecuter, &c.

Ordonnance de François I. de 1539. art. 65. Rebuff. de litt. *executor.* art. 1°.

J'ai vû propoſer il y a quelque tems, à l'occaſion d'une Faillite arrivée à Nîmes, ſi un Conttat d'obligation paſſé à Rome pardevant Notaire pouvoit être regardé en France comme public & autentique, enſotte que le créancier dût être regardé comme hypotecaire, & comme tel préferé à tous les chirographaires ? L'Ordonnance de 1629. decide cette queſtion contre le créancier, lorſqu'elle dit en l'art 121. " Les Jugemens rendus, Contrats ou obligations reçûës és Royaumes & Souverainetez étrangeres, n'auront aucune hypoteque, ni execution en notre Royaume, ains tiendront les Contrats lieu de ſimples promeſſes, &c. " Cependant on crût le créancier qui conſultoit fondé à ſoutenir ſa prétention : & ce qui determina principalement à cet avis, fut une Déclaration du 6. Decembre 1707. qu'on trouve dans le Neron de 1720. Tom. 2. pag. 393. portant que les Actes & Contrats qui ont été ou ſeront paſſez par des Notairrs, demeurans hors l'étenduë du Royaume, ne pourront avoir aucune execution, ni fonder aucune action en Juſtice, privilege ou hypoteque, s'ils n'ont été contrôllez, dans les lieux ou dans les Bureaux les plus prochains des lieux où on voudra s'en ſervir : d'où on concluoit, que le Contrôle ne donnant par lui-même ni privilege ni hypoteque, l'hypoteque dont parloit la Déclaration, ne pouvoit être autre que du jour du Contrat. Albert ſous le mot Contrat, pag. 97. de l'ancienne Edition, & pag. 101. de celle 1731. parlant de l'Ordonnance de 1629. dit, qu'en cette matiere, comme en beaucoup d'autres, elle n'eſt pas univerſellement obſervée ; il rapporte ainſi que M. Leprêtre, Centurie 4. Ch. 80. & Baſſet, Tom. 2. pag. 298. nombre d'Arrêts, qui par rapport à l'hypoteque, n'ont fait aucune difference des Contrats paſſez dans le Royaume, ou hors du Royaume ; mais il faut convenir que tous ces Arrêts ſont enterieurs à l'Ordonnance, & qu'on n'en trouve

point

point qui ait été rendu depuis 1629.

A l'égard des Actes & Contrats paſſez dans le Royaume par les Notaires des Seigneurs, il y a une Declaration du 17. Septembre 1697. qui leur défend d'en paſſer aucuns entre des particuliers demeurant hors de leurs Juriſdictions, ni pour raiſon d'immeubles ou choſes ſituées hors deſdites Juriſdictions, à peine de nullité; défendant à tous Juges d'admettre aucunes hypoteques ni privileges en vertu des Actes & Contrats paſſez par leſdits Notaires ſubalternes, ſur des immeubles ſituez hors de leur Juriſdiction.

A l'égard des Notaires Royaux, quoique dans les regles ils ne puiſſent inſtrumenter hors de leur diſtrict, dans l'uſage pourtant on ne declare point nuls les Actes qu'ils ont paſſé ailleurs; mais on les oblige ſeulement de rendre les émolumens qu'ils ont perçû aux Notaires des lieux, & de leur remettre les originaux pour en delivrer des expeditions aux Parties; cet uſage eſt atteſté par M. de Catelan, Liv. 3. Ch. 33. & c'eſt à quoi il faut s'en tenir malgré ce qu'on trouve de contraire dans Brodeau ſur M. Loüet, lett. N. Som. 10. & dans le Traité de la preuve par témoins de Boiceau, pag. 486. *Vide* Henrys, Tom. 1. pag. 181. & 444.

§. 2. *Aut enim ex contractu ſunt, aut quaſi ex contractu, aut ex maleficio, vel quaſi ex maleficio, &c.*

NOus adoptons cette diviſion, mais non point la ſous diviſion que fait dabord Juſtinien des obligations qui naiſſent des Contrats, lorſqu'il dit, *aut enim re contrahuntur, aut conſenſu, aut verbis, au litteris*; nous obſerverons en ſon lieu, qu'on ne connoit point dans l'uſage, cette eſpece d'obligation, comme dans le Droit Romain, ſous le nom de ſtipulation, & qui ſe contractoit par les paroles, non plus que cette autre eſpece d'obligation, qui ſe contractoit par l'écriture.

TITRE XV.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione, &c.

PArmi nous, comme chez les Romains, le prêt eſt une convention par laquelle l'un donne à l'autre certaine quantité de blé, d'argent, de vin, & autres choſes ſemblables qui ſe conſument par l'uſage : enſorte que celui qui emprunte n'eſt jamais obligé de rendre la même choſe, mais ſeulement la même quantité, le même poids, ou la même meſure : une convention qui rend celui qui emprunte Maître & proprietaire de la choſe empruntée, *mutuum*, *de meo tuum*, enſorte que ſi la choſe empruntée vient à perir, de quelque maniere que ce ſoit, même par cas fortuit, elle eſt perduë pour celui qui a fait l'emprunt.

Suivant la Loi troiſiéme, *Cod. de uſuris*, le créancier en prêtant ſon argent pouvoit ſtipuler valablement avec le debiteur, qu'il lui ſeroit payé certain interêt ; mais il n'eſt preſque point de Parlement dans le Royaume où on ne juge que quelque ſtipulation qu'il y ait à cet égard entre le debiteur & le créancier, celui-ci ne peut exiger l'interêt des ſommes prêtées que du jour de l'interpellation judiciaire,, Contre les condamnez (dit l'art. 60. de l'Ordonnance d'Orleans),, à payer certaine ,, ſomme de deniers dûë par Cedule ou obligation, ſeront ,, adjugez les dommages & interês requis pour le retarde- ,, ment du payement, à compter du jour de l'ajournement ,, qui leur aura été fait, &c. J'ai dit, qu'il n'y a preſque point de Parlement dans le Royaume, qui ne juge inutile la ſtipulation des interêts dans un contrat de prêt, parce qu'il y en a en effet quelques-uns, où on ſuit encore à cet égard la diſpoſition du Droit Romain, & où les interêts ſont dûs *ex ſtipulatu* : du nombre de ceux-là eſt le Parlement de Pau, comme on peut voir par l'Arrêt que rapporte M. de Catelan, Liv. 5. Ch. 11.

On adjuge les interêts du jour de l'interpellation, parce que c'eſt de ce jour là ſeulement que le créancier eſt préſumé être en ſouffrance, & qu'on les adjuge, comme l'on dit communement, *non tam lucri percipiendi, quàm damni ſarciendi cauſâ*: On a demandé, ſi la requiſition faite qar le créancier à ſon débiteur, ne devoit point en cette matiere, avoir le même effet que l'interpellation judiciaire? Et il a été jugé que non; la requiſition faite par un acte extrajudiciel, ne fait point courir les interêts, parce que, comme il eſt dit en la Loi *amplius* 15. *ff.* *rem ratam haberi, qui petit extrà judicium, non reverà petere, ſed petere velle videtur*; & non-ſeulement une requiſition extrajudicielle, mais un commandement même fait en vertu des Lettres de Rigueur appoſées au Contrat, n'eſt compté pour rien par rapport aux interêts. On a demandé encore, ſi l'aſſignation donnée en payement du capital, fait ſuite pour les interêts, c'eſt-à-dire, ſi les interêts ſont dûs du jour de l'aſſignation, quoiqu'il n'en ſoit pas parlé dans l'exploit, non plus que dans le jugement de condamnation, & ſuivant l'opinion commune, les interêts ne ſont pas moins dûs, quoiqu'ils n'ayent pas été expreſſement demandez, ou expreſſement adjugez; Henris, Tome 2. page 470. démontre par de ſolides raiſons, que tel eſt l'eſprit de l'Ordonnance d'Orleans, & qu'on ne peut l'entendre autrement, ſoit qu'on regarde les interêts comme une peine pour le débiteur conſtitué en demeure & en mauvaiſe foi depuis l'aſſignation, ſoit qu'on les regarde comme un dedommagement pour le créancier préſumé être en ſouffrance du jour qu'il a demandé le payement du capital.

M. Dolive, Liv. 4. ch. 20.

M. de Catelan, Liv. 6. ch. 21.

Nous laiſſons aux Caſuiſtes à decider, s'il eſt des cas, où le créancier puiſſe recevoir les interêts d'une ſomme prêtée, ſoit qu'ils ayent été ſtipulez ou non, & comment on doit entendre ces paroles du Nouveau Teſtament, *mutuum date, nihil indè ſperantes*; nous obſerverons ſeulement, qu'on juge au Parlement de Toulouſe, que lorſque le débiteur a payé volontairement les interêts, il ne peut point les repêter, ni demander qu'ils ſoient imputez ſur le capital: *uſuræ ſolitæ non repetuntur*; ce que l'on entend auſſi des interêts qui auroient été liquidez entre le créancier & le débiteur, parce qu'on donne à la liquidation, le même effet qu'à un payement réel

M. de Catelan, Liv. 3. ch. 70.

& effectif ; la repetition ou imputation des interêts volontairement payez, ne peut être demandée, que lorſque le payement a été fait ſur un pied plus fort que celui reglé par les Ordonnances.

Par la Juriſprudence (diſons-nous) du Parlement de Toulouſe, les interêts volontairement payez ne peuvent être repetez ni imputez ; mais il en eſt autrement au Parlement de Paris, & on en peut juger par cet Arrêt que rapporte Henrys, Tome 1. page 468. par lequel un frere ayant vendu ſon propre bien pour en employer le prix à ſecourir ſon frere dans un beſoin preſſant, fut déchargé de l'imputation des interêts payez pendant quelques années, ſans interpellation precedente ; il falut (dit cet Auteur) toute la faveur des circonſtances dans leſquelles le prêt avoit été fait, pour décharger le frere de l'imputation, encore même ne peut-il s'empêcher de regarder l'Arrêt comme ſingulier, & ne devant être tiré à conſequence. *Vide* Brodeau ſur M. Loüet, lett. J. ſom. 8.

Graverol ſur M. Laroche, page 424.

Les interêts qu'il eſt permis d'exiger après la demande judiciaire ont été en divers tems, & differament reglez par les Ordonnances de nos Rois ; ils furent reglez au mois de Juin 1512. au denier douze, au mois de Juillet 1601. au denier ſeize, au mois de Mars 1634. au denier dix-huit, au mois de Decembre 1665. au denier vingt : & par un Edit ou Declaration du mois de Septembre 1679. remis dans quelques Provinces ſur le pied du denier dix-huit. Dans le mois de ..... 1720. il parut un Edit, qui dans toutes les Provinces ſans diſtinction, reduiſit les interêts ſur le pied du denier cinquante ; Mais les remontrances que fit à ce ſujet le Parlement de Toulouſe, ayant été accüeillies, l'Edit ne fut point enregiſtré, & par là les choſes reſterent en l'état où elles étoient auparavant : Par Edit du mois de Juin 1724. enregiſtré au Parlement de Toulouſe le 11. Septembre de la même année, les interêts furent reglez ſur le pied du denier trente : & par autre Edit du mois de Juin 1725. enregiſtré en ce Parlement le 9. Juillet ſuivant, ils furent encore remis ſur le pied du denier vingt.

Par le Droit Romain, les interêts ne peuvent exceder le capital, & ceſſent de courir lors qu'ils ont atteint la ſomme d'où ils proviennent, juſques-là que par la Novelle 121. qui abroge

la Loi 10. *Cod. de uſuris*, les interêts même payez *per particulares ſolutiones*, ſont imputez ſur le Capital en ce qu'ils l'excedent & le ſurpaſſent. Notre Juriſprudence ſuit bien le Droit Romain pour ce qui regarde le premier point, mais elle s'en éloigne pour le ſecond; l'imputation des interêts payez, *per particulares ſolutiones*, ne s'ordonnant jamais à quelque ſomme qu'ils puiſſent monter, non plus que l'imputation des interêts qui ont été liquidez entre les créanciers & le debiteur: la liquidation ayant encore à cet égard le même effet que le payement. *Vide* M. de Catellan, Liv. 5. Ch. 70. M. Laroche & Graverol, pag. 423. & M. Maynard, Liv. 2. Ch. 27.

Les Auteurs que nous venons de citer conviennent tous, qu'il faut excepter de la regle, qui fait ceſſer les interêts dès qu'ils ont atteint le capital, les interêts de certaines dettes favorables: des dots par exemple, & des legitimes; & ce qu'il y a de ſingulier, c'eſt que pluſieurs autres Auteurs, du nombre deſquels eſt Henrys, Tome premier, pag. 470. croyent au contraire, que c'eſt pour ces interêts des dettes favorables qui courent ſans interpellation, que la regle a été faite, & que l'exception eſt pour les interêts dûs depuis, & par l'effet de l'interpellation ſuivie de la condamnation; lors qu'un débiteur, diſent-ils, a été condamné à payer, le créancier peut exiger les interêts, pendant & ſi long-tems que dure l'action qui naît de la Sentence, *actio judicati*, au lieu que dans les dettes provenant des dots ou des legitimes, le créancier n'ayant autre titre pour la perception des interêts que la faveur & la nature de la créance, on peut préſumer de ſon inaction, qu'après que les interêts ont atteint le capital, il a entendu y renoncer, en ſe conformant à la diſpoſition du Droit. Quoiqu'il en ſoit de cette differente maniere de penſer, la regle & l'exception dans l'uſage du Parlement de Toulouſe ſont telles que nous l'avons dit; & aux cas exceptez de la regle, il faut encore ajoûter celui où le créancier après avoir fait condamner ſon débiteur, a fait des pourſuites continuelles pour ſe faire payer; car, comme il eſt obſervé par M. de Catellan en l'endroit cité, ſi le débiteur condamné donnoit lieu par ſes chicanes à des interêts qui excedaſſent le capital, ſeroit-il juſte alors de s'en tenir ſcrupuleuſement à la regle, en laiſſant im-

punie la mauvaiſe foi de ce débiteur, comme elle le ſeroit ſi les interêts ne pouvoient être adjugez au-delà du double.

L. 28. Cod. de uſur.

Les interêts des interêts ſont régardez comme une uſure très-odieuſe, on ne les adjuge qu'en faveur des pupilles contre les tuteurs, dans le cas dont nous avons parlé ſur le Titre 20. de *attiliano tutore*, au premier Livre, & en faveur de celui qui en qualité de caution a payé les interêts à la décharge du principal débiteur, le tout comme il eſt expliqué au long par M. Dolive, Liv. 4. Ch. 32. le créancier d'une ſomme en capital & interêts en fait ceſſion & tranſport à un tiers, & le débiteur, ſi l'on veut, accepte la ceſſion, & s'oblige envers le ceſſionnaire : le ceſſionnaire faute de payement pourra-t'il demander les interêts de l'entiere ſomme cedée ? Et pourra-t'il les demander par la raiſon que l'entiere ſomme cedée lui repreſente un capital, & que par rapport à lui, *totum vice ſortis fungitur* ? M. Leprêtre, Centurie 2. Ch. 30. a crû le ceſſionnaire fondé, & que le payement des interêts des interêts ne tomboit pas en ce cas dans ce qu'on appelle anatociſme ; mais outre que dans les regles un ceſſionnaire ne peut exercer les droits de ſon cedant avec plus d'avantage que l'auroit pû le cedant lui-même, on comprend d'ailleurs combien il ſeroit aiſé de frauder la Loi par de pareils tranſports : Auſſi nos meilleurs Auteurs ſe ſont-ils élevez contre cette déciſion ; on peut voir ce qu'en dit Henrys, Tome 2. page 405. & Brodeau, ſur M. Loüet, lett. R. ſom. 55. le débiteur d'une ſomme en capital & interêts fait ceſſion & tranſport à ſon créancier d'un capital *qui* lui eſt dû par un tiers : le ceſſionnaire faute de payement pourra-t'il demander les interêts de l'entiere ſomme cedée, & le débiteur cédé ne pourra-t'il point lui oppoſer, que les interêts faiſant partie de la ſomme cedée, ne peuvent produire d'autres interêts ? Cette exception de la part du débiteur cedé, ne ſeroit pas pertinente, & il eſt aiſé en effet de comprendre la difference qu'il y a de ce dernier cas à l'autre : Dans le premier, le débiteur eſt toûjours le même, & ſur la tête du même débiteur, les interêts ne peuvent changer de nature : Dans le ſecond, il y a un changement total en la nature de la dette ; & puiſque nous ſuppoſons que la ſomme cédée eſt toute dûë en capital par le débiteur cedé, rien de plus indifferent pour le

Voyez un Arrêt ſingulier pour les interêts des interêts d'une legitime, rapporté dans le Journal des Audiences, Tome 1. Liv. 9. Ch. 2. page 678. de l'Edition de 1733.

débiteur qui a fait la ceſſion, que les interêts en ſoient payez ou non, comme il eſt indifferent auſſi au débiteur cedé, de payer les interêts au ceſſionnaire, ainſi qu'il auroit été obligé de les payer au cedant créancier originaire.

Lanatociſme ne tombe pas ſeulement ſur les interêts des interêts, il tombe encore ſur les interêts des arrerages de rente fonciere liquidez entre le Seigneur & l'Emphiteote, ainſi que ſur les fruits dont la reſtitution a été ordonnée, & qui ont été liquidez à une certaine ſomme, les Arrêts ayant jugé que les arrerages de rente ne pouvoient produire des interêts au profit du Seigneur, & que les fruits ne pouvoient pas non plus produire des interêts pour celui au profit de qui la reſtitution avoit été ordonnée : les arrerages de rente, diſons-nous, ne peuvent produire des interêts au profit du Seigneur, mais rien n'empêche qu'ils n'en puiſſent produire au profit du Fermier pour qui ces arrerages ſont comme un capital qui repreſente le prix de la Ferme, M. de Catellan, Liv. *6*. Ch. *6*.

Dans le reſſort du Parlement de Toulouſe, on ne ſuit point la diſpoſition du Droit Romain en la Loi *Lucius*, *ff. qui pot. in pig.* qui veut, qu'en la diſtribution des biens du débiteur, les interêts ſoient alloüez en même rang que le capital : par un uſage particulier à ce Parlement, les interêts ne ſont alloüez qu'après toutes les ſommes principales, & il n'y a d'exception que pour les cas marquez par M. Dolive, Liv. 4. Ch. 21. ſçavoir, pour les interêts des dots, des legitimes, des droits ſucceſſifs du prix des *choſes venduës, & pour les interêts enfin, payez par la caution* au créancier à la décharge du débiteur.

La prohibition faite par les Ordonnances de nos Rois, & plus encore par les Conſtitutions Canoniques, de ſtipuler les interêts d'une ſomme prêtée, a rendu fort frequent parmi nous l'uſage des Conſtitutions de rente, qui ſont une eſpece de vente en laquelle le ſort principal qui eſt payé par l'acquereur de la rente, tient lieu de prix, & le droit de percevoir annuellement la rente, tient lieu de la choſe venduë.

Dumoulin *tract. de uſuris quæſt.* 50. marque trois conditions eſſentielles & neceſſaires pour la validité d'un Contrat de Conſtitution de rente : la premiere, que le ſort principal ſoit aliené pour toûjours, c'eſt-à-dire, qu'il ne puiſſe jamais être repeté

par le créancier de la rente : la deuxiéme, que la rente ne ſoit pas conſtituée ſur un plus haut pied que celui de l'Ordonnance, qui eſt le même auquel les interêts ont été fixés : & la troiſiéme, que le débiteur de la rente ait la faculté perpetuelle de la racheter en rembourſant le ſort principal

A ces trois conditions, on peut, ſuivant l'obſervation de Mornac, ſur la Loi 26. *Cod. de uſuris*, en ajoûter encore une quatriéme, ſçavoir, que le prix en ſoit payé comptant, & qu'il en ſoit fait mention expreſſe dans le Contrat, ainſi que des eſpeces reçûës par celui qui s'aſſujettit à la rente : *tanti numeratio ea eſt, ubi de conſtituendo emptitio reditu agitur, nè ſcilicèt in fictо illo partu pecuniæ fraus fiat, ut niſi enuncietur numeratio, & quæ pecuniarum ſpecies, nullius planè momenti ſit conſtitutio.*

On a jugé, que le pacte par lequel le créancier ſe reſerve de pouvoir exiger le capital en cas de ceſſation du payement de la rente pendant deux ou trois années, étoit un pacte licite, & n'avoit rien de contraire à la premiere condition touchant l'alienation du capital ; en quoi on s'eſt éloigné de la diſpoſition de l'Ordonnance de 1629. laquelle en l'art. 149. veut que le défaut de payement de la rente, ne puiſſe jamais ſervir de prétexte au créancier pour en demander le rachat : *Ayant reçu plainte qu'en aucuns de nos Parlemens, il ſe pratique un uſage contraire à nos Ordonnances, contraignant les débiteurs au rachat des rentes à faute de payement des arrerages nous avons aboli & aboliſons ledit uſage, & défendons à tous nos ſujets de contraindre leſdits débiteurs au rachat des rentes conſtituées, &c.* Le pacte n'a rien de vicieux, mais il eſt rare que le créancier en retire, ou puiſſe en retirer quelque avantage ; car ſi le débiteur offre de payer les arrerages échûs, on le reçoit preſque toûjours à purger la demeure, *celeri præſtatione*, & dans le délai qu'on lui donne pour executer ſes offres, on peut voir là-deſſus les Arrêts rapportez par M. de Catellan, Liv. 5. Ch. 20.

On pourroit éluder la ſeconde condition ſur le plus ou le moins de la rente, en établiſſant la rente en grains, & non en argent ; mais c'eſt à quoi il a été pourvû par les Ordonnances rapportées & expliquées par Thevenau, Liv. 2. de ſon Commentaire,

Commentaire, page 335. en ce qu'elles declarent reductibles en argent, toutes rentes conſtituées en grains de quelque tems & à quelque prix que ce ſoit; une rente pour être conſtituée en grains, n'acquiert point la qualité d'une rente fonciere; une rente vrayment fonciere ne peut être établie à prix d'argent, & il faut que le fonds même ou le Bail du fonds en ſoit le prix; toute rente établie autrement que *in traditione fundi* regardée comme volante, reductible, par conſequent rachetable & preſcriptible. Un homme poſſedant un fonds allodial, conſent que ſur ce fonds, & pour une certaine ſomme, il ſoit créé une rente: On a demandé ſi cette rente pouvoit être regardée comme fonciere, & les Arrêts ont jugé que non; ils l'ont regardée comme conſtituée & volante, & comme telle reductible & rachetable; on pourroit dire dans le cas propoſé, que l'établiſſement de la rente par une eſpece de fiction *fictione brevis manus*, a été precedé de la tradition dû fonds, rien n'empêchant en effet que celui qui poſſede un fonds allodial, ne le délivre d'une main à titre de vente, & ne le reçoive de l'autre ſous la condition de payer annuellement une rente; mais comme il eſt obſervé par M. Dolive en ſes Nottes ſur le Ch. 21. du Livre 2. & par M. de Catellan, Liv. 3. Ch. 4. tout cela n'eſt que ſubtilité, & ne peut que ſervir de pretexte à faire impunement des Contrats uſuraires.

On a douté, touchant la troiſiéme condition, ſi la clauſe par laquelle le débiteur s'oblige d'avertir le creancier quelque tems avant le rembourſement, ne donnoit pas atteinte à la faculté du rachat, *toties quoties*; mais depuis les dernieres revolutions, c'eſt choſe dont on ne doute plus au Palais; on a veu tant de créanciers ruïnez par des rembourſemens faits en des conjonctures critiques, que pourveu que le délai n'excede pas deux ou trois mois, il n'eſt point de débiteur, qui ſur le réfus du créancier, oſât hazarder une conſignation.

A l'égard de la quatriéme condition, concernant la neceſſité de la réelle numeration, Henrys, Tome 1. page 562. obſerve qu'on ne fait rien de contraire, lorſque pour le prix de la rente, on cancelle une obligation anterieure; & en effet, dit cet Auteur, c'eſt comme ſi le créancier recevoit d'une main la ſomme qui lui eſt dûë, & qu'il la délivrât de l'autre pour

acquerir la rente, *celeritate conjungendorum actuum unus occultatur, & alter proditur, &c.*

Les Contrats de conſtitutions de rente, ont été approuvez par les Papes Martin V. & Calixte III. dans les Extravagantes *Regimini* 1. & 2. *de empt. & vend.* & on ne doute plus aujourd'hui, que l'uſage n'en ſoit très licite dans l'un & dans l'autre fore. Quelques Auteurs ont crû, que de pareils Contrats n'étoient permis, que lors que le débiteur de la rente, poſſedoit des immeubles, dont les fruits étoient affectez au créancier, afin qu'il y eût plus de rapport à une vente des fruits, qu'à des interêts de la ſomme donnée pour le ſort principal; mais cette oppinion a été rejettée, & on ne peut point dire en effet qu'elle ſoit fondée ſur les Extravagantes *Regimini*, puis qu'en parlant de la rente établie ſur un fonds, elles decident formellement, que le capital n'en pourra être exigé par l'acheteur, quoique le fonds ſoit entierement perdu.

Par l'Ordonnance de Louis XII de l'année 1510. on ne peut demander que cinq années d'arrerages des rentes conſtituées; ces arrerages autrefois étoient alloüez dans la diſtribution des biens du débiteur, année par année, mais cette Juriſprudence a changé; on les alloüe aujourd'hui de cinq années avant l'introduction de l'inſtance en même rang que le capital; & les arrerages qui ont couru depuis l'inſtance ont encore le même privilege, enſemble ceux qui ſe trouvent avoir été liquidez par un acte public, ou par une Sentence, quoi qu'au délà de cinq années avant l'inſtance. Il n'en eſt pas de cette preſcription de cinq ans, comme de la preſcription d'un an ou de ſix mois introduite par l'Ordonnance de 1673. Tit. 1. Art. 7. & 8. contre les Marchands & Artiſans pour le payement de leurs marchandiſes & de leurs ouvrages; celle-ci n'acquiert de liberation au débiteur, qu'autant qu'elle fait préſumer le payement; ce qui fait que le débiteur ſur le fait & la verité du payement, ne peut éviter de jurer toutes les fois que le ſerment lui eſt déferé; au lieu que par l'autre, l'action du créancier eſt abſolument éteinte; en ſorte que quelque aveu que fît le débiteur de la ceſſation du payement pendant plus de cinq années, le creancier n'en pourroit retirer aucun avantage.

M. de Catelan, Livre. 6. ch. 55.

Henrys, tom. 1. pag. 563.

Par la raiſon, que la preſcription de cinq ans éteint l'action

du creancier pour les arrerages du tems anterieur, il ſemble qu'elle ne devroit pas courir contre le Mineur, ou du moins que le Mineur devroit être reſtitué envers le laps du tems, comme il l'eſt dans les preſcriptions de 10. 20. ou 30. années, par leſquelles l'action eſt pareillement éteinte; Cependant la queſtion s'étant preſentée au mois de Juillet 1698. en la Troiſiéme Chambre des Enquêtes du Parlement de Toulouſe, elle fut jugée contre le Mineur; on n'eut aucun égard aux lettres qu'il avoit pris pour être relevé du laps du tems, les arrerages de la rente ne lui furent adjugez que de cinq années.

Les rentes conſtituées & les interêts, ſont fixez (comme nous l'avons déja dit) ſur le même pied, mais il y a cette difference, que les interêts d'une ſomme dûë par contrat ou obligation, ne ſont dûs (comme nous l'avons obſervé), que du jour de l'interpellation judiciaire; au lieu que ſuivant l'obſervation de Thevenau, Liv. 2. de ſon Commantaire, page 339. il ne faut à l'égard des rentes conſtituées, qu'un Commandement, & un Commandement extrajudiciel de la part du créancier, pour proroger ſon action au-delà de cinq années; l'uſage (dit cet Auteur) l'ayant ainſi introduit, & les Arrêts, l'ayant ainſi jugé, contre les termes de l'Ordonnance, qui pour faire courir la rente après les cinq années, requiert qu'il en ſoit fait demande en Juſtice. Autre, difference encore remarquable, c'eſt qu'à l'égard des rentes conſtituées, les arrerages en ſont toûjours payez ſuivant les anciens Contrats, les Edits & les Declarations n'ayant à cet égard aucun effet retroactif; en ſorte qu'on voit encore aujourd'hui, des rentes conſtituées au denier douze & au denier ſeize, quoi qu'il ne ſoit plus permis d'en conſtituer qu'au denier vingt; au lieu qu'à l'égard des interêts, le payement ou la liquidation en doit être faite tems par tems, ſuivant qu'ils ont été differament reglez par les Edits & les Declarations; en ſorte qu'il n'eſt point aujourd'hui d'obligation ſi ancienne qu'elle ſoit, dont les interêts ſoient dûs ſur un pied plus haut que celui du denier vingt.

Henrys, Tome. 1. page 662. eſt du même avis.

vid. vicard tom. 2. pag. 430. 431. n. 818. 819.

§. 1. *Is qui non debitum accepit, re obligatur, &c.*

Justinien a raison de dire, que l'obligation dont il parle en ce §. ne naît point d'un veritable Contrat, parce qu'en effet, celui qui paye une somme qu'il ne doit pas, a eu moins intention de contracter, que de se liberer.

La grande regle, & une regle sûre Sur la question, comment & dans quels cas on peut repeter une somme qu'on a payé, & qu'on ne devoit pas, est celle-là; que si j'ai payé une somme sans la devoir, ni par une obligation civile, ni par une obligation naturelle, je puis la repeter, sans distinguer si j'ai payé par une ignorance de Fait ou de Droit; & que si au contraire, j'ai payé une somme dont il n'y avoit aucune obligation civile, mais pour laquelle j'étois naturellement obligé, je ne puis repeter que dans le cas où j'aurois payé par une erreur de Fait: Cette regle est parfaitement bien expliquée par Duperier, Liv. 2. quest. 19. & 20. & par Vinnius sur ce §. des Instituts.

Mornac sur la Loi premiere, *de condictione indebiti*, decide, que lors qu'on a payé par erreur une somme qu'on ne devoit point, & pour laquelle il n'y avoit aucune obligation naturelle ou civile, on pouvoit la repeter même avec les interêts; cette Loi premiere, dit-il, étant corrigée par la Loi 18. *Cod de usuris*; mais Henrys, tome 2. page 404. a démontré que les deux Loix bien entenduës, n'avoient entr'elles rien de contraire, & qu'il ne pouvoit y avoir aucun prétexte à demander les interêts d'une somme indûëment payée, *ea sola quantitas repetitur quæ indebitè soluta est*; s'il y avoit quelque cas excepté de la regle, ce seroit celui (suivant l'observation de Bretonnier sur Henrys en l'endroit cité) où le payement auroit été forcé, ou que la chose dont la restitution est ordonnée, produiroit d'elle-même quelques fruits, ou quelques revenus

§. 2. Cui res aliqua utenda datur, id eſt, commodatur, re obligatur, &c.

NOus n'avons dans notre langue que le mot de prêt, pour exprimer le Contrat dont il eſt parlé en ce §. quoique très-different de celui dont il eſt parlé au commencement de ce Titre.

Commodat, ou prêt à uſage, eſt une convention par laquelle, l'un baille à l'autre, une choſe pour s'en ſervir gratuitement, à la charge de rendre après un certain tems, la même choſe qui a été prêtée. De cette définition, Juſtinien conclud, avec raiſon, que comme la choſe prêtée ne change point de maître, ſi elle perit par accident, elle eſt perduë pour celui qui l'a prêtée; mais comme ce Contrat eſt purement gratuit, l'Empereur en conclud auſſi très-juſtement, que ſi celui qui a emprunté, laiſſe perdre la choſe par ſa faute quelque legere qu'elle puiſſe être, il en eſt reſponſable, juſques-là qu'il eſt même garant du cas fortuit, lorſqu'il ſe ſert de la choſe empruntée à d'autres uſages que ceux pour leſquels elle a été prêtée: Suivant les Arrêts rapportez par Albert, lett. C. page 80. de l'ancienne Edition, la préſomption eſt toûjours dans le doute, que la choſe a peri par la faute de celui qui la empruntée; & la Loi de Moïſe l'entend ſans doute ainſi, lorſqu'il eſt dit au Ch. 22. de l'Exode, que la choſe prêtée perit pour le Maître lors qu'elle perit en ſa préſence, la préſence du Maître faiſant une exception à la regle, & ſuppoſant qu'en tout autre cas, la perte regarde le commodataire s'il ne prouve le cas fortuit qui l'a cauſée: *quod debilitatum aut mortuum fuerit Domino non præſente reddere compelletur, quod ſi in præſentiâ Dominus fuerit, non reſtituet.*

J'ai vû propoſer il n'y a pas long-tems une queſtion, ſçavoir, ſi le commodataire ſe trouvant créancier du prêteur, pouvoit retenir la choſe prêtée pour la ſûreté de ſa dette, ou s'il pouvoit uſer de compenſation; & il fut decidé qu'il ne pouvoit ni l'un ni l'autre, *pretextu debiti* (dit la Loi derniere) *ff. de commodato, reſtitutio commodati non probabiliter recuſatur.*

§. 3. Præterea & is, apud quem res aliquo deponitur, re obligatur, &c.

NOus diſtinguons, comme on diſtinguoit dans le Droit Romain, le dépôt volontaire, ainſi appellé, parce qu'on le fait à loiſir & avec liberté de choix, d'avec le dépôt neceſſaire, ainſi appellé, parce qu'on le fait à la hâte ſans Deliberation & ſans choix, en cas d'incendie, ruïne, tumulte, naufrage, ou autres cas imprévûs, dans leſquels, comme dit la Loi premiere, *ff. de exercitoria actione, locus vel tempus non patitur pleniùs deliberandi conſilium.*

Le dépôt neceſſaire a cela de particulier, que la preuve en peut être reçûë par témoins; au lieu que le dépôt volontaire eſt compris dans la diſpoſition de l'Ordonnance de Moulins, & de celle de 1667. ſuivant leſquelles, la preuve par témoins ne peut être reçûë, toutes les fois qu'il s'agit de choſe excedant la ſomme ou valeur de cent livres; l'Ordonnance de Moulins ne parloit pas nommément du dépôt, ſoit volontaire ou neceſſaire, & par cette raiſon, nombre d'Auteurs croyoient, qu'ils devoient l'un & l'autre être exceptez de la regle, *velim ſaltem*, dit M. Cujas en ſes Paratitles ſur le Titre *Depoſiti* au Code, *velim ſaltem excipi à Conſtitutione molinenſi ſacri arcanique depoſiti cauſam*; mais l'Ordonnance de 1667. Titre des Faits qui giſſent en preuve, Art. 2. & 3. renouvellant la diſpoſition de l'Ordonnance de Moulins, y comprend nommément le dépôt volontaire, & en excepte taxativement le dépôt neceſſaire; ainſi il ne peut plus y avoir là-deſſus diverſité d'avis, ni matiere de conteſtation. Si la preuve d'un dépôt volontaire peut être ordonnée par témoins, ce n'eſt, ainſi qu'à l'égard de tous autres Actes & Contrats, que lorſqu'il y a un commencement de preuve par écrit; ſur quoi Chaſſanée en ſes Notes ſur les reſcripts de l'Empereur Severe rapporte, que plaidant lui-même au Parlement de Paris pour un Particulier, qui avoit dépoſé une certaine ſomme entre les mains d'un autre qui nioit de l'avoir reçûë, il fit ordonner la preuve par témoins, ſur ce que ſa partie rapportoit une lettre à elle écrite par le dépoſitaire, & par laquelle le dépoſitaire lui mandoit qu'il la ſatisfai-

Ad L. ſi tibi, Cod. de teſtib.

roit ſur ce qu'elle ſçavoit bien : Cette lettre quoique conçûë, comme l'on voit, en termes fort vagues, ayant été regardée comme un commencement de preuve par écrit. Le dépôt ſeroit donc perdu pour celui qui l'auroit confié à un dépoſitaire infidelle, s'il n'y avoit preuve ou commencement de preuve par écrit ; mais comme le déſaveu ou la retention du dépôt tombe dans le crime, & que l'interverſion même du dépôt eſt regardée comme une eſpece de vol, *furtum ſit, ſi is apud quem res depoſita eſt eâ re utatur*, qu'y auroit-il en ce cas qu'à prendre la voye criminelle, & de ſubſtituer ainſi l'information à l'enquête ?

§. 6. *Infra de obligat. quæ ex quaſi delicto &c.*

Il y a encore cela de particulier dans le dépôt neceſſaire, que par l'Ordonnance de 1667. Tit. 34. art. 4. le dépoſitaire peut être contraint par corps à la reſtitution *cum exigente neceſſitate deponitur*, dit la Loi 1. §. *merito*, *ff. depoſiti creſcit perfidiæ crimen & publicâ utilitate coercendum eſt, vindicandæ Reipublicæ cauſâ, &c.* par cette raiſon, priſe de l'utilité publique, ou d'une infidélité plus marquée, les Loix puniſſoient le dépoſitaire par la peine du double : & à cette peine l'Ordonnance a ſubſtitué la contrainte par corps.

La même Ordonnance de 1667. Tit. 20. art. 4. parle du dépôt qui ſe fait en logeant dans une Hôtellerie, entre les mains de l'Hôte ou de l'Hôteſſe, & ſans s'expliquer autrement ſur la nature de ce dépôt, elle ſe contente de declarer n'entendre empêcher, que la preuve par témoins n'en puiſſe être ordonnée par les Juges, ſuivant la qualité des perſonnes & les circonſtances du fait. On ne peut ſans doute regarder le dépôt que fait un Voyageur entre les mains de l'Hôte ou de l'Hôteſſe, que comme un eſpece de dépôt neceſſaire ; mais il ne ſeroit pas juſte auſſi que ſous ce prétexte on abandonnât les Hôtes à la diſcretion de toute ſorte de gens qui viennent loger chez eux ; & c'eſt dans cet eſprit, que l'Ordonnance laiſſe arbitraire aux Juges la queſtion, ſi la preuve par témoins doit être reçûë ou rejettée. Il eſt remarquable que pour rendre un Hôte reſponſable des effets qui on été volez en ſa maiſon, il n'eſt pas neceſſaire de prouver que ces effets ont été dépoſez entre ſes mains, & qu'il eſt coupable ou complice du vol, les Arrêts ayant jugé qu'un Hôte eſt reſponſable des

effets, hardes & marchandiſes portées en ſa maiſon, quoiqu'il ne les ait ni vûës ni reconnuës; & ayant jugé encore qu'un Hôte eſt civilement garant du fait de ſes Domeſtiques, enfans, Voyageurs, ou autres perſonnes logées dans l'Hôtellerie, le tout conformement à la diſpoſition du Droit au Titre du Digeſte, *nautæ, Caupones, ſtabularii ut recepta reſtituant.* J'ai vû en pareil cas, déferer à celui qui ſe plaignoit du vol & enlevement des effets dont la valeur ou la quantité ne pouvoit être autrement conſtatée, le ſerment *in litem*, à concurrence de certaine ſomme; mais je l'ai vû auſſi quelque fois réfuſer; tout dépend encore à cet égard, de la qualité des perſonnes, & des circonſtances du fait. Voyez les Arrêts de Montholon, Ch. 15. le Journal des Audiences, Tom. 1. Liv. 8. Ch. 2. M. Maynard, Liv. 8. Ch. 82. & 83. Leprêtre, Centurie premiere, Ch. 19. M. Laroche, *in verbo* Hôteliers, pag. 534.

Par la raiſon, que l'interverſion du dépôt ou l'emploi qu'en fait le dépoſitaire à ſes propres uſages, eſt regardé comme une eſpece de larcin, les Arrêts ont jugé que le dépoſitaire en devoit les interêts, j'en vis rendre un entr'autres, le 11. Juillet 1709. à l'Audience de la premiere Chambre des Enquêtes, en la cauſe du ſieur Magne Chanoine de Nîmes, qui fut condamné à payer les interêts d'une ſomme de 478. liv. depoſée entre ſes mains, ſur l'aveu qu'il avoit fait dans une audition cathegorique, de s'être ſervi de cette ſomme, on peut voir Graverol ſur M. Laroche, pag. 130.

Graverol dit en l'endroit qui vient d'être cité, que quand le dépoſitaire vivroit autant que Mathuſalem, il ne pourroit jamais oppoſer aucune preſcription; & cette propoſition eſt vraye, ſi on ſuppoſe que la choſe depoſée eſt encore extante & en nature: vraye & par rapport au dépoſitaire, & par rapport encore à ſes heritiers & ſucceſſeurs, parce que le dépoſitaire & les ſucceſſeurs, ne peuvent comme l'on dit, *mutare ſibi cauſam poſſeſſionis*, & ne peuvent par conſequent ſe faire un Titre de leur poſſeſſion quand elle ſeroit de pluſieurs ſiécles; mais elle peut être fauſſe, ſi on ſuppoſe que la choſe depoſée n'exiſte plus; car comme l'obſerve Henrys, Tome 2. pag. 403. pourquoi en ce dernier cas l'action pour repeter le dépôt, *actio depoſiti*, ne ſeroit-elle pas ſujette à la Loi de la

douteux au ſujet des voyageurs, v. de Lapoſtolle Cent. 1. Ch. 19. la loy unique §. 6. ff. furti adverſus nautas dit que les hotes ne ſont pas tenus du fait des voyageurs, il ſ. paroit que les derniers termes de la loy 1. ff. naut. Caupon. ſtabul. decident qu'ils en ſont tenus; mais la §. 7. de la loy in fin. ff. eod. — contredit les derniers termes de la loy 1. ainſy pour le droit commun l'hote n'eſt pas tenu du fait des voyageurs.

la preſcription ? Et pourquoi ne pas préſumer après trente années que le dépôt a été rendu, ou que le dépoſitaire en a été dechargé ; du moins la choſe eſt-elle ſans difficulté en faveur des heritiers ou ſucceſſeurs du dépoſitaire, Graverol lui-même en convient: & aux Arrêts qu'il rapporte, on peut ajoûter celui qui fut rendu au mois de Janvier 1700. à l'Audience de la troiſiéme Chambre des Enquêtes, en la cauſe de l'heritier de Roüel, contre la nommée Farjonel femme de Godefroi ; l'heritier fut dechargé du dépôt fait entre les mains de ſon Auteur, à la charge de ſe purger par ſerment ne ſçavoir pas que Roüel eût gardé l'argent depoſé. Du reſte, il eſt de la nature du dépôt qu'il ſoit fait en eſpeces & non en quantité : *ſi quis pecuniam numeratam*, dit la Loi, *in navem, ff. locati, ità depoſuiſſet, ut neque clauſam neque obſignatam traderet, ſed adnumeraret : itur in creditum, & nihil aliud debet apud quem depoſita eſt, niſi tantumdem pecuniæ. Vide* Leprêtre, Centurie 1. Ch. 90.

Du dépôt remis par un Teſtateur, à la charge par le dépoſitaire de le remettre après ſa mort à un tiers. *Vide* Soëfve, Tom. 2. pag. 258. Journal des Audiences de la penultiéme Edition, Tom. 2. pag. 773. & de celle de 1733. Tom. 2. pag. 343.

§. 4. *Creditor qui pignus accepit, re obligatur, &c.*

GAge & hypoteque, ces deux termes dans le Droit ſont preſque ſynonimes ; mais à parler proprement, le gage s'entend d'une choſe mobiliaire dont la poſſeſſion réélle & actuelle eſt transferée en la perſonne du créancier pour la ſûreté de la dette, & l'hypoteque s'entend des immeubles, que le debiteur affecte ou engage pour le payement, & dont il retient la poſſeſſion : Juſtinien parle ici du gage pris dans ſa propre ſignification.

§. 4. *Pignus utriuſque causâ datur, & Creditoris, quo magis ei in tuto ſit creditum, &c.*

IL ſemble qu'il ſoit de la nature de ce Contrat, que le créancier ne puiſſe être deſaiſi du gage, qu'il ne ſoit payé de la ſomme pour l'aſſurance de laquelle le gage lui a été donné ; cependant par Arrêt rapporté par M. de Cambolas, Liv. 4. Ch. 4. il a été jugé, que dans la diſtribution des biens du debiteur, le créancier ſaiſi du gage n'avoit aucune préference ?

& que le prix devroit en être distribué aux créanciers, suivant l'ordre & le privilege de leurs hypotequés ; les textes du Droit qui paroissent contraires, ayant été interpretez de maniere, qu'ils ayent lieu seulement, contre le debiteur qui veut repeter les choses engagées sans payer, & non point contre les créanciers de celui à qui le gage appartient : La Coûtume de Paris en dispose autrement ; car après avoir dit en l'art. 179. „ Qu'en „ cas de deconfiture, chaque créancier vient à contribution, „ au sol la livre, sur les biens meubles du debiteur, &c. „ marque en l'art. 181. comme une exception à la regle, que „ la contribution n'a lieu, quand le créancier se trouve saisi „ du meuble qui lui a été baillé en gage.

Vide Albert, pag. 81. de l'ancienne Edition.

Si on juge à Paris, que le créancier saisi du gage a droit de le retenir, & qu'en cas de déconfiture tous les créanciers, sans distinction des hypotecaires & des chirographaires, doivent venir à contribution sur les meubles du debiteur, c'est parce que les meubles n'y sont pas regardez comme susceptibles d'hypoteque ; & si on juge au contraire, dans le Parlement de Toulouse, que le créancier saisi du gage n'a aucun droit de retention, comme aussi qu'en cas de distribution, les créanciers sont alloüez sur le prix provenant des meubles & des immeubles, chacun suivant son rang, c'est parce qu'on y regarde les meubles tandis que le debiteur en conserve encore la proprieté, aussi susceptibles & aussi assujettis en effet à l'hypoteque des créanciers, que les immeubles, tandis que le debiteur (disons-nous) en conserve la proprieté ; car si le debiteur en transporte la proprieté à un tiers, dès-lors l'hypoteque échappe aux créanciers, suivant cette maxime qui dit „ Les meubles n'ont point de suite par „ hypoteque.

On observe dans les Païs du Droit Ecrit, ainsi que dans les Païs Coûtumiers, qu'entre deux ou plusieurs créanciers saisissant les mêmes meubles du même debiteur, la préference est reglée par la datte des saisies, & non par la priorité des hypoteques : le premier saisissant quoique créancier posterieur, préferé aux créanciers anterieurs qui s'opposent à cette saisie avant la vente des meubles ; mais avec cette difference pourtant, qu'ici le prix provenant de la vente des meubles, est au adjugé purement & irrevocablement au premier saisissant ;

lieu qu'à Paris, & ſuivant la diſpoſition de l'art. 180. de la Coûtume, s'il y a des créanciers ſaiſiſſans qui ne puiſſent être payez ſur le prix des meubles ſaiſis, & qu'ils alleguent l'inſolvabilité du debiteur, ou l'inſuffiſance des autres biens, le prix provenant de la vente n'eſt adjugé au premier ſaiſiſſant, qu'en donnant caution de le rapporter pour être mis à contribution : ſi les autres biens ne ſe trouvent en effet ſuffiſans : *Vide* Leprêtre, Centurie premiere, Ch. 30. & Henrys, Tom. 1. pag. 448.

M. de Catelan, Liv. 6. Ch. 28. diſtingue la ſaiſie des meubles, d'avec la ſaiſie & arreſtation des ſommes dûës au debiteur ; ne donnant ſur les ſommes ſaiſies ou bannies, aucune praference au créancier premier ſaiſiſſant : mais quoi qu'il y ait, en effet, une raiſon particuliere pour les meubles ſaiſis, à cauſe du déplacement qui en peut être fait, & qui doit l'être réellement, ſans quoi il n'y a point de préference ; on ne la ſuit pas néanmoins au Palais, où on tient, qu'une ſomme bannie & arrêtée, quoi qu'encore en nature & dans le même lieu où elle étoit auparavant, n'eſt pas moins le prix de la vigilance du premier ſaiſiſſant, que le prix provenant de la vente des meubles.

Il y a un article dans l'Ordonnance de 1629. c'eſt l'art. 148. où il eſt dit, que toutes perſonnes qui prendront gages pour deniers prêtez ou dûs, ſans bailler reconnoiſſance par Ecrit deſdits gages, reſtitueront les gages & perdront la dette ; *mais l'Ordonnance de 1673. Tit. 6. art. 8. eſt moins ſevere* ; car en renouvellant la défenſe de prêter ſur gages qu'il n'y en ait une reconnoiſſance pardevant Notaire, qui contienne la ſomme prêtée & les gages qui auront été delivrez, elle reſtraint la peine de la contrevention à la reſtitution des gages, avec conſtrainte par corps contre le prêteur, & ſans que le prêteur puiſſe prétendre de privilege ſur les gages, ſauf à lui à exercer ſes autres actions. „ Sans que le prêteur puiſſe prétendre de „ privilege ſur les gages „ ; ces termes ſemblent conduire à donner au prêteur, qui en recevant les gages en aura paſſé acte devant Notaire, un privilege qui ne peut être autre que la retention & la préference ſur tous les autres créanciers ; mais ſans doute que l'Ordonnance en s'expliquant ainſi, a eu

en vûë la Juriſprudence reçûë dans le Parlement de Paris ; ſi on ne veut dire qu'elle a entendu priver le préteur de tout privilege ſur le gage, même à l'égard du debiteur proprietaire du gage, c'eſt-à-dire, donner la liberté au debiteur de reprendre le gage ſans payer, & ſauf au préteur à agir par les voyes ordinaires de la Juſtice. *Vide* Peleus en ſes Actions forenſes, Liv. 3. Ch. 94.

Comme il arrive ſouvent, que ceux à qui on confie des meubles ou autres effets pour être engagez ou vendus, detournent à leur profit en tout ou en partie, le prix de la vente ou engagement, on a demandé ſi le proprietaire des choſes venduës ou engagées, pouvoit les reclamer en rendant ſeulement ce qu'il avoit reçû ; & on peut voir là-deſſus les differens Arrêts rapportez par Albert, Lett. C. art. 5. ceux qui achetent ou qui prêtent par le miniſtere des Corratiers ou Proxenetes, ſuivent en quelque maniere la foi publique, ſur-tout lorſque ces ſortes de perſonnes font leur commerce publiquement, & qu'elles ont été aſſermentées.

TITRE XVI.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Verbis obligatio contrahitur interrogatione & reſponſione, &c.

PArmi les Romains, les ſimples conventions appellées *nuda pacta*, ne produiſoient point d'action, ſi ce n'eſt qu'elles euſſent été revêtuës des ſolemnitez de la ſtipulation, conſiſtant, ainſi que Juſtinien nous l'apprend au commencement de ce Titre, dans une interrogation précedente, & une réponſe ſubſequente en ces termes : „ Promettez-vous de faire „ ou de donner telle choſe, je le promets „ : Il en eſt autrement parmi nous, nous regardons toutes les conventions comme irrevocables, pourveu qu'elles paroiſſent avoir été faites ſerieuſement & avec reflexion, qu'elles ne ſoient ni contre les

Loix, ni contre les bonnes mœurs, & qu'il n'y ait ni dol ni ſurpriſe ; nous les regardons comme obligatoires autant pour produire une action legitime, que pour fonder une exception ; & nous ſuivons en cela la diſpoſition du Droit Canonique au Titre *de pactis*, où il eſt dit & repeté en divers endroits, *pacta cuſtodiantur, &c. inita pacta ſuam obtineant firmitatem.* Loyſel en ſes inſtitutions Coûtumieres explique ce que nous venons de dire en ces termes : " On lie les Bœufs par les ,, cornes, & les hommes par les paroles, & autant vaut une ,, ſimple promeſſe ou convenance, que les ſtipulations du Droit ,, Romain : ,, & c'eſt en ce ſens que nous avons dit, que la ſtipulation n'étoit par regardée parmi nous, comme une eſpece d'obligation differente de celle qui ſe contracte par le conſentement des Parties ; on peut voir le Commentaire de Vinnius ſur le §. 2. du Titre *De obligationibus*, & ſur le §. 1. du Titre que nous expliquons.

§. 1. Utrum Latinâ, an Græcâ, vel qualibet aliâ linguâ ſtipulatio concipiatur, nihil intereſt, &c.

AUjourd'hui en France, & depuis l'Ordonnance de François premier, * il n'eſt plus permis dans les actes & dans les procedures, de ſe ſervir d'autre langue que de la langue françoiſe. S'il en faut croire à ce que rapporte Bouchel, en ſa Biblioteque, ſous le mot actes, François I. rendit cette Ordonnance ſur la lecture qu'il fit d'un Arrêt du Parlement de Paris conçû en ces termes : *Dicta curia, dictum actorem, bebotavit & debotat* ; car le Roi (ajoûte Bouchel) indigné d'un langage ſi inepte dans le premier Parlement de ſon Royaume, preſcrivit dès lors, en tous actes judiciaires & autres, l'uſage de la Langue latine.

* Elle eſt du mois d'Août 1539. art. 111. rapportée dans le Neron de 1720. Tom. 1. pag. 158.

§. 2. *Ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest: Quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet, &c.*

C'Est sur ce principe, que l'on dit communement, *diem termini non computari in termino*; & c'est sur ce principe aussi, que l'Ordonnance de 1667. Tit. 3. art. 6. veut, que dans les délais des assignations & des procedures, les jours des significations, & les jours ausquels échoient les assignations, ne soient pas compris, &c. *Dies termini non computatur in termino.* Quelques Auteurs, du nombre desquels est Ranchin sur la quest. 270. de Guy-Pape, ont crû qu'il faloit excepter le cas où on promet, par exemble, de payer dans quinze jours, dans un mois, à compter de ce jourd'hui, ou à compter d'un tel jour: *fallit ubi indicando terminum adjecta esset hæc particula, hinc vel similis, nam tunc dies termini benè in eo termino computaretur*; mais cette distinction paroît plus subtile que solide, & Guy-Pape en effet, après l'avoir d'abord adoptée, est forcé de convenir que l'usage l'a rejettée.

Vide Soëfve, Tom. 2. pag. 19.

Feriere du Droit de Patronage, pag. 325.

§. 3. *At si ità stipuleris, decem aureos annuos, quoad vivam, dare spondes, &c.*

L. *Senatus, finali de donat. Causâ mortis.*

LA stipulation dont parle ici Justinien, *decem aureos annuos quoad vivam dare spondes*, ne produit qu'une seule action, *una est & unam parit actionem*, ce qui la rend sujette à la prescription; au lieu que le legs d'une pension annuelle contient autant de legs que le legataire vit d'années, *non est unum, sed multiplex, & singulis annis nascitur actio*, ce qui rend pareilles pensions imprescriptibles. Nous avons observé ailleurs, que dans le Parlement de Toulouse, on ne distingue point en faveur de la cause pie, si les pensions annuelles ont été établies par Contrat ou par Testament, les Arrêts rapportez par M. Dolive, en l'addition au Ch. 6. du Liv. 1. ayant jugé imprescriptibles les unes & les autres.

L. *Cum in annos de annuis legatis.*

Il y a une autre difference remarquable entre les pensions

annuelles établies par Contrat, & celles qui ſont laiſſées par Teſtament ou autre diſpoſition de derniere volonté : c'eſt qu'à l'égard de celles-ci, le droit eſt acquis au Penſionnaire, dès le commencement de l'année ; enſorte que venant à deceder durant le cours de l'année, ſes heritiers peuvent l'exiger ſi elle n'a pas été payée ; & que ſi elle a été payée on ne peut la repeter de ſes heritiers ; au lieu qu'à l'égard des autres, les heritiers du Penſionnaire ne peuvent l'exiger qu'à proportion du tems que le Penſionnaire à vêcu ; & que ſi elle a été payée d'avance, les heritiers ſont tenus de reſtituer ; du reſte, il y a cela de commun aux uns & aux autres, que le payement, en peut être exigé au commencement de chaque année, *annua ſi debes, tunc inſpicias caput anni.* On a douté ſi les arrerages d'une penſion viagere pouvoient être demandez depuis 29. ans avant l'introduction de l'inſtance : & l'opinion commune eſt qu'on peut les demander ; l'Arrêt rapporté par Henrys, Tom. 2. pag. 506. & par lequel les arrerages d'une penſion conſtituée à une fille par ſon pere lors de ſa Profeſſion Réligieuſe, ne furent adjugées que de dix années, ne pouvant être regardé comme un préjugé déciſif en ſemblable cas, parce que cet Auteur convient qu'il fût rendu ſur des circonſtances particulieres : & celle-là entre autres, que la Coûtume du lieu où les Parties avoient contracté, reduiſoit à dix années toute ſorte d'arrerages, & les arrerages même des rentes foncieres.

Deſpeyſſes, de l'Edition de 1664. Tom. 1. page 191. & tom 2. p. 220. Arrêts d'Expilly, Ch. 28. & 67. Dictionnaire des Arrêts, Tom. 5. page 143.

§. 4. Ex conditionali ſtipulatione ſpes eſt debitum iri, eamque ipſam ſpem in hæredem tranſmittimus, &c.

LA ſtipulation conditionelle, donne une eſperance tranſmiſſible aux heritiers, & c'eſt ce qui la diſtingue du legs conditionel, qui s'éteint par la mort du legataire arrivée avant l'évenement de la condition : difference fondée, ſur ce que ceux qui contractent, ſont préſumez contracter autant pour leurs heritiers que pour eux-mêmes ; au lieu que le Teſtateur ne conſidere ordinairement que la perſonne du legataire, ſans porter ſa penſée plus loin. Fernand *ad Caput unicum de filiis natis, &c.* Ch. 10. num. 9. ſe ſert de ce texte, pour prou-

ver, que l'eſperance d'une ſubſtitution contractuelle, ſe tranſmet naturellement, & ſans faire aucune violence à la diſpoſition du Droit Commun, aux heritiers même étrangers du ſubſtitué decedé avant l'évenement de la condition ; au lieu que l'eſperance d'une ſubſtitution teſtamentaire, ne peut être tranſmiſe aux enfans même du ſubſtitué, ſans violer les maximes les plus conſtantes ; & il propoſe à ce ſujet deux cas bien remarquables.

J'inſtituë dans mon Contrat de Mariage, le premier enfant mâle qui en naîtra, & au cas ce premier né decede ſans enfans, je lui ſubſtituë le ſecond : De ce Mariage, il naît deux enfans, Pierre & Jean ; Jean decede ſans enfans, & inſtituë la femme heritiere, Pierre decede enſuite ſans enfans, laiſſant auſſi ſa femme heritiere, à qui appartiendront les biens dependans de l'inſtitution hereditaire ? Jean les aura-t'il tranſmis à ſon heritiere, quoi qu'il ſoit decedé avant que le cas de la ſubſtitution fût arrivé : ou ces biens auront-ils été libres ſur la tête de Pierre par le predecès de Jean, & comme tels appartiendront-ils à ſon heritiere ? Sans doute (dit Fernand) que s'il s'agiſſoit d'une ſubſtitution teſtamentaire, il faudroit en la regardant caduque par le predecès de Jean, decider la queſtion propoſée en faveur de l'heritiere de Pierre ; mais il en eſt autrement (ajoûte-t'il) d'une ſubſtitution contractuelle, celle-ci ne devient point caduque par le prédecès du ſubſtitué qui en tranſmet l'eſperance à ſes heritiers même étrangers, & cela par la raiſon priſe du texte que nous expliquons, *ex ſtipulatione conditionali ſpes eſt debitum iri, eamque ſpem in hæredem tranſmittimus* : Fernand en raiſonnant ainſi, comprend bien ce qu'il y a de ſingulier dans une déciſion qui conduit à rendre moins avantageuſe la condition de l'aîné, que celle du cadet, puiſqu'elle donne au cadet la liberté de diſpoſer des biens ſubſtituez, & qu'elle l'ôte à l'aîné lors même qu'il ſurvit à ſon frere ; mais enfin (ajoûte-t'il) telles ſont les regles, & il n'eſt pas permis de s'en départir ; *vis verborum, & rigor diſpoſitionis pro ſecundi filii uxore facit, &c.*

J'inſtituë dans mon Contrat de Mariage, le premier enfant mâle qui en ſera procréé ; ſi le premier decede ſans enfans, je lui ſubſtituë le ſecond ; & ſi le ſecond decede encore ſans enfans,

enfans, je lui ſubſtituë le troiſiéme : le ſecond decede laiſſant à lui ſurvivans des enfans, & le premier decede enſuite ſans enfans : à qui appartiendront les biens ſubſtituez ? Sera-ce au troiſiéme qui ſe trouve en vie, lorſque le cas de la ſubſtitution arrive ? Sera-ce aux enfans du ſecond par le benefice de la tranſmiſſion ? S'il s'agiſſoit d'une ſubſtitution teſtamentaire, on ne pourroit ſans doute que decider en faveur du troiſiéme, parce que ſi bien on a introduit la tranſmiſſion d'un fideicommis conditionel en faveur des enfans du ſubſtitué, ou fideicommiſſaire decedé avant l'évenement de la condition, ce n'eſt jamais qu'en défaut d'autres enfans appellez de leur chef ; un enfant appellé de ſon chef eſt toûjours preferé ſans difficulté à ceux qui ne le ſont que par le benefice de la tranſmiſſion ; mais il faut (dit Fernard) raiſonner autrement d'une ſubſtitution contractuelle : *pertinet ad filios ſecundi, propterea quod fideicommiſſum illud contractu relictum fuit, ſubindè ſit aptè naturâ tranſmiſſibile*, la difference fondée toûjours ſur ce principe que, *ex ſtipulatione conditionali ſpes eſt debitum iri, &c.*

Les ſtipulations conditionnelles, ont encore cela de particulier, que lorſque la condition arrive, on lui donne un effet retroactif au jour du Contrat ; ainſi par les Arrêts rapportez par M. Dolive, Liv. 4. Ch. 8. il a été jugé que la dot que devoit gagner un mari par le predecès de ſa femme, étoit compriſe dans la donation faite par ce mari, quoique la donation ne fût que des biens preſens, & que la femme fût decedée long-tems après.

§. 7. *Si ſtipulemur aliquid fieri, vel non fieri, optimum erit pœnam ſubjicere : ſi ita factum non erit, pœnæ nomine decem aureos dare ſpondes ? &c.*

LEs Auteurs ont fort écrit ſur l'effet que l'on doit donner aux ſtipulations penales inſerées dans les actes : M. de Catelan, Liv. 5. Ch. 20. inſinuë que dans l'uſage ces ſortes de ſtipulations ſont regardées comme comminatoires, les Juges n'en ordonnant jamais l'execution à la rigueur ; & donnant au contraire à la partie qui eſt en demeure, un ou pluſieurs délais au-delà de celui qui eſt porté par le Contrat, avant de

confirmer la peine qui a été ſtipulée, les dommages & interêts reglez arbitrairement, ſuivant les circonſtances ; & cependant le même Auteur, au Liv. premier, page 13. ſemble ſuppoſer comme une Maxime conſtante, que toutes les fois, par exemple, que dans une Tranſaction on cede ſes droits pour une certaine ſomme, avec clauſe qu'en défaut de payement dans le délai dont on convient, le Cedant reprendra ſes premiers & ſes entiers droits, celui au profit de qui la ceſſion eſt faite, & qui a laiſſé paſſer le délai ſans payer, n'eſt plus reçû à purger la demeure. M. Loüet & Brodeau, lett. P. ſom. 3. 4. & 50. rapportent nombre d'Arrêts, qui ont jugé differement la Queſtion : Les uns ayant declaré la peine encourüe de plein droit, & avant même qu'il y eût aucune interpellation de la part de celui en faveur de qui la peine étoit ſtipulée : les autres au contraire n'ayant regardé la clauſe penale que comme comminatoire ; & de cette diverſité d'avis & de jugemens, on ne peut conclurre autre choſe, ſinon ce que Brodeau lui même en couclut, lorſqu'il dit en l'un des endroits citez, *totum hoc judicis arbitrio relinquendum*, inclinant néanmoins à l'avis favorable à celui qui offre, *purgare moram celeri præſtatione, niſi interſit actoris, vel jus ejus deterius factum ſit.*

TITRE XVII.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI & promittendi.

Duo pluresvè rei promittendi ita fiunt, Mœvi, decem aureos dare ſpondes ? & Seji, eoſdem decem dare ſpondes ? &c.

JUſtinien, par la Novelle 99. d'où a été priſe l'Autentique *hoc ita, Cod. de duobus reis*, a fait deux changemens conſiderables dans la diſpoſition de ce Texte : 1°. En ce qu'il a voulu, que la ſolidité ou ſolidarité entre deux ou pluſieurs débiteurs, ne dépendît point des termes dans leſquels l'obligation eſt conçûë,

mais ſeulement d'une clauſe expreſſe, par laquelle deux ou pluſieurs débiteurs s'obligent ſolidairement, *hoc ità, ſi pactum fuerit ſpeciale, unumquemque teneri in ſolidum*: 2°. En ce qu'il a voulu que les Coobligez ſolidaires pûſſent oppoſer au créancier le benefice de diviſion; c'eſt-à-dire, obliger le créancier à diviſer l'action & la dette; en ſorte que l'un d'eux ne peut être pourſuivi pour le payement de l'entiere dette, ſi les autres ſe trouvoient ſolvables.

Les Auteurs conviennent bien tous du changement fait à l'ancien Droit par la Novellle, dont nous venons de parler, en ce qu'elle affranchit de la ſolidarité, deux ou pluſieurs Coobligez, ſi par clauſe expreſſe ils ne s'y ſont nommement aſſujettis; Mais ils ne conviennent pas tous également, de cet autre changement, que nous avons dit conſiſter, en ce que les Coobligez même ſolidaires, peuvent obliger le créancier à diviſer l'action contre chacun d'eux, de maniere que le créancier ne puiſſe agir contre chacun d'eux pour le payement de l'entiere ſomme, qu'après avoir juſtifié l'inſolvabilité des autres; Henrys entr'autres, eſt du nombre de ceux qui ont crû, qu'une obligation ſolidaire excluoit tout benefice de diviſion & de diſcuſion; mais quelque raiſon ou quelques autoritez qu'il puiſſe alleguer, * l'opinion contraire a conſtament, prévalu dans l'Uſage; j'entends l'opinion qui explique ou interprête l'Authentique, de maniere qu'elle laiſſe aux Coobligez ſolidaires, le benefice de diviſion & de diſcuſſion, toutes les fois qu'il n'y a pas été nommement renoncé.

* Tome 2. page 419.

Me. Bretonnier en ſes Notes ſur Henrys, ne croit pas qu'il ſoit de la nature d'une obligation ſolidaire d'exclurre le benefice de diviſion & de diſcuſſion; mais il donne en même-tems dans un autre erreur en diſant, que la renonciation à ce benefice eſt devenüe aujourd'hui une clauſe de ſtile dans toutes les obligations ſolidaires, & ſi fort, qu'on doit la ſuppléer lors qu'elle ſe trouve omiſe: Si ſur la foi de cet Auteur, un créancier omettoit de faire exprimer la clauſe, il en ſeroit la dupe, & ne retireroit d'autre avantage de la ſolidarité, que l'eſperance du recours après la diſcuſſion. *

* *Voyez* M. Maynard Liv. 8. Ch. 98.

Il n'y a qu'un cas excepté de la Regle, c'eſt celui dont parle l'Ordonnance de 1673. Tit. 4. Art. 7. lorſque deux ou pluſieurs

Aſſociez ſe trouvent comme tels ſolidairement obligez, les Arrêts ayant ſuppléé dans ces ſortes d'obligations la clauſe de renonciation au Benefice de diviſion & de diſcuſſion, par la même raiſon ſans doute, que l'Ordonnance y ſupplée la clauſe de ſolidité ou de ſolidarité : cette raiſon priſe de ce que les aſſociez ſont regardez, *tanquam invicem exercitores, vel inſtitores, vel præpoſiti vel magiſtri* ; ou de ce que ſuivant l'obſervation de Bacquet, Traité des Droits de Juſtice, Chap. 21. nom. 250. il eſt de l'interêt de la ſocieté, pour faciliter les emprunts ou le credit dont elle peut avoir beſoin, que dans les obligations contractées par les aſſociez, ou qu'un ſeul même des aſſociez contracte pour la Compagnie, le créancier ne ſoit pas expoſé à des diſcuſſions qui pourroient retarder ou rendre plus difficile ſon payement.

On trouve dans le premier Tome du Journal du Palais, page 241. un Arrêt du Parlement de Toulouſe, par lequel l'obligation ou promeſſe conſentie par deux Marchands, pour marchandiſes priſes en commun, fut declarée ſolidaire, quoiqu'il n'y eût d'ailleurs aucune ſocieté entr'eux ; mais tout ce qu'on peut dire de cet Arrêt, c'eſt qu'il eſt anterieur à l'Ordonnance de 1673. qui en declarant ſolidaires les obligations conſenties par les Négocians ou Marchands qui ſont aſſociez, declare par voye de conſequence non-ſolidaires les obligations conſenties par des Marchands non-aſſociez, c'eſt tout ce que l'on en peut dire : Car de lui donner pour motif la cauſe de l'obligation pour marchandiſes priſes en commun, qui auroit pû faire regarder comme aſſociez les Marchands qui l'avoient contractée, ce ſeroit raiſonner contre les Principes du Droit, parce que comme il eſt dit en la Loi 31. *ff. pro ſocio, ut ſit pro ſocio actio, non ſufficit rem eſſe communem, niſi ſocietas intercedat ; communiter enim res agi poteſt citrà ſocietatem, ut avenit in re duobus legatâ, vel ſi à duobus ſimul empta res ſit.* Voyez Henrys, Tome 1. page 419.

Par la Loi *Si creditores*, *Cod. de pactis*, un créancier qui reçoit d'un des débiteurs ſolidaires, la portion qui le regarde, ſans reſervation ni proteſtation, eſt preſumé avoir voulu faire la même grace aux autres Coobligez, renoncer à la ſolidarité & diviſer l'obligation ; mais les Arrêts ont jugé que pour être

dans le cas de cette Loi, il faloit que les termes de la quittance pûſſent conduire à cette préſomption, ſans quoi l'obligation n'étoit pas diviſée ; ainſi, par exemple, dans l'eſpece de l'Arrêt rapporté par M. Maynard, Liv. 8. Ch. 39. il fut jugé qu'un créancier n'avoit point renoncé à la ſolidarité pour avoir reçu de l'un des trois coobligez, une ſomme qui répondoit au tiers de la dette, parce qu'il étoit dit dans la quittance, que c'étoit *pour faire plaiſir à ce coobligé, & pour le gratifier d'autant* ; Il en auroit été autrement, ſi le créancier eût declaré dans la quittance, qu'il recevoit de ſon débiteur la ſomme de tant, pour ſa part & portion de la ſomme contenuë en l'obligation ; *Vide* M. Maynard en l'endroit cité, Bacquet, Traité des Droits de Juſtice, Ch. 21. nom. 244. & M. Loüet & Brodeau, lett. R. Som. 6.

§. 1. *Ex hujuſmodi ſtipulationibus ſolidum ſingulis debetur, &c.*

SI Titius & Mœvius, promettent de payer cent écus à Sempronius, ſans ajoûter qu'ils promettent ſolidairement l'un pour l'autre, & un ſeul pour le tout, c'eſt comme ſi chacun d'eux promettoit de payer cinquante écus : ne pouvant y avoir de ſolidarité entre deux ou pluſieurs débiteurs, ſuivant le nouveau Droit introduit par Juſtinien en la Novelle 99. qu'autant qu'elle a été nommement ſtipulée. Mais ſi Titius promet de payer cent écus à Mœvius & à Sempronius, l'un ou l'autre de ces deux créanciers pourra-t'il recevoir l'entiere ſomme de Titius, en ſorte que Titius par le payement qu'il fera de l'entiere ſomme à Mœvius, ſoit liberé envers Sempronius, ou que par le payement fait à Sempronius, il ſoit liberé envers Mœvius ; Pluſieurs Interprêtes, du nombre deſquels eſt Vinnius ſur le Texte que nous expliquons, ont crû qu'il n'en étoit pas de deux créanciers, *de duobus reis credendi vel ſtipulandi*, comme de deux débiteurs, *de duobus reis debendi*, que le changement fait par la Novelle, ne tomboit qne ſur ces derniers, & qu'ainſi dans le cas propoſé, Titius étoit valablement liberé par le payement fait à l'un des deux, ou de Mœvius, ou de Sempronius : *ſolidum*

ſingulis debetur; Cependant je ſuis perſuadé, que la clauſe de ſolidarité ſeroit auſſi peu ſuppléée dans un cas que dans l'autre: & que s'il n'étoit point dit dans l'obligation que le débiteur (en retenant toûjours le cas propoſé) pourroit payer l'entiere ſomme à Mœvius ou à Sempronius, le payement qu'il feroit à l'un des deux, ne le déchargeroit pas envers l'autre: Bouvot, Tome 2. page 194. rapporte que la queſtion s'étant preſentée au Parlement de Dijon, on ne fit aucune difficulté à le juger ainſi.

§. 1. *Vel alter ſolvendo, omnium perimit obligationem & omnes liberat.*

IL n'y a pas de difficulté, que le payement de l'entiere ſomme fait par l'un des coobligez ſolidaires, n'éteigne l'obligation & ne décharge tous les autres coobligez envers le créancier; mais il y a beaucoup à ſçavoir, comment & de quelle maniere, un des coobligez ſolidaires qui a payé l'entiere dette peut avoir ſon recours contre les autres? Queſtion qui ne ſe trouve point clairement decidée par les Loix, & qui fait tous les jours matiere de procès.

L. 2. Cod. de duob. reis, &c.

Suivant la plus commune opinion, & à quoi paroît aujourd'hui fixée la Juriſprudence des Arrêts, il faut diſtinguer, ou celui des coobligez qui a payé l'entiere dette, a pris une ceſſion du créancier, & une ſubrogation à ſon hypoteque, ou il a payé ſans ceſſion & ſans ſubrogation: Dans le premier cas, il pourra agir ſolidairement contre les autres coobligez, & contre chacun d'eux ſa portion déduite, & à la charge de ſupporter ſa portion des inſolvables, s'il y en a: Par exemple Titius, Caïus, Mœvius & Sempronius, empruntent de Pierre, une ſomme de 4000. liv. Sempronius étant devenu inſolvable, Mœvius paye à Pierre l'entiere ſomme de 4000. liv. & ſe fait ſubroger à ſon hypoteque: Mœvius ainſi ſubrogé, pourra agir contre Titius ou Caïus à ſon choix, pour la ſomme de 2000. liv. & pour les deux tiers de la portion de Sempronius inſolvable: cette portion devant être ſupportée par Titius, Caïus & Mœvius, à cauſe de la ſocieté toûjours préſumée entre pluſieurs coobligez ſolidaires, & qui fait que la per-

te arrivée par l'inſolvabilité de l'un, doit tomber également ſur tous les autres : Dans le ſecond cas, le coobligé qui a payé ſans ceſſion & ſans ſubrogation, ne peut agir contre chacun des autres coobligez que pour la portion d'un chacun, ſauf s'il y avoit quelque inſolvable, dont la portion devroit être ſupportée par chacun des ſolvables ; ainſi en retenant pour ce cas, la même eſpece que nous avons propoſée pour le premier, Mœvius pourra agir contre Titius & contre Caïus, c'eſt-à-dire, contre chacun d'eux pour la ſomme de 1000. liv. & pour la ſomme encore de trois cens & tant de liv. faiſant le tiers de la portion de Sempronius inſolvable. M. Maynard, Liv. 6. Ch. 37. veut que le coobligé qui a payé l'entiere dette, & que le créancier a ſubrogé à ſon droit, ne puiſſe agir ſolidairement contre les aurres coobligez, parce que le créancier, dit-il, *jus individui prima teſtatione, aut potius electione conſumpſit, ſicque nihil actum ſuâ ceſſione, cum nullum jus ſuperfuerit* ; mais cet Auteur tient un langage bien different au Liv. 8. Ch. 98. & quoiqu'il en ſoit, il faut s'en tenir à ce que nous avons dit. A regarder des coobligez ſolidaires comme étant cautions entr'eux, & les uns des autres, *ad invicem fidejuſſores*, il ſemble, non-ſeulement que le coobligé peut exercer tous les droits du créancier qui le ſubroge, mais qu'il pourroit même uſer de cet avantage que les Loix accordent à toutes les cautions, *beneficium cedendarum actionum*, c'eſt-à-dire, qu'il pourroit forcer le créancier à le ſubroger. *Voyez* M. Maynard dans les endroits citez : M. de Catelan, Liv. 5. Ch. 49. le Journal des Audiences, Tome 1. Liv. 5. page 568. Loiſeau, Traité du déguerpiſſement, Liv. 2. Ch. 8. nom. 12. M. Loüet, lett. R. ſom. 11. & Bacquet, des droits de Juſtice, Ch. 21. Nomb. 241.

Nous avons dit, que la perte arrivée par l'inſolvabilité de l'un des coobligez ſolidaires, doit tomber également ſur tous les autres, à cauſe de la ſocieté toûjours préſumée entre pluſieurs coobligez ſolidaires ; mais ſuppoſons que Titius, Caïus, Mœvius & Sempronius coobligez ſolidaires, ayent reçu ou partagé la ſomme pour laquelle l'obligation eſt conſentie : de maniere, par exemple, que Titius en ait reçu la Moitié, & que Caïus, Mœvius & Sempronius n'ayent reçu à eux trois, que la

moitié reſtante; la portion de Sempronius inſolvable, ſera t'elle ſupportée également par Titius, Mœvius & Caïus, ou ſera-t'elle ſupportée à proportion de ce que chacun d'eux a reçu? La ſomme pour laquelle l'obligation a été conſentie, eſt de 6000. liv. Titius ſur cette ſomme reçoit 3000. liv. & Caïus, Mœvius & Sempronius, reçoivent chacun la ſomme de 1000. liv. le tout ainſi & en la maniere qu'ils l'ont declaré dans l'acte même d'obligation, ou dans un acte ſubſequent, Sempronius eſt inſolvable: la perte ſera-t'elle ſupportée également par Titius, Mœvius & Caïus, un tiers par chacun d'eux? Ou ſera-t'elle ſupportée par Titius, Mœvius & Caïus, à proportion de ce que chacun d'eux a reçu? En ſorte que Titius doive en ſupporter la moitié, & Mœvius & Caïus la moitié reſtante un quart chacun, M. de Catelan, Liv. 5. Ch. 50. incline pour ce dernier avis, qui eſt en effet conforme aux regles & à la nature de la ſocieté.

On ne doute point que les pourſuites faites par le créancier contre un des coobligez, n'interrompent la preſcription à l'égard des autres, la Loi derniere, *Cod. de duobus reis*, le decide ainſi formellement; mais une queſtion qui partage le ſentiment des Auteurs, & ſur laquelle auſſi nous trouvons des Arrêts contraires, eſt de ſçavoir, ſi les pourſuites faites par le créancier avec un des coobligez, ont le même effet par rapport aux interêts, c'eſt-à-dire, ſi l'interpellation faite à un des coobligez, fait courir les interêts contre les coobligez non-interpellez, ou ſi la Sentence qui condamne un des coobligez au payement de la ſomme & des interêts, oblige les coobligez qui n'ont été ni appellez ni oüis? L'opinion qui nous paroît la plus ſûre, la plus conforme à l'eſprit de la Loi, ainſi qu'aux derniers Arrêts rapportez par M. de Catelan, Liv. 7. Ch. 12. eſt celle qui donne aux pourſuites faites contre l'un des coobligez, le même effet par rapport aux interêts, que pour l'interruption de la preſcription, *cum ex unâ ſtirpe, unoque fonte unus effluxit contractus*, &c. *Vide* M. de Catelan en l'endroit cité, M. Loüet & Brodeau, lett. P. Som. 2. Bardet, Tom. 1. page 451. & Henrys, Tome 2. pag. 424.

TITRE XVIII.

TITRE XVIII.

DE STIPULATIONE SERVORUM.

Servus ex perſonâ Domini jus ſtipulandi habet, &c.

UN Eſclave peut acquerir, mais il ne peut acquerir que pour ſon Maître. L'Edit touchant la Police des Iſles de l'Amerique, s'eſt encore à cet égard conformé à la diſpoſition du Droit, lorſqu'en l'art. 28. il declare, toutes les acquiſitions faites par les Eſclaves, ſoit par leur induſtrie, ou par la liberalité d'autres perſonnes ou autrement, à quelque titre que ce ſoit, appartenir à leurs Maîtres, ſans que les enfans des Eſclaves, leurs pere & mere, leurs parens ou autres, puiſſent y rien prétendre.

TITRE XIX.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

CE Titre n'eſt pas d'un plus grand uſage parmi nous, que le Titre précedent, ſi on ne veut appliquer, ce qui eſt dit des ſtipulations judicielles & pretorienes, aux cautions que le Juge ordonne dans les cas marquez par les Ordonnances ou par les Coûtumes, & qu'il ordonne auſſi quelquefois d'office & ſuivant les circonſtances, cautions judiciaires, dont nous aurons occaſion de parler ailleurs.

TITRE XX.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

§. 2. Idem juris eſt, ſi rem ſacram, quam humani juris eſſe credebat, dari quis ſtipuletur, &c.

QUe je ſçache, ou que j'ignore, que la choſe qu'on s'oblige de me donner n'eſt pas dans le commerce, la ſtipulation ſera nulle, & plus nulle encore ſi je le ſçai, que ſi je l'ignore; mais ſi la qualité de la choſe m'étoit inconnuë, & connuë à celui qui s'oblige de me la donner, ne ſeroit-il pas juſte de faire ſubſiſter la ſtipulation à l'effet de me donner une action en dommages & interêts? Il ſemble que cette action ne ſçauroit m'être refuſée à raiſon du dol & de la mauvaiſe foi dont on auroit uſé à mon égard, ſur-tout ſi la ſtipulation avoit été faite pour cauſe onereuſe, n'y ayant aucune difference de ce cas à celui qui eſt propoſé dans le §. dernier du Titre de *empt. & vendit. ſi loca ſacra vel publica, pro profanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, ut conſequatur quod ſuâ intereſt, eum deceptum non fuiſſe.*

§. 3. Si quis alium daturum quid promiſerit, non obligatur; quod ſi effecturum ſe, ut Titius daret, ſpoponderit, obligatur.

UN pere mariant ſon fils, promet de lui faire donner la moitié des biens de ſa femme: la femme réfuſant de donner, le pere eſt mis en iſtance pour faire valoir la donation; & par Arrêt rapporté par M. de Cambolas, L. 3. ch. 25. il eſt déclaré n'y avoir lieu de condamner le pere à aucuns dommages & interêts pour l'inexecution de ſa promeſſe. Cet Arrêt eſt évidament conſtraire à la déciſion de Juſtinien en ce §. auſſi l'a-t'on regardé comme un Arrêt ſingulier, & qui ne peut être tiré à conſe-

quence. Que je promette qu'un tiers ſera ou donnera, *alium facturum vel daturum*, je ne m'oblige point & ne contracte aucun engagement, en promettant ainſi le fait d'autrui, ſi ce n'eſt que je me ſois aſſujetti à une peine ou à une action en dommages & interêts, *niſi pœnam ipſe promiſerim*, comme il eſt dit au §. 20. de ce Titre; mais que je promette de faire faire, ou de faire donner à un tiers, *effecturum me*, ce n'eſt point le fait d'autrui que je promets, c'eſt mon propre fait, un fait dont je ſuis garant, & par l'inexecution de ma promeſſe, je ſuis expoſé à la condamnation aux dommages & interêts.

§. 4. Si quis alii, quam ei, cujus Juri ſubjectus ſit ſtipuletur, nihil agit, &c.

SI on ne peut ſtipuler & acquerir pour un autre, c'eſt parce que comme dit Juſtinien, dans le §. 19. de ce Titre, *ad hoc inventæ ſunt ſtipulationes & obligationes, ut unuſquiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt, cæterùm ſi alii detur, nihil intereſt ſtipulatoris.* On rapporte communement l'uſage des ſtipulations que font les Notaires pour les perſonnes abſentes, aux ſtipulations que faiſoient & que pouvoient faire les Eſclaves particuliers pour leurs Maîtres, les Notaires regardez comme des Eſclaves publics, *Servi publici*, choiſis en effet & achetez des deniers publics, pour faire à l'égard de tous les abſens, ce que les Eſclaves particuliers faiſoient & pouvoient faire pour leurs Maîtres; mais quoiqu'il en ſoit de cette conjecture, les Notaires étant aujourd'hui des perſonnes abſolument libres, ils n'ont & ne peuvent avoir aucune qualité qui les autoriſe pour ſtipuler & pour acquerir au nom d'une perſonne abſente. On trouve dans le Journal des Audiences, Tom. 2. Liv. 4. Ch. 48. pag. 409. un Arrêt qui eût pour fondement la déciſion de ce texte, en ce qu'il declara qu'il étoit dû ſeulement un droit de lods de l'acquiſition qu'avoit fait un particulier, ſans pouvoir & ſans procuration, pour un abſent qui ne paroiſſoit pas avoir jamais accepté & ratifié: jugeant par-là que celui qui avoit ſtipulé dans le Contrat de vente, n'avoit acquis aucun droit à celui au nom duquel la ſtipulation avoit été faite; en ſorte que ſe trouvant en poſſeſ-

ſion pluſieurs années après, on devoit préſumer qu'il y étoit, & qu'il y avoit toûjours été en vertu du premier Titre.

Si quis ſibi, & alii, cujus Juri ſubjectus non ſit, dari decem aureos, ſtipulatus eſt : placuit, non plus quàm dimidiam partem ſtipulatori acquiri, &c.

J'Ai vû agiter il y a peu de jours, une queſtion, ſçavoir, ſi une donation faite à deux differentes perſonnes, pouvoit être valablement acceptée par l'un des codonataires, & en cas elle ne le peut pas, ſi la portion du codonataire non-acceptant, devoit appartenir par droit d'accroiſſement, au donataire qui avoit accepté ? C'étoit en la cauſe des ſieurs du Cuq & Thomas, contre le ſieur Lacam : La Dame de Canitrot avoit fait une premiere donation de tous ſes biens, en faveur des Dames du Cuq & Thomas ſes tantes ; la Dame Thomas preſente & acceptante, tant pour elle que pour la Dame du Cuq ſa ſœur ; après cette premiere donation, la Dame de Canitrot en fit une ſeconde, en faveur du ſieur Lacam, qui prétendoit que la moitié des biens ayant appartenu à la Donatrice, ne pouvoit lui être conteſtée ; cette moitié (diſoit-il) n'ayant pas été accquiſe à la Dame du Cuq qui n'avoit jamais accepté, & devant être par conſequent compriſe en la ſeconde donation faite en ſa faveur. Le fils & heritier de la Dame du Cuq prétendoit de ſon côté, que la Dame de Thomas avoit pû valablement accepter tant pour elle que pour ſa ſœur & ſa codonataire ; & la Dame de Thomas en tout évenement demandoit, que les entiers biens donnez lui fuſſent adjugez, c'eſt-à-dire, qu'au cas la donation de la moitié des biens par rapport à la Dame du Cuq, fut jugée nulle par le défaut d'acceptation, cette moitié fût declarée lui appartenir par droit d'accroiſſement. Le texte que nous expliquons ſembloit condamner également la prétention, & de la Dame du Cuq, & de la Dame Thomas ; mais une fin de non-recevoir qui fut propoſée, & à laquelle on crût devoir s'arrêter, rendit la queſtion oiſeuſe, cette fin de non-recevoir priſe, de ce que depuis la deuxiéme donation, faite ſans aucune retention d'uſufruit, juſqu'à la mort de la Donatrice, il s'étoit

passé plus de 30. ans, le sieur Lacam ayant joüi pendant tout ce tems sans aucune contradition de la part des premiers donataires, ce qui conduisit à maintenir le sieur Lacam même en la moitié des biens donnée à la Dame de Thomas. Brodeau sur M. Loüet, lett. D. Som. 4. traite à-peu-près la même question, & il la résout sans difficulté tant contre celui des deux donataires qui a accepté, à qui le défaut d'acceptation de son codonataire ne peut servir de prétexte pour retenir l'entiere chose donnée, que contre celui qui n'a pas accepté, à l'égard duquel le Donateur peut revoquer jusqu'à l'acceptation, & après la mort duquel l'acceptation seroit inutile. *Vide* Brodeau en l'endroit cité, & Ricard, Traité des Donations, Tom. 1. pag. 525. nom. 479.

§. 5. Prætereà inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat, &c.

IL faut bien sans doute, suivant les principes du Droit Romain, que pour que la stipulation soit valable, la réponse soit conforme à l'interrogat; mais qu'on reponde autrement qu'on est interrogé, la stipulation ne sera-t'elle point valable, du moins à concurrence de ce que l'on promet? Justinien laisse cette question indécise, & il seroit assez inutile de nous en occuper, parce que, comme il a été ci-devant observé, nous n'avons jamais reconnu cette espece d'obligation, que le Droit Romain faisoit consister dans les paroles, l'une des Parties interrogeant, & l'autre répondant; on exige des Parties contractantes qu'elles se servent de termes propres à expliquer leur volonté, & on n'exige rien de plus.

§. 6. Filii verò familiàs aliis obligari possunt.

LEs fils de famille peuvent s'obliger par toute sorte de Contrats, à l'exception toutefois du contrat de prêt en argent, défendu par le Senatus-Consulte Macedonien, ainsi appellé du nom d'un fameux usurier, qui sous le regne de Vespasien, ruïnoit toute la jeunesse de Rome par des usures énormes; j'ai dit, à l'exception du Contrat de prêt en argent, parce

qu'en effet, il n'y a que l'emprunt d'argent monoyé qui ſoit défendu par le Macedonien : Un fils de famille pouvant s'obliger autrement que pour argent prêté, pourveu que l'obligation ne paroiſſe pas avoir été contractée pour frauder la Loi : Qu'un fils de famille (par exemple) emprunte des grains pour ſon uſage ou pour une négociation utile, l'obligation qu'il contracte eſt valable ; mais qu'il emprunte pour revendre à l'inſtant au même prix, ou à plus vil prix, l'obligation eſt nulle comme contractée en fraude de la Loi. Le Macedonien a lieu dans tous les Païs du Droit Ecrit, & les Auteurs du Païs Coûtumier conviennent, qu'il ſeroit à ſouhaiter pour l'interêt des enfans, & le repos des familles, qu'il eût lieu generalement dans tout le Royaume. On tient au Palais qu'un fils de famille doit prendre des Lettres, pour être reſtitué en entier envers l'obligation qu'il a contractée pour cauſe de prêt, & qu'il doit ſe pourvoir dans les dix ans ; mais ſi c'eſt dans les dix ans à compter du jour de l'obligation contractée, ou du jour de la mort du pere, c'eſt une queſtion que je n'ai vû encore juger par aucun Arrêt ; il ſemble qu'il ſeroit juſte de faire courir le délai du jour ſeulement de la mort du pere, ou que le fils auroit été autrement émancipé.

L. 3. §. 3. L. 7. §. 3. ff. ad Senat. uſc. Maced.

§. 7. *Mutum neque ſtipulari, &c.*

L'Uſage eſt de donner un Curateur aux muets, aux ſourds, & aux furieux, incapables par eux-même de contracter aucune obligation.

§. 10. *Qui in poteſtate parentis eſt impubes, ne auctore quidem patrem obligatur, &c.*

CE que dit ici Juſtinien, qu'un enfant impubere ne peut pas s'obliger ſous l'autorité de ſon pere, n'empêche pas qu'un pere ſuivant l'eſprit de la Loi derniere, §. 4. *Cod. de bonis quæ liberis*, ne puiſſe comme legitime adminiſtrateur de la perſonne & biens de ſes enfans, s'obliger valablement en cette qualité pour eux & pour leur interêt, ou ne puiſſe les faire obliger eux-même ſous ſon autorité. Avant même l'Ordonnance du

mois de Février 1731. qui permet en l'article 7. au pere, & à la mere, & à tous autres aſcendans paternels ou maternels, d'accepter les donations faites à leurs enfans, les Arrêts rapportez par M. Laroche, p. 474. avoient jugé valable l'acceptation faite par le pere ; un pere (dit cet Auteur) en ce qui eſt de l'interêt & de l'avantage de ſes enfans, regardé comme Procureur legal & légitime adminiſtrateur.

§. 11. *Si impoſſibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet ſtipulatio, &c.*

AUtre difference remarquable entre les Contrats & les teſtamens : dans les Contrats une condition impoſſible, ou contre les bonnes mœurs, *vitiatur & vitiat*, c'eſt-à-dire, qu'elle rend l'obligation nulle ; au lieu que dans les Teſtamens, *vitiatur & non vitiat* : cette difference fondée, ſur ce qu'on préſume que les Parties en contractant ſous des conditions impoſſibles, n'ont pas entendu contracter ſerieuſement, au lieu que dans un Teſtament on les ſuppoſe échapées au Teſtateur par inadvertance.

§. 12. *Item verborum obligatio inter abſentes concepta, inutilis eſt, &c.*

L'Ordonnance de 1667. tit. 20. art. 2. pourvoit mieux & *plus ſûrement que ne fait ici Juſtinien*, aux inconveniens qui peuvent naître de l'allegation ou du deſaveu d'une convention. 1°. En ce qu'il eſt enjoint, de paſſer acte devant Notaire ou ſous ſignature privée, de toutes choſes excedant la ſomme ou valeur de cent livres. 2°. En ce qu'il eſt défendu de recevoir aucune preuve par témoins, contre & outre le contenu aux actes, ni ſur ce qui eſt allegué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agit d'une ſomme ou valeur moindre de cent livres : Cette défenſe de recevoir aucune preuve vocale contre & outre le contenu aux actes, n'exclud pas la voye de l'inſcription de faux, en obſervant les formalitez preſcrites par l'Ordonnance de 1670. tit. 19. & il ne faut pas douter qu'un moyen de faux pertinent, ne fût celui pris

de l'*alibi* de l'une des deux Parties, c'eſt-à-dire, comme il eſt dit en ce §. ſi celle des deux Parties, qui déſavouë la convention, *vel per ſcripturam, vel per teſtes idoneos probaverit, toto eo die quo conficiebatur inſtrumentum, ſe ſe vel adverſarium ſuum in aliis locis fuiſſe, &c.*

§. 13. *Sive poſt mortem, ſive pridiè quàm moriatur ſtipulator, ſive promiſſor, ſtipulatio concepta ſit, ſtipulatio valeat.*

CEtte nouvelle Juriſprudence établie par Juſtinien, en la Loi *ſcrupuloſam, cod. de contrahenda & committenda ſtipulatione*, & en la Loi unique du Titre, *ut actiones ab hæredibus & contra hæredes incipiant*, convient parfaitement à notre uſage, qui a toûjours fait dépendre la validité des obligations, du ſeul conſentement des Parties, pourveu qu'elles n'ayent d'ailleurs rien de contraire aux Loix & aux bonnes mœurs.

Si dans le cas, où quelqu'un s'eſt obligé de payer certaine ſomme, Prêtre, mort, ou marié, les Arrêts ont quelquefois réfuſé de contraindre les heritiers au payement, il ne faut pas conclurre de-là, que les actions ne puiſſent prendre leur commencement en la perſonne des heritiers des contractans; le motif de ces Arrêts a été toûjours pris des circonſtances particulieres, qui faiſoient préſumer uſuraires les obligations de cette nature, auſſi ne les ont ils jamais declarées nulles pour décharger entierement les heritiers, mais ils ont ſeulement reduit la ſomme au juſte prix du prêt, ou de la vente, quand il pouvoit être connu, *reſciſâ aleatoriâ captione*, M. Maynard, Liv. 7. Ch. 67. M. Laroche, Liv. 6. *in verbo obligation.* Tit. 69. art. 1. & Loyſeau, Traité du Déguerpiſſement, Liv. 4. Ch. 3. nom. 13.

Nous avons dit ſur le Titre 16. de *verb. oblig.* que dans les ſtipulations conditionnelles, on donnoit à la condition en quelque tems qu'elle arrivât, un effet retroactif au jour du Contrat: En eſt-il de même des obligations dont il eſt parlé en ce §. De ces obligations qui ne commencent qu'en la perſonne des heritiers? M. Dolive, Liv. 4. Ch. 8. traite la queſtion; mais

mais il la laiſſe indeciſe, en inclinant néanmoins pour la négative ; & il faut convenir en effet qu'il y a une raiſon pour les ſtipulations conditionnelles qui n'eſt pas commune aux actions, *quæ ab hæredibus vel contra hæredes incipiunt* : cette raiſon priſe, de ce que ces dernieres ne naiſſent à proprement parler, qu'au moment qu'elles ſont ou qu'elles peuvent être intentées ; au lieu qu'on peut dire des autres, qu'elles ſont nées lorſque l'on contracte, & que l'exercice en eſt ſeulement ſuſpendu juſqu'à l'évenement de la condition.

§. 17. Si ſcriptum in inſtrumento fuerit, promiſiſſe aliquem : perindè habetur, atque ſi interrogatione præcedente reſponſum ſit.

La déciſion de ce texte eſt très-remarquable en ce qu'elle donne aux actes, non-ſeulement une préſomption de verité, mais une autre préſomption encore, que les interprêtes appellent de ſolemnité, c'eſt-à-dire, une préſomption que toutes les ſolemnitez neceſſaires pour la validité de l'acte ont été obſervées ; il faut excepter de la regle, les ſolemnitez dont les Coutumes ou les Ordonnances, veulent qu'il ſoit fait mention expreſſe dans l'acte : par exemple, dans les Coûtumes qui declarent un teſtament nul, s'il n'a été dicté & nommé par le Teſtateur à celui qui l'a reçû & relû enſuite au Teſtateur ; on ne préſumera point que toutes ces formalitez ayent été obſervées, s'il n'en eſt fait mention dans le teſtament, pourquoi ? Parce que les Coûtumes n'exigent pas ſeulement que ces formalitez ſoient obſervées, mais elles exigent encore que la preuve en ſoit conſignée dans l'acte, par une declaration expreſſe : De même pour faire ſubſiſter un acte dans lequel un des témoins n'auroit point ſigné, on ne préſumeroit point que ce témoin requis par le Notaire de ſigner, n'auroit ſçû, ou n'auroit pû à cauſe de quelque indiſpoſition, pourquoi ? Parce que les Ordonnances n'enjoignent pas ſeulement aux Notaires de requerir les Parties & les témoins de ſigner, mais elles leur enjoignent encore de faire mention dans l'acte, des requiſitions par eux faites à celle des Parties, ou à celui des témoins qui ne ſçait ou ne veut ſigner, & de ſa réponſe.

§. 21. *Verſâ vice, qui alium facturum promittit, non tenetur, niſi pœnam ipſe promiſerit, &c.*

IL faut rappeller ici, l'obſervation que nous avons fait ſur le §. 3. de ce Titre; ſi dans l'eſpece de l'Arrêt rapporté par M. de Cambolas, * le pere n'avoit fait que promettre à ſon fils, que ſa femme lui donneroit, l'inexecution de ſa promeſſe, n'auroit pû l'expoſer à une action en dommages & interêts, à moins qu'il ne s'y fût nommement aſſujetti, *niſi pœnam promiſiſſet*; mais le pere avoit promis non point que ſa femme donneroit, mais qu'il feroit donner à ſa femme; & par-là il étoit obligé, quoi qu'il n'y eût aucune ſtipulation penale. L'Arrêt que rapporte M. de Catelan, Liv. 5. Ch. 7. condamna un mari qui dans une Tranſaction avoit promis de faire ratifier par ſa femme, à peine de tous dépens, dommages & interêts, & il l'auroit condamné de même indépendament de cette derniere clauſe, *& ſi pœnam non promiſiſſet, &c.*

* Liv. 3. ch. 25.

TITRE XXI.

DE FIDE JUSSORIBUS.

§. 1. *Nec intereſt, utrum civilis, an naturalis ſit obligatio, cui adjicitur fidejuſſor, &c.*

LA caution ne peut pas être obligée à plus, ou à une plus grande ſomme, que le principal débiteur, parce que l'obligation de la caution n'eſt qu'acceſſoire à l'obligation principale, & que comme il eſt dit au §. 5. de ce Titre, *nec plus in acceſſione poteſt eſſe, quàm in principali re*; mais rien n'empêche que l'obligation de la caution, ne puiſſe être plus étroite & plus ſûre que celle du principal debiteur: qu'elle ne puiſſe être plus étroite & plus ſûre; enſorte que le debiteur venant à être reſtitué en entier envers l'obligation principale, la caution demeure néanmoins obligée; le texte que nous expli-

quons, nous en fournit un exemple, en la perſonne de celui qui cautionne pour un debiteur qui n'eſt tenu que d'une obligation naturelle, & qui peut être reſtitué ſans que la reſtitution profite à la caution.

La caution (diſons-nous) demeure obligée, quoiqu'il n'y ait de la part du principal debiteur qu'une obligation naturelle, & la reſtitution en entier obtenuë par le debiteur ne lui profite point; mais comment concilier nombre de textes, qui ſur cette matiere paroiſſent ſi contraires, la Loi 9. par exemple, *ff. de Senatuſc. Macedoniano*, qui dit, *non ſolùm filio familias, ſed & fidejuſſoribus ſuccuri*, la Loi 6. *ff. de verborum obligationibus*, la Loi 25. *ff. de fidejuſſoribus*, & pluſieurs autres ſemblables? On trouve dans la Loi 7. *ff. de exceptionibus*, une regle qui peut ſervir à la conciliation, par la diſtinction qu'elle fait des exceptions perſonnelles, d'avec les exceptions réélles, *exceptiones quæ perſonæ cujuſque cohærent, non competunt fidejuſſoribus; rei autem cohærentes exceptiones ut rei judicatæ, doli mali, Jurisjurandi, quod metûs causâ, fidejuſſoribus competunt*; ce qui eſt aſſez conforme à ce qu'on trouve decidé en la Loi 2. *Cod. de fidejuſſoribus minorum*; mais la regle que propoſe Cujas en ſes Paratitles du Code, & ſur le Tit. dont nous venons de parler, *de fidejuſſoribus minorum*, paroit plus ſimple, en ce qu'elle fait dépendre la choſe, de la connoiſſance qu'a eu ou que n'a pas eu celui qui cautionne, du vice de l'obligation; que je cautionne (par exemple) pour un Mineur que je crois de bonne foi être Majeur, la reſtitution qu'obtiendra le Mineur me déchargera auſſi de mon obligation; mais que je cautionne pour un Mineur, le croyant & le ſçachant tel, en ce dernier cas on préſumera que j'ai voulu cautionner, *animo donandi*, & que le Mineur ſoit reſtitué ou non, mon obligation ſubſiſtera toûjours.

Deſpeyſſes, Tom. 1. pag. 599, 600, 601. 602. & 610. de l'Edition de 1664.

§. 2. Fidejussor non tantùm ipse obligatur, sed etiam hæredem relinquit obligatum.

LA caution transmet sans doute à son heritier l'obligation qu'elle a contractée, mais cette obligation se transmet-elle d'heritier en heritier, ensorte que s'il ne plaît jamais au debiteur de payer, la caution demeure toûjours obligée ; Tous les Auteurs conviennent que si le debiteur est trop long-tems sans payer, la caution peut le forcer à le faire, *si diù in obligatione steterit*, ce tems plus ou moins long, laissé arbitraire au Juge, suivant la nature & les circonstances de l'affaire ; & on peut voir dans Guy-pape, *quæst.* 117. & dans les Notes de Ranchin sur cette question, divers autres cas, dans lesquels on peut encore agir pour se faire décharger du cautionnement.

Infrà Tit. 30. quibus modis tollitur obligatio.

La novation, comme nous verrons en son lieu, n'éteint une obligation, que lorsqu'il paroît évidemment que telle a été l'intention & la volonté des Parties contractantes, *nisi hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit* ; mais il y a cela de particulier pour les cautions, que la novation quoique imparfaite & insuffisante pour l'extinction de la premiere obligation, suffit néanmoins pour leur décharge ; que le créancier (par exemple) par une seconde obligation, proroge le terme de la premiere ; qu'il convertisse une obligation en Contrat de constitution, en ce cas & autres semblables, l'obligation des cautions est éteinte. *Vide* Guy-pape & Ranchin en l'endroit cité, & Henrys, Tome 2. page 434.

§. 3. Fidejussor, & præcedere obligationem, & sequi potest.

IL est sans difficulté, qu'on peut donner une caution avant ou après l'obligation principale ; mais si la caution une fois donnée devient insolvable, le créancier pourra-t-il en exiger une autre ; On voit dans le Journal des Audiences, Tom. 1. Liv. 2. Ch. 11. des Arrêts du Parlement de Paris, qui ont jugé la question en faveur du créancier ; mais on trouve dans M. de Catelan, Liv. 5. Ch. 62. des Arrêts contraires du Par-

lement de Toulouſe, du moins pour ce qui regarde les créanciers d'une rente conſtituée, leſquels par la liberté de demander des nouvelles cautions ſous prétexte de l'inſolvabilité des premieres, pourroient trop facilement contraindre les debiteurs au payement des capitaux.

§. 4. *Si plures ſint fidejuſſores, quotquot erunt numero, ſinguli inſolidum tenentur, &c.*

SUr le Titre, *de duobus reis ſtipulandi, vel promittendi*, nous avons dit, que deux ou pluſieurs debiteurs d'une même ſomme, n'étoient point obligez ſolidairement, ſi dans l'obligation il n'y avoit clauſe expreſſe de ſolidarité; il en eſt autrement de pluſieurs cautions, à l'égard deſquelles Juſtinien n'a fait aucun changement par la Novelle 99. & qui par conſequent ſont toûjours obligez ſolidairement, quoi qu'il n'y ait dans l'acte aucune clauſe de ſolidarité: La raiſon de la difference eſt évidente, c'eſt que chacune des cautions s'oblige toûjours pour l'aſſurance de l'entiere dette; au lieu qu'on peut raiſonnablement penſer, qu'aucun des coobligez n'a voulu entrer dans l'obligation, qu'à proportion & à concurrence de la ſomme qu'il reçoit ou qu'il eſt preſumé recevoir.

§. 4. *Liberum eſt creditori, à quo velit ſolidum petere, &c.*

LE créancier n'avoit pas ſeulement le choix entre *pluſieurs cautions*, il l'avoit encore entre les cautions & le debiteur principal; mais l'Empereur Adrien, accorda d'abord aux cautions, le benefice dont il eſt parlé en ce §. Le benefice de diviſion, par lequel deux ou pluſieurs cautions peuvent contraindre le créancier à diviſer ſon action contre elles, & ne les pourſuivre que pour leur part & portion, pourveu qu'elles ſoient toutes ſolvables dans le tems que la diviſion eſt demandée; & dans la ſuite Juſtinien par la Novelle 4. Ch. 1. d'où a été priſe l'autentique, *præſente*, *Cod. de fidejuſſoribus*, leur accorda le benefice d'ordre & de diſcuſſion, qui conſiſte à ne pouvoir être pourſuivies qu'après que le créancier a fait vendre tous les biens du principal debiteur, ſans en pouvoir

être payé : Les cautions peuvent renoncer à l'un & à l'autre de ces deux Bénefices introduits en leur faveur, & les créanciers exigent preſque toûjours cette renonciation.

La plûpart des Auteurs, du nombre deſquels eſt le Préſident Faber, *in Cod. Lib.* 8. *Tit.* 23. *definit.* 1. decident, que le bénefice d'ordre ou de diſcuſſion, doit être regardé comme une exception dilatoire, & que par cette raiſon, la caution n'eſt plus à tems à le propoſer après la conteſtation en cauſe ; Cependant les Arrêts rapporrez par M. Dolive, Liv. 4. chap. 22. ont jugé le contraire, ayant reçû une pareille exception en cauſe d'appel, & après la Sentence des premiers Juges. Il eſt vrai que le Bénefice d'ordre ſemble d'abord ne fournir qu'une exception dilatoire, qui comme telle, devroit être propoſée *in limine litis* ; mais il eſt vrai auſſi, qu'on peut en un ſens la regarder comme peremptoire ; elle eſt dilatoire en ce qu'elle a pour objet de ſuſpendre les pourſuites du créancier contre la caution, juſqu'à ce que le débiteur principal ſoit diſcuté, mais elle peut être peremptoire par l'évenement, & dans le cas où le débiteur ſe trouveroit avoir des biens ſuffiſans pour payer. A l'égard du benefice de diviſion, la Loi 10. *Cod. de fidejuſſoribus*, décide nommément qu'il peut être propoſé, *in quacumque parte litis, & antè condemnationem.*

Il y a cela de particulier aux cautions qui s'obligent en Juſtice, lorſqu'il eſt ordonné (par exemple) qu'on recevra une ſomme en donnant caution, qu'elles ne peuvent oppoſer aucun des deux bénefices, dont nous venons de parler, de diviſion & de diſcuſſion, les cautions judiciaires ſont accompagnées ordinairement de Certificateurs, ainſi appellez, parce qu'ils certifient que la caution eſt ſolvable ; mais comme l'engagement de ceux-ci n'eſt que ſubſidiaire en cas d'inſolvabilité des cautions, les Arrêts rapportez par Brodeau ſur M. Loüet, lett. F. Som. 23. ont jugé, qu'on ne pouvoit recourir ſur eux que les cautions n'euſſent été préalablement diſcutées. On ne reçoit point des cautions judiciaires qui n'ayent des biens immeubles, & qui n'en fourniſſent un Etat avec les pieces juſtificatives, le tout en la maniere que l'explique M. Loüet, lett. C. Som. 9. on comprend, que des Effets mobiliaires, ſeroient de mauvais garans de la ſolvabilité d'une caution,

par la facilité qu'elle auroit à les aliener, ſans que le créancier peut les ſuivre par hypoteque entre les mains des acquereurs.

§. 4. *Si ab uno fidejuſſore creditor totum conſecutus fuerit, hujus ſolius detrimentum erit, ſi is pro quo fidejuſſit, ſolvendo non ſit, &c.*

UNe des cautions qui paye l'entiere dette, peut obliger le créancier à lui ceder ſes actions contre les autres; & c'eſt là un troiſiéme avantage accordé par les Loix, à ceux qui s'engagent pour les affaires d'autrui, *beneficium cedendarum actionum.* L. 17. L. 39. ff. ad fidejuſſ.

L'effet de la ceſſion eſt tel, que celle des deux cautions qui a payé l'entiere dette, peut agir contre l'autre, *pro dimidiâ portione, quia partim ex ſuâ perſonâ, partim ex alterius perſonâ, ſolvere intelligitur*; Pierre & Jean, ont cautionné pour une ſomme de 400. liv. le créancier agit contre Pierre qui paye les 400. liv. avec ceſſion & ſubrogation; Pierre ainſi ſubrogé agira contre Jean, & par l'effet de la ſubrogation repetera de Jean la ſomme de 200. liv.

Pierre (diſons-nous) par l'effet de la ſubragation, repetera de Jean la ſomme de 200. liv. mais s'il paye ſans ſubrogation, & que le debiteur principal ſoit inſolvable, tout ce qu'il aura payé ſera-t-il perdu pour lui? Le texte que nous expliquons le decide ainſi, *hujus ſolius detrimentum erit, ſi is pro quo fidejuſſit ſolvendo non ſit*; & s'il en faut croire M. de Catelan, Liv. 5. Ch. 69. telle eſt aujourd'hui la Juriſprudence conſtante du Parlement de Toulouſe, parce qu'il n'en eſt pas (dit cet Auteur) du cas où une des cautions paye l'entiere dette ſans ſubrogation, comme du cas où un des coobligez ſolidaires paye auſſi ſans ſubrogation l'entiere ſomme contenuë dans l'obligation; la diff rence priſe, de ce que les cautions quoique toûjours ſolidaires, ne ſont point cautions entre elles, la ſolidarité du cautionnement ne regardant que l'interêt du créancier; au lieu que pluſieurs coobligez ſolidaires ſont cautions entre eux, *ad invicem fidejuſſores*, unis & comme aſſociez par une obligation commune, contractée pour un interêt

commun ; cependant on peut dire de l'opinion contraire, qu'on ne manque ni de raiſons ni d'autoritez pour la ſoûtenir ; l'Arrêt rapporté par M. Maynard, Liv. 2. Ch. 49. jugea qu'une caution, quoique non-ſubrogée, pouvoit agir contre les autres cautions : La ſubrogation dit M. Dolive, Liv. 4. Ch. 31. doit être ſuppléée en faveur de la caution qui a payé ſans l'exiger du créancier ; & les Auteurs qui trouvent quelque difficulté à donner une action à la caution quoique non-ſubrogée, ou à ſuppléer en ſa faveur la ſubrogation, n'en font aucune à decider, que la ſubrogation peut être faite même après le payement : *ſunt* (dit Vinnius, ſur le texte que nous expliquons) *qui & poſt ſolutionem ceſſionem rectè fieri volunt, & ita ferè nunc obtinere, &c.*

§. 5. Fidejuſſores ita obligari non poſſunt, ut plus debeant, quàm debetis, pro quo obligantur, &c.

L'Obligation de la Caution, n'étant que l'acceſſoire & l'aſſurance de l'obligation principale, elle ne peut s'étendre au-delà de ce qui eſt dû par le débiteur principal ; mais rien n'empêche (comme ajoûte Juſtinien) que l'obligation de la caution, ne puiſſe être reſtrainte à une ſomme moindre que celle contenuë en l'obligation principale, *at ex diverſo, ut minùs debeant, obligari poſſunt.*

On ne donne à un cautionnement, ni plus ni moins d'étenduë que la Caution a voulu lui donner ; ainſi (par exemple) celui qui n'a cautionné que pour la ſomme principale, ne doit ni les interêts, ni les dépens ; & ſi on trouve dans M. de Catellan, Liv. 5. Ch. 11. un Arrêt qui condamna la Caution à payer la ſomme capitale avec les interêts, on peut & on doit ſuppoſer que le cautionnement étoit pour les interêts, auſſi bien que pour le capital : cet Arrêt d'ailleurs remarquable, en ce qu'il condamna la Caution au payement des interêts au denier douze, & des interêts même dûs par la ſeule ſtipulation, par cette raiſon, que telle étoit la Coûtume de la Ville de Pau où le Contrat avoit été paſſé, quoique la Caution fût domiciliée dans le reſſort du Parlement de Toulouſe, où les interêts, comme nous avons obſervé ailleurs, ne ſont adjugez

L. 68. §. 1. ff. de fidejuſſor.

adjugez que depuis l'interpellation judiciaire, & où ils n'étoient lors adjugez que ſur un pied fort au-deſſous du denier douze.

§. 6. Si quid fidejuſſor pro reo ſolverit : habet cum eo mandati judicium, &c.

LEs Loix donnent à la Caution, une action contre le débiteur, pour repeter ce qu'elle a payé à ſa décharge, *actionem mandati* ; mais les Arrêts ont paſſé plus avant ; car ils ont jugé en faveur des Cautions, que par le payement fait au créancier, elles entroient ſans aucune ſubrogation, ou pour mieux dire, par l'effet d'une ſubrogation tacite & legale en ſon lieu & place ; enſorte qu'elles avoient ſur les biens du débiteur, la même hypotheque qu'avoit le créancier ; ce n'eſt pas tout, on donne à la Caution qui agit contre le débiteur qu'elle a liberé, des avantages que n'auroit pas le créancier, à l'hypotheque duquel elle eſt ſubrogée ; car non-ſeulement elle eſt alloüée pour les interêts qu'elle a payé en même rang que pour le capital, mais on lui adjuge encore les interêts des interêts : ces interêts regardez par rapport à la Caution qui les a payez comme un capital, *totum vice ſortis fungitur.*

La Caution (diſons-nous) eſt alloüée pour les interêts qu'elle a payé à la décharge du débiteur, en même rang que pour le capital ; mais en eſt-il de même des interêts des interêts que nous avons dit, être auſſi adjugez à la Caution ? Sur cette queſtion on diſtingue : *ou le payement des interêts a été volontaire* de la part de la Caution, ou il a été contraint & forcé : Dans le premier cas, les interêts des interêts adjugez ſeulement depuis l'introduction de l'inſtance, ne ſont alloüez qu'après tous les capitaux ; mais dans le ſecond, les interêts des interêts adjugez depuis le jour de chaque payement, ſont alloüez ainſi que les interêts du capital, & le capital même, du jour du Contrat de cautionnement : M. de Catelan, Liv. 6. Ch. 8. rapporte pluſieurs Arrêts, qui ſuivant cette diſtinction, ont adjugé & alloüé differemment les interêts des interêts ; j'y ſouſcris volontiers en ce qui regarde le payement forcé, mais je ne ſçaurois l'adopter pour ce qui regarde le payement volontaire, parce que dans les regles, il ne devroit être adjugé

à la Caution, aucuns interêts des interêts qu'elle a volontairement payé, & que ces interêts volontairement payez, ne devroient pas eux-même être adjugez, la Caution ayant à s'imputer d'avoir payé des interêts qui n'étoient point dûs, & qu'on ne demandoit ni à elle, ni au débiteur principal, la bonne foi n'exigeant point de la Caution, qu'elle prevint par un payement volontaire l'interpellation du créancier.

M. de Catelan, Liv. 6 ch 8. M. Dolive, pag. 625.

On uſe à peu près de la même diſtinction, lorſque la Caution paye le Capital, ſi elle paye volontairement & ſans interpellation, *res abit in creditum*, on ne lui adjuge les interêts de ce capital que depuis l'inſtance, & ces interêts, ne ſont alloüez qu'après tous les capitaux; ſi le payement a été forcé, on adjuge les interêts du capital, ainſi que des interêts depuis le jour du payement, & le tout alloüé du jour du Contrat.

M. de Catelan, Liv. 7. ch. 12. *contrà.* Duperier, Liv. 3. queſt. 7.

On a demandé, ſi l'interpellation faite par le créancier au débiteur principal, nuit à la caution, & interrompt la preſcription à ſon égard; & l'opinion commune eſt pour l'affirmative, dans le cas du moins où la Caution eſt obligée ſolidairement ſans diviſion & ſans diſcuſſion. On a demandé encore, ſi l'action du créancier contre le débiteur principal, étant prorogée au-delà de trente ans au moyen des payemens faits par la Caution, ou des interêts ou de partie du capital, l'action de la Caution contre le même débiteur étoit également prorogée? Et les Arrêts ont jugé que non: ils ont declaré l'action de la Caution contre le débiteur, *actio mandati*, ſujette à la Loi de la preſcription trentenaire, à compter du jour de chaque payement.

§. 7. *Græcè etiam fidejuſſor, &c.*

Voyez l'obſervation que nous avons fait ſur le §. premier du Titre 16. *de verbor. obligat.*

§. 8. In ſtipulationibus fidejuſſorum videri omnia ſolemniter facta, &c.

Voyez l'obſervation que nous avons fait ſur le §. 17. du Titre precedent.

NOus remarquerons avant de paſſer à un autre Titre, que dans les Pays du Droit Ecrit, on obſerve le Senatus-Conſulte Velleyen malgré l'Edit d'Henry IV. de l'année 1606. qui permet aux femmes de cautionner & de s'obliger pour autrui, cet Edit n'ayant été reçu que dans les Païs Coûtumiers. Il y a un article dans la Coûtume de Toulouſe, c'eſt au Titre de *debitis*, qui dit, que le Velleyen n'a pas lieu dans cette Ville; mais s'il en faut croire à M. de Catelan, Liv. 4. Ch. 49. plûtôt qu'à l'Arrêt rapporté par M. Laroche, Liv. 6. ſous le mot, *Caution*, Tit. 19. Arrêt 2. la Coûtume à cet égard n'eſt point obſervée. *vide* M. Loüet & Brodeau, lett. V. ſom. 6. & 7.

La femme qui a cautionné, & qui veut être reſtituée par le Velleyen, doit ſe pourvoir par Lettres, & ſe pourvoir dans les dix ans à compter de la datte du Contrat. * On a demandé, ſi la femme ne ſe ſervant pas du Velleyen, ſes créanciers pouvoient s'en ſervir malgré elle; & les Arrêts ont jugé que non; * les actions reciſoires qui vont *contrà fidem præſtitam*, exceptées de la regle, qui permet aux créanciers d'exercer *les actions de leurs débiteurs; bien plus, il* a été jugé que le Velleyen ne pouvoit être oppoſé par les heritiers même de la femme, qui pendant ſa vie, avoit témoigné ne vouloir pas s'en ſervir: une femme aſſignée à la Requête du créancier trois ou quatre ans après le cautionnement, au lieu de reclamer de l'obligation, ſe contente de demander & d'inſtruire ſa garantie; ſes heritiers après ſa mort veulent oppoſer le Velleyen, & l'Arrêt rapporté par M. de Catelan, Liv. 4. Ch. 49. les declare irrecevables; je marque la circonſtance du tems qui s'étoit paſſé depuis le cautionnement, parce que M. de Catelan en fait lui même le motif de l'Arrêt; les Juges (dit-il) s'étant conformés à l'eſprit & à la diſpoſition de la Loi 22. *Cod. ad Velleïanum*, qui ne permet point à la femme de revenir contre ſon obliga-

* M. de Catelan, Liv. 5. ch. 17.

* M. de Catelan, Liv. 4. *ch. 49.*

tion, ſi elle l'a prouvée deux ans après qu'elle a été contractée.

L'Arrêt dont nous venons de parler, en lui donnant pour motif le tems qui s'étoit paſſé depuis le cautionnement juſqu'au jour que la Femme avoit témoigné renoncer au Velleyen, paroît d'abord contraire à celui qui fut rendu en 1729. au rapport de M. de Charlary, en la Deuxiéme Chambre des Enquêtes, * & par lequel la Dame de Boileau fut relevée de ſon Obligation, quoique deux ans après elle l'eût approuvée & ratifiée; mais il n'y a point en effet de contrarieté, parce que la Dame de Boileau avoit cautionné pour ſon Mari, & que ce cas n'eſt pas compris dans la diſpoſition de la Loi 22. *Cod. ad Velleïanum*, ou pour mieux dire, qu'il en eſt nommement excepté par l'Autentique, *ſi qua mulier*, au même Titre, l'exception fondée ſur le vice particulier de l'Obligation, lorſqu'elle eſt contractée par la Femme en faveur de ſon Mari: *Si qua mulier, conſentiat proprio viro, jubemus hoc nullatenùs valere, ſivè ſemel, ſivè multoties hujuſmodi aliquid pro eadem re fiat*; S'il y a quelque choſe de particulier en ce dernier Arrêt, c'eſt en ce qu'il n'eût point égard à la ratification de la femme, quoique faite après le decès du mari.

*Obſervations de Vedel ſur M. de Catellan Tome. 2. page 112.

On a fort agité autrefois la queſtion, ſçavoir, ſi une femme ne pouvoit point s'obliger valablement pour ſon mari lorſqu'il étoit détenu en priſon pour dettes? Et la Juriſprudence eſt enfin fixée à ce point, que ſi les dettes ſont telles que le mari puiſſe ſe garantir de la priſon par la ceſſion des biens, & que le mari ne ſoit pas d'un état ou d'une condition à être deshonoré en prénant ce parti, l'obligation eſt nulle, comme elle eſt valable dans le cas contraire; que ſi le mari eſt détenu en priſon pour crime, les Arrêts ont jugé, que la femme pouvoit s'obliger de quelque état ou condition que fût le mari; juſques-là même que la femme réfuſant de s'obliger pour procurer à ſon mari un Arrêt d'abſolution ou de décharge, on lui fait perdre la faveur & le privilege de ſa dot à l'égard d'un tiers qui s'oblige, ou qui prête, & qui fait en cela ce que la femme auroit dû faire. Ce que nous diſons du cautionnement de la femme pour ſon mari, peut & doit être appliqué au cautionnement de la mere pour ſon fils.

M. de Catelan, Liv. 4 Ch 2.

M. de Catelan, Liv. 5. ch 16.

TITRE XXII.

DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

Olim ſcripturâ fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur, &c.

ON ne ſçait pas trop bien, comment ſe contractoit cette eſpece d'obligation, *quæ nominibus fieri dicebatur*, & qui avoit ceſſé d'être en uſage avant Juſtinien ; ce que les Interprêtes ont dit des Changeurs & des Banquiers dont l'office étoit public, & par le miniſtere deſquels on prêtoit & on empruntoit, en ſorte que le nom du créancier & celui du debiteur étant écrits dans leurs Regiſtres, cette écriture publique donnoit la forme au Contrat ou à l'obligation appellée, *litterarum* : tout cela, diſons nous, n'eſt que conjecture, & après tout, la choſe n'eſt pas aſſez intereſſante, pour devoir s'en occuper ; ce que nous pouvons obſerver, c'eſt que de-là vraiſemblablement on commença d'appeller, comme on appelle encore aujourd'hui, noms & voyes, toute ſorte de dettes & d'obligations.

Si quis debere ſe ſcripſerit, quod ſibi numeratum non eſt : de pecuniâ minimè numeratâ, &c.

NOus apprenons par ce Texte, & par la Loi *in contractibus* 14. *Cod. de non num. pec.* que l'exception appellée *non numeratæ pecuniæ*, avoit par le Droit Romain, deux choſes bien particulieres ; La premiere, qu'étant propoſée dans les deux ans, le créancier étoit chargé de prouver que l'argent avoit été réellement compté : La ſeconde, qu'après les deux ans, le débiteur n'étoit plus recevable à oppoſer l'exception, en offrant même de prouver que l'argent n'avoit pas été compté ; ce qui conſervoit encore à l'obligation, le même nom qu'on

donnoit à celle, *quæ nominibus fieri dicebatur, obligatio litterarum*; parce qu'en effet celui qui s'obligeoit ſans avoir rien reçu, & qui laiſſoit paſſer deux années ſans ſe plaindre, ne demeuroit obligé, que parce qu'il avoit écrit, *ſic fit*, dit Juſtinien, *ut & hodiè, dum queri non poteſt, ſcripturâ obligatur.*

Nous ne connoiſſons point cette eſpece d'obligation, fondée uniquement ſur l'écriture: l'exception *non numeratæ pecuniæ*, peut être oppoſée en tout tems par celui qui s'eſt declaré débiteur, & qui s'eſt declaré tel par acte public, ou ſous ſignature privée, mais en tout tems; auſſi, le débiteur qui oppoſe l'exception, doit la prouver, le créancier déchargé du ſoin de prouver la réelle numeration, auſſi bien dans les deux premieres années, que dans les ſuivantes: La Coûtume de Bourbonnois le décide ainſi, lorſqu'elle dit en l'art. 36. du Ch. 4. que l'exception des deniers non nombrez, n'a point de lieu, *ſinon que la partie s'en veüille rapporter au ſerment du creancier*; & plus préciſement encore la Coûtume de Berri, Ch. 2. art. 31. en ces termes: *Exception de pecune non nombrée, n'a lieu pour charger de preuve le demandeur ayant obligation ou cedule; mais bien la pourra oppoſer le défendeur en prenant ſur lui la charge de preuve; & pourra audit cas celui qui propoſera ladite exception, déferer ſur icelle le ſerment déciſoire au créancier, lequel dit créancier ſera tenu accepter, ou referer, &c.* Ces Coûtumes ne parlent, comme l'on voit, que du ſerment déferé au créancier par le débiteur; & on ne voit point en effet qu'on puiſſe prouver autrement que l'argent n'a pas été compté, ſur tout depuis que les Ordonnances ont défendu de recevoir aucune preuve par témoins contre le contenu aux actes.

Quelques Auteurs, & Mornac, entre autres ſur la Loi *in contractibus*, Automne ſur la même Loi, & M. de Catelan, Liv. 5. Ch. 57. ont crû, que ce que nous venons de dire, de l'exception *non numeratæ pecuniæ*, & de la liberté qu'a le débiteur de la propoſer en tout tems, devoit être entendu avec cette modification: pourveu que l'exception ſoit propoſée dans les dix ans, parce que c'eſt le terme fatal preſcrit par les Ordonnances pour toutes les actions réciſoires; ce qui conduit à ne permettre pas au débiteur de déferer même le ſerment après les dix ans, parce que la Loi *in contractibus* decide genera-

lement, que dans tous les cas où la preuve ne peut être reçuë, le ſerment ne peut être déferé : *illo videlicet ſemper obſervando, ut in quibus non permittitur exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere, nec jusjurandum offerre liceat* ; mais je tiens beaucoup plus ſûre l'opinion contraire, je veux dire, l'opinion de ceux * qui regardent l'exception *non numeratæ pecuniæ*, comme une exception perpetuelle ; une exception qui dure autant que l'action, & qui regardent auſſi le ſerment comme une eſpece de preuve qui doit être toûjours reçûë, & lors même qu'il s'agit d'un fait tel, que les Loix ou les Ordonnances prohibent nommément la preuve du fait contraire : Si par l'Arrêt que rapporte M. de Catelan en l'endroit cité, la Dame de Caſtillon fut déchargé du ſerment que lui déferoit le ſieur Deſtaignol ſon Gendre, touchant la reconnoiſſance d'une ſomme que le Gendre ſoûtenoit n'avoir pas été réellement comptée, ou avoir été repriſe par la belle-mere d'abord après le Contrat de Mariage ; ce n'eſt point par la raiſon priſe de ce que l'exception *non numeratæ pecuniæ*, étoit propoſée après les dix ans ; & ce qui le démontre, c'eſt que Mr. de Catelan dans le même endroit, rapporte un autre Arrêt, qui dans les mêmes circonſtances, déclara auſſi n'y avoir lieu à déferer le ſerment, quoique l'action fût intentée avant les dix années expirées ; le motif de ces deux Arrêts, & de quelque Arrêt ſemblable qu'on trouve dans Albert, lett. M. Art. 5. ne fut autre ſinon, que le mari faiſant quittance dans le Contrat de Mariage, de plus grande ſomme que celle qui lui eſt réellement comptée, *ou rendant après le Contrat partie de la ſomme reçuë, eſt préſumé* en avoir fait un preſent ou une donation à laquelle il ne peut être donné atteinte par l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Nous aurons occaſion d'obſerver ailleurs, que dans les regles, la raiſon priſe de la donation préſumée, devroit être auſſi peu un obſtacle à la délation du ſerment, que celle priſe du laps du tems ; car peut-on regarder la reconnoiſſance que fait un mari de plus grande ſomme que celle qu'il reçoit réellement, ou la donation qu'il fait d'abord après le Contrat de mariage, à ſa femme, à ſon beau-pere ou belle-mere, d'une ſomme par lui reconnuë & reçuë, autrement, que comme des contre-lettres ſi expreſſement prohibées par les Loix du Royaume ?

* M. de Cambolas, Liv. 2. ch. 38. & Liv. 4. ch. 50.

TITRE XXIII.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

Conſenſu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, ſocietatibus, mandatis, &c.

NOus l'avons déja obſervé ſur le Titre 16. *de verb. obligationibus*, ce qui eſt dit ici de la vente, du loüage, de la ſocieté & du mandat, eſt commun parmi nous à toutes les conventions qui n'ont rien de contraire aux Loix & aux bonnes mœurs, c'eſt-à-dire, que les conventions quelles qu'elles ſoient, n'ont beſoin pour être irrevocables, que du conſentement des parties intereſſées, notre uſage ayant abſolument rejetté ces diſtinctions pleines de ſubtilité, que faiſoit le Droit Romain, *inter pacta nuda & pacta veſtita*, entre les conventions qui avoient un nom, & celles qui n'en avoient point.

Vinnius, p. 701.

TITRE XXIV.

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

In emptionibus & venditionibus, quæ ſine ſcripturâ conſiſtunt, nihil à nobis innovatum eſt, &c.

LE Droit François n'a fait auſſi à cet égard aucun changement dans le Droit Romain; car ſi bien l'Ordonnance de Moulins, art. 54. & celle de 1667. Tit. 20. Art. 2. veulent, qu'il ſoit paſſé des Actes devant Notaire ou ſous ſignature privée, de toutes choſes excedant la ſomme ou valeur de cent livres, il ne faut pas conclurre de-là, qu'un Contrat de vente

vente fût nul, de cela ſeul qu'il n'auroit pas été redigé en écrit; l'eſprit des Ordonnances n'eſt autre que d'exclure la preuve par témoins; enſorte que ſi les deux Parties convenoient en Juſtice de la verité du fait, on les obligeroit ſans difficulté à executer leur convention; *ſi de fide contractus*, dit une Loi, *confeſſione tuâ conſtet, ſcriptura quæ probationem rei geſtæ continere ſolet non eſt neceſſaria*; de tous les Actes ou Contrats, nous n'en reconnoiſſons qu'un où l'écriture ſoit eſſentiellement requiſe, c'eſt la Donation entre vifs que l'Ordonnance du mois de Février 1731. declare nulle & de nul effet, ſi elle n'eſt faite pardevant Notaire.

In his autem, quæ ſcripturâ conficiuntur, non aliter perfectam eſſe venditionem, niſi inſtrumenta emptionis fuerint conſcripta, &c.

IL faut bien diſtinguer & ne pas confondre le cas où les Parties ont eu intention de paſſer un Contrat de vente devant Notaire & témoins, c'eſt-à-dire, le cas où les Parties ont voulu que le Contrat public fût neceſſaire pour la validité de leur convention, d'avec celui où les Parties après avoir convenu du prix & des autres conditions de la vente, n'ont deſiré un Contrat devant Notaire & témoins, que pour une plus grande aſſurance, ou une preuve plus authentique de la vente déja parfaite. Avec cette diſtinction, on concilie divers Arrêts, qui ſemblent avoir jugé differament la même queſtion: Nous en trouvons, par exemple, dans M. Leprêtre Cent. 2. Ch. 50. page 503. par leſquels une des Parties s'étant retractée avant que le Notaire eût ſigné, & après avoir ſigné elle-même, le Contrat fut declaré nul & de nul effet; & nous en trouvons d'autres dans Mornac ſur la Loi *Contractus*, *Cod. de fide inſtrumentorum*, ainſi que dans M. de Catelan, Liv. 5. Ch. 4. par leſquels une vente faite ſous ſignature privée, fut déclarée irrevocable, quoique les Parties euſſent convenu qu'il ſeroit paſſé un Contrat devant Notaire & témoins; tout cela ſe concilie aiſément, ſi on obſerve que dans le premier cas, les Parties avoient entendu contracter *in ſcriptis*, & non autrement; & qu'ainſi les choſes étoient dans leur entier juſqu'à ce que l'acte eût été

conſommé ; au lieu que dans le ſecond, la vente étoit parfaite independamment du Contrat public, lequel dans l'intention des Parties, ne devoit ſervir que pour aſſurer la preuve de leurs conventions.

Si quidem eſt emptor, perdit, quod dedit ; ſi verò venditor, duplum reſtituere compellitur, &c.

LA déciſion de ce Texte, ne peut être appliquée au cas où les arres ſont données lorſque la vente eſt parfaite, & comme il eſt dit au commencement de ce Titre, *in argumentum emptionis & venditionis contractæ* ; mais au cas ſeulemnnt où il s'agit d'une vente encore imparfaite, d'un projet de vente, ou d'une promeſſe de vendre ce qui eſt évidamment prouvé par ces paroles de la Loi *contractus*, *Cod. de fide inſtrumentorum*, *ſuper faciendâ emptione*, *&c. non procedente contractu*, *&c. qui vendere pollicitus eſt*, *&c.* * Il ne ſeroit pas juſte que dans le premier cas, l'acheteur fût déchargé de ſon obligation en perdant les arres qu'il auroit donné, non plus que le vendeur en payant le double ; nous avons dans les Capitulaires de Charlemagne un Chapitre qui le dit ainſi formellement : *Qui arras dederit pro quacumque re, pretium cogatur implere*, & je ne ſçai ſur quel fondement il a plû à Mornac de dire ſur la Loi 5. §. *ſi ei quem*, *ff. de inſtitoria actione*, que cette déciſion ſi conforme aux principes du Droit, n'étoit point obſervée en France.

* Arrêt le 25. Juin 1733. en la Grand-Chambre, au rapport de M. de Peguey-rolles, qui a jugé, conformément à ces principes, que le vendeur n'étoit pas fondé à revenir contre la vente en doublant les arres ; c'eſt en faveur du ſieur Galliſſard, Marchand de Niſmes, contre le Sr. Huc Dumerlet.

§. 1. *Sin autem ille, qui nominatus eſt, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo eſſe venditionem, quaſi nullo pretio ſtatuto, &c.*

AUtomne ſur la Loi derniere, *Cod. de contrah. empt.* rapporte un Arrêt du Parlement de Bordeaux, qui jugea conformément à la déciſion de ce Texte, que le tiers dont les Parties avoient convenu pour regler le prix de la vente, étant decedé avant de faire aucune eſtimation, l'acheteur ne pouvoit plus forcer le vendeur à convenir d'une autre perſonne.

§. 2. *Item pretium in numerata pecunia consistere debet, &c.*

QUoique regulierement le prix de la vente doive consister en argent monnoyé, parce qu'autrement on ne pourroit pas distinguer le vendeur d'avec l'acheteur, non plus que le prix d'avec la chose venduë ; il ne faut pas douter neanmoins, que si quelqu'un faisoit l'échange d'un fonds avec des choses mobiliaies qui peuvent être facilement estimées comme des grains, du vin, de l'argent en masse, &c. on ne regardât ce Contrat comme une veritable vente, tant à l'égard des Droits Seigneuriaux, que du retrait lignager ; il n'y auroit autrement rien de plus facile que de commettre des fraudes ; car pour éviter les Droits Seigneuriaux & le retrait, on ne verroit plus que des échanges contre des choses mobiliaires, qu'il seroit facile de revendre du soir au lendemain. M. Boissieu en son Traité des Fiefs, page 401. rapporte que par un des articles des Cayers presentez aux Etats de Blois, la Noblesse se plaignoit qu'on la frustroit de ses droits, par les échanges que l'on faisoit tous les jours, des terres avec des rentes constituées à prix d'argent, & que ces plaintes furent trouvées justes pour les Païs où les rentes constituées sont mises au nombre des effets mobiliaires, mais sans fondement pour les Païs où cette nature de bien est reputée immeuble ; parce que comme dit Argentré, *permutatio rei immobilis cum re immobilis vice fungente sortitur verum permutationis contractum, quo casu moribus nostris non debentur laudimia.* J'ai vû il y a peu de jours * proposer une question touchant la nature d'un acte que les uns soûtenoient être un échange, & les autres un Contrat de vente ; question interessante pour les parens du vendeur, qui vouloient retraire : Pierre par un acte qualifié d'échange, baille une maison apretiée à 2000. liv. pour une autre maison de moindre valeur, & 1200. liv. de retour ; un des parens de Pierre voulant user du retrait lignager, on lui oppose les Arrêts rapportez par M. Maynard, Liv. 4. Ch. 37. qui rejettent sur cette matiere les distinctions que l'on faisoit autrefois, si l'argent donné pour retour, excede ou non la valeur de l'immeu-

* En 1733

ble donné en contre-échange, l'acte regardé comme échange, & le retrayant exclus en l'un & en l'autre cas ; mais une raiſon ſuperieure détermina pour le retrayant, & fit regarder l'acte comme une véritable vente, cette raiſon priſe de l'eſtimation qui avoit été faite de la maiſon donnée par Pierre, car comme dit Grimaudet, Traité du Retrait Lignager, Liv. 5. Chap. 8. page 138. toutes les fois qu'un fonds eſtimé à ſomme d'argent eſt permuté avec un autre, *l'eſtimation fait que le Contrat ſe ſe reſout en emption & vendition* ; à quoi eſt encore conforme la déciſion de Tiraqueau, dans le Traité qu'il a fait auſſi du Retrait Lignager, ſous le mot, *ou équipollent à vente*, Gloſ. 14. num. 19. page. 214.

§. 3. *Cum autem emptio & venditio contracta ſit, periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinet, licet ea res nondum emptori tradita ſit, &c.*

Vinnius, page 801.

IL n'eſt pas de notre deſſein, de concilier la déciſion de ce texte, avec divers autres textes qui paroiſſoient oppoſez, non plus qu'avec le ſentiment de pluſieurs Interprêtes, & de Cujas entre autres, ſur la Loi *ſi fundus*, *ff. locati*, qui a cru que par la perte de la choſe venduë, arrivée avant la tradition, le le vendeur étoit tenu de reſtituer le prix qu'il avoit reçu, ou l'acheteur dechargé de ſon obligation ſi le prix n'étoit pas encore payé, &c. il nous ſuffit d'obſerver, que dans l'uſage, on ſuit à la Lettre ce qui eſt dit ici par Juſtinien ; ſçavoir : Que dès que la vente eſt parfaite, le peril de la choſe venduë regarde uniquement l'acheteur, quoique la choſe ſoit encore entre les mains du vendeur : On n'excepte ſuivant la diſpoſition de la Loi 35. §. *in his*, *ff. de contrah. empt.* que les choſes conſiſtant en nombre, poids ou meſure ; & on peut dire même que ce n'eſt pas là proprement une exception, parce que la vente de ces ſortes de choſes eſt toûjours cenſée faite ſous une condition qui en ſuſpend l'effet, *donec res venditæ numeratæ, admenſæ vel appenſæ fuerint* : En France, dit M. Loyſel, en ſes Inſtitutions Coûtumieres, Liv. 3. Tom. 4. nom. 6. l'on n'a pas plûtôt vendu la choſe qu'on n'y a plus rien : voulant faire entendre par-là, ainſi que l'explique ſon Commentateur, que

Vinnius, page 800.

la proprieté de la choſe venduë paſſe ſans autre tradition, du vendeur à l'acheteur, du moins à l'effet d'en tranſporter à l'acheteur, *periculum & commodum.*

§. 3. *Utique tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit, emptori; quia ſanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipſe Dominus eſt, &c.*

QUoique la vente ſoit parfaite par le conſentement des Parties intereſſées, & qu'il ſoit decidé par cette raiſon, que le peril de la choſe venduë avant la tradition regarde l'acheteur; avant la tradition pourtant, on ne peut point dire de l'acheteur, qu'il ſoit le proprietaire de la choſe venduë; ce qui fait comme l'on voit, une exception à la regle, *res Domino perit*: ſi le vendeur après la vente parfaite, conſerve encore la proprieté de la choſe juſqu'à la tradition, c'eſt parce que comme il eſt dit en la Loi 20. *Cod. de pactis, non nudis pactis, nec contractibus, ſed traditionibus Dominia rerum transferuntur.*

Le vendeur après la vente parfaite, conſerve la proprieté de la choſe venduë juſqu'à la tradition; & ce qu'il y a encore de particulier, c'eſt qu'il la conſerve même après la tradition, s'il n'a pas été payé du prix; car comme dit Juſtinien, au §. 41. du Titre *de rerum diviſione*, au ſecond Livre, *venditæ res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm ſi is pretium ſolverit, vel ſi is qui vendidit fidem emptoris ſecutus ſit*: il conſerve la proprieté juſqu'à la tradition, & quoique d'ailleurs la vente ſoit parfaite; parce que comme il a été dit, *il ne peut y avoir* de tranſport de proprieté que par la tradition; il la conſerve après la tradition, lorſqu'il n'a pas été payé du prix, parce que la vente n'eſt parfaite que par le payement du prix, *pretio ſoluto, vel fide habita de pretio.*

Le vendeur (diſons-nous) conſerve la proprieté de la choſe qu'il a delivrée, s'il n'eſt payé du prix, *vel niſi fidem habuerit de pretio, vel aliter ei ſatisfactum ſit*, mais l'uſage a plus fait en ſa faveur; car après même qu'il a delivré la choſe, *fide habitâ de pretio*, c'eſt-à-dire, content & ſatisfait des aſſurances que l'acheteur lui a donné: on lui conſerve encore

ſous le nom de precaire, ſinon un Titre de proprieté ou une action pour reprendre l'effet vendu, du moins une hypotheque ſpeciale & privilegiée, en vertu de laquelle il peut le ſaiſir & le faire vendre ſéparement, ſi les biens de l'acheteur ſont en diſtribution; & ſur le prix provenant de la vente ſeparée, ſe faire payer de tout ce qui lui reſte dû, tant en capital qu'interêts. Cette Juriſprudence introduite d'abord pour la vente des immeubles, a été étenduë dans les ſuites à la vente des choſes mobiliaires, ſous deux conditions neanmoins : La premiere, qu'elles ſoient encore entre les mains de l'acheteur; car ſi elles avoient changé de main, on ſeroit dans le cas de la maxime qui dit : *Meubles en France n'ont point de ſuite par hypoteque* : & la deuxiéme, qu'elles ſoient encore en nature, c'eſt-à-dire, que l'acheteur ne les ait pas mêlées & confonduës, de maniere que la ſéparation ou la verification n'en puiſſe être faite qu'avec peine. M. de Catelan, Liv. 5. Ch. 33. obſerve ſur la premiere de ces deux conditions, que le vendeur pourroit ſuivre les meubles par lui vendus, même entre les mains d'un tiers, s'il n'étoit pas payé du prix, ou qu'en les delivrant il n'eut pas ſuivi la foi de l'acheteur; & qu'il pourroit les ſuivre encore, ſi lors de la vente, il s'étoit expreſſement reſervé le precaire, quoiqu'il parût d'ailleurs avoir ſuivi la foi de l'acheteur, ſoit par les termes ou le délai qu'il lui auroit donné pour le payement, ſoit par les cautions qu'il auroit exigé : cette reſervation du precaire faite par le vendeur, (étant dit M. de Catelan) une marque qu'aux précautions par lui priſes avec l'acheteur, il a voulu ajoûter celle de l'hypoteque ſpeciale & privilegiée, *Vide* M. de Catelan en l'endroit cité, M. Dolive, Liv. 4. Ch. 10. M. Maynard, Liv. 2. Ch. 45. M. Loüet & Brodeau lett. P. Som. 19.

Dans les ventes, comme en tous autres Contrats, la tradition peut être réelle, ou feinte & ſimulée : la tradition feinte à l'égard des effets mobiliaires, eſt celle qui ſe fait par la tradition des clefs du lieu où ils ſont enfermez, en obſervant que les clefs doivent être delivrées dans le lieu même où les effets ſont renfermez : *clavibus traditis*, dit la Loi 74. *ff. de contrahenda empt. non aliàs mertium in horreis conditarum poſſeſſionem traditam videri, quàm ſi claves apud horrea traditæ*

ſint; & à l'égard des immeubles, on appelle tradition feinte celle dont il eſt parlé en la Loi premiere, *Cod. de Donationibus*, & qui ſe fait par le bail de la cede, *inſtrumentis traditis traditionem factam intelligimus.* Par rapport au vendeur l'effet de la tradition feinte eſt ſans doute le même que celui de la tradition réelle, mais il en eſt autrement par rapport à un tiers, tel que ſeroit, par exemple, un ſecond acheteur, qui auroit ſur le premier l'avantage d'une poſſeſſion réelle & actuelle du fonds vendu, les Arrêts ayant donné la préference à ce dernier, & ayant ainſi interpreté en ſa faveur les termes de la Loi 15. *Cod. de rei vindicat. quoties duobus inſolidum prædium diſtrahitur, manifeſti juris eſt eum cui priori traditum eſt, in retinendo Dominio eſſe potiorem*; il n'y auroit rien à dire, ſi les Arrêts n'avoient fait que maintenir le ſecond acheteur poſſeſſeur du fonds, à l'excluſion du premier, qui pour toute poſſeſſion n'auroit que le bail de la cede; mais ce qu'il y a de ſingulier, c'eſt qu'ils lui ont donné auſſi la préference, dans le cas même où la premiere vente auroit été faite avec reſervation d'uſufruit. *Vide* M. de Catelan, Liv. 5. Chap. 28. Ferriere ſur la queſt. 112. de Guypape, M. Loüet & Brodeau, lett. V. Somm. 1.

§. 4. Emptio tàm ſub conditione, quàm purè contrahi poteſt, &c.

IL ne faut pas confondre les ventes conditionelles, avec celles qui étant pures & ſimples, *ſub conditione reſolvuntur.* Une vente, par exemple, ne laiſſe pas d'être pure & ſimple, quoique faite à faculté de rachat; & il en eſt de même de la vente faite ſous cette convention, appellée dans le Droit *pacte commiſſoire*, que ſi le vendeur n'eſt pas payé de l'entier prix dans un certain tems, la vente ſera nulle: la condition en l'un & en l'autre cas ne tombant point ſur la vente, mais ſur la reſolution de la vente; enſorte qu'il dépend de l'évenement, non point que la vente ſoit nulle ou valable, mais que la vente ſoit reſoluë ou non: *Magis eſt ut ſub conditione reſolvi emptio, quàm ſub conditione contrahi videatur.*

Par la raiſon qu'une vente à faculté de rachat eſt pure &

ſimple, les Arrêts ont jugé que les lods en étoient dûs ; mais ils ont jugé en même tems, qu'il n'étoit dû aucuns lods de la revente qui ſe faiſoit en vertu du pacte de rachat, parce que, comme dit Dumoulin, *non videtur nova venditio, ſed ſimplex reſtitutio, ſive retraditio rei facta ex pacto appoſito in prima venditione* : c'eſt moins une nouvelle vente, qu'une reſolution de la premiere, & une reſolution faite, *non ex causâ novâ, ſed antiquâ & neceſſariâ, quæ inexiſtit primæ venditioni.*

La faculté de rachat a cela de particulier, du moins par la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, que le vendeur peut en uſer pendant 30. ans, quoique par la convention, elle ait été bornée à un moindre délai : ſans diſtinguer même ſi elle a été ſtipulée dans le Contrat de vente, ou après la vente parfaite ; * comme auſſi qu'étant ſtipulée pour en uſer après un certain tems & non plûtôt, le vendeur n'eſt point lié par la condition, & peut retraire ſi bon lui ſemble avant le terme.

* M. de Catelan, Liv. 7. ch. 3.

M. de Catelan, Liv. 5. ch. 5.

Quelques Auteurs ont crû, que le pacte commiſſoire étoit generalement reprouvé en France ; enſorte que le vendeur faute de payement, avoit ſeulement la faculté de faire ſaiſir & decreter les biens vendus en la forme ordinaire ; nous trouvons cependant des Arrêts qui ont jugé le contraire, & qui ont donné au vendeur la faculté de reprendre les biens ſans autre formalité, ſauf ſi l'acheteur étoit prêt à purger la demeure, *celeri præſtatione.*

Vide M. de Catelan, Liv. 1. ch. 20.

Tout ce que nous avons dit de la vente à faculté de rachat par rapport aux Lods, doit être appliqué à la vente faite ſous le pacte commiſſoire ; mais ne doit pas être étendu à cet autre pacte appellé, *addictio in diem* : je vends un fonds avec cette clauſe, ſauf ſi dans le mois il ne ſe preſente quelqu'un qui faſſe ma condition meilleure : *ille fundus centum eſto tibi emptus, niſi quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit* ; la vente en ce dernier cas étant conditionelle, ou pour mieux dire, n'y ayant proprement de vente qu'après le délai expiré, il eſt évident qu'avant le délai expiré, le Seigneur ne ſeroit pas fondé à prétendre aucun lods.

Quoique la clauſe de precaire, dont nous avons parlé, inſerée comme de ſtile dans les Contrats de vente des immeubles

bles, & que l'on y ſupplée lorſque les Parties l'ont omiſe, ſoit differente du pacte commiſſoire, en ce que ſuivant les principes du Droit, elle empêche & ſuſpend toute tranſlation de proprieté, juſqu'à ce que le vendeur ſoit payé de l'entier prix, ce qui ſemble devoir faire regarder la vente comme conditionelle, *ea quæ diſtracta ſunt, ut precariò pœnes emptorem eſſent, quoad pretium univerſum perſolveretur, venditorem poſſe perſequi, &c.* Les Arrêts néanmoins n'ont fait aucune difference entre l'une & l'autre de ces clauſes ou conventions par rapport aux Lods ; & ce qu'il y a de remarquable, c'eſt qu'on adjuge les Lods non-ſeulement de la vente faite avec reſervation de précaire expreſſe ou tacite ; mais lors encore que le vendeur, faute de payement du prix, eſt obligé de reprendre les biens vendus : La clauſe de précaire n'étant regardée dans l'Uſage, que comme une clauſe de précaution, d'ont l'effet n'eſt autre que de donner (comme nous avons déja dit) au vendeur, une hipoteque privilegiée, & une préference à tous autres créanciers ſur le prix provenant de la vente judiciaire du fonds par lui vendu, & qu'il peut à cet effet faire ordonner ſéparement des autres biens de l'acheteur.

L. 20. ff. de precario.

M. Dolive, Liv. 2. ch. 17.

§. 5. *Loca ſacra vel Religioſa, item publica, fruſtra, quis ſciens emit, &c.*

IL n'arrive guere que l'on vende des fonds ſacrez ou publics, mais il arrive ſouvent que des Communautez Eccleſiaſtiques ou Laïques vendent des fonds qui leur appartiennent, des fonds dont le commerce n'eſt pas interdit ; & ce cas n'arrive preſque jamais qu'il n'y ait des diſcuſſions touchant les formalitez qui doivent être obſervées pour rendre la vente ſûre & irrevocable ; L'Uſage paroît aujourd'hui fixé à ce point, que la Communauté qui veut aliener, peut & doit pourſuivre trois differens Jugemens ou Arrêts : Par le premier, il eſt ordonné qu'il ſera fait une Enquête *ſurper commodo & incommodo*, l'Enquête rapportée, il en eſt rendu un ſecond, qui ordonne les Proclamations & les Affiches ; Et par le troiſiéme, l'adjudication eſt faite en faveur du dernier Surdiſant & Encheriſſeur ; Je dis trois Jugemens ou Arrêts, car quoiqu'on s'adreſſe preſque toûjours au

au Parlement, on ne voit pourtant pas de raiſon pour laquelle on ne pût également ſe retirer devant les Sénéchaux.

Il arrive ſouvent auſſi, qu'on achete un fonds qui n'appartient pas au Vendeur, & on diſtingue alors, *inter emptorem ſcientem & ignorantem*; l'Acheteur a t'il ignoré que la choſe n'appartenoit point au Vendeur; en ce cas point de difficulté que s'il eſt évincé, le Vendeur ne ſoit tenu des dommages & interêts, conſiſtant en ce que la choſe évincée vaut au tems de l'éviction au-delà du prix convenu; l'Acheteur au contraire a-t-il connu le vice de la choſe, a-t-il acquis ſciament un fonds appartenant à autrui, on diſtingue encore, ou la garantie a été ſtipulée, ou elle ne l'a pas été; S'il y a ſtipulation de la garantie, la connoiſſance qu'a eû l'acheteur n'empêche pas qu'il ne puiſſe par l'action *ex empto*, pourſuivre la condamnation aux dommages & interêts: Les Loix & les Arrêts n'exceptant de la Regle que la vente des fonds ſubſtituez, dont l'acquereur ne peut après l'éviction agir que pour la repetition du prix, *cùm ſufficiat ei ſaltem pro pretio quod ſciens dedit ſibi ſatisfieri*; Si la garantie au contraire n'a pas été ſtipulée, point d'action en dommages & interêts pour l'acheteur; mais une action ſeulement pour la repetition du prix.

M. de Catelan, Liv. 5. Chap. 22.

M. de Catelan, Liv. 5. Chap. 7.

L. 3. §. emptor, Cod. communi. de legatis.

On donne, diſons-nous, à l'acheteur, malgré la connoiſſance qu'il a eû du vice de la choſe, une action pour la repetition du prix, lorſqu'il n'y a aucune ſtipulation de garantie; & on ne ſuit point la diſpoſition de la Loi *Si fundum*, *Cod. de evictionibus*, qui ſemble dans ces circonſtances décharger le vendeur de la reſtitution du prix qu'il a reçû, *ſi fundum ſciens alienum comparavit athenocles, & nihil de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra juris poſcit rationem.* La même raiſon d'équité pour laquelle on trouve decidé en la Loi *ex empto* §. *qui autem*, *ff. de actionibus empti & venditi*, que le prix doit être reſtitué, lors même que l'acheteur a renoncé à toute éviction & garantie, a fait juger auſſi, que le prix devoit être reſtitué, quoique la garantie n'eût pas été ſtipulée, ſans diſtinguer ſi l'acheteur avoit ſçû ou ignoré que la choſe n'appartenoit pas au vendeur, *neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amittat, & pretium venditor retineat, &c.*

M. de Catelan, Livre 5. Chap. 7.

Il arrive ſouvent enfin, que l'acheteur ſans être évincé, ſe trouve trompé ou lezé en la qualité de la choſe venduë par la reticence ou le fait du vendeur ; & on donne en ce cas à l'acheteur, ou l'action *ex empto*, ou l'action *quanti minoris*, ou la redhibitoire, ſuivant qu'il paroît par les circonſtances ou par les termes du Contrat, que le vendeur a uſé de bonne ou de mauvaiſe foi, le tout comme il eſt expliqué au long par M. Dolive, Liv. 4. Ch. 23. & ſuivans, & par M. de Catelan, Liv. 3. Ch. 18. l'action *ex empto* donne à l'acheteur les dommages & interêts, par l'action *quanti minoris*, le vendeur n'eſt tenu envers l'acheteur que de la moins valuë, *quanti minoris empturus eſſet, vel quanti minoris res valuiſſet* : & l'objet de la redhibitoire eſt la reſolution de la vente ; on peut dire à proprement parler de l'action redhibitoire, qu'il n'y a entre elle & l'action *ex empto* qu'une difference de nom ; car enfin s'il eſt vrai d'un côté, que l'action *ex empto* comprenne tout le dommage ſouffert par l'acheteur, & de l'autre que le vice de la choſe ſoit tel que l'acheteur, s'il l'avoit connu, n'auroit pas acheté ; il eſt évident que le dommage en ce cas n'eſt autre que d'avoir acheté, & conſequemment que ce dommage ne peut être reparé que par la reſolution de la vente. Pour ſçavoir ſi l'acheteur a l'action *ex empto*, ou ſeulement l'action *quanti minoris*, on diſtingue communement *inter venditorem ſcientem vel ignorantem*, le vendeur tenu *actione ex empto* lorſqu'il a connu le vice de la choſe, & de l'action *quanti minoris*, lorſqu'il l'a ignoré ; mais après tout, ce n'eſt guere encore qu'une difference de nom, car il eſt rare de voir des cas où le dommage pour l'acheteur, ſoit autre que celui d'avoir acheté trop cherement par rapport au vice ignoré, & où le dommage par conſequent ne puiſſe être reparé par le *quanti minoris*.

M. de Catelan, Liv. 3. ch. 18.

Par les Loix du Royaume, il n'eſt pas permis d'acheter du bled en herbe. „ Doreſnavant (dit l'Ordonnance de Louis XI. „ de l'année 1482. dont la diſpoſition a été renouvellée par „ pluſieurs autres, & notament par celle de 1629. art. 424.) „ Aucuns Marchands ni autres quelconques, ne ſoient ſi oſez „ ni ſi hardis d'acheter bled en verd ni ſur pied. „ On trouve dans le nouveau Recuëil d'Augeard, Tom. 3. pag. 519. & ſui-

vantes, & dans M. Dolive, Liv. 4. Chap. 9. deux Arrêts rendus preſque dans les mêmes circonſtances, qui ont interpreté differament ces Ordonnances ; quoique l'un & l'autre de ces Auteurs, ſemblent aſſez convenir qu'on doit les entendre de maniere, non point qu'elles prohibent l'achat que l'on feroit de la recolte ou de l'eſperance de la recolte évaluée à un certain prix, mais ſeulement l'achat que l'on feroit d'une certaine quantité de bled pendant par les racines : l'eſperance du vendeur pouvant être trompée par quelque cas fortuit, ou parce qu'il pourroit ne pas trouver dans la gerbe la quantité ſur laquelle il auroit compté ; il ne paroît pas que le Droit Romain uſât ſur cette matiere d'aucune diſtinction, & on peut en juger par ces paroles de la Loi *fiſtulas* 78. §. dernier, *ff. de contrahenda emptione. Frumenta quæ in herbis erant, cùm vendidiſſes. Vide* Augeard & M. Dolive dans les endroits citez, Albert ſous le mot Fermier, art. 2. & Graverol ſur M. Laroche, p. 40.

TITRE XXV.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Et competit locatori quidem locati actio, conductori verò conducti, &c.

LE loüage ou Bail à loyer, eſt une convention, par laquelle l'une des Parties donne à l'autre, à un certain prix & pour un certain tems l'uſage de ſon fonds, de ſa maiſon, de ſes meubles, ou de ſon travail & de ſon induſtrie. Dans l'uſage, le nom de Bail à Ferme, convient proprement aux choſes qui produiſent des fruits, & le nom de loüage ou Bail à loyer aux choſes qui n'en produiſent point, comme aux maiſons & aux meubles : Nous n'avons point de nom qui réponde au commerce que l'on fait de ſon travail & de ſon induſtrie.

Il y a cela de particulier aux Baux à Ferme des immeu-

bles qui produiſent des fruits, que les Fermiers peuvent, ſuivant la diſpoſition de l'Ordonnance de 1667. Tit. 34. art. 7. s'obliger par corps au payement du prix de la Ferme ; & que par la Juriſprudence des Arrêts, ces mêmes Fermiers ne ſont pas recevables à faire ceſſion des biens, parce qu'ils commettent une eſpece de larcin en conſumant les fruits qui naiſſent du fonds du Proprietaire ſans en payer le prix ; je dis que les Fermiers peuvent s'obliger par corps, parce qu'en effet ils peuvent ne s'y pas obliger ; & que cette obligation n'eſt pas ſuppléée lorſqu'elle eſt omiſe ; il n'y a que les Baux judiciaires qui emportent de leur nature la contrainte par corps, parce que les Contrats qu'on fait avec la Juſtice, ſont toûjours préſumez être faits de la maniere la plus avantageuſe dont on puiſſe contracter.

M. Loüet & Brodeau, lett. C. Som. dern.

§. 1. Si alieno arbitrio merces promiſſa fuerit, &c.

Il faut faire ſur ce §. la même obſervation que nous avons fait ſur le §. du Titre précedent.

§. 2. Neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio, verùm præſcriptis verbis agendum eſt, &c.

DAns le Droit Romain, chaque action avoit ſa formule particuliere ; ainſi il importoit de ſçavoir, qu'elle étoit préciſement l'action que l'on devoit intenter : Parmi nous les actions ſont plus libres, nous n'avons point de formules particulieres pour chaque nature d'affaires ; ainſi dans l'eſpece propoſée dans ce §. il importe peu de ſçavoir le nom de l'action qu'on auroit droit d'intenter, ſi c'eſt *locati*, *commodati*, ou *præſcriptis verbis*.

§. 3. *Lex Zenoniana lata eſt, quæ Emphiteuſeos contractûs propriam ſtatuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, ſed ſuis pactionibus fulciendam, &c.*

Emphiteoſe, *Emphiteuſis*, eſt un mot Grec qui ſignifie meliorer, planter & hanter, *inſitio*, *inplantatio*, parce qu'en effet une des conditions de l'Emphiteoſe, eſt que l'Emphiteote cultivera, reparera & meliorera le fonds : M. Cujas a ſi fort regardé cette condition de meliorer & de reparer comme eſſentielle au Contrat Emphiteotique, qu'il a crû qu'on ne pouvoit bailler à ce Titre que les fonds deſerts ou incultes : *Emphiteuſeos*, dit-il en ſes Paratitles, ſur le Titre du Code, *de jure Emphiteutico, eſt contractus quo Dominus fundi ſui deſerti fortè & ſquallidi uſum & uſumfructum pleniſſimum & quaſi Dominium alteri concedit, eâ Lege ut inſerendo, plantando, arando, poliendo, colendo, meliorem eum & pretioſiorem faciat, proque eo pendat pretium ſeu vectigal annuum* ; Mais dans l'uſage il eſt indifferent pour la validité de cette eſpece de Contrats, que le fonds ſoit en bon ou en mauvais état, l'obligation de l'Emphiteote n'eſt autre que de ne pas le déteriorer.

Nous avons un Contrat qui ne differe preſque que de nom du Bail Emphiteotique, c'eſt le Bail à Cens, par lequel ainſi que par l'Emphiteoſe, le Proprietaire d'un fonds en tranſporte à un autre le Domaine utile, ſous une redevance annuelle, & en retient le Domaine directe : *Cenſus*, dit Dumoulin, *eſt contractus qui habet nomen à Lege conſuetudinariâ, ut Emphiteuſis à Lege communi & ſcriptâ ; ſed in utroque contractu, videlicet cenſu & Emphiteuſi ; Dominium directum à concedente retinetur.* S'il y a quelque difference de l'un à l'autre, c'eſt qu'on ne peut bailler à Cens qu'un fonds que l'on poſſede noblement ; au lieu que pour bailler un fonds à titre d'Emphiteoſe, il ſuffit de le poſſeder en Franc-Aleu & independant de toute Seigneurie directe, quoique d'ailleurs rural & ſujet au payement des Tailles, la roture n'ayant rien d'incompatible avec l'allodialité & l'independance.

Un autre Contrat fort uſité parmi nous, eſt celui que l'on

connoît ſous le nom de Bail à locatairie perpetuelle, & qui differe du Bail à Cens, ainſi que du Bail Emphiteotique, en ce que pour bailler à Titre de Locatairie perpetuelle, il ſuffit d'en avoir la dominité utile; au lieu que pour bailler à Cens, ou à titre d'Emphiteoſe, il faut, comme nous avons dit, en avoir la pleine proprieté, c'eſt-à-dire, le poſſeder ou noblement ou allodialement: le Bail à Locatairie perpetuelle n'eſt à proprement parler, qu'un cizaillement de la dominité utile en deux parties, dont l'une demeure en titre de proprieté à celui qui donne le fonds, & l'autre paſſe à titre d'uſufruit ſur la tête du Locataire.

Quoique la nouvelle rente reſervée par le Bail à Locatairie perpetuelle, diminuë la valeur du fonds, & par conſequent les lods dûs au Seigneur directe à chaque mutation qui ſe fait par vente, les Arrêts néanmoins ont jugé, que le Seigneur ne pouvoit ni l'empêcher, ni demander aucune indemnité, étant aſſez dedommagé par les lods qu'on lui adjuge, non-ſeulement de la vente du fonds, mais de la rente même reſervée ſur ce fonds. Pierre par exemple, poſſede un fonds qui lui a été baillé à Cens ou à Titre d'Emphiteoſe, & il le baille ſous une rente annuelle à Locatairie perpetuelle, les lods ſeront adjugez au Seigneur, de la vente que fera le Locataire du fonds ſujet à la rente, & ils lui ſeront adjugez encore, de la vente que fera celui qui a baillé à Locatairie, de la rente par lui reſervée.

Ce que nous diſons, qu'un Seigneur ne peut demander ni lods ni indemnité, lorſqu'on baille à Locatairie perpetuelle un fonds mouvant de ſa Directe, doit être entendu du Bail qui ſe fait ſans qu'il y ait aucun argent reçû; car comme il eſt obſervé par M. de Catelan, Liv. 3. Ch. 17. il n'y a pas de difficulté qu'à concurrence de l'argent qu'on donne, le Seigneur ne ſoit fondé à demander les lods: on ne doute pas non plus que les lods ne ſoient dûs au Seigneur, du rachat que fait le Locataire de la rente reſervée par le Bail. Mais une queſtion dont j'ai vû ſouvent douter, & qui a été differamment jugée par les Arrêts, eſt de ſçavoir, ſi le Seigneur peut demander les lods, avant même que la rente ait été rachetée, lorſque le rachat a été ſtipulé par le Bail, & que par

le Bail le prix du rachat a été auſſi ſtipulé ? Le dernier Arrêt que je ſçache avoir été rendu, eſt celui du 17. Août 1729. au Rapport de M. de Palarin, en la ſeconde Chambre des Enquêtes, & par lequel la queſtion fut jugée en faveur du Seigneur, le Locataire condamné à payer les lods du prix auquel il avoit été convenu que la rente pourroit être rachetée.

Le Droit Romain ſupplée dans le Bail emphiteotique trois clauſes ou conditions, toutes les fois que les Parties n'ont point fait de convention contraire.

1°. Que la perte totale du fonds arrivée par un tremblement de terre, par le changement de lit d'une Riviere, ou par quelqu'autre accident que ce ſoit, décharge l'Emphiteote de la rente à laquelle il s'eſt aſſujetti : *Si quidem tanta emiſerit clades, quæ ipſius rei faciat interitum, hoc non emphiteuticario, ſed Domino fundi imputetur* ; & que ſi la perte au contraire n'eſt que d'une partie du fonds, l'Emphiteote doit la ſupporter ſans aucune diminution de la rente : *ſi verò particulare vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipſa rei penitus lædatur ſubſtantia, hoc emphiteuticarius ſuis partibus non dubitet adſcribendum* : Nous l'obſervons ainſi non-ſeulement à l'égard de l'Emphiteoſe, mais encore du Bail à cens ; & s'il y a quelque exception à la regle, c'eſt celle dont parle Dumoulin ; ſçavoir, s'il a été dit en la tradition du fonds, qu'il ſeroit payé, par exemple, tant d'argent ou tant de bled pour chaque arpent, ou pour chaque ſéterée de terre, la rente alors devant être diminuée à proportion de la diminution du fonds.

L. 1. Cod. de Jure Emphiteutico, ſi perit res tota, liberatur Emphiteuta ; ſi verò pro parte, nulla liberabitur arte.

2°. Que l'Emphiteote qui laiſſe paſſer trois années ſans payer la rente & les autres charges du fonds, peut être dépoſſedé ſans autre formalité, & ne peut demander aucun rembourſement des meliorations ou reparations par lui faites ; *ſi per totum triennium non ſolverit, licere eum à prædiis emphiteuticariis repellere, nullâ ei allegatione nomine meliorationis opponendâ* ; mais c'eſt ce que nous obſervons auſſi peu dans l'Emphiteoſe, que dans le Bail à fief, pas même dans le cas où la choſe auroit été ainſi expreſſément ſtipulée dans le Bail ; une pareille ſtipulation ſeroit regardée comme comminatoire ; & quand on ne la regarderoit pas comme telle, & que toute eſperance de purger la demeure ſeroit interdite à l'Emphiteote,

L. 2. Cod. de jure emphit.

on

on ne pourroit jamais le dépoſſeder que par les voyes ordinaires de la Juſtice.

3°. Que l'Emphiteote ne peut vendre la choſe donnée à Emphiteoſe ſans en avertir le Seigneur, & ſans lui en dénoncer le prix, le défaut de dénonciation donnant lieu au droit de commiſe, & le Seigneur après la dénonciation pouvant à ſon choix, ou uſer de la préference, ou exiger la cinquantiéme partie du prix; mais c'eſt encore ce que nous n'obſervons, ni dans l'Emphiteoſe, ni dans le Bail à fief: l'Emphiteote auſſi-bien que le Cenſitaire peut vendre, quand comme bon lui ſemble, ſans être obligé de le denoncer au Seigneur; & tout ce qu'il y a, c'eſt que ſi après la vente faite, l'acheteur ne la dénonce pas au Seigneur, le Seigneur conſerve le droit de retraire pendant trente ans, à compter du jour du Contrat; au lieu qu'il n'a qu'un an à compter du jour de la dénonce qui lui eſt fait par acte: le Seigneur au ſurplus, l'orſqu'il ne veut pas uſer du droit de prélation, pouvant exiger pour l'inveſtiture de l'accquereur, ce droit que nous connoiſſons ſous le nom de Lods, & que les Coûtumes ont fixé fort au-deſſus de la cinquantiéme partie du prix.

L. 3 *Cod. de jure emphit.*

Ferriere ſur Gui-Pape, queſt. 411. M. de Cambolas, Liv. 1. Ch. 15. & M. de Catellan, Liv. 3. Ch. 10.

§. 3. *Et ſi quidem aliquid pactum fuerit, hoc ità obtinere, ac ſi naturalis eſſet contractus, &c.*

ON ſe ſert de ce Texte, pour faire ſubſiſter toutes les conventions qu'il plaît aux Parties d'inſerer dans les Baux Emphiteotiques, quoiqu'elles ne tiennent de la nature ni du Bail à Cens, ni de l'Emphiteoſe; les Auteurs qui ont écrit ſur la matiere des fiefs, ont appellé ces Contrats, où les Parties ſtipulant des clauſes contraires à la nature du Bail Emphiteotique, Contrats libellaires; mais il étoit aſſez inutile de leur donner un nom particulier, s'il eſt vrai, comme le dit ici Juſtinien, que l'Emphiteoſe ſans changer de nom & de nature, ſoit ſuſceptible de toute ſorte de conventions, *ac ſi naturalis eſſet contractus*, ou ſuivant la correction que quelques Interprêtes ont voulu faire, *ac ſi naturâ talis eſſet contractus, &c.*

§. 4. *Item quæritur, ſi cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro ſuo certi ponderis annullos faceret, placuit emptionem & venditionem contrahi, &c.*

LA queſtion, ſi le Contrat, dont il eſt ici parlé, eſt un Contrat de vente plûtôt que de loüage, n'eſt pas une queſtion oiſeuſe; car ſi c'eſt une vente, elle peut être reſcindée par la lézion d'outre moitié du juſte prix, ſuivant la Loi 2. *Cod. de reſcin. vendit.* & ſi c'eſt un loüage, la lézion quelque énorme qu'elle ſoit, ne peut fournir un moyen de reſtitution en entier: Juſtinien decide, que c'eſt une vente, par la raiſon, que l'artiſan devoit fournir la matiere, *ex auro ſuo*, & c'eſt en ſe conformant à ce Texte, que dans l'eſpece de l'Arrêt rapporté par M. Dolive, Liv. 4. Ch. 12. on jugea qu'un Architecte ou Maçon, pouvoit être reſtitué par la lézion d'outre moitié envers le Contrat qu'il avoit paſſé pour la conſtuction d'un Edifice; l'Architecte s'étoit obligé de fournir, non-ſeulement ſon travail & ſon induſtrie, mais encore tous les materiaux neceſſaires, & par-là ſon engagement tenoit de la vente, *placuit emptionem & venditionem contrahi*; ſi on trouve dans M. de Cambolas, Liv. 3. Ch. 18. & dans Albert, lett. M. pag. 216. de l'ancienne Edition, des Arrêts qui paroiſſent contraires, en ce que l'Architecte, quoi qu'obligé auſſi de fournir les materiaux, fut condamné à entretenir le Bail malgré la lézion d'outre moitié; c'eſt parce que dans l'eſpece de ces derniers Arrêts, il s'agiſſoit d'une entrepriſe pour des ouvrages publics, dont l'adjudication avoit été faite à la moins dite.

§. 5. *Ab eo cuſtodia talis deſideratur, qualem diligentiſſimus pater-familiàs ſuis rebus adhibet; quam ſi præſtiterit, & caſu fortuito rem amiſerit, de reſtituendâ eâ non tenebitur, &c.*

L'Incendie des maiſons tenües à loüage, donne ſouvent lieu à des Procès: On ne doute point, ſuivant la diſpoſition de ce Texte, que ſi l'incendie arrive par la faute du locataire, le locataire ne ſoit tenu de ſupporter la perte,

& de rebâtir la Maiſon ; & que s'il arrive au contraire par un cas purement fortuit, la perte ne doive tomber ſur le Proprietaire. Mais la difficulté eſt de ſçavoir, ſi c'eſt au Proprietaire à prouver que l'incendie eſt arrivée par la faute du Locataire, ou ſi c'eſt au Locataire à prouver que ce malheur eſt arrivé par un cas fortuit ou autrement que par ſa faute ? Les Arrêts * ont jugé la queſtion contre les Locataires, & cette Juriſprudence eſt fondée ſur ce qui eſt dit en la Loi 3. §. 4. *ff. de officio perfecti vigilum, plerùmque incendia fieri culpâ inhabitantium, &c.* Il y a un cas où on juge que le Locataire eſt reſponſable de l'incendie ou de la démolition de la Maiſon, quoique ces accidens ne ſoient pas arrivez par ſa faute, * c'eſt celui où les inimitiez particulieres du Locataire ont donné lieu à l'incendie ou à la démolition ; Ce qui eſt encore fondé ſur la diſpoſition du Droit en la Loi *ſi merces* 25. §. *culpæ, ff. locati, &c.*

* M. de Catelan, *Liv.* 5. *ch.* 3.

* M. de Catelan, *ibid.*

Si le Locataire eſt tenu envers le Proprietaire de la maiſon loüée, du dommage cauſé par l'incendie, il l'eſt ſans doute auſſi par la même raiſon, envers les Proprietaires des Maiſons voiſines qui peuvent avoir été endommagées par cet accident ; mais on demande, ſi les Proprietaires de ces maiſons voiſines, lorſque le Locataire ſe trouve inſolvable, ont une action ſubſidiaire contre le Proprietaire de la maiſon brûlée ? Ou ce qui eſt la même choſe, ſi le Proprietaire d'une maiſon eſt tenu civilement du fait, ou de la faute de ſon Locataire ? Cette queſtion ſe preſenta il y a environ dix années, à l'occaſion de l'incendie arrivée à un Four ſitué dans la Paroiſſe de la Daurade de cette Ville, appartenant à une Conſorce de Prêtres, & tenu lors à loüage par le nommé Delpech ; L'incendie s'étant communiquée au Logis de la Vache, & le Proprietaire de ce Logis ayant formé Inſtance devant le Senéchal, contre le Sindic de la Conſorce, il intervint Sentence qui relaxa le Sindic, à la charge de jurer qu'il avoit fait les Réparations néceſſaires ; Et ſur l'Appel de cette Sentence, Arrêt qui ordonna une Verification par Experts, pour ſçavoir ſi l'incendie avoit été cauſée par le défaut des Réparations ; ce qui conduit, comme l'on voit, à ne rendre garant & reſponſable le Proprietaire d'une maiſon, du fait ou de la faute de ſon Locataire, qu'autant que

ce Proprietaire peut être lui-même en faute ; & c'eſt ſur ce Principe que fut rendu le 23. Septembre de l'année derniere 1732. le Jugement Souverain de la Table de Marbre, par lequel M. Azemar, Conſeiller au Parlement, Seigneur de Caſtelferrus, & proprietaire en cette qualité d'un Moulin ſcis ſur la Riviere de Garronne, fut relaxé de la demande que lui faiſoit le Sieur Laſerre, Bourgeois de Saint Nicolas de la Grave, des dommages & interêts par lui ſoufferts, pour le fait & la faute du Fermier du Moulin. *Vide* la Loi 1. §. 4. *ff. de his qui effunderunt vel dejecerunt*, Baſnage ſur la Coûtume de Normandie, Tom. 2. page 292.

§. 6. *Mortuo conductore intra tempora conductionis, hæres ejus eodem jure in conductione ſuccedit.*

PArmi nous, comme chez les Romains, les Heritiers, tant du Proprietaire que du Fermier, ſont également obligez d'entretenir le Bail dont le terme n'eſt pas encore expiré ; ainſi ce que dit M. Loiſel, en ſes Inſtitutions Coûtumieres, Liv. 3. Titre 6. Art. 3. que Mort & Mariage rompent tout Loüage, eſt abſolument faux ; Si on ne veut l'entendre de *Locatione operarum*, en diſant, comme on lit dans quelques Coûtumes, que Mort & Mariage rompent tout liage ; encore même, ſeroit-il difficile de trouver quelque cas, où la Maxime pût être appliquée, du moins par rapport au Mariage.

On dit avec plus de raiſon, que Vente rompt Cens, parce qu'en effet, un Acquereur n'eſt point tenu d'entretenir le Bail paſſé par le Vendeur ; il peut chaſſer le Locataire ou le Fermier du Fonds ou de la maiſon qui lui a été venduë, ſauf à ce Fermier ſon recours contre le vendeur ; Et il en eſt de même de tout autre Succeſſeur à titre particulier, ſoit onereux ou lucratif.

M. de Catelan, Liv. 5. Ch. 63.

La Maxime, vente rompt Cens, eſt appliquée dans l'uſage, non-ſeulement à la vente du fonds, mais encore à la vente des fruits ; & quoiqu'en diſe Me. Vedel dans les Obſervations qu'il vient de donner au Public ſur les Arrêts de Monſieur de Catelan, Liv. 5. Ch. 44. j'ai peine à croire que cet uſage ſoit abrogé par l'Arrêt qu'il rapporte, rendu le 23. Avril 1729.

en la cauſe & en faveur du Sieur Sicard, Libraire dans l'Enclos du Palais, qui avoit pris à loüage pour pluſieurs années la maiſon & boutique qu'il occupe actuellement, * & qu'on vouloit expulſer au moyen de la vente des fruits : Il eſt vrai que par l'Arrêt qui intervint, l'acheteur des fruits n'obtint autre choſe, ſinon qu'il ſeroit mis au lieu & place du Proprietaire, Sicard condamné à lui payer les loyers, ainſi & en la maniere qu'il les auroit payez au Proprietaire lui même ; mais on peut l'avoir jugé ainſi pour le Bail à loyer d'une maiſon, ſans que l'Arrêt puiſſe être tiré à conſequence pour les baux à Ferme des biens de campagne ; & il y a en effet pour ceux-ci une raiſon qui n'eſt pas commune aux loyers des maiſons : cette raiſon priſe de l'interêt que peut avoir le Proprietaire, de s'aſſurer par la vente un revenu certain, ne peut s'aſſurer par la Ferme, à cauſe du recours du Fermier pour les cas fortuits. *Voyez* Henrys, Tome 2. page 850. * 1733.

Le Fermier dont le Bail eſt reſolu par la vente, a une action en dommages & interêts contre le vendeur : la choſe eſt ſans difficulté ; mais a-t'il droit de retention juſqu'à ce qu'il ait été indemniſé, ou l'acquereur peut-il ſans autre formalité le dépoſſeder ? Sur cette queſtion on diſtingue, le Fermier ou le locataire, a-t'il un Contrat public, ou n'a-t'il qu'un Bail ſous ſignature privée ; dans le premier cas il a droit de retention, & l'acheteur ne peut l'expulſer qu'après qu'il a été pourvû à ſon indemnité, ou par lui-même, ou par le vendeur : dans le ſecond, il n'a aucun droit de retenir la choſe, & il ne peut qu'agir contre le vendeur. On comprend que dans le premier cas, le droit de retention eſt l'effet de l'hypoteque que l'on acquiert par un Contrat public. Au ſurplus il en eſt d'un Bail judiciaire, comme du Bail conventionnel, ſauf que par la reſolution qui s'en fait par la vente & adjudication, le Fermier qui a pû & dû la prévoir, ne peut demander aucuns dommages & interêts. *Vide* Ferriere, ſur la queſtion 480. de Guy-Pape, & Bretonnier ſur Henrys, Tome 2. page 852.

Il y a cela de particulier dans le loüage des maiſons, que le Proprietaire peut impunement, & ſans être expoſé à aucuns dommages & interêts, rompre le Bail, toutes les fois qu'il veut lui-même habiter la maiſon, *ſi eam propriis uſibus neceſſariam*

demonſtraverit : la Loi *Æde*, *Cod. de locato & conducto*, ledécide ainſi, & les Arrêts ont jugé non-ſeulement, que le proprietaire de l'entiere maiſon pouvoit uſer de cette liberté, mais le proprietaire même d'une petite portion de la maiſon du conſentement neanmoins des autres copropriétaires. *

* Bardet, Tome 1. Liv. 3. Ch. 48. page 380. Brodeau, ſur M. Loüet, lettr. L. ſom. 4.

Quoique par les Ordonnances, les ſucceſſeurs aux Benefices, ne ſoient pas tenus d'entretenir les baux paſſez par leurs prédeceſſeurs, les Arrêts neanmoins ont diſtingué entre les ſucceſſeurs par reſignation, & les ſucceſſeurs par mort ou par démiſſion pure & ſimple ; ils ont regardé les reſignataires comme repreſentant la perſonne du reſignant, & tenus par conſequent de ſon fait ; au mois de Decembre 1697. je l'ai vû jugé ainſi, moi plaidant à l'Audience de la Grand-Chambre, en la cauſe du ſieur Magnial, qui étant pourvû par reſignation du Prieuré de Monfaucon, fut condamné d'executer le Bail qu'avoit fait ſon reſignant, pour deux ou trois années qui reſtoient encore à courir : on peut voir cet Arrêt rapporté par M. de Catelan, Liv. 5. Ch. 63.

Par les Arrêts de Reglement, il eſt défendu aux Communautez de paſſer des Baux à ferme pour plus de trois ans, & plus expreſſement défendu encore de paſſer des Baux par anticipation ; parce qu'il n'eſt pas poſſible de ſçavoir préciſément la valeur des choſes, lorſque le Bail commencera. On tolere ſeulement à l'égard des Terres & des Fermes de la campagne, que le Bail en puiſſe être fait par anticipation d'un an & demi ou deux ans, à cauſe des preparatifs que le Fermier eſt obligé de faire. *Voyez* M. Laroche & Graverol, page 8. & 9. & M. Loüet & Brodeau, lett. B. ſom. 5.

TITRE XXVI.

DE SOCIETATE.

Societatem Coïre ſolemus, &c.

TOut ce que dit ici Juſtinien du Contrat de ſocieté, des conventions que peuvent faire entr'eux les aſſociez, & de leurs engagemens reciproques, de la maniere dont la ſocieté ſe contracte & ſe diſſout, eſt axactement obſervé parmi nous.

L'Ordonnance de 1673. Tit. 4. a voulu pour la facilité ou utilité du Commerce, aſſujettir les Societez entre Marchands à quelques regles particulieres, & à celle-là entre autres: qu'elles ſoient redigées par écrit devant Notaire, ou ſous ſignature privée: que l'extrait en ſoit regiſtré au Greffe de la Juriſdiction Conſulaire s'il y en a, ſinon à celui de l'Hôtel de Ville, & s'il n'y en a point, au Greffe du Juge des lieux, ou de ceux des Seigneurs: que cet extrait ſoit enſuite inſeré dans un Tableau, expoſé en lieu public, ſigné de tous les aſſociez, contenant leurs noms, ſurnoms & demeures, les clauſes extraordinaires, s'il y en a, pour la ſignature des actes, enſemble le tems auquel la Societé doit commencer & finir: que la Societé ne ſoit en aucun cas reputée continuée, s'il n'y en a un acte par écrit enregiſtré & affiché: que tous actes portant changement d'aſſociez, nouvelles ſtipulations ou clauſes pour la ſignature, ſoient auſſi enregiſtrez & publiez, & n'ayent lieu que du jour de la publication.

Le même Titre de l'Ordonnance de 1673. art. premier & 8 diſtingue deux ſortes de ſocieté entre Marchands, la ſocieté generale, & la ſocieté en commendite. Par ſocieté generale, l'Ordonnance n'entend pas une ſocieté de tous les biens, mais une ſocieté libre & collective, c'eſt-à-dire, une ſocieté contractée ſous le nom de tous les aſſociez, & en laquelle tous les aſſociez, & chacun des aſſociez, agit, contracte, & s'obli-

ge, & en s'obligeant, oblige indéfiniment tous les autres ; au lieu que la Societé en commendite, eſt toûjours ſur la tête d'un ou de quelques-uns d'entre les Aſſociez, qui ſeuls agiſſent & ſignent tous les Actes concernant la Societé ; mais qui ne peuvent obliger les Aſſociez en commendite qu'à concurrence du fonds qu'ils ont porté & mis en la Societé. Comme les aſſociez en commendite, ne font aucune fonction d'aſſociez, & que ce n'eſt point avec eux que l'on contracte, les Créanciers n'ont aucun ſujet de ſe plaindre, ſi en cas de faillite & de banqueroute, ils ſont tenus ſeulement à concurrence de leur fonds, & non point indéfiniment, comme le ſont les aſſociez qui ont parû, & agi en cette qualité, & avec leſquels on a contracté. Commendite, ſuivant la conjecture de quelques Auteurs, ainſi appelée du vieux mot, *Command*, dont ſe ſervent les Coûtumes, pour exprimer la charge qu'on donne d'achêter ou de négocier quelque choſe, *commiſſa rei gerendæ poteſtas.*

Dans preſque tous les Païs Coûtumiers, il y a entre le Mari & la Femme une eſpece de ſocieté, dans laquelle entrent tous les Effets mobiliaires, tant du Mari que la Femme ; meubles meublans, Vaiſſelle d'Argent, Argent comptant, promeſſes, Obligations, &c. ſoit qu'ils ayent appartenu avant ou après la celebration du Mariage ; Enſemble les Conquêts immeubles, c'eſt-à-dire, les acquiſitions faites par le Mari & la Femme depuis le jour de la Benediction Nuptiale, juſques au jour de la diſſolution de la communauté. Sous le nom de Conquêts, on ne comprend pas ſeulement les acquiſitions faites à titre onereux de Vente, d'échange, &c. On y comprend encore celles qui ſont faites à titre gratuit de Donation ou de Legs en ligne collaterale, les Coûtumes n'excluant que les Immeubles échûs par ſucceſſion de quelque ligne qu'ils proviennent, directe ou collaterale, & les Immeubles donnez ou leguez par les aſcendans à leurs enfans ou petits-enfans. Le Mari pendant le Mariage, eſt le maître de la communauté, il en peut diſpoſer comme bon lui ſemble, ſans le conſentement de ſa Femme, il peut vendre, donner ou diſſiper, pourveu qu'il en diſpoſe par des Actes entre-vif & ſans fraude.

§. 5.

§. 5. Solvitur ſocietas morte ſocii, &c. Sed & ſi conſenſu plurium ſocietas contracta ſit, morte unius ſolvitur, etſi plures ſuperſint; niſi in coëundâ ſocietate aliter convenerit.

IL eſt de la nature du Contrat de ſocieté, de finir par la mort d'un des aſſociez; & ſi fort, que lors que la ſocieté, eſt contractée entre pluſieurs perſonnes, on ne peut pas convenir que l'un des aſſociez venant à mourir, la ſocieté ſera continuée avec ſon heritier; les aſſociez neanmoins pouvant convenir, que ſi l'un d'eux vient à mourir, la ſocieté ſubſiſtera entre les ſurvivans. Les Loix exceptent de la regle les ſocietez contractées pour des Fermes puliques, *ſocietates vectigalium*, ainſi que les ſocietez contractées pour l'achat ou le loüage de certaines choſes, *in rem certam emendam conducendamve*: Elles declarent les unes & les autres tranſmiſſibles aux heritiers de l'aſſocié decedé; ſçavoir, les ſocietez des Fermes publiques, lors qu'il a été ainſi expreſſement convenu par l'Acte de ſocieté, & celles contractées, *in rem certam emendam conducendamve*, quoiqu'il n'y ait aucune convention, & que le cas n'ait pas été prévû par les aſſociez; mais ſuivant l'obſervation de Duperier, Liv. 2. Ch. *6.* ce ne ſont point là proprement des exceptions à une regle établie pour les ſocietez: une ſocieté contractée pour l'achat ou le loüage de certaines choſes, ne differe en rien du Contrat de vente ou de loüage, & on ne peut regarder des aſſociez à une Ferme publique, que comme des locataires ou Fermiers; d'où cet Auteur conclut, qu'en l'un & en l'autre cas, la tranſmiſſion aux heritiers doit avoir lieu par la propre nature du Contrat, & qu'elle doit avoir lieu indépendamment de la convention.

Nous avons dit, que les aſſociez ne pouvoient convenir, que l'un d'eux venant à mourir, la ſocieté ſeroit continuée avec ſon heritier, parce que l'une des choſes les plus eſſentielles à la ſocieté, eſt le choix des perſonnes & leur induſtrie; & par la même raiſon auſſi, il eſt decidé, que l'un des aſſociez ne peut admettre un tiers à la ſocieté, ſans la participation des autres; il eſt bien permis à un aſſocié de ceder ou communiquer à

un tiers une portion de l'Interêt qu'il a en la societé, mais ce tiers cessionnaire n'est pas admis pour cela dans l'ancienne societé, *socius socii mei, non est socius meus*, sur quoi on peut voir un Arrêt remarquable, rapporté dans le cinquiéme Tome du Journal des Audiences, page 412.

Justinien compte parmi les moyens qui mettent fin à la societé, la cession des biens que fait l'un des associez : *Si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, & ideò substantiæ ejus veniat, solvitur societas.* Mais comme ce moyen n'est fondé que sur ce que l'associé qui a failli, n'a plus de quoi fournir aux dépenses de la societé, ni de quoi répondre des pertes dont il pourroit être tenu : Je ne doute point que s'il étoit en état de donner caution, la societé ne dût subsister ; il y a peu de jours que la faillite du sieur Codognan associé aux Fermes de la Ville, donna lieu à agiter cette question, ses autres associez vouloient l'exclure, malgré l'offre qu'il faisoit d'une caution solvable ; mais ils passerent enfin condamnation.

Dans les Coûtumes qui admettent la communauté entre mari & femme, on observe que s'il y a des enfans mineurs du Mariage, au jour du decès du premier des deux conjoints, & que le survivant ne fasse pas faire inventaire, la communauté continuë entre lui & tous les enfans du mariage, si bon leur semble ; cette peine étant ainsi établie contre le survivant, afin de l'obliger à faire faire un inventaire pour la conservation des biens des mineurs, qui ne sçauroient eux-même veiller à leurs interêts.

TITRE XXVII.

DE MANDATO.

Mandatum contrahitur quinque modis, &c.

Mandat ou Mandement, nous connoiſſons mieux ce Contrat ſous le nom de procuration & de commiſſion, Juſtinien n'en dit rien dans ce Titre qui ne ſoit obſervé parmi nous.

§. 6. *Quæſitum eſt, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio, fœnerares? Et obtinuit ſabini ſententia, obligatorium eſſe in hoc caſu mandatum, &c.*

L'Arrêt rapporté par *M. Maynard, Liv. 8. Ch. 29.* qui jugea qu'une lettre de recommandation, contenant que celui qu'on recommandoit étoit honnête-homme & payeroit exactement, n'obligeoit point celui qui l'avoit écrite, n'a rien de contraire à la diſpoſition de ce §. autre choſe eſt une ſimple recommandation, & autre choſe un mandat, un ordre, ou une commiſſion.

Hujuſmodi litteræ commendandi magis hominis, quàm mandandi causâ ſcriptæ ſunt, &c. L. ſi verò non remunerandi, §. cum quidam, ff. mandati.

§. 7. *Illud quoque mandatum non eſt obligatorium, quod contrà bonos mores eſt, veluti ſi Titius deſurto, &c.*

L'Ordonnance de Blois art. 195. prononce une peine capitale, non-ſeulement contre ceux qui commettent un crime, mais contre ceux-là encore par l'ordre deſquels le crime a été commis. „ Et pour le regard des aſſaſſins, & ceux qui pour prix d'argent „ ou autrement ſe loüent pour tuer, outrager ou exceder aucuns, „ enſemble ceux qui les auront loüez ou induits pour ce faire; „ nous voulons la ſeule machination & attentat, être puni de „ mort, encoreque l'effet ne s'en eſt enſuivi, &c.

§. 10. *Si adhuc integro mandato, mors alterius interveniat, vel ejus, qui mandaverit, vel illius qui mandatum ſuſceperit, ſolvitur mandatum, &c.*

SUr ce principe l'Ordonnance de 1667. Titre de la forme de proceder, article 2. declare nulles les Procedures faites & les Jugemens intervenus, depuis le decès de l'une des Parties ou d'un Procureur, arrivé avant que la cauſe, Inſtance ou Procès ſoient en état, ſi ce n'eſt qu'il y ait repriſe, ou conſtitution de nouveau Procureur.

§. 10. *Si ignorans executus fueris mandatum, poſſe te agere mandati actione, &c.*

LA même Ordonnance de 1667. au Titre que nous venons de citer, art. 3. enjoint au Procureur qui ſçaura le decès de ſa partie, de le dénoncer à l'autre, & neanmoins declare valables toutes les pourſuites faites juſqu'au jour de la ſignification du decès.

Nous avons parmi nous, une eſpece de Mandat, qui ne finit pas ſeulement par la mort du Mandant ou du Mandataire, par la revocation du Mandant, ou par la renonciation du Mandataire, mais encore par la ſurannation; c'eſt le Mandat ou la Procuration pour reſigner des Benefices, dont on ne peut faire aucun uſage après l'année, ſuivant la diſpoſition de l'Edit d'Henry II. de l'année 1551. art. 10. appellé communement l'Edit des petites dattes, renouvellé par la Declaration de 1646. art. 12.

Vide les maximes du Droit François, maxime 28.

§. 11. *Mandatum non ſuſcipere cuilibet liberum eſt: ſuſceptum autem conſummandum eſt, &c.*

LOyſel, en ſes Inſtitutions Coûtumieres, Liv. 3. Tit. 2. Art. 6. n'exprime qu'imparfaitement la déciſion contenuë en ce §. lorſqu'il dit: „ Qui s'entremet, doit achever, „ & qui commence & ne parfait, ſa peine perd: „ Le Mandataire qui ſe ſeroit chargé volontairement d'une affaire, ne

ſeroit pas quitte en perdant ſa peine, il ſeroit encore condamné aux dommages & interêts que le Mandant pourroit avoir ſouffert par l'inexecution du Mandat.

§. 13. *In ſumma ſciendum eſt, Mandatum niſi gratuitum ſit, in aliam formam negotii cadere, &c.*

COmme le miniſtere des Procureurs, établis en titre d'office en chaque Juriſdiction, pour faire toutes les procedures judiciaires, n'eſt pas gratuit, & que leurs ſalaires & vacations ſont taxez par les Ordonnances & Reglemens, le Contrat qu'on paſſe avec eux, en les chargeant de la pourſuite d'une affaire, ſemble tenir du loüage plûtôt que du Mandement; & il en eſt de même des Commis, des gens d'affaires, & autres.

Par la raiſon, que le Contrat, dont nous parlons, eſt purement gratuit, les Arrêts ont jugé, que le Mandataire devoit être indemniſé de toutes les pertes auſquelles il s'expoſe dans l'execution du Mandat; Mr. Maynard, Livre 4. Chapitre 16. en rapporte un, rendu en faveur du Syndic du College Saint Martial, lequel allant en Campagne pour affermer certains revenus, fut pris Priſonnier de Guerre, & obligé de payer cent écus pour ſa rançon : *qui occaſionem præſtat*, dit la Loy, *qui occidit*, §. *in hac*, *ff. ad Legem Aquiliam*, *damnum*, *feciſſe videtur*; & il ſemble que cette raiſon d'équité devroit prévaloir à celle qu'allegue le Juriſconſulte en la Loi 26. §. 6. *ff. Mandati*, pour faire ſupporter au Mandataire tout ce qui arrive par un cas purement fortuit.

TITRE XXVIII.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI ex Contractu naſcuntur.

NOus reconnoiſſons en France toutes les eſpeces des quaſi-Contrats, dont il eſt parlé en ce Titre, & que l'on appelle ainſi, parce qu'ils forment un engagement entre deux

ou plusieurs personnes, sans qu'il y ait eu précedamment aucune convention.

§. 2. *Tutores qui Tutelæ officio tenentur, &c. quasi ex Contractu teneri videntur, &c.*

NOus avons observé sur le Titre 20. *de Attiliano Tutore* au Liv. 1. que le quasi-Contrat, dont parle ici Justinien, donne aux Pupilles sur les biens de leurs Tuteurs, une hypoteque tacite, dont l'effet est celui-là, que dans la distribution des biens du Tuteur, tout ce qui est dû pour le reliqua de la Tutelle, est alloüé du jour que la Tutelle a été decernée, quelques creanciers qu'il puisse y avoir entre ce tems-là & la clôture du compte, & non-seulement pour le reliqua, mais pour les interêts même qui peuvent avoir couru depuis la clôture du compte.

Nous y avons parlé aussi de la maniere dont le Tuteur devoit rendre compte à sa Pupille après l'administration finie; comment & dans quel cas un Tuteur étoit garant de l'interêt des deniers delaissez par le Pere du Pupille, ou reçus pendant le cours de l'administration: Comment & depuis quel tems les sommes exigées par le Tuteur, pour les interêts des capitaux, ou provenant des épargnes faites sur le revenu du Pupille, forment entre les mains du Tuteur, un capital qui produise interêt, &c.

L'Ordonnance de 1667. Titre de la reddition des comptes, Art. 1. dit, que les Tuteurs & autres qui auront administré le bien d'autrui, seront reputez comptables, encore que le compte soit clos, jusqu'à ce qu'ils ayent payé le reliqua, s'il en est dû, & remis les pieces justificatives; ce qui semble conduire à l'imprescriptibilité de l'action tutelaire, soit pour la reddition du compte, soit pour le payement du reliqua; mais Henrys, tome 2. page 402. démontre par des solides raisons, qu'il en est de l'action tutelaire comme de toutes les autres, c'est-à-dire, qu'elle est comme toutes les autres sujette à la Loi de la prescription trentenaire.

§. 2. Sed & contrà, Tutor cum Pupillo habet contrariam Tutelæ, &c.

LEs Pupilles ont une hypoteque ſur les biens des Tuteurs du jour que la Tutelle a été decernée; mais en eſt-il de même des Tuteurs, lorſque par la clôture du compte, ils ſe trouvent créanciers des Pupilles? Je veux dire, ſi les Tuteurs ont ſur les biens des Pupilles cette hypoteque tacite qu'ont les Pupilles ſur les biens des Tuteurs, *à die cæptæ adminiſtrationis*? Sur le Titre 20. *de Attiliano Tutore*, nous avons decidé cette queſtion contre le Tuteur, en ne lui donnant hypoteque que du jour de la clôture de ſon compte; & nous ne croyons pas que le ſentiment contraire de Me. Vedel en ſes Obſervations ſur M. de Catellan, Tome 2. page 255. doive nous faire changer d'avis.

§. 2. Si vel impenderit aliquid in rem Pupilli, &c.

UN Tuteur doit être payé ſans doute des avances qu'il a fait pour le Pupille; mais peut-il exiger l'interêt de ces avances du jour qu'elles ont été faites? Les Loix ont decidé cette queſtion en faveur du Tuteur; mais les Arrêts ne s'y ſont pas conformez, ceux rapportez par M. de Catellan, Liv. 8. Ch. 5. n'ont adjugé au Tuteur l'interêt de ſes avances, que du jour que la Tutelle avoit pris fin, & que le Tuteur avoit rendu les biens au Pupille devenu adulte.

§. 5. Hæres legatorum nomine, &c. quaſi ex Contractu debere intelligitur.

L'Adition ou acceptation d'heredité eſt un quaſi-Contrat, qui oblige perſonnellement & indéfiniment l'heritier envers les legataires; & les legataires ont encore par la Loi unique, *Cod. communia de legatis*, une hypoteque tacite ſur les biens du Teſtateur du jour de ſon decès.

Cette hypoteque qu'ont les legataires ſur les biens dépendans de la ſucceſſion, eſt-elle ſolidaire contre chacun des he-

ritiers ? Nous avons propoſé cette queſtion ſur le Titre 20. *de legatis*, au ſecond Livre, & nous avons crû devoir la décider en faveur des legataires contre les heritiers.

TITRE XXIX.

PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO acquiritur.

TOutes les obſervations qu'il y auroit à faire ſur ce Titre, nous les avons déja faites ſur le Titre 9. du Liv. 2.

TITRE XXX.

QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO

Tollitur omnis obligatio ſolutione ejus quod debetur, &c.

CEtte maniere d'éteindre une obligation eſt du droit naturel, & il eſt inutile d'obſerver que le Droit François eſt en cela conforme au Droit Romain.

Il arrive quelquefois qu'un homme créancier de diverſes ſommes, pour des cauſes differentes, reçoit de ſon debiteur à compte de ce qui lui eſt dû, ſans qu'il paroiſſe que le debiteur ait voulu acquitter une obligation plûtôt que l'autre; & en ce cas on demande, comment & de quelle maniere doit être faite l'imputation des payemens ? Les Loix ont prévû cette difficulté, & la Juriſprudence des Arrêts eſt entierement conforme à leur déciſion : Il eſt en la liberté du debiteur qui paye, de choiſir & d'appliquer le payement à la ſomme qu'il lui plaît ; ſi le debiteur ne fait pas le choix, le créancier peut le faire ; mais en le faiſant il eſt obligé de ſe mettre à la place du debiteur, & de prendre le parti qu'il prendroit s'il étoit debiteur lui-même : *dummodo in id conſtituat ſolutum*, *in*

l. 97. ff. de ſolut.

M. de Catelan, Liv. 2. ch. 52.

in quod ipſe, ſi deberet, eſſet ſoluturus, &c. æquiſſimum enim viſum eſt creditorem, ità agere rem debitoris, ut ſuam ageret; ainſi que le Débiteur choiſiſſe, ou le Créancier, ou qu'ils ne choiſiſſent ni l'un ni l'autre, l'imputation ſe fait toûjours ſur la dette la plus preſſante & la plus dure, *in duriorem*; en ſorte que ſi le Débiteur eſt obligé par corps en l'une des obligations, & qu'il ne le ſoit pas aux autres, le payement ſera imputé ſur l'obligation qui emporte la contrainte par corps; s'il a donné des cautions dans une des obligations, & qu'il n'en ait point donné aux autres, on ira à la décharge des cautions : Si l'une des obligations porte interêt, & les autres non, on éteindra celle qui porte interêt; & ſi toutes les obligations ſont ſemblables, on acquittera la plus ancienne.

Il arrive auſſi quelquefois, qu'un homme qui doit une ſomme & pluſieurs années d'interêt, a fait des payemens en differens tems; & en ce cas on demande, ſi les payemens doivent être imputés ſur les interêts ou ſur le principal ? Dans les Païs du Droit Ecrit, l'imputation ſe fait toûjours ſur les interêts, ſuivant la diſpoſition de la Loi 5. §. *Imperator*, *ff. de ſolutionibus*, & de la Loi premiere au même Titre du Code; mais dans le Reſſort du Parlement de Paris, l'imputation ſe fait ſur le capital à l'exception de deux cas. Le premier, eſt à l'égard des rentes conſtituées, dont les arrerages ſont toûjours payés avant le principal : Et le ſecond, eſt à l'égard des dettes aſſés favorables pour porter interêt de leur nature, ſans que le Créancier ſoit tenu d'en faire la demande en Juſtice; les deniers dotaux, par exemple, les legitimes des enfans, les deniers provenant du prix de la vente d'un immeuble. *Vide* le Journal des Audiences, Tome 1. Liv. 5. Chap. 44. page 543.

M. de Catelan, Liv. 5. Chap. 52.

Si un Débiteur peut anticiper le payement malgré le Créancier. Vide Duperier. Liv. 4. Chap. 20.

Vel ſi quis, conſentiente creditore, aliud pro alio ſolverit, &c.

PAr la Novelle 4. Chap. 3. d'où a été priſe l'autentique *hoc niſi debitor*, *Cod. de ſolutionibus*; l'Empereur Juſtinien décide, qu'un Débiteur dans l'impuiſſance de payer ce qu'il doit en Argent, peut obliger le Créancier à recevoir en payement ſes meubles ou immeubles, *factâ per judicem ſubtili ejus cauſæ*

æſtimatione ; mais cette Novelle n'eſt point obſervée parmi nous , & nous ſuivons au contraire le droit du Digeſte & du Code , ſuivant lequel *aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt. Vide* Henris , Tom. 2. pag. 484.

Par l'Ordonnance de 1673. Tit. 11. art. 5 , 6 , 7. il y a une exception à la regle ; c'eſt lors qu'un débiteur qui n'a pas de quoi payer , fait un abandon de ſes biens , & que les Créanciers déliberent à la pluralité des voix, de recevoir en payement les effets abandonnez , pour empêcher qu'ils ne ſoient vendus à vil prix , ou que le prix n'en ſoit conſommé par les frais de Juſtice ; on oblige en ce cas les Créanciers qui n'ont pas voulu donner leur conſentement , à ſuivre la Loi commune de tous les autres , & à ſe payer en effets au lieu d'argent comptant , pourvû toutefois que leurs Créances n'excedent le quart du total des dettes , & qu'ils n'ayent d'ailleurs ni privilege ni hypotheque.

Liberatur & alio ſolvente , ſive ſciente , ſive ignorante debitore , vel invito eo ſolutio fiat , &c.

UN Créancier peut recevoir d'un tiers malgré ſon Débiteur, le payement de ce qui lui eſt dû ; & il peut encore malgré ſon Débiteur , ſubroger à ſon hypotheque celui qui lui fait le payement ; nous diſons , qu'il peut ſubroger , parce que les Arrêts ont jugé , que ſans convention expreſſe entre le Créancier payé , & celui qui fait le payement , il n'y avoit point de ſubrogation ; le tout conformément à la diſpoſition du Droit, en la Loi 3. *ff. de his qui in priorum creditorum locum ſuccedunt* : Voyez M. Dolive , Liv. 4. Ch. 14. & M. de Catelan , Liv. 5. Ch. 31. & 32.

§. 1. Per acceptilationem tollitur obligatio. Et autem acceptilatio , imaginariâ ſolutio , &c.

DE quelque maniere qu'un Créancier veüille liberer ſon Débiteur , il le peut faire , ſont conſentement ſeul eſt ſuffiſant pour cela , & il n'a pas beſoin d'employer les formalitez de l'acceptation , non plus que la ſtipulation. Aquilienne dont il eſt parlé dans le §. ſuivant.

§. 3. *Tunc ſolum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipſum inter contrahentes expreſſum fuerit, &c. Aliquì remanere priſtinam obligationem, & ſecundam ei accedere, &c.*

ON ſuit par tout la diſpoſition du nouveau Droit établi par Juſtinien, au ſujet de la novation, nous rapporterons deux ou trois Arrêts qui ne permettent pas d'en douter.

Pierre & Jean font une échange de certaines rentes, & quelques années après il ſe donnent reciproquement d'autres rentes en place de celles qui avoient été échangées par le premier Contrat, *moyenant quoi* (diſent-ils) *ce premier Contrat, demeurera nul & de nul effet*, Pierre étant enſuite évincé de partie des rentes données en contre-échange par le ſecond Contrat, prétendit que ſon hipotheque ſur les biens de Jean qui devoit le garantir, remontoit au jour que le premier Contrat avoit été paſſé, & la queſtion en effet fut ainſi jugé par Arrêt du Parlement de Paris: Les termes *moyenant ce*, ayant été regardez comme une condition ſous laquelle & non autrement, les Parties conſentoient à la reſolution du premier. Contrat. Voyés M. Loüet lettre N. Som. 7.

Un homme par Contrat doit certaine ſomme à un autre, le débiteur propoſe au Créancier d'accepter en payement un Contrat de conſtitution de Rente, & le Créancier l'accepte: Jugé que le Créancier conſervoit ſon hipotheque du jour de la premiere obligation, quoiqu'il n'en eût fait aucune reſervation dans la ſeconde. Voyés Brodeau ſur M. Loüet, lett. N. Som. 7.

Un Créancier fait bannir entre les mains d'un Tiers qui devoit à ſon débiteur; ce Tiers s'oblige perſonnellement envers le Créancier, qui ne fait aucune reſervation de ſon hipotheque ſur le premier débiteur: Jugé que cette hipotheque n'étoit point éteinte. Voyés M. de Catelan, Liv. 5. Chap. 68.

A l'égard des cautions, nous avons obſervé ſur le §. 2. du Titre 21. *de fidejuſſoribus*, que la novation quoiqu'imparfaite & inſuffiſante pour l'extinction de la premiere obligation, & de l'ancienne hipotheque, ſuffit néanmoins pour leur décharge: Que le Créancier (par exemple) par une ſeconde obligation, proroge le terme de la premiere: Qu'il convertiſſe une obligation en Contrat

de conſtitution ; en ce cas & autres ſemblables, l'obligation des cautions eſt éteinte. Voyés Henrys, Tom. 2. Liv. 4. queſt. 43. page 434.

§. 4. *Si Titius & Seïus inter ſe conſenſerint, ut fundum Tuſculanum Seïus haberet centum aureis : Deindè re nondum ſecutâ, (id eſt, neque pretio ſoluto, neque fundo tradito.) Placuerit ut dicederetur ab emptione : invicem liberantur.*

L'Orſqu'il n'y va pas de l'interêt du Tiers, il eſt indifferent que les choſes ſoient dans leur entier, ou qu'elles ne le ſoient pas, lorſque le vendeur & l'acheteur, veulent d'un commun accord, que la vente ſoit reſoluë ; mais il n'en eſt pas de même lorſqu'un Tiers eſt intereſſé ; & on le comprendra aiſement par l'Arrêt que nous allons raporter rendu au mois d'Avril 1698. en faveur du Sindic du College de Maguelone de cette Ville, contre le Sr. Fondeyre, & le Sr. Trantoul ; celui-ci avoit declaré par Acte au Sr. Fondeyre, le lendemain de la vente qui lui avoit été faite de certain Domaine, qu'il ſe départoit du Contrat de vente, attendu (diſoit-il) qu'il n'avoit pas trouvé le bien vendu tel & en l'état qu'on le lui avoit marqué ; & environ un mois aprés, Fondeyre avoit accepté le déſiſtement de Trantoul. Le Sindic du College de Maguelone de la Directe de qui étoit mouvant le Domaine en queſtion, prétendit que la reſolution du Contrat de vente n'avoit pû être faite à ſon préjudice ; & que cette reſolution-là même devoit être regardée comme une revente dont il étoit dû un nouveau droit de Lods ; & c'eſt en effet ainſi qu'on le jugea : l'Arrêt condamna Trantoul & Fondeyre, à payer les Lods au Sindic ; ſçavoir, Trantoul, à raiſon de la vente qui lui avoit été faite par Fondeyre, & Fondeyre pour la revente que lui avoit fait Trantoul. On n'eut point égard à ce qui étoit allegué, que n'y ayant point eû de tradition ou de poſſeſſion réelle, la reſolution du Contrat devoit être regardée comme faite, *re adhuc integrâ* : on crût que par raport au Seigneur, la tradition feinte qui ſe fait par le Bail de la Cede ou de la Plume, devoit avoir le même effet qu'une tradition réelle. M. de Catelan, Liv. 3. Ch. 18. Henrys, Tom. 2. pag. 287. & Beiſſieu de l'uſage des Fiefs, Ch. 89.

Fin du troiſiéme Livre.

LIVRE QUATRIÉME
DES INSTITUTES
DE
L'EMPEREUR JUSTINIEN.

TITRE PREMIER.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO naſcuntur.

LA rubrique de ce Titre nous oblige à faire quelques obſervations, neceſſaires pour l'intelligence des obſervations ſuivantes.

Le Droit Romain diviſoit les crimes, en crimes publics, délits privés; ceux-ci diviſés encore en délits privés ordinaires & extraordinaires : On appelloit crimes publics, ceux qui troubloient la tranquillité & la ſûreté publique : on appelloit délits privés ordinaires & extraordinaires, ceux qui intereſſoient principalement les Particuliers à qui avoit été faite l'offenſe : Il eſt parlé des crimes publics dans le dernier Titre de ce Livre, & il eſt parlé des délits privés ordinaires dans ce Titre, & les trois Titres ſuivans, *furtum*, *rapina*, *damnum*, *injuria* : Ces délits privés ordinaires, ne differoient de ceux que l'on appelloit extraor-

dinaires, tels que l'expilation d'heredité, l'arrachement des bornes, le Stellionat, la Concuſſion, & autres dont il eſt parlé dans les Titres du Digeſte & du Code, *de extraordinariis criminibus*; ſinon, que ceux-là étoient punis par une peine pecuniaire déterminée par la Loi; au lieu que les autres étoient punis arbitrairement par les Juges, la peine plus ou moins ſevere, ſuivant les circonſtances. Tout Citoyen à Rome pouvoit ſe rendre Accuſateur d'un crime public, quoi qu'il n'y eût aucun interêt perſonnel, parce que dans un état populaire, tout Citoyen étoit perſonne legitime pour ſe plaindre de ceux qui troubloient la ſûreté publique; mais il n'en étoit pas de même des Délits privez; l'action qui en naiſſoit, ne pouvoit être intentée que par ceux-là même qui ſe trouvoient perſonnellement lezés ou offenſez. L'accuſation d'un crime public & capital, étant une fois intentée, l'Accuſateur ne pouvoit ni tranſiger ni déſiſter; ou il ne le pouvoit du moins qu'avec connoiſſance de cauſe, & après en avoir obtenu la permiſſion du Magiſtrat; mais ce qui étoit prohibé à l'Accuſateur, ne l'étoit pas à l'Accuſé, celui-ci pouvoit impunement tranſiger, *quia ignoſcendum ei qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluit* : La prohibition étoit pour l'Accuſateur & non pour l'Accuſé; car c'eſt ainſi que, ſuivant l'Opinion commune, doit être entenduë la Loi *Tranſigere* 18. *Cod. de Tranſactionibus*.

Nous ne reconnoiſſons point en France, cette diſtinction des crimes publics, d'avec les Délits privez; non plus que la ſous-diviſion des Délits privez en Délits ordinaires & extraordinaires : On dit generalement de tous les crimes ou Délits, que la peine en eſt arbitraire; ce qui doit être entendu de maniere, non point que les Juges (par exemple) puiſſent ne punir que par une peine pecuniaire, un crime qui par ſa nature meriteroit une peine capitale, afflictive ou infamante; ou qu'ils puiſſent punir par une peine capitale, un crime qui ſeroit ſuffiſammens puni par le banniſſement ou par des peines pecuniaires; mais de maniere qu'il eſt toûjours au pouvoir & en l'arbitre du Juge, de déterminer par les circonſtance, ſi le crime eſt tel en effet, ou ſi les preuves en ſont telles, qu'il merite toute la peine prononcée par la Loi; & c'eſt ce que

nous fait parfaitement bien entendre le Juriſconſulte, lorſqu'il dit : *Facti quidem quæſtio in poteſtate judicantis eſt, Juris autem non eſt.*

Nul particulier en France, ne peut ſe rendre Accuſateur d'un crime qui ne l'intereſſe pas perſonnellement ; encore même eſt-il remarquable, que la plainte du crime que porte celui qui eſt perſonnellement intereſſé, ne differe que de nom, & par la maniere de la pourſuite, d'une action purement civile ; Meſſieurs les Procureurs du Roi chacun dans ſon Reſſort, étant ſeuls perſonnes legitimes pour intenter une accuſation criminelle ; c'eſt-à-dire, pour demander la punition du crime par des peines proportionnées ; & le Plaignant ne pouvant prendre des concluſions que pour les dommages & interêts qu'il ſouffre à raiſon du crime commis.

Un Particulier ne peut ſe rendre Accuſateur d'un crime qui ne l'intereſſe pas perſonnellement ; mais rien n'empêche qu'il ne s'érige en Dénonciateur ; c'eſt-à-dire, qu'il ne dénonce à Meſſieurs les Gens du Roi le crime & le coupable, en s'obligeant de faire les frais, & de fournir les preuves neceſſaires. Ces ſortes de dénonciations ſont ſecretes, mais lorſqu'il y a Jugement ou Arrêt de relaxe, Meſſieurs les Gens du Roi ſont tenus de nommer ceux qui les ont faites ; afin que ſuivant la diſpoſition de l'Ordonnance d'Orleans, Art. 73. l'Accuſé puiſſe recourir contr'eux pour les dépens, dommages & interêts. On doit ſouffrir ſans peine, dit Ciceron dans ſon Oraiſon, *pro Roſcio*, qu'il y ait beaucoup de gens qui faſſent profeſſion d'accuſer ou de dénoncer ; car rien n'empêche qu'un innocent ne ſoit abſous s'il eſt accuſé, au lieu qu'un coupable ne ſçauroit être condamné, ſi on ne l'accuſe pas ; d'où cet Orateur conclud, qu'il y a bien moins d'inconvenient à mettre un innocent en Juſtice, qu'à n'y mettre pas un criminel : *facilè patimur eſſe quàm plurimos accuſatores ; quod innocens ſi accuſatus ſit abſolvi poteſt, nocens niſi accuſatus fuerit, condemnari non poteſt ; utilius eſt autem abſolvi innocentem, quàm noncentem cauſam non dicere* ; mais malgré ce raiſonnement, on peut dire, qu'il n'eſt gueres rien de plus odieux que le perſonnage d'un Dénonciateur, d'un ennemi ſecret qui ſe ſert du miniſtere public pour ſatisfaire ſon animoſité ou ſa vengeance.

Enfin nous ne connoiſſons point de crime dont on ne puiſſe tranſiger, mais en obſervant toutefois la diſtinction que fait l'Ordonnance de 1670. Tit. 25. Art. 19. des crimes capitaux, ou auſquels il échoit peine afflictive, d'avec les autres : S'agit-il d'un crime capital, l'Ordonnance enjoint aux Procureurs du Roi, & à ceux des Seigneurs, d'en faire ou d'en continuer les pourſuites, nonobſtant toutes tranſactions ou ceſſions des droits faites par les Parties : S'agit-il d'un crime qui n'intereſſe pas le Puplic, & tel qui ne merite pas d'être puni par des peines afflictives, l'Ordonnance impoſe ſilence aux Procureurs du Roi & à ceux des Seigneurs, & veut que les Tranſactions ſoient executées. Si le Plaignant ou la Partie civile peut en tout état de cauſe tranſiger & abandonner les pourſuites, s'il le peut impunement & ſans encourir la peine attachée à la calomnie ; c'eſt parce qu'il n'agit, comme nous avons obſervé, que pour ſes interêts civils, & qu'il n'a aucune action pour la vengeance publique, dont la pourſuite réſide en la perſonne de Meſſieurs les Gens du Roi, au lieu que dans le Droit Romain, les Accuſateurs pourſuivoient eux-mêmes la vengeance des crimes ; & n'y ayant point de Partie publique, les crimes demeuroient impunis par le déſiſtement.

Obligationes ex maleficio ex re naſcuntur, id eſt, ex ipſo maleficio ; veluti, furtum, rapina, damnum, injuria, &c.

L'Ordonnance de 1670. Tit. 25. Art. 19. ſuppoſe ſans doute, que nous reconnoiſſons, comme on reconnoiſſoit dans le Droit Romain, des Délits privez par oppoſition aux crimes publics & capitaux ; elle veut qu'à l'égard des autres, les Tranſactions ſoient executées, & que Meſſieurs les Gens du Roi n'en puiſſent faire aucune pourſuite ; mais on ſe tromperoit, ſi on vouloit compter parmi ces Délits privez, la plûpart de ceux dont parle ici Juſtinien : Si on vouloit les compter parmi ces Délits qui ne produiſoient qu'une action civile, & ſur leſquels on pouvoit ſûrement tranſiger, les circonſtances les rendant tels la plûpart du tems, que le Public eſt veritablement intereſſé à les voir punir autrement que par des peines pecuniaires ; & tels conſequament que le déſiſtement du Plaignant ou de la partie civile

civile, ne pourroit, ni ne devroit arrêter les poursuites du vengeur public.

§. 3. *Furtorum duorum sunt genera : Manifestum, & nec manifestum. Manifestus fur est, qui in ipso furto, vel in eo loco deprehenditur, ubi furtum fit, &c.*

NOus n'avons jamais reconnu en France, cette distinction du vol ou du larcin en manifeste & non manifesse ; s'il y a quelque difference de l'un à l'autre, c'est que le voleur manifeste que nous appellons voleur pris en flagrant délit, peut suivant la disposition de l'Ordonnance de 1670. Titre 10. Article 9. être conduit prisonnier sans decret & sans information precedente ; au lieu que regulierement un Prévenu, quel qu'il soit, ne peut être arrêté sans decret precedant, ni decreté sans information precedente.

§. 4. *Conceptum furtum dicitur, cùm apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita & inventa sit, &c.*

IL est inutile d'observer que les actions dont il est ici parlé, *furti concepti, oblati prohibiti, & non exhibiti*, ne sont point connuës parmi nous, puisqu'elles avoient cessé d'être en usage du tems même de Justinien.

On se tromperoit, si on croyoit sur la foi de ce Texte, qu'une personne volée pût, accompagnée de deux témoins, rechercher impunement les effets volez, dans les maisons où elle soupçonneroit qu'ils auroient été transportez ; comme ces sortes de perquisitions ne peuvent qu'être injurieuses à ceux dans les maisons de qui elles se font, on ne peut les faire qu'en grande connoissance de cause ; on trouve dans le second Tome de Boniface, Part. 3. pag. 54. un Arrêt en forme de Reglement, qui défend non-seulement aux Parties de les faire sans la permission du Juge, mais aux Juges même de les ordonner, si ce n'est en cas de precedente information.

Ranchin, décision 174. Papon en ses Arrêts, Liv. 23. Tit. 6. Art. 3.

Ceux dans la maison de qui on trouve les effets volez, sont punis aussi severement que les voleurs même ; ce qui doit être néanmoins entendu avec ce temperament, que le maître de la

maiſon ait reçu les effets pour les receler comme des effets volez ; car, comme dit le Préſident Faber en ſon Code, Liv. 6. Tit. 2. définit. 4. *quid facilius quam ut per aliquem ex domeſticis, aut etiam fortaſſe per calliditatem adverſarii, res quæ furto ſubtracta dicitur, in ignorantis & innoxii viri Domum inferatur*, &c. Vinnius ſur cet endroit des Inſtituts, obſerve une choſe aſſez ſinguliere, c'eſt que pour prévenir l'inconvenient dont parle le Preſident, Faber, on obligeoit anciennement ceux qui ſous pretexte de rechercher les effets volez, vouloient entrer dans les maiſons des particuliers, de ſe dépoüiller avant d'entrer, *nudi ædes ſuſpectas ingrediebantur, ne quid fortè veſtibus conditum inferrent, Dominòque ædium falſum crimen objectare poſſent.*

§. 5. Pœna manifeſti furti, quadrupli eſt, &c. nec manifeſti dupli.

CEtte peine du quadruple ou du double, n'a jamais été connuë en France, celui qui a été volé, ne peut demander que la reſtitution de la choſe volée, & tout au plus les dommages & interêts qu'il a ſouffert à raiſon du vol ; ſauf à M. le Procureur General ou ſes Subſtituts ſur les lieux, à requerir pour l'interêt public, que le voleur ſoit puni par des peines proportionnées à la qualité du délit.

Sauf à Meſſieurs les Gens du Roi, diſons-nous, à requerir la punition du vol par des peines proportionnées ; car il ne faut pas croire que le vol, quoique mis par Juſtinien au nombre des délits privez, ne produiſe qu'une action civile au profit de celui qui a été volé ; ſans doute que celui qui a été volé peut prendre la voye civile, ſi bon lui ſemble, comme il peut prendre auſſi la voye criminelle, quoique celle-ci ne puiſſe le conduire, comme nous avons obſervé, qu'à la reſtitution du vol, & à une condamnation aux dommages & interêts ; mais qu'il agiſſe civilement ou criminellement, ſa conduite ne reglera pas celle de Meſſieurs les Gens du Roi, toûjours parties legitimes pour agir criminellement, non-ſeulement dans le cas où la perſonne volée feroit choix de l'action civile, mais dans le cas encore où elle reſteroit dans le ſilence & dans l'inaction ; nous trouvons dans le ſecond Tome de Boniface en l'endroit cité ci-deſſus,

page 53. un Arrêt qui n'eut aucun égard au moyen de caſſation d'une procedure criminelle, pris de ce qu'elle avoit été faite à la requête d'un Procureur Juriſdictionnel ſans l'intervention d'aucune partie civile ; le vol qui faiſoit le ſujet de la prévention, ne paroiſſant pas autrement avoir rien qui intereſſât le public, c'étoit le vol d'un ſoc de charruë, & de quelqu'autre inſtrument aratoire.

Quelques Auteurs ont crû que notre Juriſprudence ſur cette matiere, étoit contraire à la diſpoſition du Droit Romain ; mais ils ſe ſont trompez : Juſtinien n'entend point que le vol ne produiſe qu'une action purement civile, en ſorte qu'il ne doive être puni que par des peines pecuniaires ; & il ne faut pour en être convaincu, que jetter les yeux ſur la Loi derniere, *ff. de furtis*, où il eſt dit, que l'action civile qui n'ait du vol, n'exclut nullement l'action criminelle, *meminiſſe oportebit, nunc furti plerùmque criminaliter agi, &c. & non idcò minùs, ſi quis velit, poterit civiliter agere* : la peine dont le vol eſt puni lors qu'il eſt pourſuivi criminellement, eſt plus ou moins ſevere, ſuivant les circonſtances, priſes de la qualité du voleur, & des choſes volées, du tems, du lieu, & de la maniere en laquelle a été fait le vol ; les voleurs domeſtiques, par exemple, les voleurs des grands chemins, ceux qui volent de nuit, ou avec effraction, ſont toûjours punis du dernier ſupplice ; & nous trouvons dans M. Laroche ſous le mot *Larrons*, divers Arrêts qui ont puni du même ſupplice, le vol commis dans le lieu où ſe rend la Juſtice, & dans le tems qu'on l'y rendoit, quoique d'ailleurs peu conſiderable.

§. 6. Furtum generaliter fit, cùm quis alienam rem invito Domino contrectat. Itàque ſi creditor pignore, ſive is, apud quem res depoſita eſt, eâ re utatur, furtum committit, &c.

L'Uſage que l'on feroit d'une choſe appartenant à autrui, *invito Domino*, ne ſeroit point regardé parmi nous, comme un vol à l'effet de pouvoir intenter l'action criminelle, & le proprietaire pourroit tout au plus demander les dommages & interêts s'il en avoit ſouffert, ou ſi la choſe avoit été déteriorée.

Cùm qui alienam rem, dit Juſtinien, *invito Domino contrectat*; ce qui répond à la définition que cet Empereur donne du vol, dans le Texte qui precede, *contrectatio fraudulosa lucri faciendi causâ*, & qui nous fait comprendre que le vol proprement dit, tombe ſur les effets mobiliaires, & non ſur les immeubles, à raiſon deſquels on ne peut intenter qu'une action civile en délaiſſement & reſtitution des fruits, ſauf en cas de réintegrande & lors qu'on a été dépoſſedé par violence ou voye de fait, ainſi qu'il eſt expliqué par l'Ordonnance de 1667. Tit. 18. Art. 2.

§. 8. *Illud quæsitam est, cùm Titius servum Mœvii sollicitaverit, ut quasdam res Domino furriperet, & ad eum perferret, & servus eas ad Mœvium pertulerit, &c.*

LA queſtion que propoſe ici Juſtinien; ſçavoir, ſi celui qui ſollicite un eſclave de voler ſon maître, doit être puni comme voleur, ou comme ſubornateur, *actioni furti, vel servi corrupti*, ou s'il eſt tenu de l'une & de l'autre de ces deux actions tout enſemble, quoi qu'en effet il n'y ait point eu de vol, & que l'eſclave n'ait pas été ſuborné, paroît d'abord une queſtion oiſeuſe; & cependant la déciſion ne laiſſe pas d'être d'un grand uſage: car on en conclud, que ce qu'on dit communement, qu'en matiere de crime ou de délit, la volonté n'eſt point punie, doit être entendu d'une volonté qui n'a été ſuivie d'aucun effet, & ne peut être appliquée au cas où celui qui a medité le crime, s'eſt mis en devoir de le commettre; Qu'un homme (par exemple) forme le deſſein d'en voler un autre, & que les choſes étant encore dans leur entier, on découvre & on détourne ſon entrepriſe, il ne ſera pas pour cela puni comme voleur, *nemo cogitationis pœnam patitur*; mais que cet homme ſoit trouvé, comme dans l'eſpece de ce Paragraphe, ſaiſi des effets volez, ou en diſpoſition de les emporter, il ſera coupable de vol, & puni comme tel, ſa volonté, ſuivant l'expreſſion de M. Loyſel, Liv. 9. Tit. 1. nom. 30. ſera reputée pour le fait; la raiſon de la difference ſe preſente naturellement, c'eſt que dans le premier cas on juge que celui qui a eu la volonté de commettre un crime, a pû s'en répentir, &

que dans l'autre, la mauvaiſe intention eſt confirmée par l'entrepriſe.

§. 9. *Interdum etiam liberorum hominum furtum fit : veluti ſi quis liberorum noſtrorum, qui in poteſtate noſtrâ ſunt, ſubreptus fuerit.*

IL paroît bien biſarre, qu'un pere à qui on auroit enlevé ſon fils, agît civilement pour faire condamner le plagiaire ; (car c'eſt ainſi qu'on nomme les auteurs de ces ſortes de vol,) à la peine du quadruple ou du double ; ſans doute que les Romains comptoient également dans leur patrimoine, & les eſclaves, & les enfans qu'ils avoient en leur puiſſance ; mais quoiqu'il en ſoit, l'Empereur Conſtantin en la Loi derniere, *ad Legem Fabiam de Plagiariis*, au Code, declare le crime capital, par cette raiſon, que ceux qui font ſouffrir aux peres dans le larcin barbare & inhumain de leurs enfans la même douleur qu'ils auroient de leur mort, ne doivent pas être traitez moins ſevere-ment que les aſſaſſins & les homicides dont ils imitent la cruauté, *qui viventium filiorum miſerandas infligunt parentibus orbitates*, & il ne faut pas douter qu'on ne le regardât comme tel parmi nous. On appelle plagiaire dans le ſens figuré, un Auteur qui ne fait que copier ce que d'autres ont écrit avant lui, eſpece de larcin aujourd'hui fort commun, ſur tout en matiere de Juriſprudence ; car de-là ce nombre infini de Traitez & de Commentaires copiez les uns d'après les autres, la plûpart ſans goût & ſans reflexion.

§. 11. *Certè qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit ; ſed tantùm conſilium dedit, atque hortatus eſt ad furtum faciendum, non tenetur furti, &c.*

CEtte maxime qui rend impuni le conſeil que l'on donne de voler, pourveu que d'ailleurs on n'ait point contribué à commettre le vol, ne ſeroit point adoptée par les Juges, & des Caſuiſtes l'adopteroient encore bien moins : celui qui n'auroit fait que conſeiller le vol, pourroit échaper à la peine corporelle, mais il n'échapperoit pas à la condamnation des dommages & interêts envers la perſonne volée.

§. 13. *Furti actio ei competit, cujus intereſt rem ſalvam eſſe, licet Dominus non ſit.*

LA peine du quadruble ou du double rendant utile l'action du vol, il importoit de ſçavoir, par qui, & dans quels cas elle pouvoit être intentée, ſi c'étoit le maître de la choſe volée, plûtôt que celui à qui elle avoit été engagée, ou entre les mains de qui elle avoit été dépoſée, ou qui l'avoit empruntée pour s'en ſervir; mais toute l'utilité de l'action ſe reduiſant parmi nous à la reſtitution de la choſe volée, ce §. & les quatre ſuivans ne peuvent être abſolument d'aucun uſage.

§. 18. *Ità demùm obligari eo crimine impuberem, ſi proximus pubertati ſit, &c.*

CE qu'on dit ici des impuberes par rapport au vol, doit être appliqué à tous autres crimes ou délits, dont peuvent être accuſez ceux qui n'ont pas encore atteint l'âge de puberté; on eſt reputé communement avoir atteint cet âge qui approche de la puberté, & auquel on eſt préſumé capable de malice & de dol, après qu'on a paſſé la dixiéme année, quoi qu'après tout il ne ſoit pas poſſible de fixer là-deſſus une regle certaine; on peut voir dans Mornac ſur la Loi 5. §. *Si impubes, ff. ad Legem Aquiliam*, divers Arrêts du Parlement de Paris, les uns fort indulgens pour les enfans, & les autres fort ſeveres; tout dépend abſolument des circonſtances.

§. 19. *Sed rei vindicatio quidem adverſus poſſeſſorem eſt: ſive fur ipſe poſſidet, ſive alius quilibet, &c.*

IL eſt decidé en la Loi 2. *Cod. de furtis*, que le Proprietaire de la choſe volée, peut la reprendre des mains du tiers qui l'a achetée, ſans être obligé d'en rendre & reſtituer le prix; & nous trouvons nombre d'Arrêts qui ſe ſont conformez litteralement à cette déciſion; ceux-là entre autres

que rapporte Bardet, Tom. 1. Liv. 1. Ch. 15. & Liv. 3. Ch. 130. pag. 16. & 494. *incivilem rem desideratis, ut inventas res furtivas non priùs restituatis, quàm pretium fuerit solutum; curate igitur cautiùs negotiari, nè non tantùm in damna hujusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis.* Leg. 2. Cod. de Furt.

Dans la Coûtume de Toulouse, au Titre des achats & ventes, Art. 3. il est dit, que toutes les fois qu'une chose volée a été achetée dans la ruë, ou dans une Place publique, le Proprietaire ne peut la vendiquer, qu'il ne rembourse préalablement le prix à l'acheteur; mais cet Article n'est point observé, & dans la ville de Toulouse, de même que par tout ailleurs, il n'y a d'autre exception à la regle que celle qui est marquée par M. de Cambolas, Liv. 2. Ch. 5. & par Graverol sur M. Laroche, Liv. 1. Tit. 3. Art. 3. sçavoir, lors qu'une chose volée a été achetée en Foire ou en Marché; encore faut-il en ce cas, pour que le Proprietaire soit tenu de rembourser le prix, qu'on ne puisse soupçonner aucune mauvaise foi de la part de l'acheteur, & que la chose volée soit du nombre de celles qu'on a accoûtumé de vendre & d'acheter dans les Foires & dans les Marchés.

Des effets qu'on a confié à un proxenete pour être vendus ou engagez, peuvent-ils être reclamez comme des effets volez, lorsque le proxenete en les vendant ou engageant, a détourné à son profit le prix de la vente ou de l'engagement? Nous avons proposé cette question à la fin du Titre 15. *de quibus modis re contrahitur obligatio* au troisiéme Livre, & nous n'avons pas crû qu'elle reçût de difficulté en faveur de l'acheteur, le proprietaire des effets ayant à s'imputer de les avoir confiez à un proxenete infidelle.

M. de Catellan, Liv. 6. Ch. 31. propose la question, sçavoir, de quel jour la personne volée doit être alloüée sur les biens du voleur generalement saisis, tant pour la restitution de la chose, que pour les dommages & interêts qui lui ont été adjugez? il croit que pour le prix de la chose, celui qui a été volé, doit être alloüé du jour même que le vol a été commis, & qu'il en a été porté plainte, par préference aux créanciers qui ont contracté dans l'intervale de la plainte à la condamnation; mais que pour les dommages & interêts, ils

ne doivent être alloüez que du jour de la condamnation. Il faut reſpecter la déciſion de cet Auteur (qui dit) avoir rendu en conformité une Sentence Arbitrale avec deux autres Magiſtrats d'un grand nom; mais au fonds cette diſtinction de la choſe ou du prix de la choſe volée, avec les dommages & interêts, paroît avoir peu de fondement, l'eſprit de la Loi *poſt contractum*, *ff. de donationibus*, étant celui de donner au Jugement de condamnation, un effet retroactif, à l'effet d'annuller, non-ſeulement les donnations faites par perſonne coupable, mais encore toutes autres diſpoſitions ou Contrats qu'elle pourroit avoir paſſé au préjudice du fiſc, & de la partie intereſſée.

Godefroi ſur la Loi *poſt contractum*.

TITRE II.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

Propriam actionem ejus delicti nomine Prætor introduxit, quæ eſt intra annum quadrupli, poſt annum, ſimpli, &c. ſed in quadruplo ineſt & rei perſecutio, &c.

ON a de la peine à comprendre, pourquoi le délit qui fait la Matiere de ce Titre, & qui ajoûte au vol les circonſtances aggravantes de la force & de la violence, eſt neanmoins puni moins ſeverement, puiſque le Raviſſeur n'eſt puni que par la peine du quadruple, y compris la choſe, ou le prix de la choſe enlevée, au lieu que le voleur doit le quadruple, ſans comprendre la choſe ou le prix de la choſe volée; mais quoiqu'il en ſoit, cette peine du triple contre les Raviſſeurs, eſt auſſi peu connuë dans l'uſage, que la peine du quadruple contre les voleurs; de quelque maniere que le vol ait été commis, celui qui a été volé, ne peut eſperer que la reſtitution des choſes volées, & les dommages & interêts s'il en a ſouffert; la force & la violence aggravent le délit, & font punir plus ſeverement le coupable; mais ces circonſtances

ces ne rendent pas l'action qui naît du vol, ni plus ni moins utile à la perſonne volée. M. Laroche, Liv. 3. Tit. 3. page 294. remarque comme une choſe particuliere à la rapine ou au vol fait avec force & violence, que le ſerment *in litem*, peut & doit être deferé à la Partie intereſſée, *in violenter ablatis*, dit-il, *ſtabitur juramento partis*; mais on ne voit pas pourquoi ce ſerment ne pourroit être également déferé dans le vol, quoique commis ſans violence; tout ce que l'on pourroit dire, c'eſt que lorſqu'il y a force & violence, on donne à la Partie intereſſée le ſerment défini, comme on le donna en effet dans l'eſpece de l'Arrêt rapporté par Lapeyrere, page 532. de l'Edition de 1725. au lieu qu'en autre cas, on ne le donne qu'à concurrence d'une certaine ſomme déterminée par les circonſtances, *& ex communi famâ* : encore même trouve-t'on decidé, que toutes les fois qu'il y a dol de la part de celui qui retient des effets appartenant à autrui, on peut permettre de jurer indefiniment : *ſi quidem dolo fecit*, dit la Loi *qui reſtituere* 68. *ff. de rei vindicatione*, *is quantam adverſarius in litem ſine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus eſt.*

§. 1. Nemini liceat vi rapere rem mobilem, vel ſe moventem, licet ſuam exiſtimet, & ſi contrà fecerit, rei quidem ſuæ Dominio cadere : ſin autem aliena res ſit, poſt reſtitutionem ejus, etiam æſtimationem præſtare, &c.

CEtte peine établie contre ceux qui enlevent par force une choſe qui leur appartient, ou qu'ils croyent leur appartenir, eſt auſſi peu connuë parmi nous, que la peine du quadruple & du triple; nous ne reconnoiſſons qu'un cas où la violence faſſe perdre le droit que l'on a en la choſe; c'eſt celui dont parle l'Ordonnance de 1667. Tit. 19. art. 16. en ces termes : „ Si aucun empêche par violence l'établiſſement ou „ l'adminiſtration du Sequeſtre, il perdra le droit qu'il eût pû „ prétendre ſur les fruits par lui pris & enlevez, leſquels ap„ partiendront incommutablement à l'autre Partie : & ſera en „ outre condamné en 300. liv. d'amende envers nous, dont „ il ne pourra être déchargé : & l'autre Partie ſera miſe en

„ poſſeſſion des choſes contentieuſes, ſans préjudice des Pro-
„ cedures extraordinaires que nous entendons être faites par
„ nos Procureurs Generaux, ou nos Procureurs ſur les lieux,
„ contre celui qui aura fait la violence.

Quod non ſolum in mobilibus rebus, conſtitutiones obtinere cenſuerunt : ſed etiam invaſionibus, quæ circà res ſoli fiunt, &c.

PApon en ſes Arrêts, Liv. 23. Tit. 5. Art. 5. rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, qui en ſe conformant litteralement à ce Texte, & à la Loi *ſi quis in tantum*, *Cod. unde vi*, declara un Particulier qui avoit uſé de violence contre le poſſeſſeur d'un fonds à raiſon duquel les Parties étoient en procès, déchû de tout droit de proprieté ſur ce fonds ; mais cet Arrêt fut rendu en des circonſtances qui rendoient l'action ſi grave, qu'on eſt ſurpris qu'il ne prononçât pas encore des peines plus ſeveres, & que par là même on ne pût le regarder comme un préjugé qui ne peut tirer à conſequence pour des cas ſemblables. Il en eſt des peines prononcées contre ceux qui s'emparent par force d'un fonds poſſedé par un autre, comme de celles qu'encouroient les Raviſſeurs des effets mobiliaires, toutes également abrogées, & toutes également arbitraires.

TITRE III.

DE LEGE AQUILIA.

Damni injuriæ actio conſtituitur per Legem Aquiliam, &c.

LA Loi *Aquilia* a pour objet, de prevenir ou de reparer les pertes & les dommages qui pourroient nous être cauſez, par le fait ou la faute d'autrui, quelque legere qu'elle puiſſe être. Il n'eſt guere de déciſion contenuë dans ce Titre que le

cas écheant, ne fût obſervée parmi nous, ſauf la peine à laquelle étoit condamné celui qui avoit cauſé le dommage ; cette peine, qui par le droit Romain, étoit le plus haut prix de l'eſclave ou de l'animal qu'on avoit tué ou bleſſé, pendant l'année, ou pendant les trente-ſept jours qui avoient precedé le délit, reduite dans l'uſage aux dommages & interêts de la partie intereſſée : *hodie* dit Mornac, ſur la Loi 23. §. *hæc actio*, *ff. ad Legem Aquiliam*, *uno verbo abſolvimus*, *damnatione ſcilicet ejus quod petitoris intereſt.*

Si quis alienum hominem, occiderit, &c.

SI le dommage avoit été cauſé en la perſonne d'un homme libre, il ſeroit reparé également par la condamnation aux dommages & interêts ; nous les voyons adjuger tous les jours à une veuve qui a perdu ſon mari, à un fils qui a perdu ſon pere, à un pere qui a perdu ſon fils ; les Lettres de Grace accordées par le Prince ne faiſant point obſtacle à cette condamnation.

§. 2. *Injuriâ autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem occiderit, non tenetur, utique ſi aliter periculum effugere non poteſt.*

NOus aurons occaſion d'obſerver ailleurs, que quoique l'homicide involontaire & celui que l'on commet dans la neceſſité d'une legitime défenſe de la vie, ſoit impuni, parce qu'il n'y a, ni crime, ni délit ; celui néanmoins qui l'a commis, ne peut ſe diſpenſer d'obtenir des Lettres de remiſſion : differentes des Lettres d'Abolition & de Grace, en ce que celles-ci émanant de la pleine & ſouveraine puiſſance du Roi, ne s'expedient qu'en la grande Chancelerie ; au lieu que les autres, s'expedient dans les petites Chanceleries près les Parlemens.

§. 4. Itaque ſiquis dum jaculis ludit, &c.

§. 5. Item, ſi putator ex arbore dejecto ramo, &c.

LA diſtinction dont uſe Juſtinien en ces deux Paragraphes, ne peut être plus judicieuſe : elle eſt fondée ſur ce que dans l'un des deux cas propoſez, le dommage eſt cauſé par la ſuite imprevûë d'un fait innocent, & par l'imprudence même ou la faute de celui qui l'a ſouffert : car comme dit la Loi 9. §. dernier, *ff. ad Legem aquiliam*, en parlant de celui qui va traverſer un jeu de mail public pendant qu'on y joüe, & qui ſe trouve bleſſé par la boule déja jettée, *non debuit per campum jaculatorium iter intempeſtive facere.*

§. 7. Imperitia quoque culpæ adnumeratur : Veluti ſi Medicus ideò ſervum tuum occiderit, quia malè eum ſecuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.

IL a été rendu quelques Arrêts, qui ont regardé l'ignorance en la perſonne des Chirurgiens, comme un délit, & l'ont puni comme tel, en les condamnant en des dommages & interêts envers les perſonnes qu'ils avoient bleſſé ou eſtropié par des ſeignées ou quelqu'autre operation inprudament faites, mais à l'égard des Medecins, nous ne trouvons qu'un préjugé, c'eſt celui qui eſt rapporté par Papon, Liv. 23. Tit. 8. Art. 1. par lequel, un Medecin, pour avoir hazardé un remede violent, & qui avoit donné la mort au malade, fut admoneſté, & renvoyé, avec inhibitions & défenſes de recidiver : *errata medicorum*, dit un ancien * *terra occultat, beneficia autem ſol illuſtrat.*

Dictionaire des Arrêts, Tome 4. pag. 334.

* Iſocrate dans ſon Nicoclés.

Si l'ignorance eſt impunie en la perſonne des Medecins, elle ne l'eſt pas moins en la perſonne des Avocats ; ceux-ci font perdre les cauſes à leurs clians, comme les Medecins tuent leurs malades, & les uns & les autres le font impunément, pourveu qu'il n'y ait de leur part, ni dol, ni malice. Ce que nous diſons de l'impunité des Medecins & des Avocats, qui pechent par ignorance, ne doit pas être étendu aux Artiſans,

qui cauſent du dommage pour ne ſçavoir pas exactement ce qui eſt de leur profeſſion ; qu'un Tailleur, par exemple, gâte un habit, ſon ignorance ne le juſtifiera pas, *ſi imperitiâ peccavit, culpam eſſe, quippè, ut artifex conduxit* ; & comme il eſt dit en la Loi 27. §. 33. *ff. ad Leg. Aquiliam*, qu'un charretier pour avoir mal rangé des pierres ſur une charrete, en laiſſe détacher quelqu'une qui cauſe du dommage, il en répondra, *teneri placet, ſi malè compoſuit lapides, & ideò lapſi ſunt.* Un de nos Auteurs comiques * a cherché la raiſon de la difference, du moins par rapport aux Medecins, contre leſquels il paroiſſoit prevenu, & cette raiſon répond à peu près à ce que nous avons dit, qu'il eſt difficile de juger ſi un Medecin a peché en effet par ignorance, *errata Medicorum terra occultat, &c.*

Leg. 9. §. 5. locati.

* Moliere, Medecin malgré lui, Acte III. Scene premiere.

TITRE IV.

DE INJURIIS.

§. 1. *Injuria committitur, non ſolùm cùm quis pugno pulſatus, &c. Sed, & ſi cui convicium factum fuerit, &c.*

JUſtinien diſtingue ici deux ſortes d'injures, l'injure réelle, *cùm cuis pugno pulſatus, &c.* & l'injure verbale, *ſi cui convicium factum ſit* : A l'égard de cette derniere, on trouve decidé en la Loi *eum qui* 18. *ff. de injuriis*, que la verité de l'injure décharge de la peine celui qui l'a proferée, *eum qui nocentem infamavit, non eſſe bonum & equum ob eam rem condemnari ; peccata enim nocentium nota eſſe, & oportere, & expedire* ; cependant les Arrêts ont jugé le contraire, & ils ont jugé pareillement, que les proteſtations dont on accompagne une injure verbale, n'en diminuent point la peine ; comme ſi après avoir donné un démenti, on ajoûtoit ces paroles, ou autres ſemblables, ſauf votre reſpect, ſauf votre honneur,

Guy-Pape, queſt. 464. Benedicti, ſur le Chapitre *Raynutius in verbo mortuo itaque Teſtatore*, Num. 392. & Automne ſur la Loi 18. *ff. de injuriis.*

§. 1. *Vel ſi quis ad infamiam alicujus Libellum, aut carnem, (aut hiſtoriam) ſcripſerit, compoſuerit, ediderit, &c.*

IL n'eſt point d'injure plus grave, & qui ſoit plus ſevérement punie, que celle qui ſe commet par un libelle diffamatoire : La Loi unique, *Cod de famoſis libellis*, fait de cette injure un crime capital ; & l'Ordonnance de Moulins, Art. 77. n'eſt guere moins ſevere : „ Défendons très-expreſſe„ ment à nos Sujets d'écrire, imprimer & expoſer en vente „ aucuns Livres, libelles ou écrits diffamatoires, contre l'hon„ neur & renommée des perſonnes, ſous quelque prétexte & oc„ caſion que ce ſoit : Declarons ceux qui les auront écrits, „ les Imprimeurs & vendeurs, perturbateurs du repos public ; „ & comme tels voulons être punis des peines portées par nos „ Edits ; enjoignons à tous nos Sujets qui ont tels Livres ou „ écrits, de les brûler ſous pareilles peines, &c.

Il en coûta cher l'année derniere * au ſieur de Montagnol, Prévôt de l'Egliſe Collegiale de Saint-Afrique, pour avoir ignoré ou n'avoir pas fait attention à ces maximes ; la liberté qu'il s'étoit donnée de diffamer par un grand nombre d'écritures le ſieur de Soulages ſa Partie, fut punie par une condamnation de dépens immenſes, par une amende envers le Roi, portant note d'infamie, & par une reparation ſolemnelle dans l'Hôtel de Ville de Saint-Afrique, les écritures injurieuſes préalablement biffées & lacerées.

* 1732.

§. 2. *Patitur autem quis injuriam non ſolùm per ſemetipſum, ſed etiam per liberos ſuos, quos in poteſtate habet, &c.*

L'Injure faite à un fils de famille, regarde ſi fort le pere, & le pere eſt ſi fort perſonne legitime pour ſe plaindre, qu'il a été jugé * non-ſeulement, que le pere pouvoit ſe plaindre malgré le fils, mais que le fils même ne pouvoit ſe plaindre

* Bouchel en ſes Arrêts, Liv. 1. Ch. 61. Boërius, déciſion 120. num. 7.

malgré le pere ; le tout neanmoins en exceptant le cas proposé en la Loi 17. §. 13. *de injuriis*, ſçavoir : *Si patris perſona vilis abjectaque ſit, filii verò honoſta ; nec enim debet pater viliſſimus filii ſui contumeliam ad ſuam utilitatem metiri.*

§. 3. Servis nulla injuria fieri intelligitur, &c.

UN Maître parmi nous peut demander la reparation de l'injure faite à quelqu'un de ſes Domeſtiques ; mais dans le cas ſeulement où le Droit Romain, permettoit aux Maîtres de pourſuivre la reparation de l'injure faite à leurs Eſclaves ; Juſtinien le dit en deux mots, *ſi quid attrocius commiſſum fuerit, & quod apertè ad contumeliam Domini reſpicit* ; par un argument prix de ce texte, Guy-pape, queſt. 557. decide, que nous pouvons intenter l'action d'injure, contre ceux qui inſultent nos Agens, nos Procureurs, ou autres chargez de l'execution de nos ordres, *quamdiu ſunt in executione officii* ; & de là vient, que l'injure faite à des Huiſſiers, Sergens, & autres executeurs des ordres de la Juſtice, tandis qu'ils les executent, eſt regardée comme un des crimes les plus graves, & ſi fort que l'Ordonnance de 1670. Tit. 22. Art. 1. le met au nombre de ceux pour leſquels on peut faire le procès au cadavre, ou à la mémoire du défunt.

§. 7. Pœna injuriarum ex Lege 12. Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat : Propter os verò fractum nummariæ pœnæ erant conſtitutæ, &c.

LEs premieres Loix des François étoient aſſez conformes pour ce qui regarde les peines pecuniaires à la Loi des douze Tables : Dans la Loi Ripuaire ſur-tout, & dans la Loi des Friſons, on voit une eſpece de Tarif des bleſſures, avec une énumeration exacte de toutes les parties du corps humain, & de toutes les manieres dont chaque partie peut être offenſée ; on y taxe en autant d'articles differens une main coupée, quatre doigts, trois doigts, un doigt ; parmi les doigts on diſtingue, ſi c'eſt le poulce, l'indice, & ainſi des autres, & dans chaque doigt même, on diſtingue les join-

tures, on obſerve ſi la partie a été tout-à-fait coupée, ou ſi elle tient encore ; & ſi c'eſt ſeulement une playe, on en exprime la longueur, la largeur, & la profondeur.

Juſtinien en abrogeant les peines ordonnées par la Loi des douze Tables, en ſubſtituë d'arbitraires, c'eſt-à-dire, des peines dont l'appretiation peut être faite par la Partie même offenſée, ou par le Juge : *Judex, vel tanti reum condemnet, quanti injuriam paſſus æſtimaverit, vel minoris, prout ei viſum fuerit* ; mais c'eſt encore ce qu'on ne connoît point dans l'uſage ; ſi celui qui a fait l'injure eſt condamné en quelque peine pecuniaire envers la Partie plaignante, c'eſt toûjours à Titre de dommages & interêts.

§. 9. *Atrox injuria æſtimatur, vel ex facto, vel ex loco, vel ex perſonâ ; veluti, ſi Senatori ab humili perſonâ, ſi parenti à liberis, &c.*

L'Injure faite par un fils à ſon pere ou à ſa mere, & ſurtout ſi l'injure eſt réelle, eſt regardée comme un crime capital, puni comme tel du dernier ſupplice ; & ce qu'il y a de particulier, c'eſt qu'après que le pere ou la mere ont porté plainte contre leur fils, ils auroient beau le declarer innocent ou lui pardonner, tout ce qu'ils pourroient faire n'arrêteroit pas le cours de la Juſtice ; on trouve dans M. Laroche, page 291. des Arrêts, dont les uns ont condamné le fils à être pendu, les autres aux Galeres.

Juſtinien auroit pû mettre au nombre des perſonnes dont la qualité aggrave l'injure, les Maîtres à l'égard de leurs Domeſtiques ; M. Laroche, page 190. rapporte là-deſſus un Arrêt bien ſevere ; le Valet qui avoit outragé ſon Maître, fut condamné à faire Amende honorable, tant en l'Auditoire du Viguier l'Audience tenant, que devant la maiſon de ſon Maître, mis enſuite au Carcan, avec un Cartel où étoit écrit, „ Serviteur ayant outragé ſon Maître, eſt banni pour un an „ de la Viguerie.

Le Roi pour prévenir les querelles entre les Gentilshommes, & autres perſonnes faiſant profeſſion des armes, a fait en divers tems pluſieurs Reglemens contre ceux qui en offenſent

ſent d'autres, ſoit par des coups de main ou des paroles outrageantes ; & au mois de Decembre 1704. il en a fait un contre les Officiers ou autres perſonnes faiſant profeſſion de Robbe, qui punit, ſçavoir les paroles injurieuſes, *ſot*, *lâche*, *traître*, ou autres ſemblables, d'une priſon de deux mois : Un dementi ou une menace de coups de main ou de bâton, d'une priſon de quatre mois : Un ſouflet ou autre coup de main, d'une priſon de deux ans, lorſqu'il n'a pas été précedé d'un dementi, & d'une année ſeulement, lorſque le dementi a precedé : Les coups de bâton d'une priſon de quatre années, lorſqu'il n'ont pas été precedez d'un ſouflet ou autre coup de main, & de deux années ſeulement lorſque celui qui a frappé a reçu auparavant quelque coup de main : Les coups de bâton, cane, ou autre inſtrument de pareille nature, donnez de deſſein premedité par ſurpriſe ou avec avantage, d'une priſon de quinze années ; & les coups de bâton donnez par derriere, d'une priſon de 20. ans dans des lieux éloignez de trente lieuës de celui où l'offenſé fait ſa demeure ordinaire. Tous ces reglémens n'empêchent pas qu'en matiere d'injures la peine ne ſoit toûjours arbitraire, & ne dépende des circonſtances priſes de la qualité des perſonnes, du tems, du lieu, &c. Auſſi n'ont-ils pas été faits pour aſtraindre, mais pour autoriſer les Juges à prononcer les peines qu'ils contiennent.

§. 10. *In ſumma, &c. De omni injuriâ, eum qui paſſus eſt, poſſe vel criminaliter agere, vel civiliter, &c.*

IL arrive rarement, qne celui qui a le choix de l'action civile ou de l'action criminelle, ne choiſiſſe pas cette derniere, à cauſe de l'avantage que donne ſur l'action civile, la facilité de parvenir à la preuve par l'information, & d'y parvenir ſecrettement, ſi l'injure eſt legere, comme le ſont ordinairement les injures verbales. Le Juge doit en ſe conformant à l'eſprit de la Loi *6. ff. de accuſationibus*, terminer l'inſtance par le premier Jugement, & par une condamnation à quelque reparation ; la Procedure extraordinaire par recolement & confrontation des Témoins, ne doit être ordonnée, ſuivant l'eſprit de

l'Ordonnance de 1670. Tit. 15. Art. 2. & 9. que lorſque le délit eſt tel qu'il merite peine afflictive.

§. 12. Hæc actio diſſimulatione aboletur, &c.

ON ne peut point ſe plaindre d'une injure qu'on a diſſimulé en la recevant, moins encore d'une injure qui a été ſuivie de reconciliation : On regarde dans le Droit Romain, comme une reconciliation ou comme une remiſſion tacite, le ſilence de celui qui a été offenſé pendant un année, & à cette déciſion eſt conforme la regle que propoſe M. Loyſel, en ſes Inſtitutions coûtumieres, Liv. 5. Tit. 3. Art. 3. *Toutes actions d'injures ſont tolluës par an & jour*, &c.

TITRE V.

DE OBLIGATIONIBUS : QUÆ QUASI ex delicto naſcuntur.

Si Judex litem ſuam fecerit, quia utique peccaſſe aliquid intelligitur, licet per imprudentiam : videtur quaſi ex maleficio teneri, &c.

ON a ſuivi-long-tems en France, la diſpoſition du Droit Romain, qui rend les Juges garans du mal-jugé : L'Ordonnance de François I. de l'année 1540. défendit d'intimer & de prendre à Partie les Juges, ſi ce n'eſt qu'ils euſſent erré manifeſtement en droit ou en fait, & l'uſage eſt tel aujourd'hui, qu'à l'exception de quelques cas marquez dans l'Ordonnance de 1667. les Juges ne peuvent être intimez que lorſqu'ils ont mal jugé par dol, concuſſion, ou fraude, *ſi per gratiam, inimicitias, avaritiam, aut ſordes.*

Vide M. Loüet & Brodeau, lett. I. Som. dernier, & Paſquier recherges de la France, Liv. 2. Ch. 4.

Les cas marquez dans l'Ordonnance de 1667. ſont au nombre de quatre : Si les Juges ne ſuivent la diſpoſition des Ordonnances, Edits, & Déclarations de ſa Majeſté : (*a*) s'ils retiennent les inſtances dont la connoiſſance ne leur appartient

(*a*) Tit. 1. Art. 8.

pas, & refuſent de les renvoyer à ceux qui en doivent connoître : (*b*) s'ils évoquent les inſtances pendentes aux Siéges inferieurs ſous pretexte d'appel ou de connexité, & qu'ils ne les jugent pas définitivement à l'Audience : (*c*) Si après deux Sommations ils refuſent de rendre Juſtice. (*d*)

(*b*) Tit. 6. Art. 1.
(*c*) Tit. 6. Art. 2.
(*d*) Tit, 25. Art. 4.

§. 1. *Item is, ex cujus cœnaculo, dejectum, effuſumve aliquid eſt, quaſi ex maleficio obligatus intelligitur, &c.*

LE quaſi-délit dont il eſt parlé en ce §. eſt puni dans notre uſage, par la reparation du dommage cauſé, par la condamnation aux dommages & interêts, ou par une amende pecuniaire plus ou moins forte, ſuivant les circonſtances.

§. 3. *Exercitor naves, aut cœuponæ, aut ſtabuli, &c.*

ON obſerve dans tous les Parlemens du Royaume la déciſion contenuë en ce §. qui rend les Hôtes garans & reſponſables de tout ce qui ſe vole ou de tout ce qui ſe perd dans les Hôteleries : Les Arrêts n'exceptent que le cas où la perte arrive par des accidens purement fortuits, ou que le vol eſt tel par les circonſtances, que le ſoupçon ne peut tomber ni ſur l'Hôte, ni ſur ſes Domeſtiques, ni ſur aucun de ceux, qui par la permiſſion de l'Hôte ſont entrez dans l'Hôtelerie : ſi le vol (par exemple) eſt fait de nuit & avec effraction, ou ſi le vol a été fait dans une chambre dont l'Hôte avoit remis la clef au Proprietaire des choſes volées. Ce quaſi-délit eſt puni par le ſerment *in litem* deferé à celui qui a été volé, ſur la valeur des choſes volées, ſerment qu'il eſt permis au Juge de borner & reſtraindre à certaine ſomme, plus ou moins grande, ſuivant les circonſtances : Voyez M. Maynard, Livre 8. Ch. 82. & 83. Journal des Audiences, Tome 1. Liv. 2. Ch. 39. & Liv. 8. Ch. 2. & Augeard, Tome 3. Ch. 50.

TITRE VI.

DE ACTIONIBUS.

Actio nihil aliud eſt, quàm Jus preſequendi in judicio, quod ſibi debetur.

Tot. Tit. Cod. de formulis & impetrationibus actionum ſublatis.

DAns le Droit Romain, le nombre des actions étoit limité, & chaque action avoit ſon nom particulier, après même que les Empereurs en eurent aboli les formules, il en eſt autrement parmi nous, on agit toutes les fois qu'on a interêt de former quelque demande, & on ne s'embarraſſe point du nom de l'action qui doit être intentée : les Ordonnances * n'exigent autre choſe, ſinon que les citations ſoient libellées, qu'elles contiennent les concluſions, & ſommairement les moyens de la demande.

Ordonnance de 1667. Tit. 2. art. 1.

§. 1. *Omnium actionum ſumma diviſio eſt : aut enim in rem ſunt, &c. aut in perſonam, &c.*

LOiſeau, Traité du Déguerpiſſement, Liv. 2. Ch. 1. remarque deux differences eſſentielles entre l'action perſonnelle & l'action réelle ; & ces differences après tout, ſont les mêmes que Juſtinien nous fait obſerver ici : La premiere, conſiſte en ce que l'action perſonnelle eſt attachée à la perſonne obligée, qu'elle la ſuit par tout, & paſſe à ſon heritier comme heritier ; au lieu que l'action réelle ſuit uniquement la choſe en quelques mains qu'elle ſe trouve, de maniere que celui qui poſſede la choſe, n'a qu'à l'abandonner pour être dechargé de toutes pourſuites : la ſeconde, conſiſte en ce que dans les actions perſonnelles, on conclud toûjours à ce que la perſonne obligée ſoit condamnée à donner ou à faire quelque choſe, *ad dandum, vel faciendum quod petitur* ; au lieu que dans les actions réelles, on conclud pour ainſi dire, contre la choſe même, à ce qu'elle ſoit declarée nous appartenir, ou qu'elle nous ſoit declarée affectée & hypotequée.

Ejus oſſibus adhæret, ut lepra cuti. ſuivant l'expreſſion des vieux interpretes.

Il y a des actions qui tiennent quelque choſe du réel & du perſonnel, & celles-là ſont appellées mixtes : Je demande, par exemple, que Titius ſoit condamné au délaiſſement d'un heritage, & qu'il ſoit condamné encore à la reſtitution des fruits, ou aux dommages & interêts : l'action eſt réelle pour ce qui regarde le délaiſſement du fonds, mais elle eſt perſonnelle pour ce qui regarde la reſtitution des fruits ou les dommages & interêts : Titius pourra bien faire ceſſer l'action réelle en abandonnant le fonds, mais il demeurera toûjours obligé pour la reſtitution des fruits, ou pour les dommages & interêts qui ſont de ſon fait, & j'aurai droit de le pourſuivre juſqu'à ce qu'il ait ſatisfait à ce qui le regarde perſonnellement. Juſtinien dans le §. 20. de ce Titre, met au nombre des actions mixtes, l'action de partage entre coheritiers, ou entre des perſonnes qui poſſedent un heritage par indivis, & celle qui eſt intentée pour le plantement des bornes & des limites, parce qu'il eſt permis au Juge, qui ne peut également partager la choſe, ou planter des bornes égales, d'adjuger une plus grande portion à l'une des Parties, & la condamner à même tems à payer quelque choſe à l'autre Partie. (a)

Juſtinien propoſe ces trois actions, ſeulement pour ſervir d'exemple, & non pour en fixer le nombre. Voyez Loiſeau, Traité du deguerpiſſement, Liv. 2. Ch. 1.

(a) *De actione perſonali in rem ſcriptâ.* *Vide* Thevenau, page 462.

Si dans les actions réelles le demandeur a le choix, ou de la Juriſdiction en laquelle le bien eſt ſitué, ou de la Juriſdiction du domicile. Voyez Vinius, page 919.

Cette diviſion des actions perſonnelles, réelles & mixtes, eſt importante & d'un grand uſage : l'action réelle doit être intentée devant le Juge du lieu où eſt ſituée la choſe contentieuſe, *tot. tit. ubi in rem actio exerceri debeat* : & l'action perſonnelle au contraire doit être intentée devant le Juge du domicile du défendeur, ainſi que l'action mixte, *ob vim perſonalitatis potiorem* : ceux qui ont droit de *Committimus*, peuvent évoquer devant les Juges de leur privilege les actions perſonnelles ou mixtes, ils ne peuvent évoquer les actions réelles. Ordonnance de 1669. Tit. 4. Art. premier.

¶ Bornier, tom 1. ſur l'article 1. du tit. 4. des Committimus & Gardes-Gardiennes, de l'Ordonnance de 1669. *Non intendit rem ſuam eſſe ; ſed tantùm jus ſibi eſſe fundo utendi.*

§. 2. *Æquè ſi agat quis, &c.*

DAns ce §. Juſtinien met au nombre des actions réelles, celles qu'on intente pour raiſon de quelque ſervitude ; cependant dans l'uſage, on les regarde comme perſonnelles ou mixtes, du moins à l'effet de pouvoir être évoquées par ceux qui ont droit de *Committimus* devant le Juge du privilege.

§. 4. *Si cui ex juſtâ causâ res aliqua tradita fuerit, &c.*

PArmi nous, un poſſeſſeur de bonne foi, de quelque maniere qu'il eût été dépoſſedé, n'auroit pas beſoin de recourir à la fiction ſur laquelle étoit fondée l'action publicienne, pour conſerver ou pour être reintegré en ſa poſſeſſion, il agiroit ſans difficulté ainſi & de même que le veritable proprietaire, dont le droit ne pourroit être oppoſé par le nouveau poſſeſſeur.

§. 5. *Permittitur Domino, ſi poſſeſſor abeſſe deſierit, reciſâ uſucapione ita rem petere, ut dicat poſſeſſorem uſu non cepiſſe, &c.*

L'Action reciſoire, dont il eſt parlé en ce §. qui rendoit inutile aux abſens la preſcription qui avoit couru pendant le tems de l'abſence, n'eſt point en uſage parmi nous : elle étoit même abolie du tems de l'Empereur Juſtinien, lequel en la Loi 2. *Cod. de annali exceptione*, propoſe divers moyens dont on peut ſe ſervir contre les abſens pour l'interruption de la preſcription : l'Ordonnance de 1667. Tit. 2. Art. 9. & 11. permet d'aſſigner les abſens à leur dernier domicile, & s'ils n'ont eu aucun domicile connu, permet de les aſſigner par un ſeul cri public, au principal marché du lieu de l'établiſſement du Siége où l'aſſignation ſera donnée, ſans aucune perquiſition. Nous aurons occaſion d'expliquer ailleurs, ſi la preſcription court toûjours contre les abſens, comment & dans quels cas l'abſence eſt un moyen de reſtitution en entier.

§. 6. *Si quis in fraudem creditorem rem ſuam alicui tradiderit, &c.*

PAr l'action, dont il eſt parlé en ce §. connuë dans le Droit, ſous le nom d'action Paulienne, toutes les alienations qu'un débiteur avoit fait en fraude de ſes créanciers, étoient révoquées de plein droit: avec cette difference, que quand l'alienation étoit faite à titre onereux, il falloit pour donner lieu à la revocation, que l'acquereur eût été participant de la fraude; au lieu que ſi l'alienation avoit été faite à titre lucratif, elle étoit revoquée, quoique le donataire fût dans la bonne foi. *Tot. tit. ff. quæ in fraudem creditorum facta ſunt, ut reſtituantur.*

L'Ordonnance de 1673. donne aux créanciers fruſtrez du payement de leurs dettes, la même reſſource à peu près, que leur donnoit l'action Paulienne, lorſqu'au titre des Faillites & Banqueroutes, Art. 4. elle declare nuls tous tranſports, ceſſions, ventes & donations des biens meubles ou immeubles, voulant que le tout ſoit rapporté à la maſſe commune des effets; mais on ne voit guerre d'alienations rappellées par cet endroit, parce qu'il arrive rarement que la fraude ſoit découverte, & qu'il eſt mal aiſé de donner des regles certaines pour la découvrir. Par le Reglement fait pour la ville de Lyon, Art. 13. il eſt porté que toutes ceſſions & tranſports ſur les effets des faillis, ſont nuls, s'ils ne ſont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connuë.

Par le Droit Romain celui à qui un legs eſt fait, ou à qui une ſucceſſion eſt deferée peut refuſer d'accepter ce legs ou cette ſucceſſion, ſans que les créanciers puiſſent ſe plaindre, l'action Paulienne, qui revoque les alienations faites en fraude, ne regardant point ceux qui réfuſent une occaſion d'acquerir, mais ceux là ſeulement qui diminuent leur Patrimoine, *pertinet Edictum ad deminuentes patrimonium ſuum, non ad eos quid agunt, ne locupletentur*; mais il en eſt autrement parmi nous, les créanciers entrent dans tous les droits de leur débiteur, & les peuvent exercer malgré lui, le débiteur ne peut au préjudice de ſes créanciers, renoncer à un legs, ni à une ſucceſſion, ſoit teſtamentaire, ou *ab inteſtat*; & s'il renonce les créanciers peuvent accepter pour lui, pourveu qu'ils le faſſent *L. 6. ff. eod.*

à leurs perils, riſques & fortunes ; ce qui a été ſans doute établi comme une ſuite de cette maxime generale du Royaume, par laquelle *le mort ſaiſit le vif*, & qui fait qu'un heritier étant d'abord ſaiſi, ne peut plus renoncer ſans diminuer effectivement ſon patrimoine. M. Loüet & Brodeau, lett. R. ſom. 19. 20. & 21. M. de Catellan, Liv. 2. Ch. 69. & M. Dolive, Liv. 5. Ch. 29.

Un heritier grevé peut-il au préjudice de ſes créanciers, anticiper ſur la reſtitution du fideicommis ? Il le peut par les Arrêts & les autoritez rapportées au long par M. Dolive, Liv. 5. Ch. 19. & quoiqu'en diſe cet Auteur en la nouvelle addition, la reſtitution peut être encore anticipée au préjudice des acquereurs & poſſeſſeurs des biens dépendans du fideicommis.

Un pere peut-il au préjudice de ſes créanciers, ſe departir de l'uſufruit qui lui eſt acquis par la puiſſance paternelle de l'uſufruit des biens aventifs de ſes enfans ? Il n'y a qu'à voir ſur cette queſtion, ce que nous avons obſervé ſur le Titre 9. *per quas perſonas nobis acquiritur*, au ſecond Livre.

§. 7. Servianâ experitur quis de rebus Coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur, &c.

LA Coûtume de Paris ſemble donner aux propriétaires, ſur les meubles qui ont été mis dans la maiſon par le locataire ou le Fermier, le même privilege que leur donnoit l'action Servienne, lorſqu'après avoir dit en l'art. 170. que les meubles n'ont point de ſuite par hypoteque quand ils ſont hors de la poſſeſſion du débiteur : elle ajoûte en l'article ſuivant ; „ Toutefois les Proprietaires des maiſons ſiſes és Villes & Fauxbourgs, & Fermes des champs, peuvent ſuivre les biens de „ leurs locatifs ou Fermiers executez, encore qu'ils ſoient tranſportez, pour être premiers payez de leurs loyez, & iceux „ arrêter juſqu'à ce qu'ils ſoient vendus & délivrez par autorité de Juſtice. Voyez Coquille, Tome 2. dans ſon Inſtitution au Droit François, Titre des Executions ſur les biens meubles & immeubles, page 114.

L. 4. & 6. ff. in quibus cauſ. pig. vel hypoteeis contrahatur.

Le Droit Romain faiſoit une difference, *inter prædia urbana & ruſtica, quantùm ad invecta & illata*, donnant au propriétaire,

prietaire des maiſons loüées pour l'habitation ou pour le plaiſir, une hypoteque tacite, ou pour mieux dire, un privilege ſur tous les meubles mis dans la maiſon par le locataire, & reſtraignant ce privilege à l'égard des Fermes de la campagne, ſur les fruits recuëillis, ſi ce n'eſt que les meubles & uſtenciles portez dans la ferme, y euſſent été mis & portez par la volonté ou par l'ordre du proprietaire, *voluntate Dominorum*: mais la Coûtume de Paris, en l'article que nous venons de citer, & qui à cet égard eſt ſuivie dans tout le Royaume, ne fait point cette difference, la connoiſſance ou la volonté du propriétaire dans le tranſport des meubles étant toûjours préſumée. Que ſi dans une maiſon loüée il y a des ſous-locataires, ceux-ci ne ſont obligez envers le proprietaire, & le proprietaire n'a de privilege ſur les meubles, que pour le loyer de la portion qu'ils occupent, & non point pour la totalité du prix du Bail, c'eſt encore la diſpoſition de la Coûtume de Paris en l'article 162. conforme à la déciſion de la Loi 11. §. 5. *ff. de pignorat. actione.*

Leg. 5. Cod. de locato & conducto.

§. 7. *Quaſi ſerviana autam eſt, quâ creditores pignora, hypotecaſve proſequuntur, &c.*

DAns le Droit Romain, l'action appellée, *quaſi ſerviana*, donnoit au créancier le droit de ſuivre, entre les mains d'un tiers poſſeſſeur, les choſes qui lui avoient été hypotequées, ſans diſtinction des meubles d'avec les immeubles; il en eſt autrement parmi nous, car une de nos maximes les plus ſeveres eſt celle-là, que les meubles ſi-tôt qu'ils ſont hors la poſſeſſion du débiteur, n'ont plus de ſuite par hypoteque: maxime priſe de l'art. 170. de la Coûtume de Paris, & fondée ſur la faveur du Commerce, qui tomberoit entierement, ſi les acquereurs des effets mobiliaires avoient à craindre d'être recherchez par des créanciers anterieurs.

A l'égard des immeubles alienez par le débiteur, le créancier peut les ſuivre par hypoteque; mais ils faut pour cela que le débiteur ſoit inſolvable, ſuivant la Novelle 4. Ch. 2. d'où a été priſe l'authentique *hoc ſi debitor*, *Cod. de pignoribus & hypotecis*; & il faut encore que le tiers acquereur n'ait pas

preſcrit l'action hypotecaire du créancier, c'eſt-à-dire, qu'il n'ait pas poſſedé le fonds hypotequé pendant dix années paiſiblement & ſans trouble.

Loiſeau, Traité du Déguerpiſſement, Liv. 3. Chap. 2. remarque, que le Droit Romain ayant établi, d'un côté que le tiers-acquereur ne pouvoit être troublé, que diſcuſſion préalablement faite du débiteur principal, & de l'autre, que le tiers-acquereur preſcrivoit l'action hypotecaire par une poſſeſſion de dix ou vingt années, il s'enſuivoit cet inconvenient, qu'un créancier perdoit ſouvent ſon droit, ſans qu'on pût lui imputer aucune negligence, parce que l'inſolvabilité du principal débiteur, qui ſeule peut donner lieu à la diſcuſſion, arrivoit ſouvent après la preſcription accomplie : & c'eſt auſſi par cette raiſon (ajoûte le même Auteur) que le Droit François a introduit en faveur des créanciers, une action particuliere pour interrompre la preſcription de l'action hypotecaire, une action accordée aux créanciers pour faire ordonner que les biens alienez par leur débiteur, leur ſoient affectez & hypotequez.

§. 7. *At eam, quæ ſine traditione, nuda conventione tenetur, propriè hypotecæ appellatione contineri dicimus.*

LEs hypoteques en France ne s'acquierent point par la ſimple convention des Parties, il faut neceſſairement un Contrat paſſé devant Notaire, les promeſſes ſous ſignature privée ne donnant hypoteque que du jour qu'elles ſont reconnuës en juſtice, * ou du jour de la dénegation du débiteur, ſi après la verification qui en eſt faite en juſtice, elles ſe trouvent veritables. Les Jugemens de condamnation portent encore hypoteque du jour qu'ils ont été rendus, pourveu qu'ils ſoient confirmez par Arrêt, ou qu'il n'y en ait point d'appel : C'eſt la diſpoſition de l'art. 53. de l'Ordonnance donnée à Moulins au mois de Février 1566. & de l'art. 11. de la Declaration du 10. Juillet ſuivant, renduë en interpretation de cette Ordonnance, qu'on trouve rapportez dans le Neron de 1720. Tome 1. page 444. & 491.

* Ordonnance de 1539. art. 92. rapportée dans le Neron de 1720. Tom. 1. page 158.

La Sentence ou Arrêt qui declare l'hypoteque, proroge l'action pendant 30. ans. M. de Catelan, Liv. 7. Ch. 21.

§. 9. *De Constitutâ pecuniâ cum omnibus agitur, qui vel pro se, vel pro alio soluturos se constituerint, &c.*

L'Action appellée *de constitutâ pecuniâ*, ne peut être d'aucun usage en France, où comme nous avons observé sur le Titre 16. *de verb. oblig.* au troisiéme Livre, on ne connoît point la difference que faisoit le Droit Romain, entre le pacte & la stipulation. *Vid.* Dumoulin *ad rubr. de verb. obligat.* num. 27. *& sequen.*

§. 11. *Si quis postulante adversario juraverit, &c. Justissimè accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.*

QUelque effet que les Loix Romaines donnent au serment, le même qu'à un Arrêt ou à une Transaction, je suis persuadé que si la partie par qui le serment auroit été déferé, étoit en état de prouver le parjure par des actes antentiques & nouvellement découverts, les Juges ne souffriroient pas que celui qui auroit juré, jouït impunement du fruit de son crime; on peut voir ce qu'elle dit au long sur cette matiere par le President Faber en son Code, Liv. 4. Tit. premier, Definit. 2. & 24. * & par Brodeau sur M. Loüet, lettre S. Som. 4.

Tout ce qui est dit dans les seize Paragraphes suivans, ne peut trouver aucune application à notre usage.

* *Nè experjurio suo emolumentum improbum consequatur.*

§. 28. *Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris, &c.*

IL est incertain si l'Empereur Constantin dans la Loi *placuit Cod. de judiciis*, a voulu que les actions fussent toutes de même nature, & si c'est dans ce sens qu'il a dit, *in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatis, quàm stricti juris rationem*; mais quoiqu'il en soit, nos meilleurs Auteurs attestent, qu'il n'y a dans l'usage aucune difference entre les actions de bonne foi, & celles appellées *stricti juris*: *amplectuntur*, dit Mornac sur la Loi premiere, *Cod. de conditione indebiti*, *amplectun-*

tur ſuperiores imperii noſtri Gallici Curiæ, quod æquius aut melius : neque tàm ſeſe addicunt umbratilibus Scholarum vinculis, ſtrictique juris ac bonæ fidei diſtinctionibus, quas tandem ex uſu adverſari æquitati compertum eſt.

§. 29. *Sed & tacitam ei dedimus hypotccam, &c.*

JUſtinien ne ſe contente pas de donner dans la Loi *unique, Cod. de rei uxoriæ actione*, une hypoteque tacite à la femme, ſur les biens de ſon mari, pour la reſtitution de la dot : cet Empereur par la Loi *aſſiduis*, *Cod. qui potiores in pignore habeantur*, veut encore que la femme ſoit preferée à tous les créanciers hypotecaires du mari, & à ceux-là même qui ont contracté avant le mariage.

Le Parlement de Toulouſe conſerve à la dot des femmes un privilege ſi extraordinaire, mais il laiſe en même-tems aux créanciers, un moyen de conſerver leurs hypoteques : c'eſt celui d'en faire la dénonce à la femme avant la celebration du mariage ; cette dénonce doit être faite à la femme même parlant à elle, & il ne ſuffiroit pas de la faire à ſon domicile. M. de Catelan, Liv. 4. Ch. 35.

Il arrive ſouvent qu'un mari a pluſieurs créanciers, dont les uns ont fait la dénonce à la femme, & les autres ont omis de la faire ; & on demande en ce cas, comment & en quel rang doivent être alloüez, tant les créanciers, que la femme, dans la diſtribution generale des biens du mari ? La Juriſprudence a varié ſur cette queſtion, mais enfin elle eſt fixée à ce point : qu'on alloüe la femme en premier rang : qu'on alloüe après la femme tous les créanciers du mari, même celui qui a dénoncé, chacun en ſon rang ; & qu'on ordonne enſuite que l'allocation de la femme cedera au profit du créancier qui a denoncé, à concurrence de ſa dette, & que l'allocation de ce même créancier cedera au profit de la femme. On comprend fort bien que la femme miſe ainſi à la place du créancier qui a fait la dénonce, eſt expoſée à perdre ſa dot, parce qu'il peut arriver que le créancier qui a denoncé, eſt des plus reculez ; mais après tout la choſe eſt juſte, & la femme doit s'imputer d'avoir paſſé outre malgré la dénonce. M. de Catelan, Liv. 4. Ch. 33.

§. 29. *Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc cenſuimus, cùm ipſa mulier de dote ſua experiatur, cujus ſolius providentiâ hoc induximus.*

LE privilege accordé à la dot eſt perſonnel, la femme ne le tranſmet qu'à ſes enfans: ſur ce principe les Arrêts ont jugé * que les créanciers de la femme ne pouvoient pas même pendant ſa vie, uſer du privilege, pour faire alloüer la dot avant les créanciers anterieurs au Contrat de Mariage.

* M. Dolive, Liv. 3. ch. 25.

Une femme fait ceſſion de ces cas dotaux, le ceſſionnaire ſera-t'il fondé à demander l'allocation privilegiée de la dot? Sur cette queſtion on diſtingue; ou la femme en cedant ne s'eſt point obligée à la garantie, ou elle s'y eſt obligée; dans le premier cas, le ceſſionnaire n'a point de privilege; dans le ſecond, on diſtingue encore, ou le ceſſionnaire agit pendant la vie de la femme, ou il agit après la mort de la femme decedée ſans enfans; dans le premier cas, le ceſſionnaire joüit du privile, & non point dans le ſecond. Quand on dit que la femme ne tranſmet point ſont privilege aux heritiers étrangers, on ſuppoſe que la femme eſt décedée ſans faire aucune demande de ſes droits en Juſtice, car autrement, & ſi elle avoit commencé d'agir avant ſa mort, il faudroit s'en tenir à cette regle du Droit qui veut, *actiones omnes quæ morte vel tempore pereunt, ſemel incluſas judicio, ſalvas permanere.* M. Dolive, Liv. 3. Ch. 23.

Leg. omnes 139. de reg. juris.

Non ſeulement le privilege que donne Juſtinien à la femme dans la Loi *aſſiduis*, eſt perſonnel & non tranſmiſſible, mais celui-là encore que lui donne la Juriſprudence des Arrêts, de pouvoir ſubſidiairement repeter les cas dotaux ſur les biens donnez au mari dans le Contrat de mariage, lorſque les biens font retour au donateur, par le predecès du mari donataire, ou que la donation eſt revoquée par la ſurvenance des enfans. *Vide* M. Dolive, Liv. 4. Ch. 8. en la nouvelle addition.

§. 32. *Curare debet judex, ut omninò, quantùm possibile ei sit, certæ pecuniæ, vel rei sententiam ferat, &c.*

JUstinien ordonne aux Juges, de terminer autant qu'il est possible, par un seul & même Jugement, toutes les contestations des Parties, *ut finis litibus celeriùs imponatur, & partium parcatur expensis.* Dans cette même vûë, l'Ordonnance de 1667. Tit. 26. Art. 6. veut que toutes Sentences, Jugemens & Arrêts sur production des Parties, qui condamneront à des interêts ou à des arrerages, en contiennent les liquidations ou calcul.

Vide Tit. Cod. de Sententiâ quæ sine certâ quantitate profertur.

§. 33. *Si quis agens intentione suâ plus complexus fuerit, quàm ad eum pertinebat, &c.*

ON dit communement, que le Titre de plus *petitionibus*, n'a pas lieu en France; & il a si peu lieu en effet, que si Pierre demande une somme de cent pistoles à Jean qui doit seulement cent livres, Jean sera condamné aux dépens, si avant le Jugement il n'offre les 100. liv. qu'il doit: Que si Pierre s'obstine à plaider malgré l'offre faite par Jean, il ne sera puni que par la condamnation aux dépens; il faut dire la même chose des créanciers qui demandent plus qu'il ne leur est dû, *tempore loco, vel causâ, &c.*

§. 34. *Si minùs in intentione suâ complexus fuerit actor, quàm ad eum pertineat, &c. Judex nihilominùs in reliquum adversarium condemnat, ex constitutione Zenonis.*

Si quis minus quàm revera sit, taxaverit suam litem, non ad hoc respiciat Judex; sed in veram quantitatem calculum faciat, L. 1. §. ult. Cod. de plus petitionis.

SI Justinien entend, que le Juge puisse d'office condamner (par exemple) une partie qui doit mille livres, mais à qui on n'en demande que cinq cens, à payer l'entiere somme de mille livres, sa décision n'est point suivie parmi nous; une Sentence qui adjugeroit plus qu'il n'est demandé, seroit cassable; & un Arrêt même pourroit par cet endroit être attaqué par la voye de la Requête civile, suivant la disposition de l'Ordonnance de 1667. Tit. 35. Art. 34.

§. 35. *Si quis aliud pro alio intenderit, errorem ſuum corrigere ei permittitur, &c.*

C'Eſt ce qu'on dit communement, qu'il eſt permis en tout état de cauſe, de corriger ſon libelle : Une Partie qui auroit mal concerté ſa demande, ſeroit tout au plus condamnée envers l'autre aux dépens fruſtrez.

Edita actio ſpeciem futuræ litis demonſtrat, quàm emendari, vel mutari licet, L. 3. Cod. de edendo.

§. 39. *Compenſationes plerumque efficiunt, ut minùs quiſque conſequatur, quàm ei debeatur, &c.*

LA compenſation ſe fait de plein droit, mais il faut pour cela, non-ſeulement que les deux ſommes que l'on veut compenſer, ſoient certaines & liquides, c'eſt-à-dire, qu'elles ne puiſſent pas être conteſtées legitimement ; mais il faut encore qu'elles ſoient dûës toutes deux ſans aucune condition, & toutes deux exigibles en même-tems ; ainſi on ne peut jamais compenſer le principal d'une rente conſtituée, malgré le debiteur de la rente, parce que ce principal n'eſt pas exigible, & que le débiteur ne peut jamais être conſtraint de racheter.

Particula plerumque adjecta propter cauſa malimentorum, L. 8. Cod. de tranſact.

Item propter cauſam depoſiti, vectigaliũ, tributorum in quibus compenſationi non eſt locus, L. 3. & L. ult. Cod. de compenſationes.

§. 40. *Cum eo quoque, qui creditoribus ſuis bonis ceſſit, &c.*

UN debiteur devenu inſolvable, peut éviter la contrainte par corps, au moyen de la ceſſion des biens, appellée dans le Droit, *flebile adjutorium*, *miſerabile auxilium* ; mais il eſt remarquable, que comme par les Loix Romaines, ce Benefice n'étoit accordé qu'aux Sujets de l'Empire, il n'eſt accordé de même parmi nous, qu'aux Regnicoles & naturels François, ou bien à ceux qui ont été naturaliſez par Lettres ou Declaration du Roi ; c'eſt la diſpoſition de l'Ordonnance de 1673. Tit. 10. Art. 2.

* Journal du Palais, Tom. 2. pag. 757.

L. 4. Cod. qui honor. ceſſ. poſſunt.

Il y a quelques dettes privilegiées pour leſquelles on ne peut être reçu à faire ceſſion des biens : de ce nombre ſont les amendes decernées pour crime, & non point comme il

eſt prétendu par quelques Auteurs, les interêts civils, ou les dépens ; la raiſon de la difference eſt priſe, de ce que l'amende pour reparation d'un crime eſt une peine, & que les dépens, dommages & interêts produiſent ſeulement une dette purement civile ; de ce nombre encore ſont les dettes provenant d'un compte de Tutelle, des arrerages de Ferme, ſoit en grains ou en argent, de l'adminiſtration des deniers publics ou des Hôpitaux, de la vente des beſtiaux faite à des Bouchers, & generalement toutes celles qui proviennent du crime, du dol, ou de la fraude au débiteur. M. Maynard, Liv. 4. Ch. 17. M. Louet, lett. C. Som. 57. & M. Dolive, Liv. 1. Ch. 31.

On obligeoit autrefois ceux qui avoient fait ceſſion des biens, à porter le Bonnet vert, afin que le public par cette marque exterieure, fût averti du danger qu'il y avoit de contracter avec eux. M. Loüet & Brodeau, lett. C. Som. 56. mais cela n'eſt plus aujourd'hui en uſage ; l'Ordonnance de 1673. Tit. 10. Art. 1. n'exige autre choſe, ſinon que les ceſſionnaires ſoient tenus de comparoir en perſonne à l'Audience de la Juriſdiction Conſulaire, s'il y en a, ſinon à l'aſſemblée de l'Hôtel commun des Villes, pour y declarer leur nom, ſurnom, qualité & démeure, & qu'ils ont été reçus à faire ceſſion des biens, & que leur Declaration ſoit enſuite lûë & publiée par le Creffier, & Inſerée dans un tableau public.

TITRE VII.

QUO CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE eſt, negotium geſtum eſſe dicitur.

§. 1. Si igitur juſſu Domini cum Servo negotium geſtum erit, &c.

ON peut appliquer ce qui eſt dit en ce Titre, des actions, *quod juſſu*, *exercitoria*, *inſtitoria*, *de in rem verſo*, à ci qui eſt fait par des Commis, Prépoſez, Agens, Adminiſtrateurs ; & pour ce qui regarde les actions appellées, *tributoria*

&

& de peculis, on peut voir ce que Juſtinien en dit dans les §. 3. & 4. de ce Titre, tranſcrit mot à mot en l'Art. 29. de l'Edit de 1685. touchant la Police des Iſles de l'Amerique Françoiſe.

Au ſujet des obligations contractées par les Commis, Prépoſés, Agens, Adminiſtrateurs, il y a une queſtion importante, & que les Arrêts ont differament jugée; ſçavoir, ſi celui au profit duquel l'obligation eſt conſentie, peut attaquer à ſon choix, le Commis ou le Prépoſé, & celui au nom duquel le Commis ou le Prépoſé a contracté? Ceux qui tiennent pour la liberté du choix, ſe fondent ſur la Loi premiere, §. 17. *ff. de exercitoria actione*; & il faut convenir en effet que ce texte ne peut être plus précis, *eſt autem nobis electio, utrum exercitorem an Magiſtrum convenire velimus*: ceux qui tiennent au contraire, que le Commis ou le Prépoſé ne peut être récherché pour les obligations qu'il a contracté en cette qualité, ſe fondent ſur la Loi derniere, *ff. de inſtitoriâ actione*; mais ils ne réflechiſſent pas que dans l'eſpece de cette Loi, il s'agit d'un Commis, qui ſans prendre aucun engagement, declare ſeulement qu'il y a dans la Banque de ſon Maître, certaine ſomme deſtinée pour celui auquel la declaration eſt faite: *habes penès menſam Patroni mei denarios mille quos vobis numerare debeo pridiè Kalendas Maïas.* Tout bien examiné, la diſtinction que fait Mornac ſur la Loi 7. *Cod. quod cum eo qui in ali. poteſt. Eſt negot. geſtum eſſe dicetur*, paroît fort judicieuſe, où le Commis a énoncé ſeulement ſa qualité dans le commencement de l'Acte, où après l'avoir énoncée dans le commencement, il la repete encore à l'endroit où il promet & s'oblige, en diſant, *lequel en ladite qualité promet & s'obige*, &c. Dans le premier cas, il demeure obligé perſonnellement en ſon propre & privé nom: Dans le ſecond, celui au nom duquel l'obligation eſt conſentie, eſt ſeul obligé. *Vide*, Papon en ſes Arrêts, Liv. 6. Tit. 5. Art. 5.

In eâ L. ult. vulgatum illud contrahens appoſito nom'ne officii, finito officio non tenetur.

Reſpondi nec jure his verbis Epiſtolæ obligatum libertum, cum ità ex inſtitoris officio ad fidem menſæ præſtandam ſcripſiſſet.

§. 7. Senatus-Consultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dare eis, qui in poteſtati parentis ſunt, &c.

IL faut rappeller en cet endroit, l'obſervation que nous avons fait ſur le §. 6. du Titre 20. *de inutilibus ſtipulationibus*, au troiſiéme Livre.

TITRE VIII.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Ex maleficiis ſervorum, &c. Noxales actiones proditæ ſunt, &c.

LE Reglement fait pour les Iſles de l'Amerique Françoiſe, s'eſt encore à l'égard des actions noxales, conformé entierement à la diſpoſition du Droit Romain. Les Maîtres (dit l'Article 37.) "ſeront tenus en cas de vol au autre„ment, des dommages cauſés par leurs Eſclaves, outre la pei„ne corporelle des Eſclaves, reparer les torts en leur nom, s'ils „n'aiment mieux abandonner l'Eſclave à celui auquel le tort a „été fait, ce qu'ils ſeront tenus d'opter dans trois jours, à „compter du jour de la condamnation, autrement ils en ſe„ront déchûs.„

On ne peut, dit l'Auteur du Traité des Loix abrogées, Liv. 4. Chap. 64. faire aucune application des actions noxales, aux fautes commiſes par les Valets & les Domeſtiques, *Gallia noxales actiones in dominos ex noxiâ Servorum non novit, cum homines qui appellantur mancipia non ſint*, cependant il peut y avoir des cas dans leſquels les Maîtres ſont tenus des fautes de leurs Valets : Dans le ſecond Tome du Journal des Audiences, page 484. on trouve un Arrêt du Parlement de Paris, qui condamne un Maître aux dommages & interêts cauſés par l'Incendie arrivée par la faute de ſon Valet, dans la maiſon d'un de ſes amis, où il étoit allé en viſite.

TITRE IX.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

Animalium nomine, ſi pauperiem fecerint, noxalis, actio prodita eſt, &c.

BUgnyon des Loix abrogées, Liv. 2. Chap. 70. explique en peu de mots, quel eſt notre uſage au ſujet du dommage cauſé par les bêtes : aujourd'hui (dit cet Auteur) on condamne les perſonnes à qui appartiennent les bêtes qui ont cauſé le dommage, en quelque amende, *arbitrio cognitorum*, „ſelon l'exigence des cas, & qu'il appert du dommage qui „a été fait, pour lequel ſe peut auſſi adjuger à partie inte„reſſée quelque ſomme pour ſes prétendus interêts. Mornac ſur la Loi premiere de ce Titre au Digeſte, s'explique à peu près dans les mêmes termes.

A l'égard du dommage cauſé par les bêtes dans le fonds d'autrui, & pour la reparation duquel le Droit Romain * avoit introduit une action particuliere, *de paſtu pecoris*; il faut obſerver que par les Arrêts de Reglement, il eſt défendu à tous Particuliers de faire dépaître, ni entrer de jour ou de nuit, en aucune ſaiſon de l'année leurs beſtiaux, tant gros que menu, Troupeaux, Pourceaux, grands ou petits, Oyſons, Dindons, & autre Volaille, ailleurs que dans leur propre fonds, à peine de 500. livres d'amende; ſans préjudice aux Proprietaires, de faire pignorer les Beſtiaux ſurpris dans leur fonds, & de les garder juſqu'avoir été payez du dommage, ſuivant l'eſtimation qui en ſera faite par les Prudhommes des Lieux, &c.

* *L. 14. §. ult. ff. de præſcr. verbis.*

TITRE X.

DE HIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

Admonendi ſumus, agere poſſe quemlibet hominem, aut ſuo nomine, aut alieno, &c.

IL n'eſt pas libre en France, de ſe ſervir ou de ne ſe ſervir pas du miniſtere des Procureurs établis en Titre d'Office dans toutes les Juriſdictions Royales : il n'y a que les matieres ſommaires dans leſquelles, par l'Ordonnance de 1667. Tit. 17. Art. 6. on peut être écouté, & plaider ſoi-même ſans aſſiſtance d'Avocat ni de Procureur, ailleurs toutefois que dans les Cours Superieures, Requêtes de l'Hôtel ou du Palais, & Siéges Préſidiaux.

Par le Droit Romain en la Loi 1. *Cod. de Sententiis & interlocutionibus omnium Judicum*, l'inſtruction des Procès ſe faiſoit au nom des Procureurs, au nom deſquels auſſi les Sentences étoient prononcées, & jamais au nom des Parties, *non videtur rationem habere Sententia, quæ non Procuratorem, ſed ipſum Dominum litis condemnavit* ; il en eſt autrement parmi nous, l'inſtruction ſe fait par le miniſtere des Procureurs, mais toûjours au nom des Parties ; & c'eſt auſſi contre les Parties que ſont prononcés les Jugemens, Sentence & Arrêts. Le Roi en caſſe toûjours au nom de Meſſieurs les Procureurs Généraux, ou de leurs Subſtituts ſur les Lieux, eſt ſeul excepté de la regle ; & c'eſt cette exception qui a donné lieu à la maxime dont parle Loyſel, Titre des Jugemens nom. 5. „ qu'en France nul ne plaide par Procureur que le Roi.

Les Seigneurs Juſticiers dans leurs Juſtices, & lorſqu'il eſt queſtion de leur fiſc, plaident encore au nom de leurs Procureurs Juriſdictionels. Voyez Loyſeau des ſimples Juſtices, Ch. 10.

Le pouvoir d'un Procureur conſtitué pour la pourſuite d'une affaire, eſt borné à ce qui regarde la Procédure ; ſi dans le cours de l'Inſtance il s'agit de faire (par exemple) des offres, de tranſiger, d'affirmer, de reconnoître une Piéce, ou de la déſavoüer, de s'inſcrire en faux, d'accepter ou de répudier, & autres Actes importans qui regardent la perſonne du Conſti-

tuant, il faut neceſſairement une Procuration ſpeciale, ſans quoi le Procureur pourroit être déſavoüé & condamné en ſon nom aux dommages & interêts des Parties.

TITRE XI.

DE SATISDATIONIBUS.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas amplexa eſt, &c.

ON n'obſerve en France, ni l'ancienne ni la nouvelle Juriſprudence dont il eſt parlé en ce Titre, ou s'il en reſte quelques veſtiges, c'eſt uniquement dans les cautions, *judicatum ſolvi*, qu'on eſt en droit d'exiger des étrangers & des dévolutaires.

Sur la caution, *judicatum ſolvi*, que les originaires François ſont en droit de demander aux Etrangers, nous avons vû agiter en 1713. en la premiere Chambre des Enquêtes, deux queſtions ſingulieres: La premiere, ſi un Lorrain, ſous prétexte des Lettres de naturalité accordées à ceux de ſa Nation, pouvoit être diſpenſé du cautionnement? La ſeconde, ſi le cautionnement devoit être indéfini ou reſtraint à certaine ſomme? Le Lorrain perdit la premiere de ces queſtions, & il gagna la ſeconde: Il fut condamné à donner caution, mais à concurrence ſeulement de la ſomme de 3000. liv. *Vide* Bacquet, Traité du Droit d'Aubaine, Part. 2. Ch. 16.

A l'égard des Dévolutaires, l'Ordonnance de 1667. Tit. 15. Art. 11. fixe la ſomme pour laquelle ils ſont obligés de cautionner à 500. liv. voulant que toute Audience leur ſoit déniée juſqu'à ce qu'ils ayent ſatisfait à ce préalable; & que faute d'y avoir ſatisfait dans le délai preſcrit par les Juges, il demeurent déchûs de leur droit, ſans pouvoir être reçûs à purger la demeure.

TITRE XII.

DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS actionibus, & quæ ad hæredes, & in hæredes transeunt.

NOus n'avons qu'une obſervation à faire ſur ce Titre, c'eſt au ſujet de la tranſmiſſion des actions penales, & de la diſtinction que fait Juſtinien, ſi le coupable eſt décedé avant la conteſtation en cauſe ou après, l'heritier du coupable tenu dans le dernier cas, mais dans le premier tenu ſeulement à concurrence de ce qui eſt parvenu juſqu'à lui, *in quantum pervenit, nè ex alieno ſcelere ditetur.* Cette diſtinction ne convient point à notre uſage; que le coupable décede avant ou après la cauſe conteſtée, l'action penale eſt éteinte, & l'heritier n'en eſt point tenu; mais en l'un & en l'autre cas auſſi, l'heritier eſt tenu de l'action en dommages & interêts, quoiqu'il ne retire aucun avantage du Crime, *& nihil ad eum pervenerit.* On trouve dans le Procès verbal des Conferences, ſur l'Ordonnance de 1670. Tit. 27. Art premier, que Meſſieurs les Commiſſaires convinrent unanimement de la maxime; ſçavoir, que l'action en dommages & interêts, paſſoit toute entiere contre l'heritier, dont la condamnation ou le relexe, devoit dépendre des Enquêtes reſpectives ordonnées par les Juges: Le droit Canonique dans le Chapitre *in litteris, extrà de raptoribus, le décide de même.* M. le Préſident Duranti, queſt. 116. Brodeau ſur M. Louet lettre A. ſom. 18. nom. 11. & 12. M. Laroche, *in verbo Heritiers*, page 515. & autres, atteſtent que tel eſt l'uſage; & toutes ces Autorités doivent à mon avis, prévaloir à la déciſion contraire de M. de Catellan, Liv. 7. Ch. premier.

TITRE XIII.

DE EXCEPTIONIBUS.

§. 1. Si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, &c.

NOus avons deux ou trois obſervations à faire ſur ce §. La premiere, que la reſtitution en entier, ſur quoi qu'elle puiſſe être fondée, minorité, dol, fraude, crainte, violence, ou erreur, eſt parmi nous un benefice du Prince, auquel il faut avoir recours, ce qui ſe fait par des Lettres de la Chancellerie, adreſſées aux Juges devant leſquels l'Inſtance eſt pendante: La ſeconde, que les Lettres en reſtitution ſont neceſſaires dans le cas même où l'Acte contre lequel on veut ſe pourvoir eſt nul de plein droit; & de là cette maxime, que les voyes de nullité n'ont point lieu en France: Maxime qui doit être entenduë des nullités établies par le Droit Romain, & non point des nullités prononcées par les Ordonnances ou les Coûtumes. Mornac ſur la Loi *ſi mulier ff. quod metûs causâ.* Loiſel en ſes Inſtitutes Coûtumieres, Liv. 5. Tit. 2. Nom. 5. Coquille Inſtitution du Droit François, Titre du Droit de Royauté, page 6. & en ſes Notes ſur l'Article 48. de l'Ordonnace de Blois, & Papon en ſes Arrêts, Liv. 16. Tit. 3. Article 11. La troiſiéme, que par les Ordonnances de nos Rois, * toutes Lettres en reſtitution, doivent être impetrées dans les dix ans, à compter du jour que l'Acte a été paſſé; & à l'égard des Mineurs, à compter du jour de la majorité accomplie: Le terme eſt ſi fatal, que l'Inſtance formée dans les dix ans en réciſion de l'Acte, n'interromproit pas la preſcription de l'action réciſoire, ſi les Lettres n'avoient été impetrées qu'après la dixiéme année. M. de Catellan, Liv. 7. Chap. 16.

* Ordonnance de 1510. Article 144. Ordonnance de 1539. Article 134. *Quæ anatta ad agendum, perpetua ad excipiendum,* Vide Henrys, Tom. 2. page 486.

§. 2. *Placet exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere, &c.*

NOus l'avons déja obſervé ſur le Titre 22. *de litterarum obligationibus* au troiſiéme Livre, l'exception *non numeratæ pecuniæ* peut & doit, ainſi que toutes les autres exceptions qui tendent à emporter un Acte, être propoſées dans les dix ans; tout ce que le Débiteur pourroit eſperer de plus favorable après les dix années, ſeroit qu'on lui permît de déferer le ſerment au Créancier.

§. 8. *Exceptiones aliæ perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ.*

ON appelle exceptions peremptoires, celles qui aneantiſſent totalement l'action; les Tranſactions (par exemple) les preſcriptions, la choſe jugée, &c. On appelle exceptions dilatoires, celles qui ſans éteindre l'action, en different ſeulement la pourſuite: L'Ordonnance de 1667. parle des unes & des autres; ſçavoir, des exceptions peremptoires, appellées communement fins de non-recevoir dans l'Article dernier du Tit. 5. & des Dilatoires dans le Titre 9.

Les Auteurs parlent d'une troiſiéme eſpece d'exceptions, qu'on ne peut appeller proprement, ni peremptoires, ni dilatoires, mais qui ſont peremptoires ou dilatoires par l'évenement; c'eſt-à dire, que l'évenement ſeul peut faire juger ſi elles aneantiſſent totalement l'action, ou ſi elles en different ſeulement la pourſuite: Un Créancier, par exemple, attaque la caution avant qu'il ait fait aucunes diligences contre le principal Débiteur, le benefice d'ordre ou de diſcution que les Loix ont accordé aux Cautions, & qui conſiſte à ne pouvoir être attaquées qu'après que le Créancier a fait vendre tous les biens du principal Débiteur, ſans pouvoir en être payé, paroît d'abord une exception dilatoire; parce qu'elle renvoye ou qu'elle ſuſpend ſeulement l'action du Créancier juſqu'à ce que la diſcution ſoit faite; cependant il peut arriver que dans la vente des biens du Débiteur, le Créancier trouvera de quoi ſe payer, & par là le

de benefice d'ordre ſe trouvera pour la caution une exception peremptoire. Autre exemple encore, dans les Dévolutaires que les Ordonnances aſſujettiſſent à donner caution, ſans quoi elles les declarent déchûs de leur droit: S'il arrive que le Dévolutaire donne caution, l'exception priſe du défaut du Bail de caution, n'aura fait que ſuſpendre les pourſuites, & ne ſera par conſequent qu'une exception dilatoire; s'il arrive que le Dévolutaire réfuſe de donner caution, il demeurera déchû irrevocablement de ſon droit, & l'exception ſe trouvera par conſequent peremptoire.

Il importe de diſtinguer, & de ne pas confondre ces ſortes d'exceptions peremptoires ou dilatoires par l'évenement, & qui par cette raiſon ſont appellées anomales, avec les exceptions purement dilatoires : celles-ci doivent être propoſées avant ou lors de la conteſtation en cauſe, au lieu que les autres peuvent être propoſées *in quacumque parte litis.* M. Dolive, Liv. 4. Ch. 22. & Ferriere ſur la queſtion 94. de Guy Pape, rapportent des Arrêts rendus dans le premier cas que nous avons propoſé en faveur des cautions; j'en aï vû rendre moi-même pluſieurs en ce Parlement contre les Dévolutaires, malgré les Arrêts contraires rapportez par M. Loüet, lettre D. Som. 18

TITRE XIV.

DE REPLICATIONIBUS.

Quod cùm accidit, aliâ allegatione opus eſt, quæ replicatio vocatur, &c.

L'Ordonnance de 1667. Tit. 14. Art. 3. abroge l'uſage des Dupliques & Tripliques, défend à tous Juges d'y avoir égard, & de les paſſer en taxe; mais les Dupliques & les Tripliques, dont elle entend parler, ne ſont autre choſe, que les écritures qu'on avoit autrefois accoûtumé de ſignifier & de communiquer dans quelques Juriſdictions avant la conteſtation

en cauſe, le Roi n'ôtant point la liberté aux Parties de propoſer durant le cours de l'inſtance, leurs exceptions & défenſes en la maniere expliquée dans ce Titre.

§. 4. *Exceptiones quibus debitor defenditur, plerumque accomodari ſolent fidejuſſoribus ejus, &c.*

LA déciſion de ce §. eſt importante & d'un grand uſage; les exceptions perſonnelles profitent ſeulement au principal débiteur, & ne déchargent point la caution : les exceptions réelles au contraire, éteignent entierement l'obligation, & déchargent la caution auſſi bien que le débiteur principal; on peut voir ce que nous avons obſervé ſur le Titre 21. *de fidejuſſoribus* au troiſiéme Livre.

TITRE XV.

DE INTERDICTIS.

§. 1. *Aut prohibitoria ſunt, aut reſtitutoria, aut exhibitoria, &c.*

DE tous les Interdits dont parle Juſtinien en ce Titre, nous ne connoiſſons dans l'uſage que les deux dont il eſt parlé dans le §. 4. l'Interdit, *retinendæ poſſeſſionis*, appellé, *uti poſſidetis*, *vel utrubi*, & l'Interdit *recuperandæ poſſeſſionis*, appellé, *unde vi*; deux Interdits, dont l'un a pour objet de conſerver la poſſeſſion en laquelle on eſt troublé, & l'autre de recouvrer la poſſeſſion après qu'on l'a perduë.

Nous connoiſſons l'Interdit, *retinendæ poſſeſſionis*, ſous le nom de complainte, & l'Interdit *recuperandæ poſſeſſionis*, ſous le nom de Reintegrande; il eſt parlé au long de l'un & de l'autre dans le Titre 18. l'Ordonnance de 1667.

La Complainte ou l'Interdit, *retinendæ poſſeſſionis*, donne cet avantage au Poſſeſſeur troublé, qu'il oblige ſa Partie à ſe

ſervir de l'action petitoire ; & à prouver que la proprieté de la choſe contentieuſe lui appartient ; en ſorte qu'en défaut de preuve, le poſſeſſeur eſt maintenu par cette ſeule raiſon qu'il ſe trouve en poſſeſſion, *poſſideo quia poſſideo* ; c'eſt cet avantage qui fait dire à Juſtinien que, *longè commodius eſt & potius poſſidere, quàm petere*, & qui fait dire encore à Loiſel en ſes Inſtitutions Coûtumieres, Liv. 5. Tit. 4. Nom. 2. „ qu'en toutes ſaiſines, le „ poſſeſſeur eſt de meilleure condition : Ce qui a donné lieu, ajoûte cet Auteur, au Proverbe, *qui poſſidet & contendit, Deum tentat & offendit.*

Tout poſſeſſeur troublé, n'eſt pas en droit de former la Complainte, mais celui-là ſeulement, qui lors du trouble, poſſedoit publiquement ſans violence, à autre titre que de fermier ou poſſeſſur précaire ; l'Ordonnance de 1667. en l'Art. 1. du Tit. 18. le decide ainſi, & Juſtinien le decide de même lors qu'il dit, *ut ille vincat qui poſſeſſionem ; nec vi, nec clàm, nec precario ab adverſario, litis conteſtatæ tempore detinet.*

Le Droit Romain donnoit l'Interdit appellé *utrubi*, à celui qui étoit troublé en la poſſeſſion d'un effet mobiliaire ; mais l'Ordonnance en l'Article que nous venons de citer : ne permet de former la complainte, que lorſqu'on eſt troublé en la poſſeſſion d'un fonds, d'un droit réel ou univerſalité de meubles ; & à cela eſt conforme à la Coûtume de Paris, Art. 97. en ces termes : „ Aucun n'eſt recevable de ſoi-complaindre & in- „ tenter le cas de nouveleté pour une choſe mobiliaire parti- „ culiere, mais bien pour univerſité de meubles, comme en „ ſucceſſion mobiliaire. Que l'on ait été dépoſſedé de voye de fait, ou par violence, en l'un & en l'autre cas, on peut uſer de l'Interdit, *unde vi*, & agir en reintegrande, la violence ſuppoſe de la reſiſtance, ce que ne fait point la voye de fait. L'action en reintegrande eſt ſi favorable, que quand ce ſeroit le veritable proprietaire qui auroit commis la violence, ou la voye du fait, & qu'il juſtifieroit ſa proprieté ſur le champ, on ne l'écoûteroit point, juſqu'à ce qu'il eût retabli celui qu'il auroit dépoſſedé ; & c'eſt ce qu'on dit communement, *ſpoliatum antè omnia reſtituendum.*

Celui qui a été dépoſſedé, a le choix de l'action civile, ou

de l'action criminelle ; mais il ne lui eſt pas permis d'intenter ſucceſſivement l'une & l'autre de ces deux actions ; ſi on ſuccombe en l'action civile, on ne peut plus agir criminellement, & ſi on ſuccombe en l'action criminelle, on ne peut plus agir civilement ; ſi ce n'eſt en ce dernier cas, que le Juge eût par exprès reſervé l'onction civile ; telle eſt encore la diſpoſition de l'Ordonnance de 1667. en l'Art. 2. du Tit. 18.

Il paroît d'abord extraordinaire, que celui qui ſuccombe après avoir intenté l'action civile, ſoit abſolument ſans reſſource ; & qu'à celui qui ſuccombe après avoir intenté l'action criminelle, le Juge puiſſe encore permettre d'agir civilement ; mais il n'eſt pas difficile de comprendre la raiſon de la difference ; le Juge peut reſerver l'action civile à celui qui a commencé par la criminelle : il peut civiliſer le Procès, & convertir les Informations en Enquête ; parce que rien n'empêche qu'un Demandeur en reintegrande ne ſoit fondé dans le fonds, & qu'il ne l'ait pas été à prendre la voye criminelle : ce qui dépend abſolument des circonſtances du fait ; mais le Juge ne peut reſerver l'action criminelle à celui qui a commencé par l'action civile, parce qu'un Demandeur en excès, ne pouvant prendre d'autres fins & d'autres concluſions que celles qu'il peut prendre dans une inſtance purement civile, il eſt évident que la reſervation de l'action criminelle, pour celui qui auroit ſuccombé dans l'action civile, ſeroit inutile & fruſtratoire ; cette obſervation doit ſervir dans tous les cas où on a le choix des deux actions criminelle, ou civile.

TITRE XVI.

DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

§. 1. Eccè enim jusjurandum, &c.

LE ſerment, dont il eſt parlé en ce §. n'eſt point connu parmi nous, & la peine des temeraires Plaideurs, n'eſt autre que la condamnation aux dépens; ſauf pour ceux qui ſuccombent en cauſe d'appel, leſquels outre les dépens, ſont encore condamnez en l'amende, ſçavoir, de 12. liv. ſi l'appel eſt ſimple, & de 75. liv. ſi l'appel eſt qualifié comme d'abus. Quoique l'Ordonnance de 1667. Tit. 41. Art. premier, défende à tous Juges de prononcer par hors de Cour, & leur enjoigne de condamner toute Partie qui ſuccombe aux entiers dépens, ſans que ſous prétexte de proximité, d'équité, partage d'avis, ou pour autre cauſe que ce ſoit, ils puiſſent l'en décharger; les Juges neanmoins ne laiſſent pas d'ordonner tous les jours que les dépens demeureront compenſez en tout ou en partie, & ils ne croyent pas en cela contrevenir à l'Ordonnance; parce qu'ils regardent la compenſation comme une maniere de payement.

§. 1. Utriuſque etiam partis advocati Jusjurandum ſubeunt, &c.

PArmi nous, les Avocats ne prêtent point le ſerment toutes les fois qu'ils ſont chargez de la défenſe d'une cauſe, ils jurent une fois pour toutes, lorſqu'ils ſont admis à l'exercice de cette Profeſſion.

§. 2. Ex quibuſdam judiciis damnati, ignominioſi fiunt, &c.

EN France aucune des actions qui deſcendent des Contrats, ne rend infame celui contre qui elle eſt intentée. A l'égard des condamnations décernées pour crime, on regarde comme

infamante toute peine corporelle, foüet, fleurs-de-lys, &c. Le banniſſement ou les galeres à tems, l'interdiction pour toûjours des fonctions des Charges publiques, l'amende-honorable, & quelquefois-même l'amende envers le Roi : Je dis quelquefois, parce qu'en effet l'infamie eſt moins l'effet de l'amende, que du crime pour lequel l'amende eſt decernée ; *non mulcta, ſed cauſa irrogat* ; & pour prévenir à cet égard toute ſorte de conteſtations, les Juges ne manquent jamais, lorſque pour des crimes legers, ils condamnent l'accuſé à une amende envers le Roi ou le Seigneur, d'ajoûter cette clauſe, *ſans note d'infamie*. On voit dans le Chapitre *cùm te extrà de Sententiâ & re judicatâ*, un Eccleſiaſtique, qui pour avoir été condamné en dix ſols d'amende pour une injure trés-legere, a recours au Pape pour être rehabilité ; mais le Pape ne juge point qu'il y ait lieu de rehabilitation : il declare que dans le cas propoſé, il n'a été encouru aucune infamie, *conſiderantes, quia nulla fuerit vel minima facta injuria, volumus te per prædictam ſententiam non infamari, &c.*

TITRE XVII.

DE OFFICIO JUDICIS.

Nè aliter judicet, quàm legibus, aut conſtitutionibus, aut moribus proditum eſt, &c.

SUr le Titre *de Obligationibus quæ exquaſi delicto naſcuntur*, nous avons marqué les cas dans leſquels un Juge peut être intimé & pris à partie ; hors de ces cas, les Juges en France ne ſont point garans du mal jugé, *factum judicis, factum partis* ; l'appel des Sentences ſe pourſuit toûjours aux perils & riſques de ceux à la requête de qui elles ont été renduës.

§. 2. *Si contrà poſſeſſorem judicaverit, jubere ei debet, ut rem ipſam reſtituat cum fructibus, &c.*

CE Texte décide bien clairement, que la reſtitution des fruits perçus depuis l'interpellation ou la conteſtation en cauſe, peut être ordonnée d'office par le Juge; mais on demande, ſi la reſtitution des fruits n'eſt point une ſuite neceſſaire du délaiſſement; c'eſt-à-dire, ſi celui au profit de qui le délaiſſement a été ordonné, ne peut pas demander la reſtitution des fruits, quoique le Juge ait omis d'y prononcer? La Loi 173. §. 1. *de reg. jur.* decide, que même en ce dernier cas, la reſtitution des fruits peut être demandée, *cùm verbum, reſtituas, Lege invenitur, etſi non ſpecialiter de fructibus additum eſt, tamen etiam fructus ſunt reſtituendi.* Mais l'Ordonnance de 1667. ſemble decider le contraire, lorſqu'elle dit en l'Art. 1. du Tit. 30. „ S'il y a condamnation de reſtitution des fruits par Sentence, „ Jugement ou Arrêt, la liquidation en ſera faite, &c. Ces termes, *s'il y a condamnation*, ſuppoſent évidemment, que ſi le Juge ne prononce pas ſur la reſtitution des fruits, on ne ſupplée point à cette omiſſion.

§. 2. *Illorum autem fructuum, quos culpâ ſuâ poſſeſſor non perceperit, ſive illorum quos perceperit: eadem ratio penè habetur, ſi prædo fuerit, &c.*

JUſtinien par ces paroles, decide qu'un Poſſeſſeur de mauvaiſe foi, condamné à la reſtitution des fruits, doit reſtituer non-ſeulement les fruits qu'il a perçus, mais ceux-là encore qu'il a negligé de percevoir, *perceptos & percipiendos*; mais dans l'uſage on uſe ſur cette matiere de quelque diſtinction: S'agit-il (par exemple) d'un Poſſeſſeur dont la mauvaiſe foi tient de la fraude ou du dol: c'eſt à-dire, d'un Poſſeſſeur, qui ſans aucun Titre legitime, ou de voye de fait, joüit d'une choſe qu'il ſçait conſtament appartenir à un autre: en ce cas tous les fruits indiſtinctement doivent être reſtituez, tant ceux que le Poſſeſſeur condamné a perçu, que ceux qu'il a negligé de percevoir; & non-ſeulement ceux qu'il pouvoit per-

cevoir & qu'il n'a point perçu par ſa négligence ; mais ceux-là encore que le Proprietaire auroit pû percevoir s'il avoit joüi & poſſedé, *percipiendos tàm ex parte rei, quàm ex parte Actoris* ; c'eſt à ce cas que doit être appliquée la déciſion de la Loi, *ſi navis* §. *ult. ff. de rei vindicat. cùm de fructibus æſtimandis quæritur, animadverti debere, non, an malæ fidei poſſeſſor fruiturus ſit, ſed an petitor frui potuerit, ſi ei poſſidere licuiſſet* ; s'agit-il au contraire d'un Poſſeſſeur qui a un Titre pour joüir, & qui n'eſt conſtitué en mauvaiſe foi que par l'interpellation judiciaire, ou par la conteſtation en cauſe, mauvaiſe foi que les Auteurs appellent interpretative ; la reſtitution en ce dernier cas doit être reſtrainte aux fruits que le Poſſeſſeur a perçu ; c'eſt à ce cas que doit être appliquée la déciſion de la Loi, *ſi fundum, Cod. de rei vindicatione, tàm fundum, quàm fructus, quos eum malâ fide percepiſſe, fuerit probatum, aditus præſes Provinciæ reſtitui jubebit.*, Theveneau, pag. 463. & 464.

§. 2. *Si verò bonæ fidei poſſeſſor fuerit, non habetur ratio, neque conſumptorum, &c.*

* Sur le §. 35. du Titre 1. *de rerum diviſione* au 2. Livre.

NOus avons obſervé ailleurs, * que dans l'uſage, on donne à la poſſeſſion accompagnée de bonnefoi, tous les avantages de la proprieté, & qu'ainſi le Poſſeſſeur de bonnefoi condamné à la reſtitution des fruits, eſt auſſi peu tenu à la reſtitution des fruits qui ſe trouvent extant, que de ceux qui ſe trouvent conſommez.

TITRE

TITRE XVIII.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

§. 1. *Publica autem dicta ſunt, quod cuivis ex populo executio eorum datur.*

PArmi nous, les crimes dont il eſt parlé en ce Titre, ne ſont point publics par la raiſon qui les faiſoit appeller tels dans le Droit Romain, *quod cuivis ex populo executio eorum datur.* Il n'y a que Meſſieurs les Procureurs Généraux ou leurs Subſtituts ſur les lieux, qui ſoient perſonnes legitimes pour la pourſuite des crimes qui intereſſent le Public : & le Particulier même qui ſe trouve offenſé en ſon honneur ou en ſes biens, ne peut demander qu'une reparation ou des interêts civils.

§. 2. *Capitalia dicimus, quæ ultimo ſupplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo, &c.*

NOus avons obſervé ſur le Titre 16. *de capitis diminutione*, au premier Livre, que la condamnation aux Galeres perpetuelles, eſt parmi nous, ce qu'étoit parmi les Romains la condamnation aux métaux, & le banniſſement perpetuel hors du Royaume, ce qu'étoit parmi les Romains la déportation, ou l'interdiction de l'uſage de l'eau & du feu ; & nous avons obſervé auſſi, que ceux qui ſont condamnés en l'une ou en l'autre de ces peines, ſont reputés morts civilement.

§. 3. *Lex Julia Majeſtatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem, vel Rempublicam aliquid moliti ſunt, ſuum vigorem extendit, &c.*

NOs Rois ont fait des Ordonnances très-ſeveres au ſujet du crime de Leze-Majeſté ; mais ils n'ont rien ajoûté à ce qui avoit été déja établi par les Loix Romaines : la ſeule penſée de ce crime rend coupables ceux qui la conçoivent, quoiqu'elle n'ait été ſuivie d'aucun effet ; ceux qui en ont connoiſſance deviennent coupables, & ſont punis comme tels, de cela ſeul qu'ils ne l'ont pas d'abord revelé : Les biens des coupables & des complices, ſon confiſqués au profit du Roi, à l'excluſion des Seigneurs Juſticiers, quoiqu'ils ſoient ſitués dans des Provinces où la confiſcation n'a pas lieu : la peine paſſe aux enfans qu'on bannit hors du Royaume ; privés de tous biens, & de ceux-là même auſquels ils étoient ſubſtitués après la mort de leur pere : l'action eſt impreſcriptible, & ne s'éteint pas même par la mort du coupable ; ainſi on paſſe par-deſſus toutes les regles ordinaires, quand il s'agit de venger la Majeſté offenſée, & on ſacrifie ſans peine un particulier, à l'interêt de tout un état.

§. 3. *Et memoria rei, etiam poſt mortem damnatur.*

LE crime de Leze-Majeſté n'eſt pas le ſeul dont la pourſuite ſe fait après la mort du coupable, l'Ordonnance de 1670. Tit. 22. Art. 1. en marque trois autres, ſçavoir, le Duel, l'Homicide de ſoi-méme, & la Rebellion à Juſtice avec force ouverte, à l'occaſion de laquelle on a été tué.

Par le Droit Romain l'homicide volontaire n'étoit puni qu'en la perſonne de ceux, qui étant accuſés d'un crime capital, avoient cherché à prévenir leur condamnation en ſe donnant la mort : ceux qui ſe donnoient la mort, *tædio vitæ vel impatientiâ doloris*, n'étant punis que par la privation de la ſépulture ; mais cette Juriſprudence a changé, quel que ſoit le motif d'une action auſſi brutale & auſſi impie, on fait in-

diſtinctement le procès au cadavre ou à la memoire ; & dans l'un & dans l'autre cas, on ordonne la confiſcation. *Non enim facti ſceleritatem eſſe ob noxiam, ſed conſcientiæ metum in reo velut confeſſo teneri placuit, L. 3. ff. de bonis eorum quianté ſentiàm mortem ſibi conſciverunt.*

§. 4. *Item Lex Julia de adulteriis, quæ non ſolum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, &c.*

JUſtinien dans la Novelle 134. Ch. 10. d'où a été priſe l'autentique, *ſed hodiè Cod. ad Leg. Jul. de adulteriis*, adoucit la peine à l'égard des femmes adulteres ; mais il ne change rien à l'égard des hommes convaincus de ce crime : il ordonne, que la femme après avoir été fuſtigée, ſoit enfermée dans un Monaſtere, d'où le mari puiſſe la retirer pendant deux ans : & que le délai de deux ans expiré, elle ſoit conſtrainte d'y paſſer le reſte de ſes jours ſous un habit regulier, les deux tiers de ſes biens acquis aux enfans, & le tiers au Monaſtere : ou en défaut d'enfans, les deux tiers au Monaſtere, & le tiers aux plus proches parens.

Dans notre uſage la femme convaincuë d'adultere n'eſt point condamnée à être fuſtigée, & ſa dot en défaut d'enfans, eſt acquiſe au mari, à l'excluſion des autres parens, & du Monaſtere ; à ces deux differences près, la Juriſprudence de tous les Parlemens du Royaume eſt conforme à l'autentique, *ſed hodiè.*

Pour ce qui regarde les hommes, la peine eſt arbitraire, plus ou moins grande ſuivant les circonſtances, la qualité des perſonnes, & la conſéquence du crime ; ainſi qu'on peut voir par les differens Arrêts rapportés par M. Laroche, *in verbo* adulteres, Liv. 1. Art. 9. Du reſte le mari ſeul eſt perſonne legitime pour intenter l'accuſation d'adultere, *maritum genialis thori vindicem eſſe oportet* : Meſſieurs les Gens du Roi ne le peuvent point d'office, ſi ce n'eſt qu'il y eût ſcandale public, ou que le mari fût complice du crime de ſa femme : Voyés Automne *ad L. 1. & 30. Cod. ad Leg. Jul. de adult.*

§. 4. Sed & eos, qui cum masculis, &c.

PArmi nous, le feu eſt la peine du crime, dont parle ici Juſtinien.

Eâdem Lege Juliâ ſtupri flagitium punitur, cum quis ſine vi, vel virginem, vel viduam honeſtè viventem ſtupraverit, &c.

L'Ordonnance de Blois, Art. 42. fait de la ſeduction d'une fille mineure de 25. ans, un crime capital, quelque conſentement que la fille ſéduite allegue avoir donné avant, lors, ou après; mais il y a déja long-tems que cette Ordonnance n'eſt point obſervée à la rigueur, & que ſans diſtinction, entre les filles mineures ou majeures, on ſe contente de condamner les ſeducteurs pretendus, en des dommages & interêts, plus ou moins conſiderables, ſuivant les circonſtances.

Vide les Conférences des Ordonnances, Tom. 1. pag. 104.

§. 5. Lex Cornelia de Sicariis, homicidas ultore ferro perſequitur, &c.

L'Homicide & l'aſſaſſinat, ſont ſans difficulté des crimes capitaux: Par l'Ordonnance de 1670. Tit. 16. Art. 2. ainſi que par la Déclaration du 22. Octobre 1683. il n'y a d'exception, que pour les homicides commis dans une legitime défenſe de la vie, à raiſon deſquels il ſuffit d'obtenir des Chancelleries près les Parlemens, des Lettres de remiſſion.

Dans une legitime de'fense de la vie: Ces termes ſont remarquables: car de-là on conclud, que s'il y a le plus petit intervale, du tems auquel on a été attaqué, à celui auquel on tuë ſon agreſſeur, on n'eſt point dans le cas de l'exception; alors on ne repouſſe plus une injure, mais on venge une injure précedamment reçûë; ce n'eſt plus le premier mouvement d'un homme qui craint pour ſa vie: c'eſt une action concertée & réflechie: ainſi par Arrêt rapporté par Mornac ſur la Loi 3. *ff. de inſt. & jur.* un homme qui après avoir évité un coup de fuſil, avoit peu de tems après rencontré

celui qui l'avoit tiré, & l'avoit percé de son épée, fut condamné à mort, & ne peut obtenir des Lettres de Grace.

De-là on conclud encore, que si nous étions (par exemple) attaqués par un enfant ou par une femme : si on nous attaquoit avec des armes qui ne pussent nous rien faire craindre pour notre vie, si nous étions enfin attaqués de maniere que nous pûssions aisément échapper, & éviter notre agresseur ; en tous ces cas on reclameroit inutilement le droit des gens qui permet la défense ; il ne suffiroit point d'obtenir des petites Chanceleries des Lettres de Remission, il faudroit necessairement recourir à la Grace du Prince.

§. 7. *Item Lex Cornelia de falsis, &c.*

IL y a un Edit ou Déclaration du Roi de l'année 1680. qui veut, que toute fausseté commise par des personnes publiques, dans les fonctions de leurs Charges, Commissions ou Emplois, soit punie de mort : & qu'à l'égard de ceux qui n'étant Officiers ; & n'ayant aucune fonction ou ministere public, auront commis quelque fausseté : ou qui étant Officiers, auront commis la fausseté hors la fonction de leurs Offices, Commissions ou Emplois, les Juges puissent les condamner à telle peine qu'ils aviseront, même de mort, selon l'exigence des cas & la qualité des crimes.

§. 8. *Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ fuerit perpetratus, &c.*

NOus avons expliqué au long sur le Titre 10. *de nuptiis* au premier Livre, comment & de quelle maniere étoit puni parmi nous, le Rapt accompagné de force & de violence.

§. 9. *Item Lex Julia peculatus , &c.*

* Ordonnance de François I. de l'année 1545.

LE peculat, ou le divertiſſement des deniers publics, eſt declaré par les Ordonnances crime capital ; * mais les Juges ne laiſſent pas de convertir ſouvent la peine de mort, en des peines pecuniaires. Ce crime n'eſt pas fort different de celui que Juſtinien appelle, *de reſiduis*, &c. Le crime appellé, *de ambitu*, n'eſt point connu parmi nous, & celui appellé, *repetundarum*, autrement crime de concuſſion, eſt puni arbitrairement, tantôt par des peines corporelles, & tantôt par des peines pecuniaires, ſuivant les circonſtances.

Fin du quatriéme & dernier Livre.

TABLE GENERALE

DES MATIERES

Contenuës dans cet Ouvrage.

A

Abſens.

CEUX qui demeurent en differens Bailliages ou Sénéchauſſées ſont tenus pour abſens, *Page*, 186

L'Abſence pour le ſervice du Roi, & par ſes ordres, ſuſpend & interrompt le cours de la preſcription, 187

Où doivent être aſſignés les abſens ? *voyés Aſſignation.*

Acquiſition.

Voyés vente.

Voyés Fiſc.

Acquiſition faite par le fils de famille, *voyés Fils de Famille.*

Actes.

Les Actes doivent être conçus en langue françoiſe, 437

S'il eſt abſolument neceſſaire de paſſer des Actes devant Notaire, ou ſous ſignature privée pour toutes les choſes excedant la ſomme ou valeur de cent livres, 472 & 473

Les Actes privés, obligent autant que les actes publics, mais ne donnent aucune hypoteque ni execution parée, 415 & 416

Les Actes publics & authentiques munis du ſceau de la Juriſdiction, peuvent être executés ſans autre permiſſion du Juge, 416

Voyés Hypoteque.

Des Actes qui doivent être paſſez par devant Notaire à peine de nullité, 245 & 473

Peut-on ſe retracter après avoir ſigné ? *Ibid.*

On ne préſume point que les ſolemnités, dont les Coûtumes ou les Ordonnances, veulent qu'il ſoit fait mention expreſſe dans l'acte, ayent été obſervées ſi on a omis de les y exprimer, 457

Des Actes d'obligation reçûs, & des jugemens rendus en païs étranger, & de leur hypoteque & execution en France, *voyés Contrats.*

Voyés Jugemens.

Actions.

Il n'y a point de difference entre les actions de bonne foi, & celles appellées *ſtricti juris*, 538

Parmi nous les actions ſont libres, & nous n'avons point de formules particulieres pour chaque nature d'affaires comme avoient les Romains, 485
Il ſuffit que les citations ſoient libellées, qu'elles contiennent les concluſions, & ſommairement les moyens de la demande, 532
L'Action perſonnelle eſt attachée à la perſonne obligée, la ſuit par tout, & paſſe à ſon heritier, *Ibid.*
L'Action réelle ſuit uniquement la choſe en quelques mains qu'elle ſe trouve, *la même*
Dans l'action perſonnelle on conclud toûjours contre la perſonne obligée, *Ibid.*
Et dans la réélle on conclud contre la choſe même, à ce qu'elle ſoit declarée nous appartenir, ou nous ſoit affectée & hypotequée, *la même*
Les Actions mixtes ſont celles qui tiennent du réél & du perſonnel, 533
Exemple pour les connoître, *la même*
L'Action réélle doit être intentée devant le Juge du lieu où eſt ſituée la choſe contentieuſe, *Ibid.*
L'action perſonnelle devant le Juge du domicile, *ibid.*
Et l'Action mixte, auſſi devant le Juge du domicile du Défendeur, *ibid.*
Les Actions perſonnelles & mixtes, peuvent être évoquées par ceux qui ont droit de *Committimus*, devant les Juges de leurs privileges, *ibid.*
Les Actions qui naiſſent en matiere de ſervitude, ſont regardées comme perſonnelles ou mixtes, & peuvent être auſſi évoquées, *la même*
Les actions réélles ne peuvent être évoquées, *ibid.*
L'Action criminelle a cet avantage ſur la civile, qu'on peut parvenir ſecrettement & avec plus de facilité, à la preuve du fait par l'information, 529
Eſt-il permis d'intenter ſucceſſivement l'action civile, & l'action criminelle? 556
De l'Action redhibitoire, *exempto & quanti minoris*,
Voyés Garantie.
Voyés quanti minoris.
De l'Action appellée *de tigno juncto*, 152
De l'Action qui peut être intentée contre celui qui a fait des ouvrages de la matiere d'autrui, 151 & 152
L'Action qui a pour objet un effet mobiliaire, regardée comme meuble, 162
Celle qui a pour objet la poſſeſſion d'un immeuble miſe au rang des immeubles, *la même*
Les voix, noms, & actions ſont une troiſiéme eſpece de biens, 165
De l'Action en revocation de donation,
Voyés donation revoquée.
L'Action hypotequaire ſe preſcrit dans dix ans en faveur des tiers acquereurs, 184
Voyés Hypoteque.
Voyés preſcription.
L'Action pour faire declarer un Teſtament nul dure 30. ans, 266
L'Action pour faire declarer un Teſtament inofficieux dure cinq ans, *la même*
L'Action pour demander la legitime dure 30. ans à compter du decès du pere & de la mere, 301 & 302
Et pour le ſupplement auſſi, *la même*
De l'Action qui vient d'une convention verbale,
Voyés Conventions.
De l'Action ſolidaire,
Voyés ſolidité, ou ſolidarité.

De l'Action que la Loi donne à la caution contre le débiteur, pour repeter ce qu'elle a payé à sa décharge, *Voyés Caution.*
Des Actions peremptoires & dilatoires, *Voyés Exception.*
De l'Action publicienne, 534
De l'Action pauliene, 535
De l'Action servienne, 536
De l'Action *quasi serviana*, 537
De l'Action *constituta pecunia*, 539
Des Actions noxales, 546
Des Actions penales, & si elles ont lieu contre l'heritier, 550
De l'Action réciſoire, 551
Si les Actions qui descendent des Contrats rendent infame, *Voyés Infame*,

Acceptation.

L'acceptation des Donations entrevifs, est absolument necessaire, 199
Les donations ne commencent d'avoir leur effet que du jour de l'acceptation, *la même.*
L'Acceptation, sur-tout depuis l'Ordonnance du mois de Fevrier 1731 doit être expresse, faite dans l'Acte même de donation, en presence du Donateur, par le Donataire lui-même, ou par Procureur fondé ou legal, tel que son pere, sa mere & autres ascendans paternels ou maternels, ou son tuteur; ou par Acte public pendant la vie du Donateur, dans lequel soit inserée la donation, 200. 202. & 455
Avant cette Ordonnance, le Parlement de Toulouse jugeoit que la presence du Donataire, & sa signature dans l'Acte de donation sans protestation, tenoient lieu d'acceptation, *la même.*
Il jugeoit aussi que l'acceptation n'étoit pas necessaire dans les donations faites à des Pupilles & à l'Eglise, 201
Et que les mineurs pouvoient être relevez du défaut d'acceptation, en demandant d'être restitués dans les dix années de leur majorité accomplie, *la même.*
L'Ordonnance de 1731. assujettit indifferament à l'acceptation la cause pieuse, les pupilles & les mineurs *la même.*
Il n'y a d'exception qu'en faveur du Mariage, & des enfans à naître, *la même.*
L'acceptation d'une donation, n'oblige le donataire, que jusqu'à la valeur des choses données, 102 & 103
Le pupille peut-il accepter sans l'autorité de son tuteur? 102
L'acceptation de la donation à plusieurs personnes, dont les unes sont subordonnées aux autres, faite par le premier de ces donataires, profite aux autres, 202 & 203
La donation faite à deux differentes personnes, peut-elle être valablement acceptée par l'un des codonataires, sinon la portion du codonataire non acceptant accroître à celui qui a accepté? 452 & 453
L'acceptation faite après la mort du donateur est inutile, 453
L'Acceptation n'est pas necessaire dans les donations à cause de mort, 197. 198. 251. & 252
L'Adition ou acceptation d'heredité oblige personnellement l'héritier envers les legataires, qui ont d'ailleurs une hypotéque tacite sur les biens du Testateur, du jour de son decès, 503.
Les Créanciers, qui ne trouvent pas de quoi se payer, peuvent accepter un legs ou une heredité, pour leur debiteur, pourveu qu'ils le fassent

à leurs périls risques & fortunes, 535 & 536
Dans les Actes qui sont obligatoires de part & d'autre, l'acceptation du Notaire n'est comptée pour rien, 202
Des Donations revoquées par défaut d'acceptation. *Voyez Donation.*

Accroissement.

Le Droit d'Accroissement a lieu entre legataires, *re conjuncti*, lorsqu'ils sont joints par la chose leguée. 324 & *suivantes.*
A-t-il lieu entre ceux, qui séparés veritablement par la chose, sont néanmoins conjoints par les paroles, *re disjuncti, verbis conjuncti. ibid.* 326 & 327
A-t-il également lieu en matiere de Fideicommis, quoiqu'il n'y ait entre les Fideicommissaires aucune conjonction réelle ou vocale. 327
Il n'y a aucune raison de difference en fait d'accroissement, entre les Fideicommissaires universels, & les legataires ou Fideicommissaires particuliers. *la même*
Si l'accroissement de la portion du codonataire qui n'a pas accepté, a lieu en faveur de celui qui a accepté ? *Voyez Acceptation.*

Accusateur.

Quels sont ceux qui peuvent se rendre accusateurs? *Voyez Crime.*

Administrateurs.

Les Tuteurs, & autres qui ont administré le bien d'autrui, sont reputés comptables, encore que le compte soit clos, jusqu'à ce qu'ils ayent payé le *reliqua*, & remis les piéces justificatives. 502
Quand est-ce que les administrateurs sont censés obligés personnellement & en leur propre nom ? 545

Adoption.

L'usage des adoptions est aboli parmi nous, 72
Nous leur avons substitué des donations & les institutions, à la charge de porter le nom & armes. *la même* & 73
Espece d'adoption qui se pratique dans l'Hôpital de la Charité de la Ville de Lyon. *ibid.*
Droit de cet Hôpital sur les Orphelins qu'il adopte, 74
Il leur succede à l'exclusion des parens qui les ont ainsi abandonnés à la charité publique. *ibid.*

Adultere.

Quelles sont les personnes qui peuvent intenter l'accusation d'adultere ? 563
Des peines infligées à la femme qui en est convaincuë. *la même.*
Celles qui regardent les hommes sont arbitraires. *ibid.*

Affiliation.

Des droits de l'affilié sur les biens de l'affiliant, & s'il succede avec les enfans naturels & legitimes ? 73

Affranchi.

Esclave affranchi. *Voyez Esclave.*
Les affranchis doivent un respect singulier à leurs anciens Maîtres, leurs veuves & enfans, 410
Ils sont declarés francs & quittes de toutes autres charges, services, & droits utiles, *la même.*

Contenuës dans cet Ouvrage.

Age.

A quel âge eſt-on préſumé capable de malice & de dol ? 518
Age de puberté, 252
Age à pouvoir faire teſtament, *ibid.*
Age de minorité, 107

Agent.

Des Obligations contractées par les Agens. *Voyés Obligation.*

Ajournement.

Voyés Action.
Voyés Aſſignation.

Alienation.

Alienation de la Dot. *Voyés Dot, Vente.*
Alienation des meubles des Pupilles, *Voyés Tuteur.*
Alienation des immeubles des Pupilles & des Mineurs, *Voyes Vente.*
Quand eſt-ce que l'alienation de la choſe leguée fait préſumer la revocation du legs ? *Voyés Legs.*

Alimens.

Les enfans nés d'un commerce illicite, n'ont que les alimens, juſqu'à ce qu'ils ſoient en état de gagner leur vie, 366
Voyés Bâtards.

Allocation.

Si les interêts payés par la Caution, ſont alloüés en même rang que le capital ? *Voyés Caution.*
Voyés Diſtribution.
Voyés Interêts.
Voyés Arrerages.
De quel jour doit être alloüé celui qui a été volé, *Voyés Vol.*
De l'allocation de la femme, en concours avec les Créanciers, 540
Voyés Créanciers.
Voyés Hypoteque.

Alluvion.

Le droit d'alluvion a lieu en faveur du Proprietaire riverain, 146 & 147.

Amende.

De combien eſt l'amende de l'appel ſimple, & celle de l'appel comme d'abus ? 557.
L'amende honorable eſt infamante, 558
L'amende envers le Roi, ou le Seigneur, l'eſt auſſi, s'il n'eſt ajoûté dans la prononciation, ſans note d'infamie, *la même*
L'amende en dix ſols prononcée contre un Eccleſiaſtique, ne le rend pas infame ni inhabile, 558

Amortiſſement.

L'heritier doit-il payer l'amortiſſement de l'immeuble legué à la main-morte ? 328

Année de Deüil.

La repetition de la Dot ne peut être exigée pendant l'année de deüil, à cauſe de la penſion qu'on paye à la Veuve, qui n'eſt jamais au-deſſous des interêts de la Dot, 332.

Appel.

L'appel témeraire expoſe à l'amende & aux dépens, 557.
L'appel ſe pourſuit toûjours aux perils & riſques de celui qui la releve, 558

Artiſan.

Les Artiſans qui cauſent du dommage pour ne ſçavoir pas exactement ce qui eſt de leur profeſſion, en ſont reſponſables, 524 & 525

Arrerages.

Les Arrerages des rentes obituaires, ſont toûjours adjugés depuis 29. ans avant l'inſtance contre les heritiers du Fondateur, 190
Et contre les poſſeſſeurs de bonne foi, depuis l'inſtance ſeulement, *la même*
Les Arrerages de rente conſtituée ne peuvent être demandés que depuis cinq ans avant l'inſtance, 426
Ce qui a lieu auſſi pour les Mineurs, 427
Ces Arrerages, & ceux liquidés par Acte public adjugés au même rang du capital, 426
Un Commandement même extrajudiciel, proroge l'action des arrerages, ou fait courir la rente après les cinq années, 427
Les Arrerages des rentes conſtituées ſont toûjours payés, ſuivant les anciens Contrats, *la même*
Les Arrerages d'une penſion viagere, peuvent être demandés depuis 29. ans avant l'inſtance, à moins de coûtume contraire, 439

Arrêts.

Les Arrêts du Conſeil Privé du Roi, ne ſont pas regardés comme des Loix, 8
Voyés Requête Civile.

Arrhes.

Dans un projet de vente ou promeſſe de vendre, l'acheteur eſt déchargé de ſon obligation en perdant les arrhes qu'il a baillé, & le vendeur en les doublant, 474
Cela n'a pas lieu dans la vente parfaite, *la même*

Aſſaſſin.

Les Aſſaſſins, & ceux qui pour prix d'argent ou autrement, ſe loüent pour tuer, outrager, ou exceder quelqu'un, enſemble ceux qui les ont loüés ou induits, ſont punis de mort, 499

Aſſignation.

Les Abſens doivent être aſſignés à leur dernier domicile, & s'ils n'ont aucun domicile connu, au principal marché du lieu du Siége où l'aſſignation eſt donnée, par un ſeul cri public, 534
Dans les délais des aſſignations & procedures, les jours des ſignifications & des échéances, ne ſont point compris, 438
En eſt-il de même dans l'échéance du payement? *Voyés Delai.*
Où doivent être aſſignés les Nobles? 21
Voyés Nobles, Nobleſſe.

Aſſociés.

Des conventions que peuvent faire entr'eux les aſſociés de leurs engagemens reciproques, & de la maniere dont la ſocieté ſe contracte, & ſe diſſout. *Voyés Societé.*
Si les aſſociés ſont toûjours obligés ſolidairement & privés du benefice de diviſion & diſcuſſion? *Voyés Solidité.*
Voyés benefice de diviſion & diſcuſſion.

Contenuës dans cet Ouvrage.

Aubene.

Droit d'Aubaine appartient au Roi, 34
Voyés Preſcription.
Voyés Etranger.
Voyés Teſtament.
Affranchiſſement du droit d'Aubaine accordé à la Ville de Toulouſe, & à toute la Province du Languedoc, 258
Le Roi exclut de la ſucceſſion de l'aubain non naturaliſé, la femme & autres parens, 411

Augment.

La femme ne gagne qu'une portion virile de l'augment quand il y a des enfans, 215
Tout ce qui eſt dit de l'augment ou portion virile de l'augment gagnée par la femme, doit être appliqué à l'augment ou portion virile d'augment gagné par le mari, 216
Comment ſe regle cette portion virile, & le droit que les enfans y ont?
Voyés Gain de Survie.
Voyés Virile portion.

Avocat.

Quelle étude faut-il pour être Avocat, 27
Les Avocats jurent une fois pour toutes lorſqu'ils ſont reçûs, 557
Les Avocats qui font perdre les Cauſes à leurs cliens faute de les avoir bien défendus, ne ſont ſujets à aucune peine, s'il n'y a dol ou malice, 524

Autorité.

Autorité ſouveraine tranſportée du Senat aux Empereurs, comme elle l'avoit été du Peuple au Senat, 6

Azile.

Voyés Egliſes.
Voyés Etrangers.

B

Bail.

LE Bail à ferme convient aux choſes qui produiſent des fruits, & le nom de loüage ou Bail à loyer, aux choſes qui n'en produiſent point, comme aux maiſons & aux meubles, 484
Du Bail Emphiteotique, *Voyés Emphiteoſe.*
Du Bail à Cens. *voyés Cenſive.*
Du Bail à locatairie perpetuelle, *voyés Locatairie.*
Du Bail paſſé à des Architectes ou Maçons; *voyés Contrats.*
Du Bail à louage, *voyés Louage.*
Du Bail à Ferme, *voyés Ferme.*
Si les Succeſſeurs aux Benefices doivent entretenir les baux-à-ferme paſſés par leurs Prédeceſſeurs, *voyés Ferme.*

Baniment.

Le premier Baniment eſt préferé aux autres, 435
Voyés Saiſie.

Baniſſement.

Voyés mort Civile.
Voyés Puiſſance Paternelle.
Voyés Subſtitution.

Banqueroute.

En cas de Faillite ou banqueroute, les Aſſociés en commandite ne ſont

tenus qu'à concurrence du fonds qu'ils ont mis dans la Societé, 496
Tous Transports, Cessions, Ventes & Donations des biens meubles ou immeubles, faits en fraude des créanciers, ou dans les dix jours avant la Faillite connuë, declarés nuls, pour être rapportés à la masse, 535
Voyés sur cela Créanciers.
De l'hypoteque des créanciers sur les biens du Failli, *Voyés Hypoteque.*

Bans.

Dispense de Bans de Mariage, 61

Bâtards.

Les enfans bâtards ou naturels, sont ceux qui viennent d'une conjonction illicite, 64
Leur état parmi les Romains, *la même*
Ils sont exclus de la Succession paternelle & maternelle, mais ils peuvent demander les alimens, & recevoir par testament, d'autres que de leurs pere & mere, 55 & 366
Ils peuvent disposer librement de leurs biens, 65. 403. & 404
Qui succede au bâtard decedé sans enfans legitimes, & sans testament? 65. 401. 402 & 411
Le Roi peut legitimer toute sorte de bâtards, 66. 366 & 386
Le Mariage subsequent les legitime aussi quand ils sont nés de deux personnes libres, *ibid.* & 69. 70. & 385
Effets de la legitimation, & si ceux qui sont legitimés peuvent succeder à leurs parens? 67
Quand est-ce que les parens du bâtard lui succedent à l'exclusion du fisc? 68
Quelle difference y a-t'il en fait de Succession, entre les enfans naturels, & les enfans legitimes, nés avant ou depuis la legitimation? *la même*
Cas singulier, où le bâtard legitimé par le mariage subsequent, est exclus par le fils né legitime, 68 & 69
Bâtards exposés, *Voyés Enfans exposés,*

Bâtiment.

Qui a le sol ou étage du rez de chaussée, a le dessus & le dessous, & peut y faire & bâtir toutes choses licites, 167
Nous pouvons élever nos bâtimens à telle hauteur qu'il nous plaît, à moins de servitude ou titre particulier, *la même*, & 168
La servitude de lumiere ou de clarté, ne nous empêche pas de bâtir, si fait bien la servitude de vûë ou de prospect, 168, 169 & 170
Si celui qui veut bâtir contre un mûr qui ne lui est pas commun, le peut? & ce qu'il doit faire plûtôt, 164
Si je ne veux pas que mon voisin puisse appuyer sur mon bâtiment, je dois laisser un espace vuide sur mon propre terrain, *la même*
Voyés Mûr mitoyen.
Voyés Vûës.
Voyés Fenêtres.

Benefice de division.

Le benefice de division & discussion a lieu, toutes les fois qu'il n'y a pas été nommement renoncé, 443
Doit-il être proposé avant ou après la contestation en cause? 462
Les associés ne peuvent pas se servir du benefice d'ordre & division, & pourquoi? 444
Voyés Societé.

Bestiaux perdus.

Voyés Espaves.

Bien.

Comment faut-il s'y prendre pour faire le bien & fuir le mal ? 4

Bien fonds allodial.

Les biens fonds allodiaux ſont affranchis de toute Seigneurie directe, mais roturiers, & ſujets à la Taille, 140

Biens.

Si les voix noms & actions, ſont une troiſiéme eſpece de biens, differente des meubles, & des immeubles, 163

Biens paraphernaux.

La femme qui vend ſes biens paraphernaux (qui ſont préciſement ceux qui ne ſont point compris dans la dot, ou conſtitution, & dont elle peut diſpoſer librement ſans le conſentement de ſon mari) peut obliger à ce ſujet tous ſes biens preſens & à venir, & par conſequent ſes biens dotaux, pour par l'acheteur en cas d'éviction ou de non-joüiſſance, pourſuivre ſon indemnité ſur iceux, après que la fin du mariage les a remis en ſon pouvoir, 219 & 220

Biens vacans.

Biens vacans par défaut d'héritiers habiles à ſucceder, appartiennent au Seigneur Haut-Juſticier par droit de Desherence. 161

Voyés Desherence.

Bigamie, ou Poligamie.

La Bigamie eſt un double Mariage; c'eſt le crime de ceux qui épouſent une ſeconde femme, la premiere étant en vie, & de celles qui épouſent un ſecond mari, le premier n'étant pas decedé, 47

Peine ordinaire des Bigames, *la même.*

C

Captivité.

ON tombe en captivité dès le moment qu'on eſt pris par des Turcs, ou des Corſaires, 15 & 257

Le captif qui recouvre ſa liberté, rentre dans tous ſes droits, & celui qui decede en eſclavage, eſt reputé mort du premier moment qu'il a été pris. 257. 370. & 387

Du Teſtament d'un Captif, *Voyés Teſtament.*

Caution.

On peut donner caution avant ou après l'obligation, 460

La caution une fois donnée devenant inſolvable, peut-on en exiger une autre ? *la même.*

Cela ſe peut en fait de rentes conſtituées, 461

L'obligation de la caution n'eſt que l'acceſſoire & l'aſſurance de l'obligation principale, & on ne lui donne ni plus ni moins d'étenduë que la caution a voulu lui donner, 464

La caution ne peut pas être obligée à une plus grande ſomme que le débiteur principal. 458

Celui qui n'a cautionné que pour la ſomme principale, ne doit, ni les interêts, ni les dépens, 464

La caution tranſmet à ſes heritiers l'obligation qu'il a contracté. 460

Les cautions quand il y en a deux ou pluſieurs, ſont toûjours obligées ſolidairement, quoiqu'il n'y ait dans l'Acte aucune clauſe de ſolidarité, 461

Deux ou plusieurs cautions également solvables, peuvent contraindre le créancier à diviser son action contre elles, & ne les poursuivre que pour leur portion, *la même.*

Les cautions ne peuvent être poursuivies, qu'après que le créancier a fait vendre tous les biens du principal débiteur, sans en pouvoir être payé, *ibid.*

Les cautions peuvent renoncer à l'un & à l'autre de ces deux benefices introduits en leur faveur, 462

Les cautions judiciaires ne peuvent se servir d'aucun de ces benefices, *la même.*

On ne reçoit point de cautions judiciaires qui n'ayent des biens immeubles, & qui n'en fournissent un état avec les Piéces justificatives, *ibid.*

De l'engagement que contractent ceux qui certifient la solvabilité des cautions judiciaires, *Voyés Certificateur.*

Le Fideicommissaire est en droit d'exiger caution, lorsque le Fideicommis consiste en effets mobiliaires, 357 *à la marge.*

Les coobligés sont regardés comme cautions les uns des autres, 447

Celui des cautions qui paye l'entiere dette, peut obliger le créancier à lui ceder ses actions contre les autres, 463

La cession ainsi faite donne droit d'agir pour les portions competant les autres cautions, *ibid.*

Le payement fait sans subrogation donne-t'il le même avantage, & la subrogation est-elle suppléée en faveur de la caution qui a payé sans l'exiger du créancier ? *la même &* 464

La caution qui est obligée de payer le créancier, & qui le paye sans subrogation, entre pourtant en son lieu place & hypotéque, & peut repeter du débiteur ce qu'elle a payé à sa décharge, soit en capital ou interêts, 465

Si la caution paye volontairement & sans interpellation, on ne lui adjuge les interêts du capital, que depuis l'instance, & on ne les alloüe qu'après tous les capitaux, 466

Les interêts que la caution a été forcée de payer, deviennent un capital pour elle, lequel est alloüé en même rang que celui qui avoit donné lieu au cautionnement, 465

Et alors les interêts des interêts sont adjugés à la caution, à compter depuis chaque payement, & alloüés ainsi que les interêts du capital, & le capital même, du jour du cautionnement, *ibid.*

Quand ce payement a été volontaire, les interêts payez peuvent-ils être repetés ? produire d'autres interêts, être adjugés depuis l'instance, alloüés après les capitaux, ou rejettés ? *la même. &* 466

La caution demeure-t'elle obligée, quoique le débiteur principal vienne à être restitué envers son obligation ? 458. 559. *&* 554

La caution ou ses héritiers, peuvent-ils forcer le débiteur principal à payer, s'il demeure trop long-tems à le faire ? 460

Cas auſquels l'obligation des cautions est éteinte, *la même.*

De l'exception dilatoire que la caution qui n'a pas renoncé au benefice d'ordre, doit proposer *in limine litis.*

Voyés Exception.

Voyés benefice de division.

L'exception

L'exception perſonelle ne profite qu'au débiteur, & la réélle décharge la caution, *voyés exception.*

Si la novation décharge la caution, *voyés novation.*

De la preſcription en fait de caution, *voyés preſcription.*

La femme qui veut être relevée du cautionnement qu'elle a fait, doit ſe pourvoir par Lettres Royaux dans les dix ans du Contrat; 467

La femme peut-elle venir contre ſon Obligation, lorſqu'elle l'a approuvée deux ans après? *la même* & 468

La femme qui cautionne pour ſon mari, & qui ratifie après ſon decès, peut-elle être relevée? 468

De celle qui s'oblige pour tirer ſon mari de priſon, *voyés femme.*

De la caution que doit bailler l'étranger, 549

De la caution que doit donner le Devolutaire, *la même*

Cens - Cenſive.

On ne peut bailler à Cens que les fonds nobles, 486 & 487

Des clauſes ou conditions ſuppléées dans le Bail à Cens ou Emphiteotique à défaut de convention contraire, 488

Le Cenſitaire peut vendre quand & comme bon lui ſemble, ſans qu'il donne lieu par là au droit de commiſe, *la même* & 489

Rente fonciere, *voyés rente.*

Certificateur.

Ceux qui certifient que la caution eſt ſolvable, en ſont reſponſables ſi elle ne l'eſt pas, mais il faut plûtôt la diſcuter, 462

Ceſſion de biens.

Quels ſont ceux à qui il eſt permis de faire ceſſion des biens? 543

A quoi ſont-ils tenus? 544

Quelles ſont les dettes à l'égard deſquelles on ne peut être reçû à faire ceſſion? 543 & 544

Les Fermiers ne ſont pas recevables à la faire, & pourquoi? 485

Si la ceſſion des biens met fin à la ſocieté? *voyés ſocieté.*

Chaſſe.

Le Seigneur Haut-Juſticier, ſeul en droit de chaſſer dans l'étenduë de ſa Juſtice, & prohiber la Chaſſe à tous autres, 134. 135 & 137

Il doit chaſſer en perſonne, à moins que par ſon état, vieilleſſe, bleſſures, ou autres incommodités, il ne le pût, 137

Quand la Juſtice eſt demembrée ou diviſée, ce droit appartient à celui qui à la principale portion, 134 & 135

Et ſi les portions diviſées ſont égales, cette prérogative eſt attachée à la portion qui procede du partage de l'aîné, 134

Il n'en eſt pas de même des poſſeſſeurs des fiefs enclavez dans la Juſtice; ceux-ci ne s'excluent pas, & ont tous la liberté de chaſſer, 136 & 137

Le Seigneur Juſticier peut permettre aux Nobles, & non aux Roturiers, de chaſſer dans ſa Juſtice, 135 & 136

Les Nobles peuvent chaſſer dans les Terres du Roi, éloignées des plaiſirs de Sa Majeſté, 136

Ils le peuvent encore, dans les Fiefs &

terres d'un Seigneur, lorſqu'ils y poſſedent des heritages, avec cette reſtriction, que ce n'eſt que dans le pourpris des terres à eux appartenant, attenantes à leurs maiſons, juſques aux quatre chemins, & non au-delà, *ibid.*

Le droit de Chaſſe en la perſonne du Seigneur Juſticier eſt-il un droit honorifique & une faculté perſonnelle? 138

Et en la perſonne du Seigneur Directe, comme un profit & un droit utile du fief? *la même.*

Le Seigneur Suzerain & dominant peut-il chaſſer dans l'étenduë des terres de ſa mouvance? *eodem*, & 139

Dans l'uſage, les Seigneurs Juſticiers chaſſent & font chaſſer impunement, 138

S'ils peuvent ſuivre par tout le Gibier qu'ils ont fait lever dans leurs terres? 141 & 142

Celui qui eſt commis par les Seigneurs Eccleſiaſtiques ou autres, pour chaſſer doit faire enregiſtrer ſa commiſſion au Greffe de la Maîtriſe, 136

Tems auquel les Seigneurs, & autres ayant droit de chaſſe, ne peuvent en uſer dans les terres enſemencées, & dans les vignes, 141

De ceux à qui la chaſſe eſt prohibée, 135 & 140

Si la défenſe faite aux Roturiers de chaſſer, a lieu contre les habitans du Languedoc? 136

Si celui dont le fonds eſt allodial peut y chaſſer? 140

Point de privilege en fait de Chaſſe, pour les Eccleſiaſtiques ſurpris en contravention, 139 & 140

Quelles ſont les peines de la contravention en matiere de Chaſſe? 135 & 139

S'il eſt permis d'enclore ſon fonds à l'effet d'empêcher le Seigneur Juſticier, & le Seigneur directe d'y chaſſer, 140 & 141

Chirurgien.

Les Chirurgiens ſont-ils tenus de leur ignorance, & condamnés aux dommages & interêts envers les perſonnes qu'ils bleſſent ou ſtropient par des ſeignées ou autres operations? *Voyés Medecin.*

Choſe difficile.

Dans les choſes difficiles, peut-on uſer de temperamment? *voyés queſtion difficile.*

Cimetiere.

Si un Cimetiere peut être tranſporté d'un lieu à un autre? & ce qu'il faut plûtôt faire, 133

Voyés Sepulture.

Clauſe Codicillaire.

La Clauſe Codicillaire appoſée dans une diſpoſition qui ne peut ſubſiſter comme Teſtament, la ſoûtient & la fait valoir comme codicille, 261 & 351

Les ſucceſſeurs *ab inteſtat* ſont préſumés en ce cas, priés & chargés de rendre l'hérédité à l'héritier inſtitué, 351 & 361

Peuvent-ils détraire alors la Quarte Trebellianique? *voyés Quarte Trebellianique*,

La Clauſe codicillaire ſoûtient le Teſtament au profit du ſubſtitué ou Fideicommiſſaire, lorſque l'héritier

grevé eſt decedé avant le Teſtateur, & l'inſtitution devenuë par-là caduque, 352
La Clauſe Codicillaire omiſe, n'eſt point ſuppléée, 362

Clauſe dérogatoire.

Si la Clauſe dérogatoire inſerée dans un premier Teſtament, n'eſt point repetée dans le ſecond, le premier ſubſiſte & le ſecond devient par-là inutile, 288
Cette repetition peut-être ſupplée par des équipollens, & quels ſont-ils ces équipollens? *la même & 289*
La Clauſe dérogatoire n'infirme pas les donations entre-vifs, ni les codiciles ſubſequens, 289
L'uſage des clauſes dérogatoires abrogé par l'Art. 76. de l'Ordonnance du mois d'Août 1735. *la même.*

Codicille.

On peut faire par un codicille, tout ce que l'on pourroit faire par un Teſtament, 362
L'inſtitution faite dans un codicille, ſe convertit en Fideicommis, 361

Commis.

Des obligations contractées par les Commis & Prépoſés, *voyés obligations,*

Committimus.

Quelles ſont les actions qui peuvent être évoquées en vertu du Committimus, *voyés Actions.*

Commodat.

Commodat ou prêt à uſage. *voyés Prêt à uſage.*

Complainte.

Quelle qualité doit avoir le poſſeſſeur troublé, pour être en droit de former la complainte, 555
Les Fermiers ni poſſeſſeurs précaires, n'ont pas ce droit, *la même.*
On ne peut former la Complainte que lors qu'on eſt troublé en la poſſeſſion d'un fonds d'un droit réel, ou univerſalité de meubles, *ibid.*
La Complainte donne avantage au poſſeſſeur troublé, qu'il oblige ſa Partie à prouver que la proprieté de la choſe contentieuſe lui appartient, & à défaut de preuve il eſt maintenu, *la même.*

Compte.

De la maniere dont le Tuteur doit rendre compte à ſon Pupille: Comment & dans quels cas il eſt garant de l'interêt des deniers délaiſſés par le pere du pupille, ou reçus pendant l'adminiſtration: Comment & depuis quel tems les ſommes exigées par le Tuteur pour les interêts Les capitaux, ou des épargnes ſur le revenu du Pupille, forment entre les mains du Tuteur un capital qui porte interêt; *voyés Tutelle, Tuteur, interêt.*

Compenſation.

Quand eſt-ce que la Compenſation ſe fait de plein droit de ſomme concurrente à autre? 543
Legs de Compenſation, *voyés Legs.*

Communaux.

La Police, Garde, & conſervation des choſes univerſelles, comme Portes, Murailles, Foſſés, Ramparts,

qui ſont à l'uſage de tous les habitans, appartient au Seigneur-Juſticier, & par tout ailleurs au Roi, 131

Communautés, Compagnies, Confreries.

Toute Compagnie en France, eſt regardée comme un Corps illiclte & incapable de participer aux effets civils, ſi elle n'eſt approuvée par le Roi, 271
Voyés Heritier.
Voyés Legs.
Voyés Religieux.
Voyés Teſtament.

Condamnation.

Quelles ſont les condamnations que l'on regarde comme infamantes ?
Voyés Amende.
Voyés Action.
Voyés Infame.
Voyés Peine infamante.

Condition.

En quoi les femmes & enfans ſuivent la condition de leurs maris & de leurs peres ? 23
De la condition impoſée à l'héritier, *Voyés Héritier*, *Voyés Mariage.*
De pluſieurs conditions alternatives, il ſuffit que l'une arrive, 273
Si la condition impoſſible ou contre les bonnes mœurs, corrompt & infecte l'Acte ? *voyés Contrats.*

Concuſſion.

Ce crime eſt puni arbitrairement, ſuivant les circonſtances, 566

Conſtitution de Rente.

Les Contrats de conſtitution de rente, ſont illicites & approuvés, 426
C'eſt une eſpece de vente, en laquelle le ſort principal qui eſt payé par l'acquereur de la rente, tient lieu de prix, & le droit de percevoir la rente, tient lieu de la choſe venduë, 423
Pour rendre ce Contrat valable, il faut que le ſort principal ſoit aliené pour toûjours ; que la rente ne ſoit pas conſtituée ſur un plus haut pied que l'Ordonnance fixe les interêts : que le débiteur de la rente ait la faculté perpetuelle de la racheter en rembourſant le principal : que le prix en ſoit payé comptant : & qu'il en ſoit fait mention expreſſe dans le Contrat, ainſi que des eſpeces reçuës par celui qui s'aſſujettit à la rente, 424 & 425
Le pacte par lequel le créancier ſe reſerve de pouvoir exiger le capital, par la caſſation du payement de la rente, n'a rien de vicieux ; mais ſi le débiteur offre de payer les arrerages, on le reçoit preſque toûjours à purger la demeure, 424
Si la clauſe par laquelle le débiteur de la rente s'oblige d'avertir le créancier dans un certain délai avant le rembourſement, donne atteinte à la faculté du rachat ? 425
Quand eſt-ce que la rente conſtituée eſt reductible ? *voyés rente.*

Contrats.

La Coûtume du lieu où les Contrats ſont paſſés, en regle toutes les conventions lorſque les Contractans n'y font pas de declaration contraire, 12 & 216
La forme & la ſolemnité des Actes ſe regle-t'elle ſur la Coûtume du lieu où ils ſont paſſés ? 12

Les Contrats ou obligations reçus en païs étranger, ont-ils hypotéque & execution en France, & de quel jour? 416 & 417
Dans les Contrats une condition impoſſible ou contre les bonnes mœurs, *vitiatur & vitiat.* 455
Le Maçon ou Architecte qui s'eſt obligé par Contrat à quelque conſtruction ou édifice, doit-il entretenir le bail malgré la lézion d'outre moitié, 490
Du Contrat de ſocieté, *voyés ſocieté.*
Des quaſi Contrats? 501
Du Contrat à rente conſtituée, *voyés Conſtitution de rente.*
Des Contrats uſuraires, *voyés uſure.*
Voyés Bail.
Voyés Interdit.

Conſtrainte par corps.

Conſtrainte par corps accordée aux Pupilles contre les Tuteurs, 99
Les Fermiers peuvent s'obliger à la conſtrainte par corps, *voyés Ferme.*
Comment peut-on ſe garantir de la conſtrainte par corps? *voyés ceſſion de biens.*

Contre-lettres.

La quittance & reconnoiſſance faite dans un Contrat de mariage d'une ſomme qui n'a pas été réellement comptée, ou qui a été repriſe ou donnée d'abord après le Contrat, eſt-elle regardée comme une donation, ou comme une contre-lettre, & eſt-elle un obſtacle à la délation du ſerment? 471

Contumace.

L'état d'un homme condamné à mort par défaut, regardé comme en ſuſpens, 77. 78. & 293
La condamnation à mort par défaut ne fait aucun changement en la perſonne du condamné, ſi elle n'eſt executée figurativement, 370
S'il meurt ſans ſe preſenter pour inſtruire ſa juſtification, & que ſes parens, ou autres intereſſés ne purgent pas ſa memoire, il eſt reputé mort civilement du jour de l'execution figurative, *la même*, & 387
Il conſerve juſqu'alors la liberté de ſucceder & diſpoſer de ſes biens, *la même.*
L'abſolution du condamné à mort par défaut, le fait rentrer dans tous ſes droits, & a un effet retroactif pour les ſucceſſions échuës ou déferées pendant la contumace, *la même.*
Condamnation à mort par défaut comment anéantie, 78 & 293
Tuteur donné aux enfans impuberes d'un condamné à mort par défaut, confirmé pour agir & adminiſtrer en qualité de curateur, 76 & 79
La veuve, enfans, ou autres ayant interêt, d'un condamné à mort par défaut, peuvent-ils dans le cas du decès arrivé après les cinq années, être reçus à purger ſa memoire? 369

Convention.

Les conventions verbales faites ſerieuſement & avec reflexion, ſont obligatoires, autant pour produire une action legitime, que pour fonder une exception, pourveu qu'elles ne ſoient pas contre les Loix, ni les bonnes mœurs, & qu'il n'y ait ni dol, ni ſurpriſe, 436. 437 & 453
Les conventions qui n'ont rien de contraire aux loix & aux bonnes mœurs, quelles qu'elles ſoient, vente, loüage, ſocieté, mandat, n'ont beſoin

pour être irrevocables, que du consentement des Parties intereſſées, 472

Quand les Parties ont voulu que le contrat public fût neceſſaire pour la validité de la convention, les choſes reſtent en leur entier, juſqu'à ce que les contractans & le Notaire ayent ſigné. 473

Coobligés ſolidaires.

La ſolidarité n'a lieu entre deux ou pluſieurs coobligés, qu'autant qu'elle a été expreſſement ſtipulée, 442. 443. & 445

Les coobligés ſolidaires peuvent uſer du benefice de diſcuſſion, toutes les fois qu'ils n'y ont pas renoncé; & qu'ils ſont tous ſolvables; 443

Le coobligé ſolidaire qui a payé l'entiere dette & pris ceſſion du créancier avec ſubrogation à ſon hypotéque peut agir ſolidairement contre les autres coobligés, & contre chacun d'eux, ſa portion déduite, à la charge de ſupporter ſa portion des inſolvables s'il y en a; 446

Le coobligé qui a payé ſans ceſſion, & ſubrogation, ne peut agir contre chacun des autres coobligés que pour la portion d'un chacun, ſauf s'il y a quelque inſolvable, dont la portion doit être ſupportée par chacun des ſolvables, 447

Les coobligés ſolidaires ſont regardés comme cautions les uns des autres, *la même.*

L'inſolvabilité de l'un des coobligés ſolidaire, tombe ſur tous les autres, au prorata de ce que chacun a reçu, *la même*, & 448

Si les pourſuites, faites contre un coobligé interrompent la preſcription? *voyés Preſcription.*

L'interpellation faite à un des coobligés, fait courir les interêts contre les coobligés non interpellés, & la Sentence qui condamne un des coobligés au capital & interêts, oblige les autres qui n'ont pas été appellés ni oüis, 448

Voyés ſolidité ou ſolidarité.

Correction.

Il eſt permis en tout état de cauſe de corriger ſon libelle, 543

Coûtumes.

Coûtumes reformées, redigées, & par qui, 9 & 10

Que faut-il faire quand les Parties ſont en diſcord ſur la Coûtume; 10

Principes ſur leſquels doivent être reglées les conteſtations qui naiſſent ſur la difference des Coûtumes, 11

Explication des Coûtumes réelles & perſonnelles, leur difference; & l'égard qu'il faut y avoir dans les Teſtaments & dans les Contrats, 11. 12. & 13

Si la Coûtume du lieu où l'Acte eſt paſſé en regle les conventions, la forme & la ſolemnité, *voyés Contrats.*

Faut-il ſe conformer à la Coûtume de Paris, ou aux Coûtumes voiſines, plutôt qu'au Droit Romain? 5 & 303

La Coûtume de Toulouſe a lieu dans toute la Viguerie, qui a beaucoup plus d'étenduë que le Gardiage, 396

Si en fait de ſucceſſion, elle n'a lieu que dans le Gardiage, *Voyés Succeſſion des Collateraux.*

Créanciers.

Du créancier qui demande plus qu'il

ne lui eſt dû, 545
Les créanciers entrent dans tous les droits de leur débiteur, & les peuvent exercer malgré lui, 535
Ils peuvent accepter un legs ou une ſucceſſion s'il y renonce, en le faiſant à leurs perils, riſques & fortunes, *la même & 536*
Les ventes, tranſports, ceſſions, & donations faites en fraude des créanciers, nuls, 26
S'il y a des regles certaines pour connoître cette fraude? *la même*
Les créanciers anterieurs, qui après la repudiation de l'heritier beneficiaire, ne trouvent pas de quoi ſe payer, peuvent-ils agir contre les créanciers poſterieurs qui ont été payez à leur préjudice par cet heritier? 516
Du payement fait par l'heritier beneficiaire au préjudice des créanciers anterieurs, 317 *à la marge*
Que doivent faire les créanciers à qui le débiteur abandonne ſes biens? 506
Si les créanciers de la femme peuvent ſe ſervir du Velleyen? *voyés Velleyen.*
Quand eſt-ce que le créancier peut ſuivre les biens du debiteur par hypoteque? *voyés Hypoteque*
Que doivent faire les créanciers qui veulent interrompre l'action hypotequaire? *voyés Preſcription.*
Comment s'acquiert l'hypoteque? *voyés Hypoteque.*
Le créancier a-t'il le choix d'agir contre le Mandant, ou contre le Mandataire? *voyés Obligation.*
Le créancier peut-il ſubroger un tiers à ſa créance malgré le débiteur? *voyés Subrogation.*
Un créancier peut liberer ſon débiteur de la maniere qu'il trouve à propos, & ſon ſeul conſentement ſuffit, 506
Préference entre créanciers ſaiſir-faiſant, *Voyés Saiſie.*

Crime.

Le droit Romain diviſoit les crimes; en délits privez, ordinaires & extraordinaires, & en crimes publics, 506
De ceux qui pouvoient ſe rendre accuſateurs, & tranſiger ſur crime, 510
Ces diſtinctions ne ſont pas reconnuës en France, *ibid.*
Nul ne peut s'y rendre accuſateur d'un crime, s'il ne s'en trouve offenſé en ſa perſonne, en ſon honneur, ou en ſes biens, ni prendre alors des concluſions que pour les dommages & interêts civils qu'il ſouffre à raiſon du crime commis, 511 & 561
Meſſieurs les Procureurs Généraux ou leurs Subſtituts ſur les lieux, ſont ſeuls perſonnes legitimes pour le pourſuivre, & en demander la punition, 511. 512 & 561
Si un Particulier peut s'ériger en dénonciateur, *voyés Dénonciateur.*
Les crimes capitaux, ou auſquels il écheoit peine afflictive, ne peuvent pas être tranſigés; mais les autres qui n'intereſſent pas le Public peuvent l'être valablement, ſans que la Partie plaignante riſque d'encourir la peine attachée à la calomnie, 512
Comment doit-on entendre, ce qu'on dit communement, qu'en matiere de crime ou de délit, la volonté n'eſt point punie? 516
Comment faut-il entendre la Maxime qui dit, qu'en France les peines

ſont arbitraires, 510
Quand eſt-ce que les Juges du Royaume connoiſſent d'un crime commis en Pais étranger? 32
Tout crime eſt éteint par la mort du coupable & pourquoi? à l'exception du crime de leze-Majeſté, de duël, d'homicide de ſoi-même, & de rebellion à Juſtice avec force ouverte, à l'égard deſquels on fait le procès au cadavre, ou à la mémoire du Défunt, 388 & 562
L'action en dommages & interêts paſſe toute entiere contre l'heritier, 550
La condamnation du pere pour crime de leze-Majeſté, dépoüille les enfans de ſon heredité, de ceux auſquels ils étoient ſubſtituez après ſa mort, & les bannit hors du Royaume, 388 & 562
La ſeule penſée de ce crime rend coupable, 562
La connoiſſance, ſi on ne l'a d'abord revelé, en rend auſſi, *la même*
Crime de Faux, *voyés Fauſſeté.*
Crime d'Aſſaſſinat, *voyés Aſſaſſin.*
Crime de Vol, *voyés Vol.*
Crime de Rapt avec force & violence, enlevement des enfans, *voyés Rapt.*
Crime de Sodomie & ſa peine, *voyés Sodomie.*
Crime d'Adultere, *voyés Adultere.*
Crime de Séduction, *voyes Gravidation.*
Crime de Peculat, *voyés Peculat.*
Crime d'Homicide, *voyés Homicide.*
Crime de Concuſſion, *voyés Concuſſion.*
Crime ou délit commis par des enfans, 518

Curatelle.

Les Curatelles ſont datives, 108
Le Tuteur après la puberté du Mineur, ne peut pas être obligé d'accepter la curatelle, 120
Des Curatelles des fols, des imbecilles, & des prodigues, 108 & 109

Curateur.

Curateur donné au Pupille contre ſon Tuteur, 104
Le mari peut être curateur de ſa femme, 120
L'uſage eſt de donner un Curateur aux muëts, aux ſourds, & aux furieux, 454
Le Curateur donné à des fols, imbecilles, ou prodigues, peut demander des appointemens, 109

D

Débiteur.

LE Débiteur qui n'a point d'argent peut-il obliger ſon créancier à recevoir des meubles ou immeubles en payement, 504. 505 & 506
Peut-il faire abandon de ſes biens? 506
Le débiteur ne peut renoncer à un droit acquis au préjudice de ſes créanciers, 535
Mais il peut anticiper la reſtitution d'un fideicommis, 536
Que doit faire le débiteur, qui doit moins qu'on ne lui demande, pour ſe garantir des dépens à venir? 542
Quand il paye ſans qu'il paroiſſe qu'il ait voulu acquitter une obligation plûtôt que l'autre, on impute le payement ſur la dette la plus preſſante & la plus dure, 504 & 505
Par quel moyen le débiteur inſolvable peut-il éviter la contrainte par corps? *voyés Ceſſion des biens.*

Decès.

Du decès de l'une des Parties, ou d'un Procureur arrivé pendant les poursuites du Procès, *voyés Procedure.*

Declaration.

Declaration du Roi ſe fait en execution, correction, ou interpretation de quelque Ordonnance, ou Edit précedent, 8

Decret.

Decret étoit chez les Romains une déciſion donnée par le Prince entre deux Parties, avec connoiſſance de cauſe, *la même.*

On ne peut decreter ſans avoir plûtôt informé, 513

Voyés Prévenu.

Déguerpiſſement.

Les biens infeodez étant déguerpis, reviennent nobles au Seigneur, & ſont réünis à ſon fief, tels & en l'état qu'ils étoient avant l'infeodation, affranchis du payement des Tailles, & des dettes contractées par le poſſeſſeur, en par le Seigneur obſervant les formalités preſcrites, 161

Sauf aux créanciers à prendre le fonds déguerpi, en ſe ſoûmettant à la rente & autres devoirs Seigneuriaux, *la même.*

Délai.

Dans le délai accordé pour payer, le jour qui l'accorde, & celui de l'échéance, y ſont-ils compris? 438

Si dans les délais des aſſignations & ajournemens, le premier, & le dernier jour, ſont comptés, *voyés Aſſignation.*

Délit.

Si le quaſi-délit eſt puni, & comment? 531

Demandeur.

De celui qui demande plus qu'il ne lui eſt dû, 542

En quels cas, & en quels Siéges, le demandeur peut plaider lui-même? 548

Si le demandeur qui a obtenu le délaiſſement d'un immeuble, peut prétendre la reſtitution des fruits? *voyés Fruits.*

Dénonciateur.

C'eſt celui qui dénonce ſecretement à Meſſieurs les Gens du Roi le crime & le coupable, en s'obligeant de faire les frais, & de fournir les preuves neceſſaires, 511

Lorſqu'il y a Jugement ou Arrêt de relaxe, Meſſieurs les Gens du Roi ſont tenus de nommer le dénonciateur, afin que l'accuſé puiſſe recourir contre lui pour ſes dépens, dommages & interêts, *la même.*

Le perſonnage d'un dénonciateur, qui ſe ſert du miniſtere public pour ſatisfaire ſon animoſité, eſt regardé comme très-odieux, *ibid.*

Dépaiſſance.

Il eſt défendu à tous Particuliers de faire dépaître leurs beſtiaux ailleurs que dans leur propre fonds, ſous certaines peines, 547

Dépôt.

Le dépôt doit être fait en eſpeces, &

non en quantité, 433
Du dépôt volontaire, fait avec loiſir, liberté & choix, & du dépôt fait à la hâte, & ſans déliberations, 430
Le dépôt neceſſaire peut être prouvé par témoins, *la même.*
Le dépôt volontaire ne peut l'être de cette maniere, quand la choſe excede la ſomme ou valeur de 100. liv. à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit, ou que le proprietaire du dépôt prenne la voye criminelle, 430 & 431
Le dépoſitaire du dépôt neceſſaire, peut être contraint par corps à la reſtitution, 431
L'interverſion ou l'emploi du dépôt, eſt regaré comme un eſpece de larcin qui aſſujettit le dépoſitaire à en payer l'interêt, 432
Si le dépôt peut ſe preſcrire par le dépoſitaire ? *voyés Preſcription.*
Les heritiers ou ſucceſſeurs du dépoſitaire, déchargez du dépôt fait entre les mains de leur Auteur à la charge de ſe purger par ſerment, ne ſçavoir pas qu'il eût gardé l'argent dépoſé, 433
Du dépôt fait à la charge que le dépoſitaire le remettra à un tiers, après la mort du dépoſant, *la même à la marge.*
Du dépôt qui ſe fait dans une Hôtellerie, *voyés Vol.*

Desherence.

Les biens vacans par défaut d'heritiers habilles à ſucceder, appartiennent au Seigneur Haut-Juſticier par droit de desherence, 161 & 406
Exception à cette regle, 411
Dans quel tems ſe preſcrit-il ? *Voyés Preſcription.*

Dévolutaire.

Si le Dévolutaire doit bailler caution ? *Voyés Caution.*

Diſpenſe.

En fait de Diſpenſe on ne doit diſſimuler aucune des circonſtances qui pourroient rendre la grace plus difficile, 408
Voyés Mariage.

Diſtribution.

Dans la diſtribution des biens du tuteur, tout ce qui eſt dû pour le reliqua de la tutelle, & interêts connus depuis la clôture du compte, eſt alloüé du jour que la tutelle a été décernée, 502
Du privilege & hypotéque ſur la choſe venduë, non-payée, *voyés Vente.*
En quel rang alloüe-t'on les interêts ? *Voyés Interêt.*

Dommage.

La peine du dommage cauſé par le fait ou la faute d'autrui, ſe reduit aux dommages & interêts de la partie intereſſée, 522 & 523
Du dommage cenſé cauſé par la ſuite imprévûë d'un fait innocent, & par l'imprudence ou la faute de celui qui l'a ſouffert, 524
Le Maître eſt-il tenu du dommage cauſé par ſes Valets ou Domeſtiques ? 546
Les perſonnes à qui appartiennent les bêtes qui ont cauſé le dommage, doivent le ſupporter, 547
Quel de deux du proprietaire, ou du fermier ou locataire, eſt reſponſable du dommage cauſé à un tiers ? *Voyés Incendie.*

Du dommage cauſé à l'occaſion d'un Moulin flotant, 492
Les Lettres de Grace font-elles obſtacle à la condamnation des dommages & interêts ? *voyés Lettres de Grace.*
Du dommage cauſé par ignorance, *voyés Ignorance.*
Du dommage cauſé par les Eſclaves, *voyés Eſclaves.*
Voyés Dépaiſſance.

Domaine de la Couronne.

Comment ſe fait l'union ou incorporation au Domaine du Roi ? 193
Si on peut preſcrire contre le Domaine ? *voyés Preſcription.*

Domeſtique.

Du dommage cauſé par des Domeſtiques, *voyés Dommage.*

Donation.

Les actes de donation doivent être paſſez pardevant Notaire à peine de nullité, 473
Il faut deux témoins aux donations entre-vifs, & cinq aux donations à cauſe de mort, 197
Donation ne peut obliger le donataire qu'à concurrence de la valeur des choſes données, 102. 103. & 201
Donation de biens immeubles, ne comprend pas les dettes actives, 163
Donation des biens ſimplement, ou de tous & chacuns meubles & immeubles, renferme les dettes actives, *la même.*
Les donations faites par les peres aux enfans non-émancipez, autrement qu'en Contrat de Mariage, & les donations faites par un mari à ſa femme, & par la femme à ſon mari, ont beſoin d'être confirmées par la mort, & dans ce cas elles ont un effet retroactif au jour qu'elles ont été faites, 197
Deux témoins ſuffiſent à ces ſortes de donations, *la même.*
La donation des meubles faite verbalement eſt valable, pourveu qu'elle ſoit accompagnée de la tradition réelle, 199 & 208
Donation par Lettre Miſſive jugée valable, 199, à la marge, & 213
Depuis l'Ordonnance de 1731. toute donation entre-vifs doit être paſſée devant Notaire, & miſe dans ſes Regiſtres à peine de nullité, 199
Des donnations entre-vifs regardées comme des Contrats ſinallagmatiques, toûjours imparfaits juſques à ce que les deux parties ayent reciproquement conſenti, 200
Des donations faites à des pupilles ou à l'Egliſe, non acceptées, 201
Voyés Acceptation.
Des donataires en degré ſubordonné, 202. 203. & 204
De la maxime donner & retenir ne vaut, 204 & 205
Les donations de tous biens preſens & à venir ſont nulles, 217
Elles ne doivent être que des biens préſens, *la même.*
Exception pour les donations faites en Contrat de Mariage, *ibid.*
La dot n'eſt pas compriſe dans la donation faite par la femme, qui a d'autres biens, s'il n'en eſt nommement parlé, 219
La donation faite en Contrat de Mariage par le pere, au fils non-émancipé, eſt irrevocable, 231
Qu'eſt-ce que la faculté de ſubſtituer aux biens donnez reſervée lors de la donation, ajoûte à la faculté que l'on a indépendamment de la reſer-

vation, 359
Voyés Subſtitution.
Les donations ne commencent à avoir leur effet que du jour de l'inſinuation, 205
Voyés Inſinuation.
Le donateur peut revoquer juſqu'à l'acceptation, 453
Le peut-il par rapport au donataire en degré ſubordonné qui n'a pas accepté ? 203
Quand eſt-ce que les biens donnez reviennent par droit de retour ?
Voyés Retour.
Toutes les donations faites par les pere & mere à leurs enfans, ſoit entrevifs ou à cauſe de mort, ſont cenſées faites en avancement d'hoirie, & ſujettes à l'imputation & au rapport, 308. 309. & 342
Si le donataire univerſel ou particulier peut repudier ? *voyés Repudiation.*
Les donations inofficieuſes ſont ſujettes au retranchement, à concurrence de la legitime, en remontant des poſterieures aux anterieures, 304
Donations à toute extrêmité de vie, eſt-elle regardée comme faite entre-vifs ou à cauſe de mort ? 196
Les donations à cauſe de mort n'ont leur effet que du jour du decès du donateur, 198
Peuvent valoir comme Fideicommis, *la même.*
Le fils de famille peut donner à cauſe de mort du conſentement de ſon pere, 251

Donation revoquée.

De la revocation de donation qui ſe fait de plein droit par la ſurvenance des enfans, 212 & 213
Les biens donnez, reviennent par la ſurvenance des enfans, en la main du donateur, ou de ſes heritiers, tels & en l'état qu'ils étoient lors de la donation, *la même.*
A moins qu'ils n'euſſent été donnez par contrat de Mariage, & que les biens du mari donataire fuſſent inſuffiſans pour la repetition de la dot & augment, *ibid.* & 213
La naiſſance des enfans revoque les donations faites à la cauſe pie, 213
Mais elle ne revoque pas la donation d'une ſomme legere, *la même.*
On regarde comme donation, la renonciation à un droit certain & établi, *ibid.*
Des cauſes d'ingratitude qui donnent lieu à faire revoquer la donation, 211
L'action en revocation pour cauſe d'ingratitude ne peut être intentée par les heritiers du donateur, ſi le donateur ne l'a intentée lui-même, ni contre les heritiers du donataire, decedé avant la plainte du donateur, *la même*, & 212
Cette action n'a jamais un effet retroactif contre les tiers acquereurs, & les créanciers qui ont contracté dans l'intervale de la donation à la revocation, 212

Donation entre mariés.

La femme par le predecès de ſon mari, ne gagne en proprieté de la donation à cauſe des nôces, lorſqu'il y a des enfans de ce mariage, qu'autant que chacun des enfans, 215
Quels des enfans, du premier, ou du ſecond lit recuëilliſſent cette portion de donation ? *la même*, & 216
De quel jour doivent être inſinuées les donations faites entre mariés, 209
Voyés inſinuation.

Contenuës dans cet Ouvrage.

Dot.

Du privilege de la dot conſtituée lors du mariage, 540
Du privilege de celle conſtituée & augmentée pendant le mariage, 217
Ce privilege eſt perſonnel à la femme qui la tranſmet à ſes enfans, 541
Quand eſt-ce que le ceſſionnaire ou l'héritier étranger de la femme en joüiſſent? *la même.*
La femme peut ſubſidiairement repeter ſes cas dotaux ſur les biens donnez à ſon mari dans le Contrat de Mariage, lorſqu'ils font retour au donateur, *ibid.*
En Païs Coûtumier, le mari peut aliener la dot de ſa femme ſi elle y conſent, 218
Dans la Païs du Droit Ecrit, le mari ne peut ni aliener ni hypotequer le fonds dotal, *la même.*
A moins qu'il lui ait été baillé avec eſtimation, en payement de la dot, & que la femme n'ait pas ſtipulé que nonobſtant l'eſtimation elle auroit le choix de reprendre la choſe ou le prix, *ibid.*
La femme ne peut pas non plus l'aliener, *eodem.*
Mais elle peut la donner en tout ou en partie à ſes enfans, 219
La dot n'eſt pas compriſe dans la donation faite par une femme qui a d'autres biens s'il n'en eſt parlé expreſſement dans la donation, *la même.*
Des Provinces regies par le Droit Ecrit, où il eſt permis aux femmes d'aliener & hypotequer leur dot, *ibid.*
La femme peut aliener & obliger ſa dot pour la liberté de ſon mari detenu en priſon, 220
Si le mari qui a vendu un fonds dotal peut demander lui-même la caſſation du Contrat de vente, ſans s'expoſer aux dommages & interêts? *la même.*
La femme dont les biens de ſon mari ſont generalement ſaiſis, ou en diſtribution, peut repeter ſa dot & en joüir à la charge de l'employer à ſa nourriture, à celle de ſes enfans, & de ſon mari, 227 & 228
Si la dot ſujette au retranchement par inofficioſité, ne l'eſt qu'après la mort du mari? 205
Repetition de la dot, *voyés Année de Deüil.*

Droit.

Tout le Droit conſiſte à vivre honnêtement, n'offenſer perſonne, & rendre à chacun ce qui lui eſt dû, 4
Qu'eſt ce que notre Droit Public, & notre Droit Particulier? *la même.*
Droit ſimplement, ou Droit Commun, s'entend du Droit Romain, 5 & 303
Droit non Ecrit conſiſte dans les Uſages ou Coûtumes, 10
A ne regarder que le Droit Naturel, ou que la nature des choſes, tout eſt commun entre les hommes, 123
D'où vient que telle choſe eſt preſentement à celui-ci, & telle choſe à celui-là? *la même*, & 124
Chacun a droit de conſerver ce qui lui eſt legitimement échû, 124
Du Droit Commun on a la liberté de faire dans ſon fonds ce que l'on veut, 167
Voyés Bâtiment.
Du Droit d'Aubaine, *voyés Aubaine.*
Du Droit de Bâtardiſe, *voyés Bâtards.*
Du Droit de Desherence, *voyés Desherence.*

Des Droits du Roi qui ne prescrivent jamais, & de ceux qui sont sujets à la Loi de la prescription, *voyés Prescription.*

Du Droit de Retour, & de ses effets, *voyés Retour.*

Du Droit de Transmission, *voyés Transmission.*

Droit d'Accroissement, *voyés Accroissement.*

Droit de Representation, *voyés Succession.*

Les femmes sont relevées de l'ignorance du Droit, lorsqu'elles ne cherchent qu'à éviter de perdre, 315

Droits Seigneuriaux.

La mere appellée par la substitution pupillaire à succession de son fils, doit-elle quelque droit au Seigneur ? 284

Dupliques.

Comment faut-il entendre l'Art. 3. du Tit. 14. de l'Ordonnance de 1667. qui abroge l'usage des Dupliques & Tripliques, 553 & 554

E

Ecclesiastiques.

EN fait de Chasse les Ecclesiastiques n'ont point de privilege, *Voyés chasse.*

Edit.

Les Edits sont communement bornez à un seul objet, 8

Edit communement appellé l'Edit des meres, & ses effets. 397

Education.

Qui doit avoir soin de l'Education des pupilles, quand il y a deux ou plusieurs tuteurs ? 113 & 114

Eglises.

Les Eglises ne servent plus d'azile aux criminels, 31

Eglise ni Chapelle ne peut être bâtie sans le consentement de l'Evêque Diocésain, 131

Doivent être solemnellement consacrées ou benites, *eodem.*

L'Emplacement d'une Eglise peut-il devenir profane, & comment ? 132 & 133

Celui qui a vendu un fonds, dans lequel on a construit une Eglise, le peut faire saisir & decreter faute de payement du prix. 132

Emancipation.

L'Emancipation peut être faite indifferament devant le Juge, ou devant Notaire, 79 & 83

Elle ne sort pas les enfans de la famille, 81 & 93

Le pere peut-il émanciper son fils *ad hoc*, pour la validité de certain acte taxativement ? 79

L'Emancipation faite sous condition est-elle nulle ? 80

Il y a plusieurs Provinces où le mariage émancipe, 33 & 74

Dans les Païs où le mariage n'émancipe pas, l'ayeul a en sa puissance ses enfans & petits enfans, *la même.*

Et le pere n'a ses enfans en son pouvoir, qu'au cas il ait été émancipé avant leur naissance, ou que l'ayeul soit decedé sans avoir émancipé ni son fils, ni ses petits-fils. 74

Les enfans nés ou conçus avant l'émancipation, ne sont jamais en la puissance de leur pere. *la même* 76. 81. & 82

Et étant émancipez par l'ayeul ſont émancipez pour toûjours, 75 & 76
Par la Coûtume de Toulouſe, & les Arrêts, le mariage émancipe lorſque le pere en mariant ſon fils lui fait une donation à cauſe des nôces, & qu'il vit ſeparé de ſon pere, ou agit en pere de famille, & la fille, lorſque le pere en la mariant lui conſtituë une dot, 75
Les enfans dont le pere a été émancipé par le mariage, ne reviennent pas après ſa mort ſous la puiſſance de leur ayeul, *la même.*
La femme émancipée par le mariage, ne rentre pas après la mort de ſon mari, en la puiſſance de ſon pere, *ibid.*
Un ayeul peut émanciper ſon petit-fils, ſans émanciper ſon fils, ou ſon fils ſans émanciper ſon petit-fils, 81
Il peut auſſi en émancipant ſon fils, ſe dépoüiller en ſa faveur de la puiſſance paternelle qu'il a ſur ſes petits-fils, 82
Le pere peut émanciper ſon fils quoiqu'abſent, mais il doit le faire en perſonne & non par Procureur, 83
Si le pere peut être contraint d'émanciper ſes enfans. 84
Le pere qui émancipe ſon fils, conſerve la moitié de l'uſufruit, à moins qu'il y renonce, 230
Tout ce qui vient au fils depuis l'émancipation, lui appartient en proprieté & en uſufruit, *la même.*
Le pere qui a émancipé ſon fils pupille, conſerve pourtant de droit, la qualité de tuteur & de legitime adminiſtrateur de ce fils, 94
Emancipation tacite du fils par l'habitation ſeparée pendant dix ans, 88
Cette émancipation ceſſe, toutes les fois que la ſeparation eſt neceſſaire ou forcée, *la même.*
Elle n'a point lieu pour un Curé, ni pour une fille mariée, ni pour celle qui va ſe mettre en condition, *ibid.*
Mais elle a un effet retroactif, au tems que l'habitation ſeparée du fils a commencé, 81

Emphiteoſe.

On ne peut bailler à Emphiteoſe que les fonds de Franc-Aleu, qui ſont allodiaux, & indépendans de toute Seigneurie Directe, 486 & 487
Des clauſes ou conditions ſuppléées dans le Bail Emphiteotique, à defaut de convention contraire, 488 & 489
L'Emphiteoſe eſt ſuſceptible de toute ſorte de conventions, qui quoique contraires à ſa nature, ne la changent pourtant pas, 489
L'Emphiteote peut cultiver, reparer, & meliorer le fonds, mais il eſt obligé de ne pas le déteriorer, & de payer la redevance à laquelle il s'eſt aſſujetti, 486
La perte totale du fonds decharge l'Emphiteote de la rente, mais la perte d'une partie, n'eſt pas une raiſon pour diminuer la rente, à moins qu'il ne fût dit par le Bail primitif, qu'il ſeroit payé tant de rente pour chaque arpent ou pour chaque ſeterée de terre; la rente devant alors être diminuée à proportion de la perte du fonds, s'il n'a été fait de convention contraire, 448
L'Emphiteote qui laiſſe paſſer trois années ſans payer la rente & les autres charges du fonds, peut-il être dépoſſedé? *la même.*

Enfans.

En quoi les enfans ſuivent la condition de leur pere, 23

Si les enfans nés avant ou après le terme ordinaire, ſont declarez legitimes? 365
Des crimes & delits commis par des enfans, 518
Des enfans enlevez, *voyés Rapt.*
Des enfans qui ne viennent pas d'un mariage legitime, *64 & ſuivantes.*
De la peine encouruë par des enfans qui maltraitent leurs pere ou mere, 528
Quels ſont les enfans capables de ſucceder? *voyés Succeſſion.*

Enfans expoſez.

Le Seigneur Haut-Juſticier chargé de la nourriture des enfans expoſez, & pourquoi? 144
Si les Seigneurs Juſticiers, Moyens & Bas, en ſont jamais chargez? *la même.*
Les Communautez, Decimateurs, & Seigneur, ne manquent jamais de prétextes pour s'en décharger les uns ſur les autres. 145

Engagement.

Dans le doute, on eſt toûjours préſumé agir en la qualité qui n'entraîne aucun engagement, 317
Le Proprietaire des effets vendus ou engagez par le miniſtere des corratiers ou proxenetes, peut-il les reclamer en rendant ce qu'il a reçu? 436
Si la promeſſe qu'un tiers fera, ou donnera telle choſe forme un engagement? *voyés Promeſſe.*
Engagement verbal, *voyés conventions.*

Enlevement.

L'enlevement des enfans eſt un crime capital, *voyés Rapt.*
La proprieté des fruits eſt perduë par le débiteur ſaiſi, qui les enleve par force & violence, *voyés Sequeſtre.*

Epître.

C'étoit une déciſion de l'Empereur Romain donnée ſur des queſtions douteuſes, qui n'avoient pas été prévûës par la Loi, 7

Echange.

Des échanges qui ſont regardez comme des veritables ventes, tant à l'égard des droits Seigneuriaux, que du retrait lignager, 475
L'eſtimation du fonds permuté, eſtimé à une certaine ſomme, reſout l'échange en vente, 476
L'argent donné pour retour, produit-il le même effet? 475

Eſclave.

Tout eſclave eſt affranchi au moment qu'il entre dans le Royaume, où toute ſorte d'eſclavage eſt aboli, 13 & 310
L'eſclave épouſée par ſon Maître, eſt affranchie, & les enfans nés du mariage declarez libres, 27 & 28
Quel âge faut-il avoir pour affranchir ou diſpoſer de ſes eſclaves? 28 & 29
L'eſclave n'a rien qui ne ſoit à ſon Maître, & ne peut diſpoſer de rien à ſon préjudice, 30. 231. & 449
Le Maître de l'eſclave eſt-il tenu du dommage qu'il a cauſé? 546
L'eſclave conſerve tous les droits de cité & de famille? 387
S'il recouvre ſa liberté, il rentre dans tous ſes droits; & s'il decede dans l'eſclavage, il eſt reputé mort du

premier

premier moment qu'il a été pris, 257 & 370

Eſpaves.

Les effets mobiliaires qui ſe trouvent ſans Maître, ſont appellez ſpaves, & les immeubles qui ſe trouvent auſſi ſans Maître, ſont appellez vacans, 160

Sous le nom d'eſpaves, ſont compriſes les bêtes perduës ou égarées, & toutes les choſes mobiliaires, 142 & 143

Elles appartiennent au Seigneur Haut-Juſticier, à l'excluſion de l'inventeur ou premier occupant, ſous certaines conditions & formalitez, qui ont pour objet de découvrir le veritable Maître, & lui donner le tems de les reclamer, en payant la nourriture, garde & fraix de Juſtice, *la même*, & 144

Celui qui a trouvé des eſpaves, doit en faire la dénonce dans les vingt-quatre heures, ſinon puni arbitrairement comme détempteur du bien d'autrui, 143

Des eſpaves trouvées dans les fleuves & rivieres navigables, *la même.*

Si le Fermier du Domaine peut rien prétendre aux eſpaves trouvées en la Juſtice d'où il eſt Fermier? 144

Etrangers.

Si la France ſert d'azile aux Etrangers qui ont délinqué dans leur Païs, & ce qu'il faut faire pour les y arrêter? 31

Les Etrangers peuvent ſe marier en France, ſauf le droit du Roi, le cas y écheant, 34

Voyés Aubin.

Voyés Teſtament.

Le Roi exclud de la ſucceſſion de l'Etranger non naturaliſé, la femme, & autres parens, 411

Si l'Etranger doit donner caution? *Voyes Caution.*

Evocations.

Ce qu'il faut obſerver dans les procès évoquez, ſoit pour la forme, ſoit pour le fonds, 13

Exceptions.

Les exceptions peremptoires anéantiſſent totalement l'action, 552

D'où peuvent être priſes ces exceptions, *la même.*

Les actions dilatoires, ou de non-recevoir, different la pourſuite ſans éteindre l'action, *ibid.*

Des exceptions qui ſont peremptoires, ou dilatoires par l'évenement, appellées anomales, *ibid.* & 553

Exemple, pris des cautions données par le débiteur, ou le dévolutaire, *la même.*

Les exceptions perſonnelles profitent au débiteur, & non à la caution, 554

Les réelles éteignent l'obligation, & déchargent la caution, *la même.*

Les exceptions proprement dilatoires, doivent être propoſées, avant ou lors de la conteſtation en cauſe, 462 & 553

L'exception priſe du Benefice d'ordre & de diſcuſſion oppoſée par une caution, eſt dilatoire, en ce qu'elle a pour objet de ſuſpendre les pourſuites du créancier juſqu'à ce que le débiteur principal ſoit diſcuté, & elle eſt peremptoire, ſi par l'évenement le débiteur a de quoi payer, 462 & 552

Si l'exception *non numeratæ pecuniæ*, peut être oppoſée par le débiteur

pendant tout le tems que dure l'action ou dans les dix ans, s'il doit la prouver, ou s'en remettre au ſerment du créancier, comme quoi l'argent n'a pas été compté? 470 471. & 552
Quand & comment les exceptions doivent être propoſées? 553 & 554
De la quittance ou reconnoiſſance faite dans un Contrat de mariage de plus grande ſomme que celle qu'on a reçu, *voyés Contre-lettre.*

Exheredation.

Les peres & les meres qui diſpoſent de leurs biens, obligez d'inſtituer ou deshereder leurs enfans, 265 & 266
Ne les peuvent exhereder ſans expreſſion d'une cauſe legitime, 266
Le fils exheredé eſt ſeul perſonne legitime pour ſe plaindre, *la même.*
L'exheredation injuſte donne lieu à la querelle d'inofficioſité, *ibid.*
La cauſe legitime, mais fauſſe & ſuppoſée dans le fait, y donne lieu auſſi, 295
Des cauſes legitimes qui peuvent donner lieu à l'exheredation des enfans, 39. 295. 296. & 297.
Si le fils exheredé ſurvit à ſon pere, ſes enfans ſont exclus de la ſucceſſion de leur ayeul, mais s'il decede avant lui, ſes enfans ſont appellez à la ſucceſſion, & rempliſſent le premier degré, 265. 273. & 390
Voyés Succeſſion des enfans, & autres deſcendans.
L'exheredation peut être faite par Acte ou par Teſtament, 298
L'exheredation peut être faite avec tel temperament que le pere trouve à propos, *la même.*
L'exheredation demeure ſans effet, toutes les fois qu'il y a preuve de reconciliation, 297
Si la benediction d'un pere mourant en eſt une? *la même*, & 298
La peine de l'exheredation peut-elle être remiſe par une reconciliation préſumée? 41 & 298
Tout ce qui a été dit des enfans préterits ou exheredez par leurs pere & mere, doit être appliqué aux pere & mere preterits ou exheredez par leurs enfans, 299
Des cauſes pour leſquelles un fils peut exhereder ſon pere ou ſa mere, *la même.*

F

Falcidie.

Voyés Quarte Falcidie.

Faillite.

Voyés Banqueroute.

Fauſſeté.

Du crime de fauſſeté & de ſa peine, 565

Femme.

En quoi eſt-ce que la femme ſuit la condition de ſon mari, 23
Femme mariée ne peut eſter en jugement ſans l'autorité & l'exprès conſentement de ſon mari, 30 & 120
Si l'obligation de la femme produit une action en Juſtice? 415
L'obligation de la femme pour tirer ſon mari de priſon eſt nulle, lorſque le mari peut s'en garentir par ceſſion de biens, & qu'il n'eſt pas d'un état à être deshonoré en prenant ce parti, comme elle eſt valable dans le cas contraire, 468
La femme dont le mari eſt détenu pour

crime, peut s'obliger pour lui procurer un Arrêt d'abſolution, ſinon elle perd le privilege de ſa dot envers celui qui a fait ce qu'elle auroit dû faire, *la même.*
Ce qui eſt dit de la femme pour ſon mari, peut & doit être appliqué au cautionnement de la mere pour ſon fils, *ibid.*
Quelles ſont les peines declarées contre les femmes qui ſe remarient *non petitis tutoribus*, ou dans l'année de deüil? 90 & 91
Si celles qui malverſent ſont ſujettes aux mêmes peines? 400 & 401
Quelle portion de ſucceſſion accorde-t'on à la femme pauvre ſur les biens de ſon mari predecedé? 412 & 413
La femme qui ſe remarie avec ſon valet ou domeſtique, comment punie?
Voyés Mariage.
Voyés Succeſſion.
De la femme qui a cautionné, & qui veut en être relevée, *voyés Caution, voyés Velleyen.*

Fenêtres.

Les fenêtres ou vûës droites pour voir & regarder ne ſont permiſes en aucun cas, s'il n'y a du moins ſix pieds de diſtance entre le mûr où on veut faire les vûës, & la maiſon ou place du voiſin, 166
Les fenêtres de lumiere & de clarté qui donnent ſur le voiſin au premier étage, doivent être élevées de neuf pieds au-deſſus du rez de chauſſée, & de ſept pieds pour les autres, le tout à fer maillé, & verre dormant, *la même.*
Les ouvertures en cette derniere forme, ne peuvent jamais empêcher le voiſin de bâtir quand il veut, *ibid.*
Voyés Mûr mitoyen.
Voyés Bâtiment.
Voyés Vûë.

Ferme.

Les Fermiers des immeubles qui produiſent des fruits, peuvent s'obliger par corps dans le Bail, au payement du prix de la Ferme, 485
Les heritiers, tant du Proprietaire que du Fermier, ſont obligez d'entretenir le Bail dont le terme n'eſt pas expiré, 492
Un acquereur ni autre ſucceſſeur à titre particulier, ſoit onereux ou lucratif, n'eſt pas obligé d'entretenir le Bail, s'il n'y eſt aſſujetti par ſon titre, ſauf au Fermier ſon action en dommages & interêts contre le vendeur ou ſes heritiers, *la même*, & 493
Le Fermier qui a un Contrat public, a droit de retention juſqu'à ce qu'il a été pourvû à ſon indemnité; mais s'il n'a qu'un Bail ſous ſignature privée il ne peut agir que contre le vendeur, 493
Le Fermier judiciaire qui eſt expulſé, ne peut demander aucuns dommages & interêts, *la même.*
Les Reſignataires, & non les ſucceſſeurs par mort ou par démiſſion pure & ſimple, doivent entretenir les Baux à ferme paſſez par leurs prédeceſſeurs, 494
Pour combien de tems les Communautez peuvent-elles paſſer des Baux à ferme, & ſi elles le peuvent faire par anticipation? *la même.*
Si le proprietaire peut ſuivre par hypotéque les biens de ſon Fermier? 536 & 537
Quel de deux, du Maître ou du Fermier, doit ſupporter le dommage cauſé à un tiers? *voyés Incendie.*
Le Locataire peut-il être impunement

expulsé ? *voyés Loüage.*

Fideicommis.

Le fideicommis pur & ſimple, eſt acquis au fideicommiſſaire du decès du Teſtateur, 344
Le conditionel n'eſt dû qu'après la condition arrivée, 345
Quelle diſtinction fait-on quand le fideicommis contient quelque terme ? *la même.*
Si les bâtards legitimez font défaillir le fideicommis ? 68
Le pere diſſipateur, condamné à anticiper la reſtitution d'un fideicommis à ſon fils, 84
La reſtitution du fideicommis peut être anticipée par l'heritier grévé au prejudice de ſes créanciers ? 227
Et au préjudice des acquereurs, & poſſeſſeurs des biens en dépendans, 536
Les fideicommis faits en faveur des perſonnes prohibées ou incapables, à qui les Loix défendent de donner, cedent au profit des proches parens, 343 & 344
Moyens pour découvrir la fraude à la Loi ? 344
Si le prelegs que fait le Teſtateur à l'un de ſes heritiers chargé de rendre, eſt toûjours compris dans le fideicommis ? 350
Au Parlement de Toulouſe, le fideicommis verbal pouvoit être prouvé par témoins, mais l'Article premier de l'Ordonnance de 1735. défend de diſpoſer verbalement, 355 & 356
Si l'heritier chargé de fideicommis, peut être chargé de rendre ſon propre bien, & peut varier ? *Voyés Heritier.*
Le fideicommis eſt valable de quelque maniere que le Teſtateur explique ſes intentions, 360
Si ces paroles ajoûtées à l'inſtitution faite par un mari en faveur de ſa femme : *Je vous recommande mes enfans*, induiſent un fideicommis ? *la même*
La mort civile qui vient de la condamnation aux galeres perpetuelles, & non le baniſſement perpetuel, donne lieu à l'ouverture du fideicommis, 346
La profeſſion religieuſe de l'heritier grevé de rendre après ſa mort, y donne lieu auſſi, *la même*
Si l'eſperance d'un fideicommis eſt tranſmiſſible ? 346
Voyés Tranſmiſſion.
Fideicommis par donation, *voyés Donation.*
Si l'accroiſſement a lieu en matiere de fideicommis ? *voyés Accroiſſement.*
Si l'inſtitution faite dans un Codicile, ſe convertit en fideicommis ? *voyés Codicile.*
Si le fideicommiſſaire peut demander caution à l'heritier grevé ? *voyés Caution.*
De la Subſtitution fideicommiſſaire ; *voyés Subſtitution.*

Fief.

Par fief on entend un bien noble, & que l'on poſſede noblement, 140

Fils de famille.

Le fils de famille ne peut pas s'obliger par emprunt ſans le conſentement de ſon pere, 415
Il peut s'obliger autrement que pour argent prêté, pourveu que l'obligation ne paroiſſe pas avoir été contractée pour frauder la Loi qui dé-

fend l'emprunt d'argent monnoyé aux enfans de famille, 453 & 454
ans quel cas doit-il prendre des Lettres pour être reſtitué envers l'obligation contractée pour prêt ? *voyés Reſtitution en entier.*
Ce que le fils de famille acquiert de l'argent de ſon pere, appartient à ſon pere, 225
S'il acquiert uniquement par ſon induſtrie, ou de ſon propre argent, la proprieté lui appartient, mais l'uſufruit eſt à ſon pere, à moins que le pere ne l'en laiſſe joüir, laquelle joüiſſance n'eſt alors ſujette, ni à imputation, ni à rapport, *la même*

Fiſc.

Dans quel cas les biens ſubſtitués appartiennent-ils au fiſc ? 92 & 93
De celui qui acquiert du fiſc. 194

Fleuves.

Des fleuves, rivieres navigables, & autres, *voyés Riviere.*

Formalités.

Les formalités ou ſolemnités qui doivent être exprimées dans l'acte à peine de nullité, ne ſont point préſumées avoir été obſervées, ſi l'Acte même n'en fait une expreſſe mention, 457
Exemple ſur cela, *la même.*

Force & violence.

Des peines prononcées contre celui qui s'empare par force d'un fonds poſſedé par un autre, 522
Si celui qui enleve par force & violence les choſes ſequeſtrées, en perd la proprieté ? *voyés Sequeſtre.*
Du Rapt fait avec force & violence, *Voyés Rapt.*

Fraude.

S'il y a des regles certaines pour connoitre la fraude en fait de faillite ? 76

Fruits.

Les fruits ſont cenſés perçus & conſommés, pour ce qui regarde l'acquiſition, dès qu'ils ſont ſeparés du fonds qui les a produits, 154 & 155
Si la reſtitution des fruits n'eſt point une ſuite neceſſaire du délaiſſement, & s'ils peuvent être demandés, quoique le Juge ait omis d'y prononcer ? 559
Des fruits enlevés par force & violence, *voyés Sequeſtre.*
Des fruits qui appartiennent à l'uſufruitier, *voyés Uſufruitier.*
Des fruits que les Poſſeſſeurs de bonne, ou de mauvaiſe foi, doivent rendre, *voyés Poſſeſſeur.*

Furieux.

Du Curateur donné à un furieux, *voyes Curateur.*

G

Gage.

LE gage eſt un effet mobilier, remis au pouvoir du créancier pour la ſûreté de la dette, 433
On ne peut prêter ſur gages qu'il n'y en ait une reconnoiſſance pardevant Notaire, qui contienne la ſomme prêtée, & les gages qui auront été delivrés, à peine contre le préteur de reſtituer le gage avec conſtrainte par corps, ſauf à lui à exer-

cer ſes autres actions, 435
Au Parlement de Toulouſe, le créancier ſaiſi du gage n'a aucun droit de retention, & en cas de diſtribution, il n'a aucune préference, le prix devant ceder au profit des créanciers, ſuivant l'ordre & le privilege de leurs hypotéques, 433 & 434
Au Parlement de Paris, la contribution n'a pas lieu ſur le gage, quand le créancier s'en trouve ſaiſi, 434
Celui qui a baillé des effets pour être vendus ou engagez, peut-il les reclamer en rendant ce qui a été reçû? 436 & 519

Gain de nôces & de ſurvie.

La femme qui ſurvit à ſon mari, ne gagne en proprieté de la donation à cauſe de nôces, lorſqu'il y a des enfans, qu'autant que chacun d'eux, 215
Elle peut diſpoſer de cette portion de donation, en le faiſant expreſſement, ſans quoi elle demeure acquiſe aux enfans, *honore precibus, la même.*
Il en eſt de même de la portion virile de l'augment, *ibid.*
Voyés Augment.
Voyés Repudiation.

Galere.

Voyés mort Civile.

Garde noble, & Bourgeoiſe.

La garde noble eſt en uſage dans le Païs Coûtumier, elle donne droit au pere de regir les biens de ſes enfans, & de profiter des fruits, 226
La garde noble finit à vingt ans pour les mâles, & à quinze ans pour les filles, *la même.*
La Bourgeoiſe finit à douze ans pour les filles, & à quatorze ans pour les mâles, *ibid.*
On peut être gardien & tuteur tout enſemble, *ibid.*
Le gardien ne peut vendre, pourſuivre ou défendre; ce ſoin regarde le tuteur, *la même.*

Garantie.

Celui qui achete un fonds qu'il croyoit appartenir au vendeur, peut en cas d'éviction, ſe faire adjuger la repetition du prix, & les dommages & interêts, conſiſtant, en ce que la choſe évincée valoit au tems de l'éviction au-delà du prix, 482
Si quand il a acquis, il connoiſſoit que le fonds n'étoit pas au vendeur, il n'a aucuns dommages & interêts, à moins que la garantie ait été ſtipulée; mais il peut toûjours repeter le prix, *la même.*
L'acquereur d'un fonds ſubſtitué, ne peut après l'éviction, agir que pour la repetition du prix, *ibid.*
L'action *ex empto* comprend tout le dommage ſouffert par l'acheteur, 483
L'objet de l'action redhibitoire, eſt la reſolution de la vente, & ne differe de l'autre que de nom, *la même.*

Gravidation.

De la peine impoſée contre les ſéducteurs en fait de gravidation, 55, & 564

H

Heredité.

DE la diviſion d'une heredité en douze onces, 271

Contenuës dans cet Ouvrage.

Heritiers.

Tout heritier, ſoit teſtamentaire ou *ab inteſtat*, eſt ſaiſi de plein droit de la ſucceſſion, & la tranſmet à ſes heritiers, 311. 319 & 386

L'heritier teſtamentaire doit faire la délivrance des legs, 319

Les inſtitutions d'heritier peuvent être faites par teſtament, & dans les Contrats de mariage, ſans diſtinction de Païs, 267

Les inſtitutions contractuelles, ou les promeſſes d'inſtituer faites dans un Contrat de mariage, ſont irrevocables, & ôtent la liberté à ceux qui les ont faites d'inſtituer d'autres heritiers, & d'abſorber les biens par des alienations, emprunts ou legs faits en fraude : mais elles ne les empêchent pas de contracter, acheter, vendre, permuter, donner ou leguer à leurs enfans, pourveu que cela n'excede guere la legitime, & de faire de legs pieux ou des donations moderées, 267 & 268

Si l'inſtitution d'heritier en faveur des Communautez Religieuſes, peut avoir lieu, & la diſtinction qu'il faut faire à ce ſujet ? 268. 269 & 271

On peut inſtituer valablement pluſieurs heritiers, 271

Même des Compagnies & Communautez, pourveu qu'elles ſe trouvent établies en vertu des Lettres-Patentes du Roi, *la même.*

De la condition qui ſuſpend l'inſtitution, ou prive par ſon évenement l'heritier de la ſucceſſion, & à un effet retroactif au jour du decès du Teſtateur, 272

De l'inſtitution faite dans un certain tems, ou juſqu'à un certain tems, *la même.*

De la particule conjonctive, disjonctive, ou alternative, *voyés Particule* ?

Peut-on inſtituer un heritier *in re certa* ? 291

L'heritier *in re certa*, n'eſt point tenu aux charges hereditaires, 292

Cet heritier en une choſe particuliere, peut-il devenir heritier univerſel ? *la même.*

L'infamie rend l'inſtitution nulle lors qu'elle eſt faite au préjudice d'un frere ou d'une ſœur, & l'incapacité ou indignité de la perſonne inſtituée, donne droit aux parens les plus éloignez qui ſont appellez à la ſucceſſion, de ſe plaindre, 301

Quand l'heritier inſtitué réfuſe de recüeillir, ou repudie, l'heritier ſubſtitué eſt appellé, à défaut de celui-ci, les heritiers legitimes ; & à défaut de ceux-ci encore, les legataires & les fideicommiſſaires, toûjours à la charge de payer les legs, 339 & 384

L'inſtitution d'heritier eſt inutile en Païs de Coûtume, pour valider le Teſtament, & n'empêche pas que le plus proche parent du défunt ne ſoit ſaiſi de la ſucceſſion, 367. 361. & 363

On n'y connoît point d'autre heritier que l'heritier du ſang, 364

L'heritier inſtitué en Païs Coûtumier, regardé comme legataire univerſel des biens dont le teſtateur pouvoit diſpoſer, doit en demander la délivrance aux heritiers *ab inteſtat*, ſaiſis par la Coûtume, 267. 361 & 364

Quels ſont les biens dont la diſpoſition dépend du teſtateur en Païs de Coûtume ? 363 & 364

De l'inſtitution d'heritier faite en Païs de Coûtume ou de Droit Ecrit, par un Teſtateur domicilié en Païs de Droit Ecrit, & de ſes effets, 268

Toute inſtitution d'heritier faite en faveur de celui ou de celle qui a entretenu un commerce illicite avec le teſtateur ou la teſtatrice declarée nulle, ſi le commerce eſt prouvé, 270 & 271

Les peres & les meres qui diſpoſent de leurs biens, ſont obligez d'inſtituer ou d'exhereder leurs enfans, 265. 266 & 295

L'inſtitution expreſſe en la ſomme de cinq ſols, empêche la préterition, & valide de ce côté le teſtament, ſauf aux enfans à ſe pourvoir en ſupplement de legitime, 302

Si l'omiſſion d'inſtituer en la legitime eſt conſideré comme une nullité du teſtament, 307 & 309

L'inſtitution faite par le pere, en faveur d'un étranger, pour rendre après ſa mort l'hérédité à ſon fils, eſt valable; mais on rejette le délai & la condition à concurrence de la legitime, pour en faire joüir le fils d'abord après le decès de ſon pere, 308

L'effet de l'omiſſion & de la préterition d'un fils donataire, eſt le même que celui de l'omiſſion d'inſtituer un fils legataire, 309

Si le fils heritier de ſon pere, a le choix de prendre la falcidie ou la legitime, ou detraire la falcidie, la trebellianique, & retenir la legitime? *voyés Quarte falcidie.*

L'heritier grevé eſt tenu au payement des dettes à concurrence de la quarte, 349

Ne doit contribuer en rien au payement des legs, *la même.*

L'heritier chargé de rendre après ſon decès à un d'entre pluſieurs, conſerve-t'il le droit de varier juſqu'au dernier moment de ſa vie? 356 & 357

Il peut charger celui à qui il rend, de rendre à un autre des éligibles, & non aux enfans d'un éligible predecedé, 357

Si un heritier chargé de fideicommis, peut-être chargé de rendre ſon propre bien? *la même.*

Le fils heritier chargé de rendre fait les fruits ſiens & ne les impute pas ſur la quarte, ſi le Teſtateur ne l'a ordonné par exprès. 358

En France n'eſt heritier qui ne veut, 310

Tous les enfans émancipez ou non, ſont appellez à la ſucceſſion de leur pere, ſans diſtinction & ſans préference, *la même.*

Voyés Succéſſion.

On peut ſe porter heritier pendant 30. ans, ſi ce n'eſt que les coheritiers, legataires, ou créanciers de la ſucceſſion, obligent l'heritier à prendre cette qualité, 414

Si l'heritier peut renoncer ſans diminuer ſon patrimoine, 536

L'heritier eſt obligé de fournir au legataire tout ce qu'il faut pour parvenir à la poſſeſſion de la choſe leguée, 320

Si le legs eſt un immeuble fait à gens de main morte, l'heritier doit payer l'amortiſſement, *la même.*

S'il eſt d'une charge ou office, il eſt tenu de fournir aux fraix des proviſions, 321

L'heritier eſt toûjours tenu de décharger le fonds legué, des hypoteques auſquelles il ſe trouve aſſujetti, 324

L'Heritier pur & ſimple fait confuſion de biens, & eſt tenu indefiniment

&

& perſonnellement envers tous les créanciers, & ne peut repudier, 316 & 317
L'Heritier ſous benefice d'inventaire peut après avoir accepté en cette qualité, repudier enſuite en tout tems, en rendant compte des effets & des joüiſſances, 312 & 315
L'Heritier qui recele eſt déchû du benefice d'inventaire, & déclaré heritier pur & ſimple, 317
Celui qui ſe porte heritier par benefice d'inventaire peut-il être exclus par un coheritier ou autre parent qui veut accepter purement & ſimplement? 313
Le Teſtateur peut-il défendre à ſon heritier de faire inventaire ſous peine d'être exclus? 314
Peut-il le prohiber à ſon heritier en faveur du legataire de l'uſufruit de tous ſes biens? *la même.*
Et au ſubſtitué en faveur de l'heritier grevé? 315
L'Heritier peut-il nonobſtant la prohibition faire proceder à l'inventaire, ſans le conſentement de l'uſufruitier en offrant de le faire à ſes dépens? 314
Le ſubſtitué ou fideicommiſſaire peut-il y contraindre l'heritier, ſous la même offre? *la même*, & 315
Voyés Inventaire.
Les heritiers de ceux qui décedent en office, charge, & adminiſtration des deniers ou affaires du Roi, ſont toûjours tenus purement & ſimplement envers le Roi, qu'ils ayent fait inventaire ou non, s'ils ne repudient, 316
Ce que l'on fait en autre qualité que celle d'heritier n'engage point à être heritier, 317
Celui qui prend ou vend l'heredité d'un défunt, ou partie d'icelle, ſans autre droit ou qualité, fait acte d'heritier & s'oblige à payer les dettes, *la même*, & 318
Quels ſont les heritiers legitimes du bâtard? 412
Des heritiers ou ſucceſſeurs *ab inteſtat*, *voyés Succeſſion.*
Si les heritiers de la femme peuvent oppoſer le Velleyen? *Voyés Velleyen.*
A quoi ſe ſoûmet l'heritier qui accepte? *Voyés Acceptation.*
Si l'heritier du coupable eſt tenu de la peine, ou ſeulement des dommages & interêts, *voyés Crime.*
Si l'heritier chargé de rendre peut anticiper la reſtitution du fideicommis au préjudice de ſes créanciers & des acquereurs & poſſeſſeurs des biens en dépendans? *voyés Fideicommis.*

Homicide.

L'Homicide volontaire de ſoi-même, puni par la privation de la ſepulture & la confiſcation de biens, 388. 389. 562 & 563
L'Homicide involontaire, & celui qui eſt commis contre un tiers dans la neceſſité d'une legitime défenſe de la vie, ſont excuſez, & comment? 523. 564 & 565
Mais il faut des Lettres de Remiſſion, *Voyés Lettres de Grace.*
Voyés Crime.

Hôpital.

Voyés Adoption.

Hôtes.

Comment & en quels cas les Hôtes ſont reſponſables ou déchargez de

ce qui ſe vole ou ſe perd dans leurs Hôteleries ? *voyés Vol.*

Hypoteque.

L'Hypoteque s'entend des immeubles que le débiteur affecte ou engage pour le payement, 433
Comment doit-on entendre la maxime qui dit, meubles n'ont point de ſuite par hypoteque, 434. 478 & 537
L'Hypoteque s'acquiert par les Contrats paſſez devant Notaire, par l'aveu des Actes ſous ſignature privée fait en juſtice, & par les Jugemens de condamnation, & de quel jour ? 538
L'Hypoteque s'acquiert de moment à autre juſqu'à la remiſe du Bilan, 26
L'Hypoteque legale des pupilles ſur les biens de leur tuteur, remonte au jour que la tutelle a été décernée, 99
L'Hypoteque preſcrit dans dix ans en faveur des tiers acquereurs, 184
Voyés Preſcription.
L'Hypoteque des créanciers eſt indiviſe dans ſon principe, & par-là ſolite ou ſolidaire contre chacun des heritiers du débiteur, 321 & 322
L'Hypoteque des legataires eſt auſſi ſolidaire contre chacun des coheritiers du Teſtateur, *la même*, & 503
Cette hypoteque eſt tacite pour les legataires ſur les biens du Teſtateur du jour de ſon decès, 503
De l'hypoteque privilege & preference du vendeur ſur la choſe venduë & non payée, *voyés Vente.*
De l'ypoteque du Proprietaire ſur les meubles de ſon Fermier, Locataire, ou ſous Locataire, 535 & 536
Les immeubles peuvent être ſuivis par hypoteque, quand le débiteur eſt inſolvable, & que l'acquereur n'a pas poſſedé paiſiblement le fonds hypotequé pendant dix années, 537 & 538
Que faut-il faire pour interrompre la preſcription de l'action hypotequaire ? *voyés Preſcription.*
La Sentence ou Arrêt qui declare l'hypoteque proroge l'action pendant trente ans, 538
La femme a une hypoteque tacite ſur les biens de ſon mari, pour la reſtitution de ſa dot, & eſt préferée à tous les créanciers hypotequaires du mari, même anterieurs au Contrat de Mariage, s'ils n'ont denoncé leur hypoteque à la femme même en parlant à elle, avant la célebration du mariage, 540
Comment & en quel rang on alloüe la femme, & les creanciers du mari ? *voyés Allocation.*

I

Jeu de Mail.

DE celui qui ſe trouve bleſſé, en traverſant un Jeu de Mail publié pendant qu'on y joüe, 524

Ignorance.

L'Ignorance eſt-elle impunie en la perſonne des Medecins ? 524
L'eſt-elle en la perſonne des Avocats ? *la même.*
L'ignorance eſt-elle punie en la perſonne des Chirurgiens ? *ibid.*
L'eſt-elle en la perſonne des Artiſans ? *ibid.* & 525

Imbecille.

Peut-on contracter auec un imbecille ? *voyés Interdit.*

Voyés Curateur.

Imputation.

L'imputation ſe fait ſur la dette la plus preſſante & la plus dure, 505
Voyés Payement.
Des choſes qui doivent être imputées en la legitime, 308 & 309

Incapacité.

Si l'incapable ou inhabile peuvent être inſtitués au préjudice des parens? *voyés Heritiers.*
Des legataires incapables, *voyés Legs.*

Incendie.

Le Locataire qui donne lieu à l'incendie doit en ſupporter la perte & rebâtir la maiſon, 490 & 491
Si elle arrive par cas fortuit, la perte doit tomber ſur le Proprietaire, mais le Locataire doit en faire la preuve, 491
Le Locataire doit ſupporter l'incendie ou la démolition qui arrive à cauſe de ſes inimitiés particulieres, *la même.*
Les Proprietaires des maiſons voiſines qui ont été endommagées par l'incendie, ont une action pour leurs dommages & interêts, contre le Locataire lorſque l'incendie eſt arrivée à ſon occaſion; & contre le proprietaire lorſqu'elle a été cauſée par le défaut des reparations, 491 & 492

Infame.

Les actions qui deſcendent des Contrats rendent-elles infame? 557
Quelles ſont les condamnations que l'on regarde comme infamantes? 558
Voyés Peine infamante.
Si l'infame peut être inſtitué au préjudice des parens? *voyés Heritiers.*

Injures.

De l'injure réelle, & de l'injure verbale, 525
De l'injure qui ſe commet par libelle diffamatoire, & de ſa peine, 526
De l'injure faite à un fils de famille, *la même.*
De l'injure faite à des Agens & Procureurs, 527
De l'injure faite à des Domeſtiques, *la même.*
De l'injure faite à des Huiſſiers ou Sergens, & autres executeurs des ordres de la Juſtice, tandis qu'ils les executent, *ibid.*
La peine pecuniaire de l'injure eſt toûjours à titre de dommages & interêts, 528
L'injure faite par les enfans à leurs pere ou mere, eſt regardée comme un crime capital, & punie du dernier ſupplice, *la même.*
Valet qui a injurié ou outragé ſon Maître comment puni? *ibid.*
Des injures entre perſonnes faiſant profeſſion de Robbe, 529
La peine en matiere d'injures eſt toûjours arbitraire & dépend des circonſtances, *la même.*
Si l'injure eſt legere, le Juge doit terminer l'inſtance par le premier Jugement, & par une condamnation à quelque reparation, *ibid.*
Et quand le délit merite peine afflictive il doit ordonner la procedure extraordinaire, *ibid.*
On ne peut pas ſe plaindre d'une injure qu'on a diſſimulé, qui a été ſuivie de reconciliation, ou après laquelle on a gardé le ſilence pendant une année, 530

Inofficioſité.

La querelle d'inofficioſité, qui ſuppoſe un Teſtament fait ſelon les regles du Droit, mais contre les devoirs de la pieté, n'a lieu que lorſque le fils a été injuſtement exheredé, 266 & 295

Donations inofficieuſes, *voyés Donation, Dot, Legs, Legitime.*

Inondation.

La terre arrachée par la violence des eaux, eſt-elle perduë pour ſon ancien Maître? 147 & 148

Le fonds que la riviere ou le fleuve en ſe diviſant laiſſe entre ſes deux bras, ne change point de Maître, 149

Motte-Ferme, ou partie du fonds qui demeure en terre ferme, conſerve droit au proprietaire, en la partie inondée, 151

Voyée Iſles.

Inſcription en faux.

La preuve de l'*Alibi* de l'une des deux parties lors de l'obligation eſt un moyen de faux pertinent, 455 & 456

Inſtitution.

Des inſtitutions contractuelles & autres, *voyés Heritiers.*

De l'inſtitution faite dans un Codicile, *voyés Codicille.*

Inſinuation.

L'Inſinuation des donations abſolument neceſſaire, 205 & *ſuivantes.*

Où & comment elle a dû être faite en differens tems, *la même.*

Par le Droit Romain l'inſinuation devoit ſe faire dans le lieu où la donation avoit été paſſée, & non ailleurs, 207

Toutes inſinuations faites au premier & ſecond degré des Juriſdictions ordinaires Royales, les plus prochaines des choſes données, & du domicille des Parties, validées par l'Ordonnance de 1612. 206

Cette Ordonnance fixe l'inſinuation aux Greffes des Bailliages, Sénéchauſſées, ou Prévôtés étant en même Ville, *la même.*

Le Parlement de Toulouſe jugeoit que les donations devoient être inſinuées, pour les Nobles, aux Bailliages ou Sénéchauſſées; & celles des Roturiers, aux premieres Juriſdictions Royales inferieures, 207

Donations non inſinuées, nulles par rapport ſeulement aux heritiers & aux Créanciers du Donateur, *la même.*

Le Parlement de Toulouſe ne les jugeoit nulles que par rapport aux Créanciers, *ibid.*

En tout autre cas la premiere donation, quoique non inſinuée, prévaloit à la ſeconde, qu'elle fût inſinuée ou non, *la même.*

Exception en faveur des enfans contre les donataires étrangers, *ibib.*

Donation non inſinuée, ne peut preſcrire l'action hypotequaire, que par une poſſeſſion trentenaire, *la même.*

L'Ordonnance du mois de Février 1731. & la declaration du 17. du même mois, doivent maintenant ſervir de regle, 207

L'inſinuation doit ſe faire dans les quatre mois, à compter de la datte des donations à l'égard des preſens, & dans les ſix mois pour les abſens hors du Royaume, & alors elles ont un effet retroactif, 208

Les donations peuvent bien être inſinuées après ce délai, pendant toute la vie du Donateur, ſans ſon conſentement, ni Jugement qui l'ordonne, mais alors elles n'ont effet contre un tiers, que du jour de l'inſinuation, *la même.*

Celles faites par un mari à ſa femme dans le Contrat de Mariage, peuvent être inſinuées dans les quatre mois du decès du mari, ſans effet retroactif, 209

Donation faite en Contrat de Mariage par des perſonnes étrangeres, ſujette à l'inſinuation, *la même.*

Celles faites par Contrat de Mariage en ligne directe, en ſont exemptes, 210

Celles par forme d'augment contre augment, dont mobilis, engagemens, Droit de Retention, Agencemens, gains des nôces & de ſurvie, doivent être inſinuées, ſans que le défaut emporte peine de nullité, *la même.*

La donation doit être inſerée tout au long dans les Regiſtres de l'inſinuation, 205

Quels ſont ceux qui peuvent oppoſer le défaut d'inſinuation? 208

Inſinuation ou publication & enregiſtrement des ſubſtitutions. *Voyés Subſtitution.*

Inſolvabilité.

Voyés Coobligés ſolidaires.
Voyés Caution.

Iſles.

Les Iſles qui naiſſent dans les Rivieres navigables appartient au Roi, 148

Et dans les non-navigables aux Seigneurs Hauts-Juſticiers, *la même.*

Si la proprieté des premieres peut être acquiſe à des particuliers? *ibid.*

Et ſi le laps de 30. ans met les poſſeſſeurs des ſecondes à couvert? *ibidem.*

Iſle appartient au Seigneur du côté duquel elle eſt formée, 149

L'eſſence d'une Iſle eſt de naître *inſula in flumini nata*, *la même.*

Le fonds que le fleuve laiſſe entre ſes deux bras en ſe diviſant n'eſt point une Iſle, & ne change point de Maître, *ibid.*

A qui appartient le lit abandonné par la Riviere? *voyés Riviere.*

Interêt.

L'Interêt en faveur du pupille, court ſans interpellation contre le tuteur, du jour de la clôture du compte, 98

L'Interêt des avances faites par le tuteur lui eſt-il adjugé du jour qu'elles ont été faites, ou du jour qu'il a rendu les biens au Pupille devenu adulte? 503

L'Interêt de la legitime, & du ſupplement de legitime, eſt dû ſans interpellation, à compter du decès du pere & de la mere, 301 & 302

Il en eſt de même d'un legs tenant lieu de legitime, 320

L'Interêt d'une ſomme, & les fruits d'un fonds legués, n'eſt dû, même aux mineurs, que du jour de l'interpellation judiciaire, 319 & 320

En eſt-il de même du legs Pie? 320

Les créanciers hereditaires peuvent *agir à leur choix pour l'interêt qui* a couru avant la reſtitution du fideicommis, contre l'heritier grevé ou contre le fideicomiſſaire, 349

Les interêts d'une ſomme dûe par Contrat ou obligation, ne ſont dûs que du jour de l'interpellation judiciaire, 427

Pied ſur lequel les interêts doivent être toûjours reglés, 420 & 427

Les interêts ceſſent de courir lorſqu'ils ont atteint la ſomme d'où ils proviennent, 420 & 421

Les interêts de certaines dettes favorables, comme des dots & des legitimes, courent toûjours juſqu'au

payement à quelle ſomme qu'ils montent, 421
Même en faveur du créancier, qui après avoir fait condamner ſon Debiteur, a fait des pourſuites continuelles pour être payé, *la même.*
L'interêt de l'interêt eſt regardé comme une choſe très-odieuſe, 422
On l'adjuge pourtant en faveur des Pupilles contre les Tuteurs, 79. 98. & 422
Et en faveur de celui qui en qualité de caution, a été forcé de payer les interêts à la décharge du principal debiteur, *la même*, & 465
Voyés Caution.
Cas ſingulier pour l'interêt de l'interêt d'une legitime, 422. *à la marge.*
Si le ceſſionnaire d'une ſomme en capital & interêts, peut demander les interêts de l'entiere ſomme cedée? 422
Les fruits dont la reſtitution a été ordonnée, & la liquidation faite, ne peuvent pas produire des interêts à celui qui a obtenu la reſtitution, 423
Les interêts des arrerages de rente fonciere, liquidés entre le Seigneur & l'Emphiteote, tombent dans l'anatociſme, & ne peuvent être exigés par le Seigneur, 423
Ils peuvent être exigés par le Fermier, *la même.*
En matiere de diſtribution, les interêts, autres que ceux de la dot, de la legitime, des droits ſucceſſifs, du prix des choſes venduës, & de ceux payés par la caution, ne ſont alloüés au Parlement de Toulouſe qu'après toutes les ſommes principales, *ibid.*
Interêt à rente conſtituée, *voyés Conſtitution de rente.*
Voyés arrerages.
Interêts adjugés par Sentence, Jugement ou Arrêt, *voyés Jugement.*
Des interêts du prêt, *voyés Prêt.*

Interdit.

On ne peut contracter avec des interdits, 108
Des interdits connus dans l'uſage ſous le nom de complainte, & de reintegrande, & leur difference, 554 & 555.

Inventaire.

Pour faire un inventaire valable, il faut appeller les parties intereſſées, comme ſont les legataires, fideicommiſſaires, & les créanciers connus, 317
L'heritier qui recele eſt déchû de faire inventaire, & declaré heritier pur & ſimple, *la même.*
Du délai pour faire inventaire, 312
Du délai pour ſe liberer, *la même*, & 313
On peut faire proceder à l'inventaire par des Notaires, ou par des Officiers Royaux, 313
Les Officiers Royaux ne le peuvent, s'ils n'en ſont requis par les Parties, ou par le Procureur du Roi, *la même.*
Ne peuvent proceder à l'excluſion des Notaires, que lors que les Mineurs & Pupilles, n'ont ni Tuteur, ni Curateur, ou autre Adminiſtrateur, *ibidem.*
L'heritier ſous benefice d'inventaire, n'eſt tenu d'acquitter les dettes, qu'à concurrence des biens de la ſucceſſion, & ne fait aucune confuſion des actions qu'il avoit contre le Défunt, 311
Il peut repudier en tout tems, en rendant compte des effets & joüiſſances, 315

Contenuës dans cet Ouvrage.

Voyés repudiation.

Ce benefice en païs de droit Ecrit, eſt regardé comme accordé par la Loi, nonobſtant les Edits de 1697. & 1704. qui ne ſont point en cela executez dans le reſſort du Parlement de Toulouſe, 311

Que doit-on faire dans les Païs Coûtumiers pour en joüir ? *la méme.*

De la prohibition indite par le teſtateur de faire inventaire, & ſi l'hetier y peut être contraint ? *voyés Heritier.*

De l'inventaire fait par le teſtateur, avec défenſes à ſon heritier d'en faire d'autre, & ſi les créanciers peuvent obliger l'heritier à en faire un d'autorité de Juſtice, ſinon le faire declarer heritier pur & ſimple ? 315

L'heritier qui a vécu ſous la foi de cet inventaire ſans en faire d'autre, eſt-il regardé comme heritier pur & ſimple, & tenu indéfiniment envers les créanciers ? *la méme.*

Les créanciers peuvent agir perſonnellement contre l'heritier beneficiaire, & uſer de ſaiſie, tant ſur ſes biens, que ſur ceux de la ſucceſſion juſqu'à ce qu'il ait repudié, *ibid.* & 316

Au Parlement de Toulouſe, les femmes ne confondent point leurs drois, *quoiqu'elles ſe portent* heritieres de leurs maris ſans avoir fait inventaire, 316

Si fait bien dans les autres Parlemens, *la méme.*

Tout heritier perd la falcidie par le défaut d'inventaire, 341 & 348

La prohibition de faire inventaire eſt une prohibition tacite de la falcidie, *la méme.*

Si l'heritier grevé peut détraire la trebellianique malgré le défaut d'inventaire, 348

L'inventaire fait par l'heritier grevé, ſert au fideicommiſſaire, 350

Si l'heritier n'en a point fait & que le fideicommiſſaire n'en faſſe pas non plus, dans les trois mois que l'heredité lui a été reſtituée, il eſt tenu envers tous les créanciers & legataires, *la méme.*

Inveſtiture.

Le droit d'inveſtiture eſt connu ſous le nom de lods, 489

Juges.

Les Juges doivent être inviolablement aſſujettis aux Loix, 6

Et terminer autant qu'il eſt poſſible par un ſeul Jugement les conteſtations des parties, 542

Les Juges peuvent-ils d'office, condamner une partie qui doit 1000. liv. & à qui on n'en demande que 500. à payer l'entiere ſomme ? *la méme.*

Juge intimé.

Autrefois les Juges étoient garans du mal jugé, 530

Aujourd'hui ils ne peuvent être intimez que lorſqu'ils ont mal jugé par dol, concuſſion, ou fraude, *la méme.*

Ils peuvent encore être intimez, s'ils ne ſuivent pas les Ordonnances : s'ils retiennent les inſtances, & refuſent de les renvoyer à ceux qui en doivent connoitre : S'ils évoquent ſans juger diffinitivement à l'Audience : & s'ils refuſent de rendre Juſtice après deux ſommations, *la méme*, 531 & 558

Jugement.

Un Jugement ou Sentence qui adju-

ge plus qu'il n'eſt demandé, eſt caſſable, 542
Et un Arrêt peut-être attaqué par Requête Civile, *la même.*
Les Jugemens, Sentences & Arrêts qui condamnent à des interêts ou à des arrerages, doivent en contenir la liquidation ou calcul, *ibid.*
Les Jugemens rendus en Païs étranger, peuvent-ils être executez en France, ou fonder une action en Juſtice, privilege & hypoteque, & comment? 416

Juſtice.

Définition de la Juſtice & de la Juriſprudence, 3

Juriſprudence.

Il ne faut pas confondre une Juriſprudence fixe & certaine, avec quelques Arrêts de préjugé, qui ne peuvent ſervir qu'à ceux en faveur de qui ils ont été rendus, 6

L

Langue.

Il n'eſt plus permis, dans les actes & Procedures, de ſe ſervir d'autre langue, que de la langue Françoiſe, 437

Latitation.

Voyés Heritier.

Legataire.

De l'hypoteque des legataires ſur les biens de la ſucceſſion, & de l'action ſolidaire contre les heritiers, *voyés Hypotéque.*
Des obligations de l'heritier envers les legataires, *voyés Heritier.*
L'heritier doit faire joüir le legataire, des fonds leguez vendus par le Teſtateur depuis le teſtament, à pacte de rachat, ou baillez à titre d'antichreſe à ſes créanciers, 328
Le legataire d'une dette active, ne peut exiger de l'heritier, ſinon qu'il lui délivre les actes qui établiſſent la dette, ou qu'il jure n'en avoir aucuns, 333
La femme legataire de ſon mari, peut demander le legs, la dot & l'augment, 332
Si le legataire qui a le choix d'une des maiſons du teſtateur, doit avoir la plus grande & de plus grand prix, ou la plus petite? 334
Le fils après avoir reçu le legs qui lui a été fait par ſon pere, ne peut attaquer le teſtament comme inofficieux, mais il le peut impugner de fauſſeté, ou domicilité, s'il eſt en état de prouver, 305 & 306
Et après l'avoir attaqué comme inofficieux, il n'eſt plus recevable a demander le legs, *la même.*
L'approbation que fait le fils legataire, du teſtament de ſon pere en recevant le legs, ne l'empêche pas de demander le ſupplement de legitime, quelque renonciation vague & generale qu'il ait fait à ſes droits paternels & maternels, 306
Voyés Renonciation.
Quand eſt-ce que le legataire tranſmet la proprieté du legs qui lui a été foit à ſes heritiers? 319 & 338
Du droit d'accroiſſement entre legataires, *voyés Accroiſſement.*
Les Tuteurs, Curateurs, & autres Adminiſtrateurs, incapables de recevoir aucuns legs de leurs pupilles ou mineurs, juſqu'à ce qu'ils leur ont rendu compte de leur geſtion, & payé le *reliqua*, 334 & 335

Les

Les Précepteurs, Confeſſeurs, Medecins, Apoticaires, Chirurgiens, & quelquefois les Avocats & les Procureurs, ſont compris dans la prohibition, 335

Legs.

Legs annuel & tenant lieu d'alimens, peut être valablement fait à un Religieux Profez, 178 & 268
Ne peut y renoncer ſans le conſentement de ſa Communauté, *la même.*
Legs d'uſufruit, *voyés Uſufruit.*
Difference notable entre le legs d'uſufruit, & l'inſtitution en l'uſufruit, qu'un mari fait en faveur de ſa femme, 181
Dans le premier cas, & s'il y a des enfans, le legs eſt reſtraint à l'entretenement de la femme, *ibid.*
Et dans le ſecond, la femme n'eſt obligée de rendre aucun compte, *ibid.*
Il en eſt de même du mari legataire des biens de ſa femme, *la même.*
Du legs d'habitation dans une maiſon, 181
Le legataire peut-il la loüer, ou doit-il la joüir par lui-même ? *ibid.*
Deux legs faits en faveur de la même perſonne peuvent-ils ſubſiſter ? 288
Du legs fait à un domeſtique, & s'il eſt regardé comme pieux, 319, *à la marge.*
Dans le legs d'une choſe qui n'appartient pas au teſtateur, on diſtingue ſi le teſtateur ſçavoit, ou ignoroit qu'elle appartint à autrui : S'il le ſçavoit, le legs eſt valable, & l'heritier doit donner la choſe ou le prix : S'il l'ignoroit, le legs eſt nul ; mais on préſume toûjours en faveur de l'heritier, à moins que le legataire ne prouve le contraire, 322 & 323
Cette diſtinction ne doit-elle avoir lieu que quand le legataire eſt plus proche & plus favorable que l'heritier ? 323
L'alienation volontaire que fait le teſtateur de la choſe leguée, quand même il employeroit le prix à l'acquiſition d'un autre fonds, fait préſumer qu'il a aliené, dans le deſſein de revoquer le legs, 323 & 328
Si le teſtateur a échangé la choſe leguée, l'heritier eſt obligé de donner au legataire, la choſe que le teſtateur avoit reçu en contre-échange, 328
Le legs de la liberation fait à un débiteur, comprend-il les dettes établies lors du teſtament, & celles contractées depuis ? 329
Le legs des terres & poſſeſſions acquiſes par le teſtateur en un tel lieu, comprend-il les acquiſitions faites depuis le teſtament dans le même lieu ? *la même*, & 332
Le legs d'un corps comme d'une Métairie, comprend tout ce que le teſtateur y a ajoûté depuis le teſtament, *la même.*
Le legs fait par le débiteur d'une obligation volontaire, ne ſe compenſe jamais avec ce qu'il doit, s'il ne l'a expreſſément declaré, 330
Si le legs d'un pere à ſon fils, eſt toûjours cenſé fait *animo compenſandi* ? *la même*, & 331
Le legs ſe compenſe avec les dettes que le Teſtateur n'a pas contracté, & qui ſont établies par la Loi ou par la Coûtume, *ibid.*
Non avec le doüaire coûtumier, *la même à la marge.*
Les ſtatuës tranſportées depuis le teſtament dans la maiſon leguée, ſont-elles partie de cette maiſon ? 332
Les legs faits à l'Egliſe, ou pour une Fondation, ſont toûjours préſumez

démonſtratifs, & jamais taxatifs ou limitatifs, ſi le teſtateur ne les a expreſſement declarez tels, 333
Le legs d'une dette eſt-il abſolument éteint par le payement fait au teſtateur? *la même*, & 334
Les legs faits à des perſonnes incertaines ſont-ils toûjours valables? 335
Du legs laiſſé à un tiers, pour être employé à ce que le teſtateur a dit en ſecret à ce tiers, 336
La fauſſe expreſſion du nom & ſurnom du legataire, ou le défaut même d'expreſſion du nom & ſurnom, empêche-t'elle que le legs ſoit valable? *la même*, & 337
Du legs taxatif, & du legs demonſtratif, *ibid.*
Une fauſſe démonſtration ne nuit point au legs ni au legataire, 337
Du legs que le teſtateur n'auroit point fait, s'il avoit été inſtruit de la fauſſeté de la cauſe, 338
Du legs pur & conditionel, *ibid.*
Le legs pur & ſimple eſt exigible d'abord après le decès du teſtateur, & eſt tranſmiſſible aux heritiers du legataire, *ibid.*
Le legs fait pour ſe mettre en métier, quand eſt-il exigible? 339, *à la marge.*
Le défaut d'adition par l'heritier teſtamentaire d'accepter ou recuëillir l'heredité, ne rend pas les legs inutiles & nuls, 339
Les legs pieux ne ſont point revoquez par la revocation du teſtament qui les contient, s'ils ne ſont eux mêmes expreſſement revoquez, 340
Et ſi le teſtament revoqué en contient un, & celui qui le revoque un autre, l'un & l'autre legs eſt dû, *la même.*
La trebellianique ne diminuë pas les legs, 349
Le legs conditionel s'éteint par la mort du legataire arrivé avant l'évenement de la condition, 439
Le legs d'une penſion annuelle contient autant de legs que le legataire vit d'années, ce qui la rend impreſcriptible, 438
Le legs doit être delivré par l'heritier, 319
Lorſque le legs eſt d'une rente en argent ou en grains, les arrerages, même anterieurs à l'interpellation, en ſont dûs au legataire, 320
Du legs qui paſſe aux heritiers du legataire, *voyés Legataire.*
Voyés Tranſmiſſion.
De quel jour les interêts ou les fruits en ſont-ils dûs, *voyés Interêt.*

Legitimation.

Quand & par qui la legitimation peut-elle être faite, & ſes effets, 66, ſuiv. 385 & 386
Les enfans naturels peuvent être legitimez par le mariage ſubſequent, ou par des lettres du Prince, 370, 371, & 386
Quelle difference y a-t-il de l'une à l'autre de ces legitimations? 371 & 386
La Profeſſion religieuſe eſt une eſpece de legitimation, du moins pour être promû aux ordres ſans diſpenſe, 385

Legitime.

Sur quel pied regle-t'on la legitime des pere & mere ſur les biens de leurs enfans, quand ils leur ſurvivent? 299, 300, & 301
Ce que l'on dit de la legitime du pere & de la mere, doit être entendu de l'un & de l'autre ſeparement,

ſi l'un ou l'autre étoit decedé ; & on doit l'entendre auſſi de l'ayeul & de l'ayeule, ſi celui de la ſucceſſion du quel il s'agit ; n'avoit laiſſé ni pere ni mere, 301
Quelle eſt la legitime que le Droit Ecrit donne aux enfans ? 302 & 303
Faut-il ſuivre la Coûtume quand elle y eſt contraire ? 303
Quelle eſt la legitime que les enfans ont par la Coûtume de Paris ? *la même.*
Cas ſingulier auquel les petits enfans ont une legitime plus forte que n'auroit eu leur pere s'il avoit vêcu, 303
Les enfans ont la legitime, tant ſur les biens délaiſſés par leurs pere & mere, que ſur ceux qu'ils ont donné pendant leur vie à quelqu'un des enfans, & non à des étrangers, *la même.*
Les donations faites aux enfans, & non les dettes payées pour l'entrée des filles en Religion, rentrent dans la maſſe, & groſſiſſent d'autant le patrimoine, à l'effet de regler des legitimes, 304
La legitime doit être priſe par contribution, à défaut d'autres biens, ſur la derniere donation, les autres *en remontant des poſterieures aux* anterieures, n'y étant tenuës que ſubſidiairement, 304 & 305
La legitime doit-elle être laiſſée aux enfans, ſous le titre honorable d'inſtitution, & non à titre de legs ou de fideicommis ? 307 & 308
Tout ce qu'un pere & une mere donnent, eſt-il ſujet au rapport & à l'imputation en la legitime ? 308 & 309
Par la Coûtume de Toulouſe, la mere n'a qu'une legitime ſur les biens que ſon fils decedé *ab inteſtat* avoit dans le Gardiage ; mais elle lui ſuccede *ab inteſtat*, pour ceux qui ſont hors du gardiage, ſans être obligée d'imputer ceux ci, ſur la legitime, 396

Lézion.

La lézion eſt toûjours pour le pupille ou le mineur, un moyen de reſtitution en entier, 223
Cas où la lézion doit être du tiers ou du quart, *la même*, & 224
L'Architecte ou Maçon eſt-il obligé d'entretenir le Bail nonobſtant la lézion ? 490
La lézion quelque énorme qu'elle ſoit en fait de loüage, ne peut fournir aucun moyen de reſtitution en entier, *la même.*
La lézion d'outre moitié du juſte prix donne lieu à faire reſcinder la vente paſſée entre majeurs, *ibid.*

Lettres de Grace & de Remiſſion.

Les Lettres d'abolition & de grace émanent de la ſouveraine puiſſance du Roi, & ne s'expedient qu'à la grande Chancellerie, 523 & 565
Celles de Remiſſion, s'expedient aux petites Chancelleries près les Parlemens, 523 & 564
Les Lettres de grace ne font aucun obſtacle à la condamnation des dommages & interêts prononcée en faveur de la Partie civile, 523

Lettres de Recommandation.

Les Lettres de Recommandation contenant que celui qu'on recommande eſt honnête-homme & payera exactement, n'obligent pas, 499

Libellé corrigé.

Il eſt permis en tout état de cauſe de corriger ſon libelle, 543
Doit-on alors les dépens fruſtrés ? *la même.*

Liberté.

La liberté eſt un bien ineſtimable, 15
En France tous les hommes ſont libres, 13

Locatairie.

On ne peut bailler à locatairie perpetuelle que les fonds dont on a la proprieté ou dominité utile, 487
Eſt-il dû aucun lods de ce Bail ? *Voyés Lods.*

Lods.

Le lods eſt la cinquantiéme partie du prix, à moins de titre ou de coûtume contraire, 489
Le lods eſt-il dû en matiere d'échange ? 475 & 476
Le lods eſt dû de la vente faite à faculté de rachat, & non de la revente qui ſe fait en vertu du pacte de rachat, 480
Il eſt dû auſſi de la vente faite ſous le pacte commiſſoire, *la même.*
Et non de cet autre pacte appellé *additionis in diem*, *ibid.*
Le lods eſt dû de la vente faite avec reſervation de précaire expreſſe ou tacite, & il eſt encore adjugé quand le vendeur, faute de payement du prix, eſt obligé de reprendre les biens vendus, 481
Il n'eſt dû aucun lods d'un Bail à locatairie perpetuelle, ſi le bien ne releve d'aucun Seigneur; Et s'il en releve, le lods n'eſt dû qu'à concurrence de l'argent que le locataire donne pour entrée au locateur, & lorſqu'il rachete la rente reſervée par le bail, ou que le locateur la vend lui-même à un tiers, 487
Le lods peut être demandé avant que la rente ait été rachetée, lorſque le rachat ſe trouve ſtipulé, & le prix convenu par le bail, 487 & 488
La tradition feinte doit-elle être regardée comme une revente, & produire un nouveau droit de lods au Seigneur ? 508

Loi.

La Loi du Prince doit être inviolable, 8

Loüage.

Le Proprietaire d'une maiſon loüée peut rompre le bail, quand il veut lui-même l'habiter, ſans être expoſé à aucuns dommages & interets, 493 & 494
Peut-il ſuivre les biens de ſon locataire, pour être premier payé de ſon loyer ? 536 & 537
Le Proprietaire n'a de privilege ſur les meubles du ſous-locataire, que pour le loyer de la portion qu'il occupe, 537
Quel de deux, du Proprietaire ou du Locataire, doit ſupporter le dommage cauſé à un tiers ? *voyés Incendie.*

M

Magiſtrat.

MAgiſtrat privé de ſa Charge, ne ſouffre aucun changement d'Etat, 93
Reputation d'un Magiſtrat entiere & ſans tâche oppoſée à l'infamie, 94

Contenuës dans cet Ouvrage.

Majorité.

Nos Rois ſont declarés majeurs, dès qu'ils ont atteint la quatorziéme année, 107

Maître.

Le Maître eſt-il reſponſable des dommages & interêts cauſés par ſes ſerviteurs ou domeſtiques ? *voyés Dommage.*

Mandat, Mandataire.

Des choſes qui doivent être obſervées dans le Mandat, 499

Nous connoiſſons mieux le Mandat ſous le nom de procuration & de commiſſion, *la même.*

Le Mandat finit par la mort ou la revocation du Mandant, ou par la mort ou revocation du Mandataire, 500

Le Mandataire qui ſe charge volontairement d'une affaire, n'en eſt pas quitte en perdant ſa peine, il s'expoſe aux dommages & interêts que le Mandant ſouffre par l'inexecution du Mandat, 500 & 501

Le Mandataire doit être indemniſé de toutes les pertes auſquelles il s'expoſe en executant le Mandat, 501

Le Contrat paſſé avec des Procureurs à titre d'office, en les chargeant de la pourſuite d'une affaire, & avec des Commis, des gens d'affaires & autres, tient plûtôt du loüage que du Mandement, *la même.*

Mariage.

Les Contrats de Mariage ſont ſuſceptibles de toute ſorte de conventions en faveur des mariés & des enfans qui en proviennent, 201 & 203

Le conſentement mutuel des Parties y eſt neceſſaire, 61

Nulle puiſſance humaine ne peut diſſoudre un mariage valablement contracté, 32

La ſeparation de corps & de biens n'y donne aucune atteinte, *la même.*

Mariage des impuberes declaré nul, la ſeule cohabitation après la puberté le valide, 34

La plus noble fin du mariage eſt la procréation, 54

Le conſentement des peres & meres eſt toûjours neceſſaire au mariage des enfans, 35. 36 & 62

Exception à cette regle, priſe de l'âge des enfans, du convol de la mere en ſecondes nôces, & des actes de reſpect, *ibid.*

Le conſentement du pere eſt ſeul ſuffiſant, & ſon avis prévaut à celui de la mere, *ibid.*

Le conſentement des Tuteurs & Curateurs eſt auſſi neceſſaire, mais il doit être precedé de l'avis des proches parens, 40

Fille mariée contre le gré de ſon pere, peut-elle l'obliger à la doter ? 37

Les enfans mariés ſans le conſentement de leur pere, ſont-ils par le ſeul fait, incapables à jamais de leurs ſucceſſions, & privés de la legitime ? 36. 37 & 41

Les peres & meres, ſeuls en droit de reclamer du mariage contracté par leurs enfans mineurs ſans leur conſentement, & d'en conteſter la validité, 38

De la peine à laquelle s'expoſent les Curés qui celebrent le mariage des enfans de famille mineurs, qui n'ont pas le conſentement des parens, *la même.*

Ces mariages declarés nuls & abuſifs, & défenſes aux Parties de ſe frequenter, *ibid.*
Peuvent alors prendre d'autres engagemens, *ibid.*
Le mariage des enfans majeurs eſt valable, quoique leurs peres ſe plaignent, mais ils peuvent être exheredés, 39
L'exheredation & la nullité du mariage ne peuvent pas concourir, *la même.*
Le Concile de Trente en ce qu'il declare valables les mariages des enfans de famille contractés ſans le conſentement des parens, n'eſt pas obſervé en France, 40
Mariages contractés ſans le conſentement des parens, dans les Païs où le Concile eſt également obſervé en ce qui regarde la Diſcipline, & en ce qui regarde le Dogme & la foi, declarés valables, 40
Le conſentement tacite des parens, a-t-il le même effet que le conſentement exprès? 41
Le défaut de contradiction ou d'oppoſition induit-il ce conſentement? *la même.*
Les enfans d'un furieux ou d'un inſenſé, declaré tel en Juſtice, ont une liberté entiere de ſa matiere ſans aucun conſentement, 42
Le furieux ou l'inſenſé qui a des intervales lucides le peut auſſi, *la même.*
Le mariage entre aſcendans & deſcendans, eſt prohibé juſques à l'Infini, 42
Il n'y a eu que les fils & les filles d'Adam qui ayent pû ſans crime ſe marier enſemble, & pourquoi? *la même.*
En ligne collaterale, les parens ne peuvent ſe marier enſemble qu'au-delà du quatriéme degré, 43
Dieu, dans le Levitique, défend le mariage entre parens juſques aux oncles & tantes, avec leurs nieces & leur neveux, & non au-delà, *ibid*
Le Droit Canon les tolere avec Diſpenſe du Pape, & pourquoi? 43 & 44
Difference remarquable entre le Droit Canonique & le Droit Civil, pour compter les divers degrés de parenté, 44
Nous ſuivons en France la maniere de compter du Droit Canonique, pour les mariages, & celle du Droit Civil quand il s'agit de ſucceder, 407
Raiſons que les Papes & les Conciles ont eu pour étendre la prohibition du mariage entre parens, à des degrés plus éloignés que n'avoit fait le Droit Civil, & la Loi de Moïſe, 45
Les parens du mari deviennent les alliés de la femme, & ceux de la femme les alliés du mari, *la même.*
L'empêchement qui provient de l'affinité, eſt par le Droit Civil, le même que s'il provenoit de la conſanguinité, *ibid.*
Cet empêchement eſt encore le même en ligne collaterale, *ibid.*
Diſpenſes de mariage accordées en des degrés d'affinité, qu'on n'accorderoit pas ſur les degrés de conſanguinité, 46
Le Parrain ne peut épouſer ſa filleule, ni la Marraine ſon filleul, ou le pere de ſon filleul, *la même.*
Le Parrain peut ſe marier ſans Diſpenſe avec la Marraine, *ibid.*
L'alliance qui procede d'une conjonction illegitime, ne forme d'empêchement, que dans le premier & ſecond degré, *ibid.*

Contenuës dans cet Ouvrage.

Nulle difference entre la conſanguinité qui provient du crime, & celle qui provient du mariage, 47

L'abſence du mari ne peut jamais ſervir de prétexte à la femme, pour contracter un ſecond mariage, ſi elle n'a de preuves certaines de ſa mort, & qu'elles? *la même.*

La nouvelle de la mort ſe trouvant fauſſe, le mariage diſſous de plein droit, & la femme obligée de revenir à ſon premier mari, 47 & 48

L'empêchement qui naît des fiançailles, appellé d'honnêteté publique, quand a-t-il lieu? 48

La Diſpenſe de mariage obtenuë après la mort d'un des conjoints, a-t'elle un effet retroactif, & dans quel cas? 48 & 49

Les eſclaves qui ſe marient n'ont beſoin d'autre conſentement que de leur Maître, 49

La mort civile provenant de la condamnation à mort par défaut, aux Galeres perpetuelles, ou au banniſſement perpetuel, ne rend pas les condamnez incapables de mariage; elle ôte tous les effets civils du mariage contracté depuis la condamnation, & rend incapables de toutes ſucceſſions les enfans qui en ſont procréés; à moins que leur pere avant ſon decès n'ait été remis dans ſon premier état, ou qu'étant decedé dans les cinq ans de la Contumace, ſa veuve, ſes enfans, ou autres intereſſez, ayent fait purger ſa memoire, & remis par-là les choſes en l'état où elles étoient avant la condamnation executée figurativement, 49, 50, 51, 52. 368, 369, & 370

Une perſonne libre peut-elle ſe marier avec une Eſclave? 52

L'inégalité des biens & des conditions, la diſproportion de l'âge, une proſtituée que l'on croyoit vierge, & autres ſemblables erreurs, ne forment jamais aucun empêchement dirimant, & ne donnent aucune atteinte à la validité du mariage; il n'y a que la condition ſervile, que l'un des conjoints a caché à l'autre pour le tromper, qui donne lieu a la diſſolution, 52, 53 & 54

Les femmes qui ayant des enfans d'un premier lit, épouſent étant veuves, leurs valets ou domeſtiques, ne peuvent diſpoſer en aucune façon de leurs biens, ni faire aucuns avantages à leurs ſeconds maris, 53, 414 & 415

Les tuteurs, curateurs, ou leurs enfans peuvent-ils ſe marier avec leur pupille, ſans encourir aucune peine, & dans quelles circonſtances? 54

Du mariage du raviſſeur avec la perſonne ravie, & ſes ſuites, 54 & 55

Quels ſont ceux à qui le mariage eſt abſolument interdit? 55, 56, 57, & 58

La Profeſſion Religieuſe diſſout-elle le mariage? 56

La difference du culte & de Religion opere-t'elle le même effet? 58

La publication des Bans, & la Benediction Nuptiale par le Curé de ceux qui ſe marient, ſont eſſentiels pour la validité du mariage, 58, 60 & 61

Si la permiſſion par écrit du Curé originaire, ou de l'Evêque Diocéſain, eſt toûjours neceſſaire aux Parties qui vont épouſer ailleurs? 59

Que doivent faire les Curés avant les ceremonies de la celebration, & quelles peines ils encourent en ne le faiſant pas, *la même.*

Du mariage celebré par des Prêtres autres que les propres Curés des

contractans, 60
Cas ſingulier ſur le refus du Curé de départir la Benediction Nuptiale, propoſé pour ne pas être ſuivi, 61
Diſpenſe de Bans, *la même*, & 62
Le défaut de publication des Bans, met les mariez en mauvaiſe foi, & rend les enfans inhabiles & incapables de leur ſucceder, 62, 63, 366 & 367
Moyens d'abus pris du défaut de publication, 63
La publication des Bans, & la bonne foi des mariez ou de l'un d'eux, ſauve l'état des enfans, & les rend habiles à ſucceder, *la même.*
Cette bonne foi eſt arbitraire, & dépend des circonſtances du fait, *ibid.*
Quels ſont les mariages clandeſtins, & leurs effets? 63, 64 & 367
Des enfans qui ne viennent pas d'un mariage legitime, 64 & *ſuivantes.*
Mariages inceſtueux comment punis? 66
La Diſpenſe obtenuë *eſt poſt facto*, rehabilite-t-elle le mariage? 70
Mariage ſubſequent, legitime, *ipſo jure*, les enfans naturels quand ils ſont nés *ex ſoluto & ſoluta*, 66, 69. 70 & 72
Le mariage contracté *in extremis* ſubſiſte *quoad fœdus*, mais il ne produit aucuns effets civils, quand il y a preuve de la débauche précedente, & que le mariage a été contracté dans le tems de la maladie dont on decede, 70, 71 & 367
Le défaut de preuve de la débauche, donne lieu à confirmer le mariage, quoique contracté la veille; ou le jour même du decès, 366
La diſpoſition des Ordonnances comprend à cet égard, tant les femmes que les hommes, 71, & 367
Des Païs où le mariage émancipe, *voyés Emancipation.*
Si le mariage contracté par l'heritier avec la perſonne que le Teſtateur lui avoit prohibé le fait décheoir, & l'oblige à rendre l'heredité aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, avec reſtitution des fruits? 272
La mere qui ſe remarie ſans avoir fait nommer un tuteur à ſes enfans pupilles, rendu compte de ſon adminiſtration, & payé le reliqua, eſt privée de la ſucceſſion de ſes enfans decedez en pupillarité, & aſſujettie encore aux peines de celles qui ſe remarient dans l'année de deüil, 90, 91, 100. 398 & 399
Quelles ſont ces peines? *la même.*
Paſſent-elles aux enfans du ſecond lit? 90, 91 & 399
La mere mariée n'exerce plus la tutelle legitime, *voyés Tutelle.*
Les femmes qui malverſent ſont-elles ſujettes aux mêmes peines? 400 & 401
La minorité excuſe les meres qui ſe remarient *non petitis tutoribus*, dans la 25. année de leur âge, & non celles qui ſe remarient dans l'année de deüil, 400

Medecins.

Les Medecins qui tuent les malades, le font impunement, *errata Medicorum terra occultat*, 524

Mer.

La Mer qui avoiſine nos Côtes appartient au Roi, 124
Voyés Naufrage, Rivages, Peſche.

Meubles.

Cas auquel les meubles n'ont point de ſuite par hypoteque, 434
Voyés Saiſie.

Peut on

Peut-on ſuivre les meubles vendus entre les mains d'un tiers ? 478
De la maxime qui dit : *Meubles en France n'ont point de ſuite par hypoteque*, & de quelle maniere on doit l'entendre, 434, 478 & 537
De la vente feinte & ſimulée des meubles, & ſi le ſecond acheteur premier en poſſeſſion eſt preferé ? *voy. Vente.*

Mineur.

On ne doit jamais agir contre une Mineur ni traiter avec lui, ſans le faire aſſiſter par un Curateur, 107
Du mineur qui contracte en ſe diſant majeur, 108
La reſtitution du mineur profite-t'elle au majeur ? 310. *à la marge &* 459
Les meres qui ſe remarient étant mineures, *non petitis tutoribus*, ſont excuſées, & non celles qui ſe remarient dans l'année de deüil, 400
Le mineur débiteur principal ſe faiſant reſtituer, ſa caution demeure-t'elle obligée ? 459

Monitoire.

Monitoire ne peut être ordonné en fait de chaſſe, 139

Mort Civile.

Quelles ſont les condamnations qui font mourir civilement le condamné ? 76, 78 & 561
De quel jour eſt-il reputé mort civilement ? 78

Mortaillable.

Mortaillables ou Serfs de pourſuite, 14 & 15

Mur mitoyen.

Les Murs qui ſeparent nos maiſons ſont preſque toûjours mitoyens, 164
Tout mur ſeparant cour ou jardin, déclaré commun, s'il n'y a titre ou marque exterieure contraire, 164 & 165
Si celui qui veut bâtir contre un mur non-mitoyen le peut faire ? *voyés Bâtiment.*
Par la Coûtume de Paris, conforme en cela au Droit Ecrit, il n'eſt pas permis de faire aucuns jours ou ouvertures dans les murs mitoyens & communs, ſans le conſentement du voiſin, 165
Les autres Coûtumes du Royaume ſont-elles les mêmes ? *ibid.*
Uſage ou Coûtume non écrite dans la ville de Toulouſe, qui permet les ouvertures ou fenêtres dans les murs mitoyens, pourveu quelles ſoient hors du proſpect & élevées à dix pans du rés de Chauſſée, *la même.*
Pouvons-nous ouvrir le mur mitoyen qui nous eſt propre pour avoir vûë ſur le voiſin ? 166
Voyés Vûës.
Voyés Servitude de clarté ou de proſpect.

N

Naufrage.

A Qui appartiennent les effets échoüez ou naufragez, trouvez ſur le rivage, ou en pleine Mer, ou tirez de ſon fonds ; 162

Noble-Nobleſſe.

En France tous les hommes ſont Nobles ou Roturiers ? 16
La Nobleſſe n'eſt autre choſe que la

vertu ou la récompense de la vertu *la même.*
Le Roi seul peut accorder cette récompense, *ibid.*
Où doivent être verifiées les Lettres d'Anoblissement, pour que l'anobli puisse joüir des privileges & exemptions de la Noblesse ? 17
L'anoblissement purge le sang & la posterité de l'anobli de toute tâche de roture, *ibid.*
Des charges qui acquierent la Noblesse au pourvû & à la posterité : & de celles qui ne donnent qu'une Noblesse personnelle, 17 & 18
En quel cas la concession tacite de la Noblesse se fait-elle par l'investiture des fiefs de dignité ? 18 & 19
La Noblesse se perd par le crime lorsque le Jugement de condamnation degrade le condamné & sa posterité de l'ordre de la Noblesse, 19
Elle se perd aussi par la dérogeance, & comment ? *la même.*
Dans quel cas la dérogeance du pere ne nuit point aux enfans, & dans quel cas aussi ils doivent prendre par précaution des Lettres de Rehabilitation, 20 & 21
La Noblesse pour si ancienne qu'elle soit, ne peut avoir eû d'autre origine que la concession du Prince, 21
La possession seule, sans titre & sans concession, n'acquiert pas la Noblesse ; elle fait seulement présumer le titre, il la faut d'ailleurs justifier, & comment ? 22 & 23
La Verge annoblit, & le Ventre affranchit, 23 & 24
Pourquoi en Champagne, les enfans issus de peres roturiers, mais de meres nobles, furent annoblis ? 24

Nobles.

Les Nobles joüissent de divers privileges, 21
Ils ont leurs causes commises aux Sénéchaux au préjudice des premiers Juges Royaux, & non de ceux des Seigneurs, *la même.*
En matiere criminelle, ils peuvent demander d'être jugés par la Grand'-Chambre & la Tournelle assemblées, *ibid.*

Noms, Voix & Actions.

Noms & voix, s'entend de toute sorte de dettes & obligations, 469

Notaire.

Les Notaires, qui étoient toûjours choisis chez les Romains parmi les Esclaves, & achetez pour le service du public, pouvoient stipuler & acquerir pour les absens ; 231 & 451
Ils ne peuvent plus stipuler, ni acquerir pour les absens, & sont absolument personnes libres, 451
Les Notaires des Seigneurs ne peuvent passer aucuns actes entre les particuliers demeurant hors de leurs Jurisdictions, ni pour des choses situées hors des mêmes Jurisdictions, à peine de nullité, 417
Les Notaires Royaux ne peuvent instrumenter hors de leur district ; s'ils le font, les actes ne sont pas nuls, mais on les oblige à rendre ce qu'ils ont reçû, aux Notaires des lieux, & de leur remettre les originaux pour en delivrer les expeditions necessaires, *la même.*
Formalitez que les Notaires ne doivent pas omettre d'inserer dans l'acte, 457

Des Actes qui doivent être passés devant Notaire, *voyés Actes.*

Novation.

Cas ausquels la Novation peut avoir lieu, 507

La novation quoiqu'imparfaite & insuffisante pour l'extinction de la premiere obligation, suffit pour la décharge de la caution, 560. 507 & 508

La novation ne peut pas se faire au préjudice d'un tiers, 508

Nullité.

Comment doit-on entendre la maxime qui dit, les voyes ne nullité n'ont point lieu en France, 551

O

Obligations.

LA validité de l'obligation dépend du seul consentement des Parties, pourveu qu'elle n'ait d'ailleurs rien de contraire aux Loix & aux bonnes mœurs, 456 & 472

Des obligations qui ne produisent aucune action en Justice, *voyés Femme, Fils de famille.*

Difference de l'obligation autentique, à l'obligation privée, 415 & 416

Obligation par Contrat public, *voyés Contrats, Actes.*

Obligation verbale, *voyés Conventions.*

Si un pere peut s'obliger pour ses enfans ou les faire obliger sous son autorité? *voyés Puissance Paternelle.*

Des obligations usuraires, *voyés Usure.*

Des obligations qui ne commencent qu'en la personne des heritiers, 456 & 457

De la femme qui s'oblige pour tirer son mari de prison, *voyés femme.*

Quelles sont les obligations qui s'éteignent le plûtôt, au moyen des payemens, sur lesquels le debiteur ne s'est pas expliqué? 505

Des obligations contractées par les Commis, Prépolez, Agens, Administrateurs, & quand est-ce quelles sont personnelles contre eux, 544 & 545

Des obligations passées en Païs étranger, *voyés Contrat.*

Officier.

L'Officier degradé ne souffre aucun changement d'Etat, 93

Ordonnances.

Nos Rois ne font executer leurs Ordonnances, Edits & Declarations, qu'après la publication, verification & enregistrement aux Parlemens, & autres Cours superieures, 8

Ordonnances contiennent ordinairement plusieurs dispositions sur des matieres differentes, *la même.*

Ordres.

De la Bigamie qui met obstacle à la promotion aux Ordres sacrez, 47

Ouvrages.

A qui appartiennent les ouvrages faits de la matiere d'autrui? 151 & 152

P

Parrain.

DE la parenté ſpirituelle du Parrain & de la Marraine avec le filleul ou filleule, 46
Voyés Mariage.

Payement.

Le Débiteur qui paye peut choiſir & appliquer le payement à la ſomme qu'il lui plait, ſinon le créancier doit le faire, en prenant le parti qu'il prendroit s'il étoit débiteur lui-même, & ſi l'un ni l'autre ne le font pas, on impute le payement ſur la dette la plus preſſante & la plus dure, 504 & 505
Regle à tenir ſur ce point, 505
En Païs de Droit Ecrit les payemens s'imputent toûjours ſur les interêts, & ſubſidiairement ſur le capital, *la même.*
Au Parlement de Paris l'imputation ſe fait ſur le capital, à la reſerve des rentes conſtituées, & des dettes qui portent interêt de leur nature, ſans être demandées en Juſtice, comme les deniers dotaux, les legitimes, & le prix d'un immeuble, *ibid.*
Un débiteur peut-il anticiper le payement malgré ſon créancier? *la même. à la marge.*
Peut-il l'obliger à prendre des meubles, ou de biens fonds en payement? 504. 505 & 506
Le débiteur du pupille qui paye ſans permiſſion du Juge au tuteur, eſt-il liberé *ipſo jure*? 224
Le débiteur ne doit payer au mineur, ou au curateur du mineur, qu'autant qu'il y eſt condamné par Juſtice, *la même.*
On peut payer aux mineurs les interêts qui leur ſont dûs, même les arrerages de deux ou trois ans, mais non point les interêts échûs durant leur pupillarité, *ibid.*
On peut auſſi leur payer valablement les ſommes dotales compriſes dans leur Contrat de Mariage, *ibid.*
Peut-on repeter, même, avec les interêts, une ſomme qu'on a payé ſans devoir. 428
Le payement des penſions peut être exigé au commencement de chaque année, *voyés Penſion.*
Le créancier qui reçoit payement de partie de ſon dû, par un des coobligez, renonce-t'il à la ſolidarité? *Voyes Solidité.*
Le débiteur qui s'eſt obligé de payer à l'un & à l'autre de ſes créanciers l'entiere ſomme, n'eſt pas valablement liberé par le payement fait à l'un d'eux, 445 & 446.
Mais ſi l'obligation portoit qu'il pourroit payer l'entiere ſomme à l'un ou à l'autre, le payement fait à un ſeul ſeroit valable, 446
Du payement fait par la caution à la décharge du débiteur, *voyés Caution.*

Parenté.

Differente maniere de compter les divers degrez de parenté, ſoit en ligne directe, ſoit en ligne collaterale, 44. 406. 407. 408 & 409
Les droits du ſang, & de la parenté peuvent-ils recevoir aucun changement, 94
De la parenté par alliance, *voyés Mariage.*

Contenuës dans cet Ouvrage.

Parjure.

Le parjure peut-il être prouvé par des Actes découverts depuis le ſerment 539

Particule.

De la Particule conjonctive, & de la disjonctive ou alternative, 273

Pâturage.

Voyés Dépaiſſance.

Pauvreté.

Quelle portion de ſucceſſion accorde-t'on à celui des conjoints par Mariage, qui ſurvit & eſt en neceſſité, ſur les biens du predecedé ? 412 & 413

Peculat.

Du crime du Peculat, & de ſa peine, 566

Pecule Caſtrenſe.

Que doit-on entendre en pecule caſtrenſe ? 228

Le pere n'a aucun uſufruit ſur le pecule caſtrenſe de ſes enfans, *la même.*

Ni ſur les biens donnés à ſes enfans, ſous la condition qu'ils en joüiront, même pendants la vie de leur pere, *ibid.*

Ni ſur l'excedent de la legitime maternelle des enfans, donné ſous la même condition, *ibid.*

Ni ſur les portions de ſes enfans qui ſuccedent avec lui, à un de ſes autres enfans prédecedé, 229

Du pecule des Religieux, & s'ils en peuvent diſpoſer ? *voyés Religieux.*

Peine.

Toute peine corporelle eſt infamante, 558

Si la peine du crime paſſe à l'heritier du coupable ? *Voyés Crime, Heritier.*

Des peines pecuniaires, 527 & 528

Des ſtipulations penales, & ſi elles ont lieu ? 441 & 442

De la peine d'un plaideur temeraire, *voyés Plaideur.*

Penſion.

Le payement des penſions peut être exigé au commencement de chaque année, 439

Le penſionnaire viager par diſpoſition de derniere volonté, gagne la penſion de l'année dans laquelle il decede, *la même.*

Et le penſionnaire par Contrat, ne la gagne qu'à proportion du tems qu'il a vécu, *ibid.*

Les arrerages peuvent-ils en être demandez, & depuis quel tems ? *voyés Arrerages.*

Legs de penſion annuelle, *voyés Legs, Preſcription.*

Pêche.

Le droit de péche dans la Mer appartient au Roi, 128

Si la péche de la mer eſt libre à tous les Sujets de Sa Majeſté ? *la même.*

Le droit prohibitif de la péche dans la Mer, doit être fondé dans la conceſſion du Prince, ou ſur des aveus & dénombremens rendus avant l'année 1544. 129

La péche dans les rivieres navigables & non navigables, eſt regardée com-

me un droit Seigneurial dépendant de la Haute-Juſtice, 127 & 128
Le Roi tolere la liberté de la pêche dans toutes les rivieres qui lui appartiennent, 109
Peut-on preſcrire contre le droit prohibitif de la pêche? 129 & 130

Peremption.

Voyés Exception.

Perquiſition.

Peut-on rechercher les effets volez dans les maiſons ſoupçonnées, ſans permiſſion du Juge? 513

Perte.

La perte cauſée par le fait ou la faute d'autrui, ſe reduit aux dommages & interêts, 522 & 523

Plaideur.

De la peine des plaideurs temeraires, 557

Plagiere.

Ce que c'eſt qu'un plagiaire? 517

Plainte.

Le pere ou la mere qui a porté plainte contre ſon fils pour fait d'injures ou battement, ne peut plus le declarer innocent, ou lui pardonner, 528

Pigeonier, Pigeons.

De droit commun, tout particulier peut bâtir des pigeoniers, à moins de coûtume contraire, 145
Défenſes de tuer des pigeons, à peine de punition corporelle, *la même.*

Pierres précieuſes.

Des perles & pierres précieuſes qui ſe trouvent ſur le rivage de la Mer 146

Poſſeſſeur.

Le poſſeſſeur d'un heritage condamné à le délaiſſer, n'y peut être contraint, qu'en lui rembourſant les impenſes & meliorations, 153
Le poſſeſſeur qui a titre & joüit de bonne foi, a ſur les fruits naturels & induſtrieux, tous les avantages de la proprieté, 154, 155, & 160
Le poſſeſſeur qui a joüi par dol, fraude & voye de fait, d'un fonds qu'il ſçavoit appartenir à un autre, eſt tenu de rendre les fruits qu'il a perçu, ou qu'il a negligé de percevoir, à l'eſtimation d'Experts, 155, 156 559, & 560
Le poſſeſſeur qui a un titre pour joüir doit ſeulement rendre compte des fruits qu'il a perçu, 155
Si celui qui uſe de force & de violence contre le poſſeſſeur d'un fonds à raiſon duquel il y a procès, eſt déchû du droit de proprieté qu'il pouvoit y avoir? 522
Le poſſeſſeur expulſé par cette voye, a le choix de l'action civile, ou de l'action criminelle, 555 & 556
Lui eſt-il permis d'intenter ſucceſſivement l'une & l'autre, ou le Juge lui reſerver l'action civile quand il a commencé par l'action criminelle? 556
Du poſſeſſeur troublé, *voyés Complainte, Reintegrande.*

Poſtulation.

On ne peut poſtuler que comme Avo-

eat, ou comme Procureur, & ce qu'il faut plûtôt aux uns & aux autres, 27

Précaire.

Du précaire ſur les choſes venduës, *voyés Vente.*

Préference.

De la préference entre créanciers ſaiſir-faiſans, *voyés Saiſie.*

Prélation.

voyés Retrait feodal.

Prelegs.

Si le prelegs que fait le teſtateur eſt compris dans le fideicommis ? 350

Preſcription.

La preſcription trentenaire dans les Païs du Droit Ecrit, met fin à toute ſorte d'actions, 182
Sauf contre l'Egliſe. *Vide infra.*
La preſcription dort pendant la pupillarité, 195
Et en faveur des furieux & des imbecilles, *la même.*
Elle court contre les mineurs, mais ils peuvent en être reſtituez juſqu'à la trente-cinquiéme année ; à moins qu'elle n'eût commencé ſur la tête d'un majeur, à qui le mineur eût ſuccedé, parce qu'alors le mineur une fois devenu majeur, n'a de tems pour la reſtitution, qu'autant qu'il en manque pour que la preſcription ſoit accomplie, 190 & 195
La preſcription de dix & de vingt ans pour les actions hypotequaire, ne court pas contre les mineurs ni les pupilles, 195
De la preſcription des effets mobiliaires, 182
La preſcription de dix ans & de vingt ans adoptée dans les païs coûtumiers & rejettée dans les païs regis par le Droit Ecrit, qui lui a ſubſtitué la preſcription de trente ans, 183, 184, 185, 192, 193, & 194
Si la bonne foi n'eſt neceſſaire qu'au commencement de la preſcription, ou ſi elle doit durer juſqu'à la fin ? 193 & 194
De la preſcription des actions hypotecaires en faveur d'un tiers acquereur, du tems qu'il faut pour les acquerir, & de la difference qu'il y a à cet égard entre les Païs du Droit Ecrit, & ceux de coûtume, 184, *ſuiv.* & 192
Dans les Païs coûtumiers, la bonne foi eſt eſſentiellement requiſe depuis le commencement juſqu'à la fin, 185
Et dans ceux du Droit Ecrit, la connoiſſance doit venir de la part du créancier, obligé de denoncer ſon hypotéque, *la même.*
Dans le concours de l'action perſonnelle, & de l'action hypotequaire, la preſcription de cette derniere eſt prorogée juſqu'à quarante ans dans tous les Païs Coûtumiers, & juſqu'à trente ans dans ceux du Droit Ecrit, *ibid.*
Pour pouvoir preſcrire l'action hypotequaire, il faut que la choſe hypotequée ait paſſé en proprieté des mains du débiteur, & à celles d'un tiers, & comment ? *ibid.* & 186
Les legataires & donataires particuliers, peuvent-ils preſcrire cette action, ou ſeulement les acquereurs ? *la même.*
Les acquereurs qui n'ont pas joüi & poſſedé, ne peuvent pas preſcrire l'action hypotequaire, 186

Il faut vingt ans pour preſcrire l'action hypotequaire, & autres, contre l'Egliſe, dans le cas même qu'elle ſuccede à un particulier, 189, 190; & 195

Les créanciers qui veulent interrompre la preſcription de l'action hypotecaire, doivent faire ordonner que les fonds alienez pour leur débiteur, leur ſoient affectez & hypotequez, 538

Le Jugement qui declare l'hypoteque, proroge l'action pendant trente ans, *la même, à la marge.*

L'abſence pour le ſervice du Roi, interrompt & ſuſpend la preſcription, 187

Si lorſque le créancier, ou le poſſeſſeur, a été partie abſent, & partie preſent, il faut vingt années pour la preſcription hypotequaire, ou s'il ſuffit d'ajoûter aux dix ans, autant d'années qu'il a été abſent, 187 & 188

La preſcription de la liberté contre les ſervitude, s'acquiert par la non-joüiſſance de trente ans, 173

Elle court contre les ſervitudes ruſtiques, du jour que celui qui a droit de ſervitude a ceſſé d'en uſer, *la même.*

Et contre les ſervitudes urbaines du jour de la contradiction, *ibid.*

Les choſes publiques, comme ruës, places & chemins Royaux, ſont impreſcriptibles, 188

Les choſes ſaintes & ſacrées le ſont auſſi, *la même.*

Ne doivent pas être confonduës avec les biens appartenant à l'Egliſe, 190

Les biens de l'Egliſe ſe preſcrivent par quarante ans, 188

A compter du decès de l'Eccleſiaſtique qui a mal aliené, ou ſous lequel la preſcription a commencé, 189

Les biens donnez à l'Egliſe à raiſon des fondations ſe preſcrivent auſſi par quarante ans, 191

Et les rentes données à mêmes fins, ſont impreſcriptibles, 190 & 438

Du privilege de ces rentes, *voyes Rentes.*

Tout ce qui regarde les droits Caſuels, & les revenus annuels des Beneficiers, eſt ſujet à la preſcription de trente ans, 191

Les ſerfs de main-morte, ou mortaillables, ne peuvent preſcrire franchiſe, *la même.*

La preſcription de trente ans couvre tout ce qu'il peut y avoir de vicieux, & dans le titre, & dans la choſe, 192

Le Domaine de la Couronne eſt-il impreſcriptible, ou ſujet à la preſcription immémoriale, *la même.*

Les choſes avenuës au Roi, par confiſcation, droit d'aubaine, de bâtardiſe, de desherence, ou autrement, non unies ou incorporées au Domaine, ſe preſcrivent par trente ans, *ibid.*

Voyés Domaine.

Lods & ventes, quints, requints, & autres droits Caſuels dûs à Sa Majeſté, pour raiſon des fiefs & Seigneurs mouvans de la Couronne, ſe preſcrivent auſſi par trente ans, *la même.*

Des Droits du Roi qui ne preſcrivent jamais, 193

De la preſcription d'un an & de ſix mois, 194

Celle-ci n'acquiert de liberation au débiteur, qu'autant qu'elle fait préſumer le payement; le débiteur ne pouvant éviter de jurer ſi le ſerment lui eſt déferé, 426

Quel tems faut-il pour preſcrire le droit de desherence? 406
Le dépoſitaire peut-il preſcrire le dépôt qui lui a été confié? 432 & 433
Le legs d'une penſion annuelle eſt impreſcriptible, & pourquoi? 438
Les pourſuites faites par le créancier contre un des coobligez, interrompt la preſcription à l'égard des autres, 448
L'interpellation faite au débiteur, interrompt la preſcription, tant contre lui, que contre la caution qui s'eſt obligée ſolidairement ſans diviſion ni diſcuſſion, 446
Le payement des interêts ou de partie du capital fait par la caution, prorogent bien la preſcription en faveur du créancier, mais ne prorogent pas l'action de la caution contre le débiteur, laquelle ſe preſcrit dans trente ans à compter de chaque payement, *la même.*
La faculté de rachat ſtipulée dans un Contrat de vente, ſe preſcrit par le laps de trente ans, 480
L'action tutelaire eſt ſujette à la preſcription trentenaire, 502

Prêt.

Celui qui emprunte, n'eſt jamais obligé de rendre la même choſe, mais ſeulement la même quantité, poids ou meſure, 418
Si la choſe empruntée vient à perir, elle eſt perduë pour celui qui a fait l'emprunt, *la même.*
Celui qui prête de l'argent, ne peut ſtipuler valablement aucun interêt, *la même*, & 423
Il peut l'exiger du jour de l'interpellation judiciaire, quand il eſt obligé d'en venir là, par le défaut d'exactitude du débiteur, à le rembourſer au tems convenu, 419
La requiſition faite par acte extrajudicier, ne fait pas courir les interêts, *la même.*
Ni un Commandement fait en vertu des Lettres de rigueur appoſées au Contrat, *ibid.*
Les interêts ſont dûs du jour de l'aſſignation, quoiqu'il n'en ſoit pas parlé dans l'exploit, ni dans le Jugement de condamnation, *ibid.*
Le Parlement de Toulouſe juge que le débiteur qui a liquidé, ou payé volontairement des interêts d'une ſomme prêtée, ne peut ni les repeter, ni les imputer à moins qu'ils n'euſſent été pris ſur un pied plus fort que celui reglé par les Ordonnances, 419, 420 & 421
Et au Parlement de Paris on ordonne l'imputation ou reſtitution, 420
Des interêts qu'il eſt permis d'exiger après la demande judiciaire, *la même.*
Voyés Interêt.
Voyés Payement.
Du Prêt ſur Gage, *voyés Gage.*
Du Prêt fait à un Fils de Famille, *voyés Fils de Famille.*

Prêt à uſage.

Le commodat ou prêt à uſage, eſt la choſe que l'un baille à l'autre pour s'en ſervir gratuitement, à la charge de la rendre après un certain tems, 429
Si la choſe ainſi prêtée perit par accident, elle eſt perduë pour le préteur, *la même.*
Si elle ſe perd par la faute de celui qui l'a empruntée, il en eſt reponſable, *ibid.*
Il eſt même garant du cas fortuit lors-

qu'il s'en ſert à d'autres uſages que ceux pour leſquels elle a été prêtée, *ibid.*
Dans le doute, la préſomption eſt toûjours, que la choſe a peri par la faute de celui qui l'a empruntée, s'il ne prouve le contraire, *la même.*
La choſe prêtée eſt perduë pour le Maître lorſqu'elle perit en ſa preſence, *la même.*
Le commodataire créancier du prêteur ne peut pas la retenir pour la sûreté de ſa dette, ni uſer de compenſation, *la même.*

Préterition.

Tout teſtament par lequel un fils a été préterit, omis ou oublié par ſon pere, eſt nul; mais eſt-il nul, tant pour l'inſtitution que pour les legs, fideicommis, & autres diſpoſitions? 258, 259, 260, 261 & 266
La préterition d'un fils condamné à mort par défaut qui purge enſuite la contumace, rend nul & inutile le teſtament, 259 & 387
La préterition faite *ignoranter*, rend nul le teſtament, & toutes les diſpoſitions qu'il contient, 260
Et la préterition faite *ſcienter*, n'emporte que l'inſtitution hereditaire, ſans donner atteinte aux autres diſpoſitions, *la même.*
Si la nullité fondée ſur la préterition eſt couverte par la clauſe codicillaire? 160 & 161
Si la préterition d'un poſtume rend nul le teſtament? 262
L'inſtitution vague du poſthum ou poſthumes s'étend à tous les enfans nés depuis le teſtament, & empêche la préterition, 262, 263, 287 & 288
La préterition eſt couverte par la mort du fils préterit arrivée pendant la vie du pere, 263
L'approbation expreſſe du teſtament par le fils préterit, n'empêche pas les autres enfans de ſe plaindre, & de demander un partage égal des biens délaiſſez par leur pere commun, 263 & 266
Ce que les plus proches parens en defaut d'autres enfans, ne peuvent pas faire, 264
Le poſthume préterit, pour rendre le teſtament nul, doit naître vif ou viable, & n'avoir rien de monſtreux, 264
Arrêt remarquable ſur cette matiere, *la même.*
La préterition des petits fils entrez au degré de leur pere decedé, rend nul le teſtament de l'ayeul, *ibid.*
Les petits fils, dont le pere a été juſtement exheredé, peuvent ſe plaindre de la préterition ou exheredation que leur ayeul a fait de leurs perſonnes, lorſque leur pere eſt mort avant leur ayeul, & non pas lorſque l'ayeul a ſurvêcu à leur pere, ou que l'exheredation vient à l'occaſion d'un mariage qui ôte les effets civils aux enfans, 264 & 265
La préterition d'un ſeul de ceux qui ont droit de legitime, rend le teſtament nul quant à l'inſtitution, fideicommis & ſubſtitution, ſans préjudice des autres diſpoſitions, 266
La préterition d'un enfant né depuis le teſtament, annulle le teſtament, & non la préterition d'un fils adopté, 287
La préterition faite par la mere, eſt regardée comme une exheredation, 266 & 295
La préterition de la mere ne rend pas le teſtament moins nul que la préterition du pere, 295
L'effet de l'omiſſion & de la préteri-

tion d'un fils donataire, eſt le même que celle de l'omiſſion d'inſtituer un fils legataire, 309
On peut prévenir toute conteſtation, en inſtituant nommement dans la derniere diſpoſition en la choſe donnée, *la même.*

Prévenu.

On ne peut décreter ſans avoir plûtôt informé, ni conduire en priſon ſans decret de priſe au corps, 513
Si fait bien un voleur pris en flagrant délit; *ibid.*
Voyés Crime.

Preuve.

Si la preuve par témoins de choſe, excede la ſomme ou valeur de 100. livres, peut être ordonnée ſans commencement de preuve par écrit? 430 & 431
Il eſt défendu de recevoir aucune preuve vocale contre & outre le contenu aux actes, ni ſur ce qui eſt allegué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, 445
Cela n'exclud pas la voye de l'inſcription de faux, *la même.*

Priſe à partie.

Cas auſquels on peut intimer & prendre à partie les Juges, *voyés Juge intimé.*

Priſe faite ſur les Ennemis.

Les biens fonds pris aux ennemis, appartiennent au Roi, 145
Et les effets mobiliaires aux ſoldats qui en ſont les premiers ſaiſis, à l'exception des drapeaux, timbales & caiſſe militaire, *la même.*
L'Amiral à le dixiéme des priſes faites ſur mer; *ibid.*

Priſon.

Peut-on mettre en priſon ſans decret de priſe au corps? 513

Priſonnier de guerre.

La victoire ne change point l'état des perſonnes, 15 & 257
Le priſonnier de guerre conſerve tous les droits de famille & de cité; 387

Privilege.

Privileges ſur choſes venduës, *voyés Vente.*
Privilege de la Dot, *voyés Dot.*
Privilege entre créanciers, *voyés Créanciers, Hypoteque.*

Procedure.

Les Procedures faites, & les Jugemens intervenus depuis le decès de l'une des Parties ou d'un Procureur conſtitué, arrivé avant que le Procès ſoit en état, ſont nuls s'il n'y a repriſe & conſtitution de nouveau Procureur, 500
Toutes les pourſuites faites juſques à la ſignification du decès ſont valables, *la même.*
La Procedure extraordinaire, ne doit être ordonnée que quand le délit merite peine afflictive, 529 & 530
On peut pendant tout le cours de la Procedure, propoſer ſes exceptions & défenſes, & comment? 553 & 554

Prodigue.

Des Prodigues, 108

Procuration.

Des choſes qui doivent être obſervées en fait de Procurations, 499
La procuration finit par la mort ou revocation du conſtituant, & par la mort ou renonciation du conſtitué, 500
La Procuration *ad reſignandum*, ne peut être miſe à execution après l'année, *la même.*

Procureur.

Les Proviſions du Roi, & l'âge de vingt-cinq ans neceſſaires à un Procureur, 27
En France nul ne plaide par Procureur que le Roi, 548
Cas auquel les Seigneurs Juſticiers plaident par Procureur, *la même. à la marge.*
L'inſtruction des Procès ſe fait par le miniſtere des Procureurs, mais elle eſt toûjours au nom des Parties, 548
Le pouvoir d'un Procureur eſt borné à ce qui regarde la Procedure, *la même.*
Quand il faut faire des offres, tranſiger, affirmer, reconnoître une piéce ou la déſavoüer, s'inſcrire en faux, accepter ou repudier, & autres actes qui regardent le conſtituant, le Procureur ne peut rien faire ſans une procuration ſpeciale, à moins de s'expoſer au deſaveu, & aux dommages & interêts des parties, 548 & 549
Cas où on peut plaider ſoi-même, *voyés Demandeur.*
Du Procureur conſtitué, *voyés Procedure. Procuration.*

Promeſſe.

Celui qui promet de faire faire, ou de faire donner à un tiers, ſe ſoûmet aux dommages & interêts par l'inexecution de la promeſſe, 450 & 451
La promeſſe qu'un tiers fera ou donnera, n'oblige en rien, *la même.*
De la promeſſe qu'un pere fait à ſon fils, que ſa femme lui donnera, ou qu'il lui fera donner à ſa femme, 451 & 458

Proxenette.

Des effets baillez à un proxenete pour être vendus ou engagez, 436 & 519

Pupille.

Le pupille ne peut paſſer aucun acte obligatoire ſans l'autorité de ſon tuteur? 102 & 113
Voyés Tutelle, Tuteur, Interêts, Compte.

Puiſſance paternelle.

Dans les Païs du Droit Ecrit, la puiſſance paternelle a les mêmes effets que par les dernieres Loix des Romains, 33
Dans les Coûtumiers, les peres n'ont guere plus de droit que les tuteurs, *ibid.*
De la puiſſance de l'ayeul paternel ſur ſes deſcendans du côté des mâles, *la même.*
Le condamné mort civilement ne peut avoir des enfans en ſa puiſſance, ni être lui-même en la puiſſance de ſon pere, 76
Le condamné à mort par défaut doit

l'état eſt en ſuſpens pendant la Contumace, en conſerve les droits, 77
Des Charges qui affranchiſſent de la puiſſance paternelle, *la même.*
Quand eſt-ce que le droit ou l'exercice de la puiſſance paternelle eſt regardé comme ſuſpendu, ou perdu de fait & non de droit ? 78
Cas auquel le pere en retenant la puiſſance paternelle en perd les avantages, 84
Un pere eſt regardé comme le Procureur legal & legitime adminiſtrateur de ſes enfans, il peut s'obliger valablement pour eux, & les faire obliger eux-même ſous ſon autorité, 454
La puiſſance paternelle ſe perd par l'émancipation. *voyés Emancipation.*

Q

Quantiminoris.

C'Eſt la moins valuë de la choſe alienée, dont le vendeur eſt tenu, lorſqu'il a caché ou laiſſé ignorer à l'acquereur, le vice qui en diminuë la valeur, 483

Quarto falcidie.

La falcidie peut être prohibée par le Teſtateur expreſſement ou tacitement, en tout ou en partie, pour certains legs, & non des autres, 340 & 341
La prohibition de détraire la falcidie ſur certains legs, eſt à la charge des autres legataires, ſur leſquels l'heritier retient à concurrence de l'entiére Quarte, 341 & 343
La falcidie ne ſouffre aucun retranchement par les donations faites à l'heritier, 341 & 342
Le fils heritier de ſon pere avoit le choix, l'heredité ſe trouvant épuiſée par des legs, de prendre la falcidie, ou la legitime, & l'art. 56. de l'Ordonnance de 1735. il peut detraire la falcidie ſur les legs, la trebellianique ſur les fideicommis, & retenir la legitime, 342 & 343
La falcidie ne peut être priſe ou detraite ſur les legs laiſſez aux enfans du Teſtateur, 342
Tout heritier qui n'a pas fait inventaire perd la falcidie, 341 & 348
La prohibition de faire inventaire eſt une prohibition tacite de toute quarte, *la même.*

Quarte Trebellianique.

Le fils inſtitué heritier par ſon pere & chargé de rendre l'heredité, peut retenir la legitime & la trebellianique, 342
Tout heritier grevé a la liberté de retenir la trebellianique lorſqu'il reſtituë le fideicommis, 347
Les enfans peuvent détraire la legitime & la trebellianique tout enſemble, *la même.*
Ne ſont pas obligez d'imputer les fruits ſur cette quarte ſi le Teſtateur ne l'ordonne par exprès, 347 & 357
N'en peuvent être exclus que par une prohibition expreſſe, 348
Les heritiers étrangers ſont ſujets à cette imputation, *la même.*
Ils ſont payez de la quarte par la joüiſſance de dix ans, *ibid.*
Exemple pour connoître la prohibition tacite de la quarte, *ibid.*
S'il eſt permis à l'heritier grevé de détraire la trebellianique nonobſtant le défaut d'inventaire, 348
Cette quarte ne diminuë pas les Legs, 349

Si la permiſſion donnée par le Teſtateur à l'héritier grevé de retenir une certaine ſomme, ou un certain fonds eſt regardée comme une prohibition tacite de la quarte ? 349 & 350

La quarte trebellianique peut être detraite par les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, lorſqu'ils reſtituent au moyen de la clauſe codicillaire, 351

A moins de prohibition, 362

De la quarte que les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, obligez de rendre à l'heritier inſtitué par l'effet de la clauſe codicillaire, peuvent détraire, 351

Si les ſucceſſeurs qui rendent en vertu de cette clauſe, ſont les enfans du Teſtateur, & que la détraction de la legitime & de la quarte ſe faſſe en des tems differens, ils peuvent les détraire toutes deux ? *la méme.*

Queſtion difficile.

Dans les queſtions difficiles on peut uſer de temperament ſans prononcer à la rigueur, 278

R

Rabattement.

L'Action en rabattement de decret étoit ſuivant la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, de 20. ans pour les decrets émanez des Juriſdictions inferieures, & de dix pour ceux obtenus par Arrêt ; elle eſt aujourd'hui fixée indiſtinctement à dix ans, 221, *& à la marge.*

Le debiteur diſcuté, & ſes enfans ſont les ſeuls qui peuvent intenter cette action, *la méme.*

Le tems du rabattement, court ſans diſtinction d'âge, & ſans eſpoir de reſtitution, 222

Rançon.

Le pere eſt tenu de racheter ſon fils detenu en captivité, & de rembourſer la rançon quoique payée ſans ſon ordre, 27.

Rapport des Biens.

Si les choſes données ſont ſujettes au rapport ? *voyés Donation, Imputation, Legitime.*

Rapt.

Le crime de rapt avec force & violence comment puni ? 55.

Voyés Gravidation, Mariage.

Ceux qui raviſſent & enlevent les enfans, ſont punis comme les aſſaſſins & les homicides, dont ils imitent la cruauté, 507.

Ratification.

Celui qui s'oblige de faire ratifier, ſe ſoûmet aux dépens, dommages & interêts en cas d'inexecution, 458

Receleur.

Ceux dans la maiſon de qui on trouve les effets volez qu'ils y avoient reçu pour les receler comme des effets volez, ſont punis auſſi ſeverement que les voleurs même, 513 & 514

Recherche.

Si on peut faire des recherches pour les effets volez, *voyés Perquiſition.*

Réciſion.

Voyés reſtitution en entier.

Contenuës dans cet Ouvrage.

Reglemens.

Il n'appartient qu'au Roi de faire des Reglemens generaux pour la Police du Royaume : & aux Parlemens dans l'étenduë de leur Reſſort, 6 & 7

Rehabilitation.

Si l'Eccleſiaſtique condamné en une amende de 10. ſols doit ſe faire rehabiliter ? *voyés Amende.*

Reintegrande.

Que faut-il faire quand on a été depoſſedé par violence ou voye de fait? 516

Le poſſeſſeur de bonne foi peut agir pour être reintegré, tout comme feroit le veritable proprietaire, 534

La reintegrande a pour objet de recouvrer la poſſeſſion que l'on a perduë par violence en voye de fait, 554 & 555

Celui qui a uſé de violence ou de voye de fait, doit retablir celui qu'il a depoſſedé, avant de pouvoir être écoûté, quand même il ſeroit le veritable proprietaire, & qu'il le juſtifieroit ſur le champ, 555

Relegation.

Ce que c'eſt, 77

Religieux.

Les Religieux ſont morts au monde, & ne ſont comptez en rien pour les effets civils, 16

Il y a des Religieux à qui il eſt permis de diſpoſer de leur pecule par acte entre-vifs, & non à cauſe de mort, 25 & 29

Si la Profeſſion Religieuſe faite avant 16. ans accomplis eſt nulle de plein droit, ou s'il faut que le Religieux en reclame dans les cinq ans, & des effets qui s'enſuivent, 34 & 35

La Profeſſion Religieuſe donne lieu à l'ouverture de la ſubſtitution, 93

L'uſufruit eſt-il par-là éteint ? *voyés Uſufruit.*

Si les Communautez Religieuſes peuvent acquerir par le moyen de leurs Moines ? 178 & 231

Si elles peuvent être inſtituées heritieres ? *voyés Heritier.*

Si les Religieux peuvent recevoir des legs ? *voyés Legs.*

Rentes.

La Rente Seigneuriale peut-elle augmenter, ou diminuer proportionnellement au croit ou decroit du fonds qui la doit, 147

Rentes obituaires ſont impreſcriptibles, *voyés Preſcription.*

Du privilege de l'Egliſe à raiſon du payement des rentes obituaires contre les heritiers du Fondateur, & les acquereurs ou poſſeſſeurs des biens qui les doivent, 190

Arrerages de ces rentes, depuis quel tems ſont-ils dûs ? *voyés Arrerages.*

Toutes rentes conſtituées en grains, de quelque tems, & à quelque prix que ce ſoit, reductibles en argent, 424 & 425

Une rente conſtituée en grains, n'acquiert point la qualité d'une rente fonciere, 425

Toute rente établie autrement que *in traditione fundi*, regardée comme volante, reductible, rachetable & preſcriptible, *la même.*

La rente créée ſur un fonds allodial eſt-elle fonciere ? *ibid.*
Arrerages de rente conſtituée depuis quand ſont-ils dûs ? *voyés Arrerages.*
Peut-on en fait de rente conſtituée exiger une nouvelle caution, la premiere étant devenuë inſolvable ? *voyés Caution.*

Renonciation,

La renonciation vague & generale à tous droits paternels & maternels, faite en recevant le legat qui ne répond pas à la legitime, n'eſt pas un obſtacle à la demande du ſupplement, qui peut être formée ſans lettres de reſtitution, 306
Par la renonciation ſpeciale, le fils eſt exclus de cette demande en ſupplement, à moins qu'il ne ſoit conſiderablement lezé, & qu'il vienne dans les dix ans des actions reciſoires, par lettres de reſtitution en entier, *la méme.*
Quand eſt-ce que le créancier renonce à la ſolidarité ? *voyés Solidarité* ou *Solidité.*
Le Religieux qui a un legs annuel tenant lieu d'alimens, ne peut y renoncer ſans le conſentement de la Communauté, 178

Raparations.

Les reparations impenſes ou meliorations utiles & neceſſaires, doivent être payées avant de pouvoir dépoſſeder, 153
Exception venant du défaut de liquidation, *la méme.*
Des reparations voluptueuſes, *ibid.*
Les circonſtances en cette matiere rendent toûjours la déciſion arbitraire, *ibid.*

Repreſentation.

Du droit de repreſentation entre deſcendans, *voyés Succeſſion des enfans & autres deſcendans.*
S'il a lieu entre aſcendans, *voyés Succeſſion des aſcendans.*
De l'effet de la repreſentation, *voyés Succeſſion des collateraux.*

Répudiation.

La répudiation d'heredité n'a rien d'injurieux pour le défunt, 25
On donne à l'heredité repudiée (appellée p r-là jacente) un curateur avec qui les créanciers font leurs pourſuites, *la méme.*
Le donataire ſoit univerſel ou particulier, qu'il ait fait inventaire ou non, peut repudier en tout tems, 103 & 201
L'heritier qui a fait inventaire, le peut auſſi en rendant compte des effets & joüiſſances, *voyés Inventaire.*
Le fils qui repudie l'heredité de ſa mere, peut retenir la virile à laquelle il a été nommé, 103, *à la marge.*
La repudiation ou renonciation à une ſubſtitution fait-elle un degré ? *voyés Subſtitution.*
A qui doit appartenir l'heredité ou ſucceſſion repudiée, *voyés Succeſſion.*

Requéte Civile.

Un Arrêt qui adjuge plus qu'il n'eſt demandé, peut être attaqué par Requête civile. 542

Reſtitution en entier.

La reſtitution en entier eſt toûjours un benefice du Prince, 551

Où

Où doivent être priſes, & adreſſées les Lettres en reſtitution, la même.
Toutes Lettres en reſtitution doivent être impetrées & ſignifiées dans les dix ans de l'acte, ou de la majorité accomplie, 551
La reſtitution du mineur profite-t'elle au majeur? 310, à la marge.
Le fils de famille qui veut venir contre l'obligation qu'il a contracté pour cauſe de prêt, doit-il prendre des Lettres dans les dix ans de l'obligation de ſon émancipation, ou du decès de ſon pere? 454
Si l'exception *non numeratæ pecuniæ*, qui tend à emporter un acte, doit être propoſée dans les dix ans? Voyez *Exception.*

Reſcript.

C'étoit un Reglement émané du propre mouvement du Prince pour le bien de ſes Sujets, 8

Retour.

Par le droit de Retour les biens donnez reviennent au donateur, quand il ſurvit au donataire, ou au donataire & à ſes enfans decedez ſans enfans, 214
Ils y reviennent exempts de toutes hypoteques, ſauf de la dot & augment de la femme en cas d'inſuffiſance d'autres biens, la même. Voyez *Dot.*
Cela n'a pas lieu pour les heritiers étrangers de la femme, *ibidem.*
Cas ſingulier où l'exiſtance des enfans n'empêche pas le retour, *ibidem*, à la marge.
Le droit de retour n'a lieu qu'en faveur des peres, meres, ayeuls, ayeules, freres, ſœurs, oncles, & tantes paternels & maternels, & non d'alliance, 214
Les donateurs qui ſtipulent le retour, ſoit parens ou étrangers, en joüiſſent auſſi relativement à leur ſtipulation, la même.
Quand eſt-ce que le donateur tranſmet à ſes heritiers l'eſperance du droit de retour? 215
Le droit de retour n'a point lieu à l'égard des peres & des meres naturels, 402

Retrait féodal.

Le Seigneur conſerve le droit de Retraire pendant 30. ans, à compter du jour du Contrat de vente, à moins que l'acheteur le lui dénonce par acte, auquel cas il n'a qu'un an du jour de la ſignification, 489
Il a le choix d'uſer du droit de prélation, ou d'exiger le lods pour l'inveſtiture, la même.
En fait d'échange le Retrait a-t'il lieu? 475 & 476

Retranchement.

Du retranchement qui ſe fait par inofficioſité, en matiere des choſes données, lorſque les enfans ne trouvent pas leur legitime ſur le reſtant des biens, Voyez *Donation*, *Dot*, *Inofficioſité*, *Legitime*, *Subſtitution.*
La falcidie n'en ſouffre pas, Voyez *Quarte falcidie.*
Les legs faits aux enfans du Teſtateur ne peuvent être retranchez par la falcidie, 342 & 343
Les legs pies n'y ſont pas ſujets non-plus, 343

Revocation.

Revocation de Donation, Voyez *Donation revoquée.*
Le premier Teſtament revoqué par un

poſterieur, reprend ſa force, ſi celui-ci eſt rayé & batoné, 288
Revocation par la clauſe dérogatoire, Voyez *Clauſe dérogatoire.*
Les Teſtamens faits en faveur des enfans ou de la cauſe pie, ne ſont point revoquez par des teſtamens poſterieurs, ſi ceux-ci ne contiennent une revocation expreſſe, 289

Rivages.

Qu'eſt-ce qui eſt reputé bord & rivage de la mer? 130
Les rivages de la mer, & la mer même qui avoiſine nos Côtes appartiennent au Roi, 124
On ne peut rien faire ſur le rivage de la mer qui porte préjudice à la navigation, 125
Des rivages ou marche-pieds des Rivieres navigables, Voyez *Riviere.*

Riviere.

Quels ſont les Fleuves & Rivieres navigables? 125
Les Fleuves & Rivieres navigables appartiennent au Roi, 125 & 126
Exception à cette regle en faveur des proprietaires des Iſles, Iſlots, atteriſſemens, droits de Peſche, Peages, Paſſages, Bacs, Batteaux, Ponts, Moulins, & autres Edifices & droits ſur les Rivieres navigables, par inféodation, Contrats d'alienation, engagemens, aveus & dénombremens, rendus au Roi avant l'année 1566. 125
Et pour les poſſeſſeurs par actes autentiques, de poſſeſſion commencée avant le premier Avril 1566. en par ceux-ci payant le vingtiéme du revenu annuel, 125 & 126
La proprieté des rivages ou marche-pieds des Rivieres navigables, appartiennent au Roi, 130
Quel eſpace de terre doivent laiſſer à cet effet les Riverains? la même.
A qui appartient le lit que la Riviere quitte pour en occuper un autre? 149 & 150
Le Roi tolere que la proprieté des Rivieres non-navigables appartienne aux Seigneurs Hauts Juſticiers, au territoire deſquels elles coulent, 126 & 150
Et que pour celles qui partagent deux Juriſdictions, chaque Seigneur de ſon côté en ait la proprieté, 126
Les Fleuves & Rivieres navigables appartiennent au Roi, aux endroits où ils commencent d'être navigables; & aux Seigneurs Hauts-Juſticiers, aux endroits où elles ne le ſont pas, 127
Si la Riviere après avoir quitté ſon lit ordinaire, vient à le reprendre, ce nouveau lit abandonné appartient-il au Roi, ou au Seigneur Juſticier, ou revient-il aux anciens proprietaires du fonds? 150
Motte-Ferme, ou partie du fonds qui demeure en terre ferme, conſerve droit au proprietaire en la partie inondée, 151

Roi.

Le Roi de France ne releve que de Dieu ſeul, 2 & 7
Les Rois ſeuls en France peuvent faire des Loix, 7

Ruiſſeaux.

Les Ruiſſeaux appartiennent aux proprietaires des fonds dans leſquels ils coulent, ſans qu'ils puiſſent en arrêter ou détourner le cours, ſi l'eau n'y prend ſa ſource, 126
Voyez *Source d'eau.*

S

Saiſie.

LA préference entre deux ou pluſieurs créanciers ſaiſiſſant les mêmes meubles, & reglée par la datte des ſaiſies, & non par la priorité des hypoteques ; ainſi celui qui a ſaiſi le premier avec déplacement des effets, l'emporte au Parlement de Toulouſe, 434 & 435
Et non au Parlement de Paris s'il y a inſuffiſance d'autres biens, 435
En eſt-il de même d'une ſomme bannie & arrêtée ? la même.

Senatus-Conſulte.

C'étoient des Ordonnances ou déliberations du Senat Romain, qui n'avoient force de Loi qu'après que le Peuple aſſemblé les avoit approuvées, 5

Sepulture.

Les lieux deſtinez à la ſepulture ſont-ils regardez comme des lieux ſaints & religieux ? 133
Peuvent-ils revenir dans le commerce ; & comment ? la même.
L'enterrement doit être fait à l'Egliſe Parroiſſialle, à moins que le défunt n'en ait diſpoſé autrement, *ibidem.*
Le Curé du lieu où le défunt eſt mort doit toûjours faire la levée du corps, le conduire à l'Egliſe où il eſt inhumé, & partager avec elle le luminaire, *ibidem.*
Il eſt défendu de rien exiger pour les ſepultures, mais ces défenſes ſont peu obſervées, la même.

Sequeſtre.

Le proprietaire qui par force & violence enleve les fruits ſequeſtrez, perd la proprieté qu'il y avoit, & s'expoſe à d'autres peines, 521
Peut être pourſuivi par les Procureurs du Roi, 522

Serment.

Le ſerment deferé a-t'il le même effet qu'un Arrêt ou une Tranſaction? 539
Le ſerment *in litem* eſt déferé à celui qui a été volé avec force & violence. 521
On permet auſſi de jurer indefiniment, quand il y a du dol de la part de celui qui retient les effets d'autrui. la même.
En autre cas on ne donne qu'à concurrence d'une ſomme déterminée par les circonſtances, *ibidem.*
Du ſerment des Avocats lors qu'ils ſont admis à cette profeſſion, Voyez *Avocat.*

Servitude.

Les ſervitudes s'acquierent par Contrat, Teſtament ou preſcription, 170
Suivant la Coûtume de Paris nulle ſervitude ſans titre, la même.
Dans les Païs de Droit Ecrit, les ſervitudes continuës ou d'un uſage interrompu, ne s'acquierent que par une poſſeſſion immemoriale, 170 & 171
Et les ſervitudes continuës par une poſſeſſion trentenaire, 171
Que doit-on entendre par continuité ou diſcontinuité de cauſe ? 172
Des ſervitudes de lumiere ou de clarté, & de vûë ou de proſpect, & leur difference, 168, 169 & 170
Voyez *Bâtiment.*
Sur les conteſtations en fait de ſervitude, on renvoye communement à des Experts, 163

Servitude d'acqueduc comment preſcriptible ? 171
La deſtination du pere de famille équipolle à un titre, quand il y déclare par écrit, les ſervitudes qu'il ſe retient ſur l'heritage qu'il met hors de ſes mains, & celles qu'il conſtituë ſur le ſien, 172 & 173
Les Servitudes ſe perdent *non utendo*, par la non-joüiſſance de trente ans, à compter, pour les ſervitudes ruſtiques, du jour que celui qui a droit de ſervitude a ceſſé d'en uſer, & pour les Urbaines du jour de la contradiction, 173

Societé.

De la maniere dont la ſocieté ſe contracte & ſe diſſout, 495
La ſocieté entre Marchands, doit être redigée par écrit, ſignée de tous les aſſociez, & contenir le tems qu'elle doit commencer & finir, 495
On ne peut pas y convenir que l'un des aſſociez venant à mourir, elle ſera continuée avec ſon heritier, & pourquoi ? 497
De quelles autres formalitez cette ſocieté doit-elle être revêtuë ? 495
Que faut-il faire pour la continuer ? la même.
De la ſocieté generale, & de la ſocieté en commendite, *ibidem.*
La generale eſt libre & collective, & chacun des aſſociez agit, contracte, s'oblige, & oblige en même-tems tous les autres, 495 & 496
La commendite reſide ſur un ou ſur quelques-uns des aſſociez, qui ſeuls agiſſent & ſignent tous les actes de la ſocieté, mais ne peuvent obliger les autres qu'à concurrence du fonds qu'ils y ont mis, *ibidem.*
Voyez *Banqueroute.*
La ſocieté entre Marchands finit par la mort, 497
Peut être continuée entre les ſurvivans, s'ils en ont convenu dans le Contrat, la même,
Un des aſſociez ne peut pas admettre un tiers à la ſocieté, ſans la Participation des autres, mais il peut ceder ou communiquer à ce tiers une portion de l'interêt qu'il a en la ſocieté, ſans que ce tiers ceſſionnaire ſoit admis pour cela dans l'ancienne ſocieté, 497 & 498
La ceſſion des biens que fait un des aſſociez, met fin à la ſocieté, à moins qu'il ne donne une caution ſolvable, 498
Les ſocietez en Fermes publiques, ou pour l'achat ou le louage de certaines choſes, *in rem certam emendam conducendamve*, ſont toûjours continuées avec les heritiers, 497
Si la ſolidarité & renonciation au benefice de diviſion, ſont toûjours ſuppléées dans les obligations contractées par les aſſociez, Voyez *Solidarité, ou Solidité.*
De la ſocieté qui ſe contracte entre mari & femme dans preſque tous les Païs coûtumiers, des effets qui entrent dans cette ſocieté, de ſa durée, & des avantages que le mari y trouve, 496
Quand l'un des conjoints decede laiſſant des enfans mineurs, le ſurvivant doit faire inventaire, ſinon la Communauté continuë entre lui & tous les enfans du mariage ſi bon leur ſemble, 498

Sodomie.

La peine de ce crime eſt celle du feu, 564

Contenuës dans cet Ouvrage.

Solidarité ou ſolidité.

La clauſe de ſolidarité, & de renonciation au benefice de diviſion, eſt toûjours ſupplée dans les obligations contractées par les aſſociez, où l'un d'eux, quand il contracte pour la compagnie, 444

En eſt-il de même de l'obligation ou promeſſe faite par deux Marchands non aſſociez, pour des Marchandiſes priſes en commun? *ibidem.*

Le créancier qui reçoit de l'un des coobligez la ſomme qui répond à ſa portion, eſt-il cenſé avoir renoncé à la ſolidarité? 444 & 445

De la ſolidarité entre coobligez, Voyez *coobligez ſolidaires.*

Les Cautions ſont toûjours ſolidaires. Voyez *Caution.*

Source d'eau.

Le Proprietaire du fonds où l'eau prend ſa ſource, peut diſpoſer de cette eau à ſon gré, 126. & 127

Stipulation.

La ſtipulation de donner une choſe qui n'eſt pas dans le commerce, eſt toûjours nulle, 450

Mais quand la ſtipulation a été faite pour cauſe onereuſe, & qu'il y a du dol & de la mauvaiſe foi de la part de celui qui s'oblige à donner la choſe, l'action en dommages & interêts eſt ouverte, la même.

Peut-on ſtipuler ou acquerir pour un autre? 451

Des ſtipulations penales, Voyez *Actions.*

Si les Notaires peuvent ſtipuler pour les abſens? Voyez *Notaires.*

La ſtipulation conditionelle, donne à la condition, en quelque tems qu'elle arrive, un effet retroactif au jour du Contrat. 441. 456. & 457.

Subrogation.

Le créancier peut recevoir d'un tiers, le payement de ce qui lui eſt dû, & le ſubroger à ſa créance, malgré le debiteur, 506

La ſubrogation du créancier eſt toûjours neceſſaire à la caution qui paye pour le débiteur principal, Voyez *Caution.*

Subſtitutions.

Diſtinction entre le ſubſtitué étranger, & le ſubſtitué deſcendant du teſtateur, 273

De la Particule conjonctive, disjonctive ou alternative, la même.

Dans quel ſens doit-on entendre que les Païs de coûtume ne connoiſſent point les ſubſtitutions vulgaires? 274

Les ſubſtitutions pupillaires, ni les exemplaires n'y ſont point d'uſage, 274 & 283

De la ſubſtitution vulgaire, 274

Elle a lieu, quoique l'heritier inſtitué ne veüille ou ne puiſſe accepter la ſucceſſion, la même,

Quand finit-elle? 204 & 276

La ſubſtitution pupillaire, & la ſubſtitution vulgaire ſe comprennent toûjours tacitement l'une l'autre, à moins que la mere ſe trouve entre le fils inſtitué, & le ſubſtitué vulgairement, ou que la ſubſtitution vulgaire ſoit reciproque, & que les ſubſtituez ſoient l'un pubere, & l'autre pupille, 275, 276, 277. 279 & 280

La ſubſtitution qui a trait de tems après la puberté, ſe convertit en fidei-

commis, & eſt compendieuſe, 277 & 278
La ſubſtitution compendieuſe renferme toutes les differentes eſpeces de ſubſtitution : la vulgaire, ſi l'heritier prédecede le teſtateur : la pupillaire, ſi l'heritier decede en pupillarité : & la fideicommiſſaire, ſi l'heritier decede après avoir atteint l'âge de puberté, la même.
Si le terme abſolu, *je ſubſtituë*, emporte avec lui trait de tems ? 278
On ne peut ſubſtituer pupillairement, ſi les enfans auſquels on ſubſtituë, ne ſont en la puiſſance du Teſtateur, lorſqu'il fait la ſubſtitution, & lors de ſon decès, 279
La ſubſtitution pupillaire, n'eſt que le teſtament du pere, & par fiction celui du fils, 283
Elle ſubſiſte, ſoit que le teſtament ſoit inofficieux, ou nul par préterition, 284
La ſubſtitution pupillaire faite en faveur de la ſeconde femme, donne lieu au ratranchement, 284
La ſubſtitution pupillaire expreſſe, exclud la mere, quand le cas arrive, de tout droit de legitime, 281
Le ſubſtitué pupillairement, recueillit l'entiere ſucceſſion du fils decedé en pupillarité à l'excluſion des heritiers legitimes, la même.
Par la compendieuſe, qui comprend expreſſement la pupillaire, on accorde à la mere ſur la ſucceſſion de ſon fils decedé en pupillarité, des droits plus ou moins conſiderables, ſuivant que le ſubſtitué eſt étranger, ou deſcendant du Teſtateur, 281 & 282
Donne-t'on le même avantage à l'ayeul ou à l'ayeule maternels, quand la mere eſt prédecedée ? 282 & 283
Les ſubſtitutions faites par les meres & ayeux maternels, ne peuvent jamais avoir d'autre effet que celui des ſubſtitutions vulgaires ou fideicommiſſaires, 279
De la ſubſtitution pupillaire, improprement dite, que fait un teſtateur à un heritier qu'il n'a pas en ſa puiſſance, 280
De la ſubſtitution exemplaire ; de ceux qui la peuvent faire, à quelle occaſion ? & en faveur de qui ? 283
Du ſubſtitué à celui des enfans qui decedera le dernier, étant encore en pupillarité, 285
De l'effet de la ſubſtitution reciproque, & ſi deux ou pluſieurs heritiers chargez de ſubſtitution ou de fideicommis en faveur d'un tiers, ſont cenſez entr'eux reciproquement ſubſtituez, 285 & 286
La ſubſtitution reciproque a-t-elle lieu entre deux donataires ou deux legataires, auſquels un tiers eſt ſubſtitué & quand ? 286
Lorſque l'heritier eſt grevé de rendre après ſa mort, & que la ſubſtitution eſt faite par un aſcendant, la condition *ſi ſine liberis*, eſt toûjours ſous-entenduë, 345
Si cette condition ſe trouve appoſée à la ſubſtitution, les enfans (que le ſubſtituant ſoit aſcendant ou étranger) ne ſont appellez après l'heritier grevé, que lorſqu'ils ſont en la condition, ſous la qualification de mâles, ou que la condition eſt redoublée, 345
Les ſubſtitutions graduelles & perpetuelles, reſtraintes à quatre degrès, l'inſtitution d'heritier non compriſe, 352 & 353
Dans le Parlement de Toulouſe, les degrès ſont comptez par ſouches ou par generations, & non par têtes, à moins que la ſucceſſion ſe faſſe

avec interruption de degré, & *per medios nepotes*, 353
La renonciation ou repudiation fait-elle un degré? 354
Les ſubſtitutions doivent être publiées & enregiſtrées dans les ſix mois qu'elles ont été faites par acte entre-vifs, & du decès du Teſtateur, ſi elles ont été faites par teſtament, 354 & 355
Publiées & enregiſtrées après ce délai, n'ont effet contre les créanciers & tiers-acquereurs que du jour de la publication & enregiſtrement, 355
Le défaut de publication & enregiſtrement, ne les rend nulles que par rapport aux créanciers & tiers-acquereurs, 355
La connoiſſance que peuvent avoir les créanciers & tiers-acquereurs de la ſubſtitution non publiée & enregiſtrée avant de contracter, ne peut leur nuire, la même.
Le pere peut ſubſtituer aux biens donnez à ſes enfans, en faiſant concourir les trois conditions cumulatives, 358
La faculté de ſubſtituer aux biens donnez, a été étenduë à la mere & à l'ayeul, 359
Le pere qui a fait donation à un des enfans du premier lit, peut-il ſubſtituer un des enfans du ſecond, au préjudice de ceux du premier? 359 & 360
Si l'eſperance d'une ſubſtitution peut ſe tranſmettre? Voyez *Tranſmiſſion*.
La caducité de l'inſtitution, ne rend point caduque la ſubſtitution fideicommiſſaire, 352
La condamnation aux galeres perpetuelles, donne lieu à l'ouverture de la ſubſtitution, 92
La Profeſſion Religieuſe y donne lieu auſſi, 93
Non pas le banniſſement perpetuel, 92
La ſubſtitution fideicommiſſaire paſſe ſans circuit ſur la tête du ſubſtitué, du moment qu'elle eſt ouverte, 352
Les biens ſubſtituez peuvent-ils être confiſquez? Voyez *Fiſc*.

Succeſſion.

Ce qui regarde la maniere de ſucceder, ſe regle par la Coûtume des lieux où les biens ſont ſituez, 237
Tous ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ou heritiers teſtamentaires, ſont ſaiſis de plein droit de la ſucceſſion, incontinent après la mort du défunt, & la tranſmettent à leurs heritiers, 311. 319. 386 & 387
Faut-il pour ſucceder être né ou conçu, lors de l'ouverture de la ſucceſſion? 390, 391 & 392
En païs Coûtumiers, les ſucceſſions ſont déferées aux plus proches parens heritiers du ſang, qu'il y ait teſtament ou non, 363
Maniere en laquelle il faut compter les divers degrés de parenté en fait de ſucceſſion, 406, 407, 408 & 409
La condition de tous ſucceſſeurs à titre univerſel ou *ab inteſtat*, eſt la même, 410
Quelle diſtinction faut-il faire en matiere de ſucceſſion entre les enfans naturels, & les enfans legitimes, nés avant ou depuis la legitimation, 68
Tous les enfans, émancipez ou non, ſont appellez à la ſucceſſion de leur pere, 81 & 310
La mere qui ſe remarie *non petitis tu-*

toribus, ou dans l'année de deüil, ſe rend incapable de ſucceder à ſes enfans du premier lit decedez en pupillarité, 90
Cette incapacité paſſe-t-elle juſqu'aux enfans du ſecond lit? 90 & 91
Les enfans du ſecond lit exclus, la ſucceſſion eſt devoluë aux parens paternels, à l'excluſion des maternels, 91
Le pere qui ſuccede à un de ſes fils avec ſes autres enfans, n'a point l'uſufruit de leurs portions, 229
En fait de ſucceſſion, on ſe regle par la Coûtume des lieux où les biens ſont ſituez, 237
Trois claſſes de ſucceſſions *ab inteſtat*, & leur diſtinction, 364

Succeſſion des enfans & autres deſcendans.

Les enfans ſuccedent à leurs pere & mere decedez *ab inteſtat*, par portions égales, ſans diſtinction de ſexe, ni de ceux qui ſont en puiſſance, d'avec ceux qui ſont émancipez, 364, 365 & 384
Les enfans ne ſont capables de ſucceder, qu'autant qu'ils ſont nés d'un mariage legitime, 365
Ceux qui ſont nés avant ou après le terme ordinaire, ſont-ils declarez legitimes? la même.
Enfant monſtrueux declaré habile & capable de ſucceder, 264 & 365
Les enfans nés d'un commerce illicite, ſont exclus de la ſucceſſion teſtamentaire & *ab inteſtat* de leurs pere & mere, 366
Ils n'ont que des alimens juſqu'à ce qu'ils ſoient en état de gagner leur vie, la même.
Des cas auſquels les enfans ſont par rapport aux ſucceſſions de leurs parens, regardez comme bâtards, 366 & 367
Les enfans procréés d'un mariage contracté après la condamnation à mort par défaut, peuvent-ils ſucceder à leurs pere & mere? 568, 569 & 570
Le condamné à mort par contumace, conſerve juſqu'au jour de l'execution figurative, la liberté de ſucceder ou diſpoſer de ſes biens, 370
Et il la reprend avec effet retroactif, ſi en purgeant la contumace, il obtient ſon abſolution, la même.
La legitimation qui ſe fait par le mariage ſubſequent, rend les enfans capables de ſucceder, 371 & 385
Celle qui ſe fait par Lettres du Prince, produit-elle le même effet? la même, & 386
Les enfans qui ont fait Profeſſion Religieuſe, ne peuvent point ſucceder, *ibidem.*
Pouvons-nous ſucceder à celui qui ne peut pas nous ſucceder? *ibidem.*
En défaut d'enfans du premier degré, ceux du ſecond, ou leurs deſcendans, ſoit mâles ou filles, en quelque degré que ce ſoit, ſont appellez à la ſucceſſion, 371
Tous les enfans de chaque fils ou de chaque fille, en quelque nombre qu'ils ſoient, n'ont pour eux tous, que la portion qu'auroit eu leur pere ou leur mere, la même.
Il en eſt de même, lorſque les petits-fils concourent avec les enfans du premier degré, *ibidem.*
Les petits-fils, & les petites-filles, ſuccedent à leurs ayeuls & ayeules, avec leurs oncles & tantes, comme euſſent fait leurs pere & mere s'ils

s'ils avoient vêcu, 372
La repreſentation en ligne directe, va juſques à l'infini, 372 & 389
Cas ſingulier auquel les Auteurs ont crû qu'un pere n'eſt point repreſenté par ſes enfans, 389
Il y a des Coûtumes, où les enfans excluent de la ſucceſſion de leur pere, les enfans de leurs freres ſes petits enfans, 372
Les enfans de l'incapable, peuvent le repreſenter à l'effet de ſucceder à l'ayeul, *ibidem.*
Les enfans de l'exheredé, ſuccedent par repreſentation à l'ayeul, lorſque leur pere exheredé decede avant lui; mais ſi l'ayeul decede le premier, il n'y a point de repreſentation, 265. 373 & 390
Si l'exheredation vient pour s'être marié ſans le conſentement du pere, les enfans de l'exheredé ſont exclus de la ſucceſſion de l'ayeul, auſſi bien que leur pere, la même.

Succeſſion des aſcendans.

A défaut d'enfans & de freres germains, les aſcendans ſuccedent à l'excluſion de tous autres, 373 & 376
Dans le concours de pluſieurs aſcendans, ceux qui ſont en degré plus proche, excluent les plus éloignés, 374
La repreſentation n'a pas lieu entre aſcendans, s'il n'y a concours entre eux en même degré, la même.
Comment diviſe-t'on alors la ſucceſſion? *ibidem.*
C'eſt une maxime introduite dans preſque toutes les Coûtumes, que les propres paternels y ſont affectez aux heritiers du ſang plus proches du côté paternel, & les propres maternels aux heritiers du ſang plus proches du côté maternel, & pourquoi? 374 & 375
Cette regle *paterna paternis, materna maternis*, n'eſt point connuë dans le Païs du Droit Ecrit, 375
De l'Edit des Meres donné à ce ſujet, & s'il y eſt obſervé? 375 & 376
Dans le concours d'une mere & d'une ayeule en Païs coûtumier, la mere ſuccede aux meubles & acquets de ſon fils, & l'ayeule a tout le ſurplus, 376
En Païs de Droit Ecrit, la ſucceſſion d'un fils eſt indiviſible par rapport à la regle *paterna paternis, materna maternis*, & le pere ou la mere ſurvivant lui ſuccede à l'excluſion des parens du pere ou de la mere decedé, la même.
Lorſque le pere & la mere, ou l'un deux concourent avec leurs enfans, freres & ſœurs, germains du défunt, la ſucceſſion eſt diviſée en autant de portions qu'il y a de perſonnes. 376 & 377
Le pere & la mere manquant, les ayeux & ayeules concourent-ils avec les freres & ſœurs germains de celui de la ſucceſſion duquel il s'agit? 377
Les enfans des freres ſont appellez à la ſucceſſion de l'oncle, avec les autres freres, & les aſcendans de l'oncle défunt, 377 & 378
Mais on compte par ſouches, & non par têtes, à cauſe de la repreſentation, 377
Comment & de quelle maniere les freres & ſœurs, & les enfans qui les repreſentent, doivent ſucceder lorſqu'ils concourent, non avec le pere & la mere, mais avec les ayeuls paternels ou maternels? 378 & 379
Si en la Coûtume de Toulouſe, la mere ſuccede à ſon fils? Voyez *Suc-*

ceſſion des Collateraux.

Succeſſion des Collateraux.

Les freres & les ſœurs ſont plus favorables des collateraux, & les premiers appellez en défaut des deſcendans & des aſcendans, 379
Après eux, c'eſt le parent dans le degré le plus proche, ſans aucune difference de ſexe, la même.
Exception en faveur des parens du double lien, & de ceux qui viennent par repreſentation, 380
De l'effet & avantage du double lien, & du cas où il ne donne aucune préference, la même.
La repreſentation n'a lieu que dans le cas où les enfans des freres concourent avec quelqu'un de leurs oncles ou tantes, freres ou ſœurs du défunt & ne s'étend pas au-de là, 381
Elle met les enfans en la place de leurs peres decedez, pour ſucceder par ſouches & non par têtes, la même.
Les enfans des freres qui ne concourent pas avec quelqu'un de leurs oncles ou tantes ſuccedent par têtes, *ibid.*
Et s'ils concourent, non avec leurs propres oncles, mais avec quelque oncle ou tante du défunt, ils excluent ceux-ci de la ſucceſſion, & ſuccedent eux-même par ſouches, 382, 283, 408 & 409
Ils ſuccedent auſſi par ſouches, & non par têtes, quand ils concourent, non avec un frere germain du défunt, mais avec un frere conſanguin ou uterin, 382
La differente maniere dont certaines Coûtumes admettent ou rejettent la repreſentation, & le double lien, forme autant d'exceptions au Droit, 383 & 384
Le retour de l'eſclavage, de la priſon, & l'abſolution des condamnez à mort par défaut, les fait rentrer dans tous leurs droits, & a un effet retroactif pour les ſucceſſions échûës ou qui leur ont été déferées pendant leur détention, ou la contumace, 370 & 387
La condamnation du pere, pour crime de leze-Majeſté, dépoüille entierement les enfans de ſa ſucceſſion, 388
Hiſtoire de divers changemens faits par Juſtinien, touchant l'ordre des ſucceſſions, en ligne directe, & en ligne collaterale, Voyez *les Tit.* 1. *&* 2. *du* 3. *Liv.*
La Coûtume de Toulouſe appelle à la ſucceſſion de ſes Citoyens ou habitans du Gardiage qui decedent *ab inteſtat*, les plus proches parens du côté du pere du défunt, deſcendans de la même tige, eſtoc & famille, à l'excluſion de la mere, & des parens du côté de la mere, pour les biens ſituez dans la Ville & ſon Gardiage, 392, 393 & 395
La mere a pourtant une legitime ſur les biens de ſon fils, ſcis dans le Gardiage, 396
Et de plus elle ſuccede *ab inteſtat* aux biens qui ſont hors du Gardiage, la même.
Comment regle-t'on cette legitime quand la ſucceſſion conſiſte, en tout ou partie, en dettes, noms, voix, droits & actions? *ibidem*
Le fils y ſuccede comme par tout ailleurs, à ſa mere, 403
A qui appartient l'heredité repudiée? eſt-ce aux parens du teſtateur qui étoient ſes plus proches lors de ſa mort, & à leur défaut à ceux qui les repreſentent, ou à ceux qui

ſe trouvent les plus proches lors de la repudiation? 394
En eſt-il de même lorſque la repudiation a été faite par l'heritier, *ab inteſtat*? 394 & 395
Les meres appellées à la ſucceſſion de leurs enfans, & les ayeules excluës, 397
L'Edit des meres exclud les meres ſans exclure les ayeules, mais il n'a jamais été obſervé au Païs de Droit Ecrit, & a été revoqué, la même.
Ceux qui ont negligé de faire pourvoir de tuteur à leurs parens pupilles qui ſe trouvent ſans mere, ſont-ils privez de leur ſucceſſion? 397
Les meres remariées *non petitis tutoribus*, ou ſans avoir rendu compte de leur adminiſtration, ou ſans avoir payé le reliqua, ſont privées de la ſucceſſion de leurs enfans decedez en pupillarité, & des liberalitez de leur premier mari? 398
Le meres remariées dans l'an de deüil, le ſont auſſi, 399
Cette privation ou indignité paſſe-t'elle aux enfans du ſecond lit? 90, 91 & 399
Les meres qui ſe remarient *non petitis tutoribus*, étant mineures, ne perdent pas cette ſucceſſion, 400
Mais la minorité n'excuſe pas celles qui ſe remarient dans l'an de deüil, la même.
Les femmes qui malverſent dans l'année de deüil ſont-elles ſujettes aux mêmes peines que celles qui ſe remarient? *ibidem.*
En eſt-il de même lorſque la malverſation vient après l'année expirée, & a été précedée d'un Contrat de Mariage? 400 & 401
Qui ſuccede au bâtard decedé ſans enfans legitimes, & ſans teſtament? 65. 366. 401, 402 & 411
En Dauphiné, les meres naturelles ſuccedent à leurs bâtards, 402
De la maniere en laquelle les enfans bâtards ſuccedoient à leurs pere & mere naturels chez les Romains, 403 & 404
Parmi nous, ils ſont exclus de la ſucceſſion paternelle, & maternelle, & n'ont que les alimens, ou une ſomme modique qui les repreſente, & en tient lieu, 404
Ils ne peuvent ſucceder qu'à leurs propres enfans legitimes, & recevoir par teſtament d'autres que de leurs pere & mere, 65. 366 & 405
Le mari ſuccede à ſa femme bâtarde decedée *ab inteſtat* & ſans enfans, & la femme ſuccede dans le même cas à ſon mari bâtard, à l'excluſion du Roi & du Seigneur Juſticier, 411
On ne peut débattre les legs faits par les pere & mere naturels à leurs bâtards, ni oppoſer le fait de bâtardiſe ſi on ne la prouve, 404
De deux heritiers *ab inteſtat*, l'un accepte, & l'autre meurt, la portion du prédecedé accroit-elle au ſurvivant? 404 & 405
Les parens, quels qu'ils ſoient, & en quelque degré qu'ils ſe trouvent, ſont appellez à l'excluſion du fiſc, 405
Qui a droit de ſucceder à celui qui meurt *ab inteſtat*, & ſans parens? 161 & 406
Le mari & la femme qui meurent *ab inteſtat*, ſe ſuccedent reciproquement en défaut d'autres parens, 410
Exception à cette regle, 411
Le Roi exclud la femme & autres parens de l'Etranger non naturaliſé, *ibid.*
Quelle portion de ſucceſſion accorde-t'on à celui des conjoints par Ma-

riage, qui ayant ſurvêcu à l'autre, ſe trouve en neceſſité? 412 & 413
S'il y a des enfans, la proprieté de cette portion leur fait retour, 412
Le valet ou domeſtique devenu mari de la veuve de ſon Maître, ne peut pas lui ſucceder, ni en recevoir aucuns avantages au préjudice des enfans du premier lit, 53, 414 & 415

Supplément.

L'action pour demander le ſupplément de legitime, eſt reputée de même nature, que l'action pour demander la legitime, 301
Elle dure trente ans à compter du decès du pere, 302
Elle paſſe aux heritiers & aux creanciers du fils, la même.
Les interêts en ſont dûs ſans interpellation, *ibidem.*
L'action pour demander le ſupplément de legitime, ſubrogée à la plainte ou querelle d'inofficioſité, 301 & 306

T

Témoins Teſtamentaires.

DU nombre des témoins requis dans les teſtamens, 232, 234 & 245
Par la Coûtume de Paris, les témoins teſtamentaires doivent avoir vingt ans, 238
Dans les Païs du Droit Ecrit, l'âge de puberté ſuffit, la même.
Les femmes ne peuvent pas ſervir de témoins dans les teſtamens, ni dans les codiciles, ſi ce n'eſt en tems de peſte, *ibidem.*
Les Religieux peuvent-ils en être? *ibid.*
Le pere, les enfans & les freres de l'heritier inſtitué en ſont-ils exclus? 239
Les legataires univerſels & particuliers, ne peuvent être témoins que pour l'acte de ſouſcription du teſtament miſtique, 239 & 240
Les témoins numeraires des teſtamens nuncupatifs, ſont reprochables de la même maniere, & par les mêmes moyens, qu'on les reproche dans les enquêtes ordinaires, 244

Teſtament.

La forme & la ſolemnité du teſtament, ſe regle par la Coûtume du lieu où il eſt paſſé, & non par celle du domicile du Teſtateur, & du lieu où les biens ſont ſituez, 12. 237 255 & 256
Pour qu'il ſoit valable, il faut que le teſtateur ſoit en état de teſter, 293
Et qu'il ait l'âge requis, Voy. *Teſtateur.*
Regles à obſerver ſur les formalitez des teſtamens ſolemnels & nuncupatifs par écrit, 232 & 245
Et concernant les teſtamens miſtiques, clos & ſecrets, 233, & ſuivantes. Et l'Ordonnance du mois d'Août 1735. art. 9, 10, 11, 12 & 13
Le teſtament ſolemnel eſt-il public ou miſtique? 236
Des teſtamens qui ne peuvent ſubſiſter par écrit, des nuncupatifs non écrits, comment l'exiſtence & la preuve en eſt établie, leur uſage par preuve vocale conſervé dans les Païs du Droit Ecrit, & rejetté par les Coûtumes, 241, 242 & 243
Tous teſtamens doivent être aujourd'hui par écrit, à peine de nullité, 245 & 356
Des Païs où l'uſage des teſtamens nuncupatifs écrits ou des miſtiques,

a lieu ; 245
Du teſtament d'une penſionnaire, retenu par l'aumônier du Monaſtere où elle reſtoit, 246 & 247
Des teſtamens *inter liberos*, & de leur privilege, 248
Ce privilege eſt reſtraint aux diſpoſitions qui regardent les enfans du Teſtateur & la cauſe pie ; celles qui y ſont faites en faveur de tous autres étant nulles, la même.
Des teſtamens faits en faveur des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, 248 & 249
Des teſtamens faits aux champs, 249
De ceux faits en tems de Peſte, 249 & 250
Des teſtamens que peuvent faire les aveugles, & des formalitez qui y doivent être obſervées, 233. 254, 255 & 256
Du teſtament d'un pere ou d'une mere aveugle *inter liberos*, 255
Du teſtament fait avant ou pendant la captivité, 257 & 258
Les furieux ni les imbecilles ne peuvent pas faire de teſtament valable, 253
Cas auquel le teſtament d'un prodigue fut declaré valable, la même.
Le ſourd & müet de naiſſance ne peut pas teſter, 254
Celui qui ne l'eſt que par accident le peut, pourveu qu'il ſçache écrire, la même.
Cas ſingulier d'un ſourd & müet de naiſſance qui ſçavoit écrire, & dont le teſtament fut confirmé, *ibidem.*
Les étrangers ne peuvent point diſpoſer par teſtament, du droit qu'ils ont en France, 258
Teſtament nul par préterition, Voyez *Préterition.*
Teſtament nul par exheredation ou inofficioſité, Voyez *Exheredation*, *Inofficioſité.*
De l'inſtitution teſtamentaire, de la contractuelle, ou promeſſe d'inſtituer heritier. Voyez *Heritier.*
Teſtament infirmé ou revoqué. Voyez *Revocation : Clauſe dérogatoire.*
Du teſtament contenant legs en faveur d'un Confeſſeur, 269
Du teſtament fait en faveur d'une Communauté Religieuſe, 268, 269, & 271
Teſtament caſſé par la preuve du commerce défendu entre l'heritier ou l'heritiere, & la Teſtatrice, ou le Teſtateur, 270 & 271
Le premier teſtament annullé par un poſterieur, quoique l'heritier inſtitué dans celui-ci, ne veüille ou ne ſoit pas en état d'accepter l'heredité, 290
Exception en faveur des enfans & de la cauſe pie, 289
Si le premier teſtament ſubſiſte quand l'heritier inſtitué dans le ſecond eſt un de ceux que les Loix declarent indigne ou incapable ? 290
Le teſtament reprend-il ſa premiere force quand la cauſe qui l'annulloit ou le rendoit inutile, ne ſubſiſte plus lors du decès du Teſtateur ? 292
Du teſtament de celui qui après avoir teſté, vient à être condamné à mort par défaut, & meurt ſans avoir purgé la Contumace, 293
Teſtament de celui qui ayant teſté pendant la Contumace, s'eſt juſtifié avant ſa mort, ou dont les heritiers, s'il eſt decedé *in reatu*, purgent la mémoire, la même.
Le teſtament parfait peut-il être revoqué par une ſimple declaration ? 294
Le teſtament dans lequel le pere inſtituë heritier un étranger de rendre après ſa mort à ſon fils, eſt valable, en rejettant le délai & la condition, à concurrence de la legitime, pour en

faire joüir le fils d'abord après le decès du pere, 308
Si l'omiſſion d'inſtituer en la legitime rend toûjours le teſtament nul ? 307 & 309
Si le fils à qui ſon pere a donné pendant qu'il vivoit, à concurrence de ſa legitime, peut demander la caſſation de ſon teſtament en ce qu'il n'y eſt pas fait mention de lui ? 309
Differente maniere de juger en ce point entre le Parlement de Paris, & celui de Toulouſe, la même.
Moyen aiſé pour prévenir toute conteſtation à cet égard, en inſtituant nommement dans la derniere diſpoſition, en la choſe déja donnée, 310
Des diſpoſitions faites en faveur des perſonnes incertaines, 335 & 336
Des diſpoſitions laiſſées vaguement au choix & à l'arbitre d'un tiers, 336
Si le défaut d'addition par l'heritier inſtitué d'accepter ou recueïllir, rend les diſpoſitions teſtamentaires nulles? 339
En Païs Coûtumier, les teſtamens ne ſont que des Codicilles, la même.
Quels ſont les biens dont on peut diſpoſer en Païs de Coûtume? 363 & 364
Dans les teſtamens une condition impoſſible ou contre les bonnes mœurs, *vitiatur, & non vitiat*, 455

Teſtament Militaire.

Des teſtamens Militaires, & de leur privilege, 246 & 250
De ceux qui peuvent teſter militairement, 247 & 250
Du teſtament olographe fait avant l'enrollement, la même.

Teſtament du fils de famille.

Le fils de famille peut teſter en faveur de ſes enfans, ſans le conſentement de ſon pere, 250 & 251
Il le peut auſſi en faveur de la cauſe pie, mais il lui faut ce conſentement, la même.
Et non au profit d'un étranger quand ſon pere le lui permettroit, *ibidem.*
Mais autoriſé de ſon pere il peut donner à cauſe de mort, Voy. *Donation.*
Le teſtament du fils de famille, fait en faveur d'un étranger dans lequel même ſon pere eſt préſent, & donne ſon conſentement, ne peut valoir comme teſtament, ni comme codicille, ni comme fideicommis, mais ſubſiſte au moyen de la clauſe codicillaire, & donation à cauſe de mort, quand elle y eſt inſerée, 198 & 251

Teſtament par qui peut-il être reçu.

Les Notaires ſont perſonnes legitimes pour cela, 245
Les Curés & Vicaires le ſont auſſi, mais ſeulement en cas d'abſence ou d'empêchement des Notaires des lieux, 240
Voyez ſur cela l'Ordonnance du mois d'Août 1735. art. 25. où il eſt dit : „ Les Curés ſeculiers, ou reguliers „ pourront recevoir des teſtamens „ ou autres diſpoſitions à cauſe de „ mort, dans l'étenduë de leurs „ Parroiſſes, & ce *ſeulement dans les lieux où les Coutumes ou Statuts les y autoriſent expreſſément*, &c.
Ils doivent les remettre entre les mains d'un Notaire d'abord après le decès du Teſtateur, 240

Ils donnent au teſtament le caractere d'acte public, 240 & 246
N'ont aucun beſoin, ni eux, ni les témoins d'être reſumez, 241
Faut-il que les Vicaires faſſent plûtôt enregiſtrer leurs Lettres de Vicariat? la même.
Il eſt prohibé aux Notaires, Curés, & Vicaires, de recevoir les teſtamens dans leſquels ils ſont heritiers ou legataires, 239 & 240

Teſtateur.

De l'âge auquel il eſt permis de teſter, tant en Païs de Droit Ecrit, que de Coûtume, 252
Quand les Coûtumes ne parlent pas de l'âge auquel il eſt permis de teſter, on doit ſuivre la diſpoſition du Droit Ecrit, la même
Ce que doit obſerver le Teſtateur qui fait un teſtament myſtique ou ſecret, 236, 237, & l'art. 9. & 10. de l'Ordonnance de 1735.
Et quand il fait un teſtament nuncupatif écrit, 245
Le Teſtateur eſt obligé d'inſtituer ou d'exhereder ſes enfans, 265, 266, & 295
Quand il s'agit de la capacité du Teſtateur, il faut ſuivre la Coûtume du lieu de ſon domicille, 237
Le Teſtateur qui ne ſçait, ou ne peut pas lire la lettre de main, ne peut pas faire de teſtament miſtique, 234
Un Teſtateur peut expliquer ſes intentions de pluſieurs manieres, 360
Si le Teſtateur peut prohiber la faction de l'inventaire? Voyez *Inventaire.*

Tranſaction.

Des crimes ſur leſquels on peut tranſiger, Voyez *Crime.*
Des peines ſtipulées dans une Tranſaction, & ſi elles ſont comminatoires ou encouruës de plein droit, Voyez *Peine.*

Tranſmiſſion.

Des legs que le legataire tranſmet à ſes heritiers, 319 & 338
Le fideicommis pur & ſimple, eſt auſſi tranſmiſſible aux heritiers, 344
Les deſcendans du Teſtateur & du fideicommiſſaire, reçoivent par la tranſmiſſion l'eſperance d'un fideicommis conditionnel pour exclurre les étrangers, 346 & 441
Mais elle n'a pas lieu dans le concours des deſcendans, la même.
La tranſmiſſion de tranſmiſſion n'a point lieu non plus, 347
La tranſmiſſion appelle également à la ſubſtitution tous les enfans du fideicommiſſaire predecedé, la même.
La tranſmiſſion n'a point lieu en faveur de ceux qui ſe trouvent hors du quatriéme degré de ſubſtitution, 354
L'eſperance d'une ſubſtitution contractuelle, & non d'une ſubſtitution teſtamentaire, le tranſmet aux heritiers même étrangers du ſubſtitué decedé avant l'évenement de la condition, 440
La ſtipulation conditionelle donne une eſperance tranſmiſſible aux heritiers. 439
Et elle a un effet retroactif au jour du Contrat lorſque la condition arrive. 441 & 456

Trebellianique.

Voyez *Quarte Trebellianique.*

Tréſor.

Tréſor trouvé, comment en uſe-t-on

en Païs Coûtumiers? 156 & 157
En Païs de Droit Ecrit, le tréſor appartient en entier à celui qui l'a trouvé dans ſon propre fonds; & celui trouvé dans le fonds d'autrui, appartient par égales portions, à l'inventeur, & au proprietaire du fonds, ſans que le Seigneur Juſticier y puiſſe rien prétendre, 157
L'inventeur du tréſor trouvé dans le fonds d'autrui, qui le latite ou ne le declare pas d'abord au proprietaire du fonds, eſt privé de ſa portion, 157 & 158
Si les Domeſtiques ou Ouvriers qui le découvrent y ont aucune part, 158
Tréſor trouvé dans une Egliſe adjugé à l'Egliſe, la même.
Trouvé dans la Nef appartient à la fabrique, *ibidem.*
Trouvé dans le Chœur appartient à celui qui doit entretenir le Chœur, *ibidem.*
Tréſor trouvé dans un Cimetiere, adjugé par moitié à l'Egliſe, & à l'inventeur, *ibidem.*
Tréſor trouvé dans les terres du Domaine, ſur les grands chemains, & autres lieux publics, appartient au Roi & à l'inventeur, 158.

Tutelle.

Les tutelles ſont teſtamentaires, legitimes ou datives, 85
En France elles ſont toutes datives, 85. & 88
Il faut en excepter celles qui ſont déferées aux aſcendans, 95
Toute nomination à la tutelle a beſoin d'être agréée par les parens, & confirmée par le Juge, 85 & 86
A défaut de parens, les amis & les voiſins, en préſence du Juge, donnent leur avis à la Requête du Procureur du Roi, ou du Fiſcal, du lieu où le pere du pupille avoit ſon domicille, 95
Cette confirmation caracteriſe la tutelle dative, & la diſtingue de la teſtamentaire, & de la legitime, 85
La tutelle legitime deferée de plein droit à la mere, n'a pas beſoin d'aſſemblée de parens ni de confirmation du Juge; elle eſt tutrice née de ſes enfans, obligée d'agir & de défendre en cette qualité juſqu'à ce qu'elle ait fait nommer un autre tuteur à ſa place, 89. & 397
Mineurs de 25. ans exclus de la tutelle, 87. & 118
Exception en faveur de la mere mineure, nommée tutrice par le teſtament de ſon mari, la même, & 89
Les femmes, autres que la mere des pupilles, ne peuvent pas être admiſes aux aſſemblées convoquées pour nommer un tuteur, *ibidem.*
La mere remariée n'exerce plus la tutelle legitime, mais rien n'empêche que les parens ne lui déferent alors la tutelle dative, 90
Que doit faire une mere tutrice avant de ſe remarier? Voyez *Mariage.*
pere qui nomme un tuteur à ſes enfans par ſon teſtament, doit prendre un parent ou un allié, & en défaut de ceux-ci un voiſin ou un ami, 117
La tutelle teſtamentaire eſt declarée telle, ſi le teſtament qui la contient eſt confirmé, & elle eſt dative s'il vient à être caſſé, 85
Tuteur teſtamentaire quand eſt-il préferé à la mere? *ibidem.*
Préference entre deux tuteurs nommez, l'un par le teſtament du pere, l'autre par les parens, *ibidem.*
La qualité du plus proche parent n'eſt

point un titre pour être choisi par préference, 88
Et le plus éloigné ne peut pas s'excuser de cela seul, 88 & 89
Il y a des Coûtumes où il le peut, *ibid.*
Si le Juge devant lequel les parens procedent à la nomination d'un tuteur, est astraint à confimer leur choix? *ibidem.*
Quels sont les Juges qui sont en droit de nommer des tuteurs, ou de les confirmer, soit pour les Nobles, soit pour les Roturiers? 96
Si les parens qui ont negligé de faire pourvoir de tuteur aux pupilles qui se trouvent sans mere, encourent quelque peine, 397
La tutelle peut être deferée à tous les parens, soit par mâles, ou par femmes, même aux alliez, 91
Les créanciers ni les debiteurs ne sont ni exclus, ni dispensez de la tutelle, mais ils doivent déclarer leur qualité avant d'accepter, sans quoi ils perdent leur dette, & ne peuvent se prévaloir d'aucune quittance posterieure, 104 & 105
L'usage des cautions en fait de tutelle, & l'enquête des mœurs & facultez de tuteur, abrogé en France, 110
La nomination des parens tient lieu de cette inquisition, & de la garantie de l'administration tutalaire, 110 & 111
Les parens sont subsidiairement responsables de l'administration tutelaire, même le Juge qui l'a decernée, si on peut leur imputer, dol, fraude, collusion, ou negligence dans le choix qu'ils ont fait d'un tuteur, 111. 114 & 224
Au Parlement de Paris, la garantie contre les parens nominateurs n'a pas lieu, 112
La préference entre deux tuteurs *cæteris partibus*, determinée par le cautionnement, *ibidem.*
Dans quel cas & dans quelles circonstances est-il permis de donner deux ou plusieurs tuteurs indépendans les uns des autres, au pupille? 113
Quel des tuteurs doit avoir en ce cas l'éducation des pupilles? *ibidem.*
Le pere qui a cinq enfans, ou quatre enfans, & la femme enceinte, peut s'excuser de la tutelle, 115
Les enfans qui ont fait Profession Religieuse, doivent être comptez à l'effet de l'exemption, *ibidem.*
Les Tresoriers, Receveurs, & Fermiers des Droits ou Deniers Royaux, ne sont point exempts de tutelle, lorsque les parens nominateurs veulent prendre sur eux le peril de l'administration, 115 & 116
Les charges servent d'exemption, 116
Les procès servent aussi d'excuses ou d'exclusion, *ibidem.*
Des moyens d'exemption qui sont arbitraires, 117
L'excuse prise de l'inimitié entre le pere des pupilles, & le tuteur testamentaire n'est pas valable, 117 119
Les septuagenaires sonts exempts de tutelle, 118
Les infirmitez de ceux qui approchent cet âge peuvent en exempter aussi; mais elles sont arbitraires, *ibidem.*
Les Professeurs des Universitez joüissent de l'exemption de tutelle, *ibid.*
Des Avocats qui en jouissent aussi, *ibidem.*
L'excuse est permise sans interdire la liberté de l'appel, 119
Si on ne peut nommer un tuteur de la même Ville, on observe de n'en point nommer qui ne soit dans le

reſſort du Baillage ou Senechauſſée où les biens du pupille ſont ſituez, & pourquoi ? *ibidem.*

Cas ſingulier qui ne doit pas être tiré à conſequence, ou deux tuteurs déchargez ſucceſſivement ſans excuſe legitime, furent renvoyez abſous, le troiſiéme tuteur qui avoit demandé d'accepter à leur place étant mort inſolvable après avoir adminiſtré, 120 & 121

Ceux qui ſont déchargez de la tutelle pour cauſe legitime, le ſont auſſi de l'action ſubſidiaire à laquelle ſont ſujets les parens nominateurs lorſque le tuteur eſt inſolvable, *ibidem*, & 122

Tuteur donné aux enfans impuberes d'un condamné à mort par défaut, confirmé pour agir & adminiſtrer en qualité de curateur, 76 & 79

Dans les Païs du Droit Ecrit, la tutelle finit à l'âge de quatorze ans accomplis pour les mâles, & de douze pour les filles, 105

Dans les Païs Coûtumiers elle ne finit qu'à l'âge de vingt-cinq ans, à moins de Lettres d'émancipation ou benefice d'âge, 105 & 106

Elle y eſt confonduë avec la curatelle, 107

La tutelle prend fin auſſi par la mort civile, ou condamnation infamante du tuteur, & conſequament par la mort naturelle, 106

Les pupilles ont pour le reliqua du compte tutelaire & interêts une hypoteque legale ſur les biens de leur tuteur, qui remonte au jour que la tutelle a été decernée, 99 100 & 502

Ils ont encore la conſtrainte par corps après les quatre mois, la même,

De l'hypoteque du tuteur ſur les biens du pupille. Voyez *Tuteur*

Tuteur.

Tuteur ne doit s'ingerer dans l'adminiſtration qu'après la faction de l'inventaire des effets du pupille, 101 & 102

Sans quoi il s'expoſe au ſerment *in litem* qu'on défere au pupille, à concurrence d'une certaine ſomme, ſur la quantité, qualité, & valeur des effets, dont le plus ou le moins eſt determiné par une enquête précedente *ex communi fama*, *ibidem.*

Le tuteur doit auſſi faire vendre d'autorité de Juſtice, les effets mobiliaires periſſables du pupille, au dernier encheriſſeur, & employer utilement le prix, 97 & 223

Deux cas auſquels le tuteur peut demander des appointemens, 109

Du tuteur ordinaire ou honoraire, & du tuteur oneraire, en quel cas neceſſaires, 109 & 110

Tuteurs donnez *notitiæ cauſa*, ne ſont point reconnus en France, 110

Tuteur ſuſpect doit être accuſé devant le Juge qui a decerné la tutelle, 122

Les Procureurs du Roi ou des Seigneurs ſeuls perſonnes legitimes pour accuſer les tuteurs ſuſpects, la même,

Du tuteur ſubrogé en Païs Coûtumier, 104 & 105

Tuteur teſtamentaire confirmé pendant procès, 85

C'eſt le tuteur qui agit & qui contracte, 103

Payemens faits au tuteur, Voyez *Payemens.*

Point de ſolidarité entre deux ou pluſieurs tuteurs, quand la tutelle a été diviſée par le Teſtateur ou par le Juge, chacun en particulier étant ſeulement garant de ſa geſtion &

adminiſtration, 114
Si fait bien quand ils ont été nommez conjointement, & qu'ils ont diviſé entr'eux l'adminiſtration, ou convenu que l'un d'eux gereroit en ſeul, *ibidem.*
Le tuteur doit placer utilement les ſommes qu'il a trouvées dans l'heredité, ou qui ſont provenuës de la vente des meubles periſſables, & celles qu'il reçoit pendant le cours de ſon adminiſtration; il a ſix mois pour placer les premieres, & deux mois pour les autres, ſinon il en doit l'interêt, 97
Cet interêt des épargnes, & des capitaux non placez eſt-il arbitraire? & des raiſons qui peuvent determiner pour ou contre, 98
Le tuteur doit avoir attention que la dépenſe ordinaire du pupille n'excede jamais ſes revenus, diſtraction faite des charges, retenir le ſurplus s'il y en a pour la dépenſe de l'année ſuivante, & ainſi des autres juſqu'à la clôture du compte lors de laquelle tout ce qui ſe trouve en la main du tuteur compoſe un capital qui produit interêt en faveur du pupille, la même.
Que doit-il faire en cas d'inſuffiſance notoire des revenus? 99
Le tuteur après la puberté du pupille, ne peut pas être obligé d'accepter la curatelle, 120
Mais il ne peut être valablement dechargé qu'en rendant compte de ſon adminiſtration après que la tutelle a fini, 96
Le tuteur n'a hypoteque ſur les biens du pupille, pour ſes avances, que du jour de la clôture de ſon compte, 100 & 503
Ou tout au plus du jour que la tutelle a pris fin, & qu'il a rendu les biens, 101
De quel jour adjuge-t'on l'interêt au tuteur, des avances qu'il a fait? Voyez *Interêt.*
Peut-il ſe marier ou ſes enfans, avec ſes pupilles? Voyez *Mariage.*
Les aſcendans tuteurs de leurs deſcendans, peuvent leur ſucceder, pourveu que lors du teſtament & du decès du teſtateur ils ne ſe trouvent pas remariez, 95

V

Vacans.

Voyez *Biens vacans.*
Voyez *Eſpaves.*

Velleyen.

LE Velleyen a-t'il lieu dans la ville de Toulouſe? 467
Le Senatus-Conſulte Velleyen obſervé dans les Païs de Droit Ecrit, *ibid.*
Les créanciers de la femme peuvent-ils ſe ſervir du Velleyen malgré elle? *ibidem.*
Peut-il être oppoſé par ſes héritiers, tandis qu'elle a témoigné pendant ſa vie qu'elle ne vouloit pas s'en ſervir? *ibidem.*
Voyez *Femme.*
Voyez *Caution.*

Vendeur.

Le vendeur conſerve la proprieté de la choſe venduë, juſqu'à ce que le prix lui a été payé, ou qu'il s'eſt contenté des aſſurances que l'acheteur lui a donné, 159 & 477
Il a de plus une hypoteque privilegiée appellée precaire, qui dans la diſ-

tribution des biens de l'acheteur lui donne droit de faire saisir & vendre separement l'effet aliené, pour être payé de tout son dû en capital & interêts, 159. 478 & 481
Cette clause de précaire, omise dans le Contrat de vente des immeubles, y est suppléée en faveur du vendeur, 480 & 481
Elle suspend toute translation de proprieté jusqu'à ce que le vendeur soit payé de l'entier prix, 481
Ce privilege a été étendu à la vente des choses mobiliaires, sous deux conditions, & qu'elles? 159 & 478
Le mari qui a vendu un fonds dotal peut-il demander la cassation de la vente, sans s'exposer aux dommages & interêts? 220
Voyez *Dot.*
Le vendeur a faculté de rachat, peut user de cette faculté pendant 30. années, quoique la convention l'ait bornée à un moindre tems, 480
Le vendeur est tenu *actione ex empto*, lorsqu'il a connu le vice de la chose sans le déclarer; & de l'action *quanti minoris* quand il l'a ignoré, Voyez *Garantie.*
Voyez *Quanti menoris.*
Le vendeur qui se trouve lézé de la moitié du juste prix, peut faire casser la vente, 490
Voyez *Lézion.*

Vente.

De la vente ou tradition feinte & simulée, 160. 478 & 479
Si le second acheteur des meubles ou immeubles premier en possession est referé? la même.
La tradition feinte est-elle regardée comme une revente pour produire un droit de lods? Voyez *Lods.*
Distinction pour connoître la vente parfaite d'avec celle qui ne l'est pas, 473
Des arrhes données à l'occasion d'une vente, ou d'un projet de vente, Voyez *Arrhes.*
Quand un tiers nommé pour regler le prix de la vente, ne veut ou ne peut en connoître, les parties ne peuvent pas se forcer à convenir d'un autre, 474 & 485
Le prix de la vente doit regulierement consister en argent monoyé, 475
De l'échange qui se resout en vente, Voyez *Echange.*
Quel de deux, ou du vendeur ou de l'acheteur, doit supporter la perte de la chose venduë, arrivée avant la tradition? 476
Des ventes conditionnelles, à pacte commissoire, ou à faculté de rachat, 479
La vente du bled en herbe & sur pied défenduë, & comment cela doit être entendu, 483 & 484
La vente du fonds ou des fruits d'un bien de campagne, (& non d'une maison ou des loyers qui en dépendent) rompt la ferme & la rente, 492 & 493
Des dommages & interêts du Fermier qui est expulsé à ce sujet, Voyez *Ferme.*
Voyez *Loüage.*
De la vente & alienation des biens immeubles des pupilles & des mineurs, & des formalitez qu'il y faut observer, 223
De la vente permise par le testateur, *ibidem.*
L'ignorance de la minorité met-elle à couvert l'acheteur, du moins pour la restitution des fruits? *ibidem.*
Celui qui a acheté d'un mineur, n'est en sûreté qu'autant que le mineur

n'eſt point lezé, *ibidem.*
Quand les formalitez ont été obſervées, la lezion doit être du tiers ou du quart du juſte prix, pour donner lieu à la reſtitution, Voyez *Lézion.*
De la vente faite par des Communautez Eccleſiaſtiques ou Laïques, ou des formalitez qui y ſont requiſes pour les rendre ſûres & irrevocables, 481

Verge.

La verge annoblit, & le ventre affranchit, 23

Vuës.

Il faut ſix pieds de diſtance entre le mûr où on veut faire des vûës droites, & la maiſon, cour ou jardin du voiſin, & deux pieds pour les vûës obliques, 167
Voyez *Mûr mitoyen.*
Voyez *Fenêtres.*

Virile portion.

La virile ſe regle, eu égard au nombre des enfans au tems du decès de la mere, 215, à la marge.

Vol.

Si l'hôte eſt reſponſable du vol commis ſur les effets, hardes & Marchandiſes portées dans ſa maiſon? 431, 432 & 531
Eſt-il civilement garant du fait de ſes domeſtiques, enfans, & autres perſonnes, qui par ſa permiſſion, ſont entrez ou ont logé dans ſon hôtellerie? 432 & 531
Si la preuve peut en être ordonnée par témoins? 431
Et le ſerment *in litem* à concurrence de certaine ſomme deferée? 432 & 531
Perquiſition des choſes volées, Voyez *Perquiſition.*
Receleur puni auſſi ſeverement que le Voleur, Voyez *Receleur.*
Voleur pris en flagrant délit, peut être mis en priſon ſans decret ni information précedente, 513
Celui qui a été volé, ne peut que demander par voye civile ou criminelle, la reſtitution de la choſe volée, ou les dommages & interêts qu'il a ſouffert à cette occaſion: M. le Procureur General, ſes Subſtituts ſur les lieux, où les Procureurs Juriſdictionels, étant ſeuls perſonnes legitimes pour demander la punition du crime, 514, 515. 518 & 520
La peine dont le vol eſt puni, eſt plus ou moins ſevere, ſuivant les circonſtances, 515
Le vol ne tombe que ſur les choſes mobiliaires, & non ſur les immeubles, à raiſon deſquels on ne peut intenter qu'une action civile en delaiſſement & reſtitution des fruits, à moins de depoſſeſſion violente, 515 & 516
La ſeule volonté de voler eſt-elle punie? 516
Du larcin commis en la perſonne des enfans, Voyez *Rapt.*
Comment devroit être puni celui qui auroit conſeillé le vol? 517
Du vol commis par des enfans, 518
Le proprietaire de la choſe volée, peut la reprendre des mains de l'acquereur, ſans être obligé d'en rendre le prix, à moins qu'elle eût été achetée en foire ou marché, & qu'elle fût de celles qu'on a accoutumé de vendre & d'acheter en ces lieux-là, 518 & 519
Si les effets confiez à un proxenete infidelle, peuvent être reclamez comme des effets volez, 436 & 516
Du vol ou rapine commis avec force

& violence, 520 & 521
De quel jour alloüe-t-on la perſonne volée, tant pour la reſtitution de la choſe, que pour les dommages & interêts ? 519 & 520

Uſagers.

Des Uſagers dans les Forêts du Roi, ou des Seigneurs particuliers, & de la faculté qu'ils y exercent annuellement, 180

Uſufruit, Uſufruitier.

Des fruits qui appartiennent à l'uſufruitier, 156
De l'uſufruitier qui laiſſe le fonds enſemencé, *ibidem.*
Si l'uſufruitier eſt obligé de donner caution ? 174 & 175
Précaution à prendre pour l'interêt du proprietaire, la même.
L'uſufruit eſt éteint par la mort de l'uſufruitier, arrivée avant le tems marqué, ou avant l'évenement de la condition, 175 & 229
Exception à cette regle en faveur des heritiers de l'uſufruitier, 176 & 177
L'uſufruit s'éteint auſſi par la mort civile, 177
Par la Profeſſion religieuſe, il eſt conſolidé avec la proprieté, *ibidem.*
Uſufruit legué à un Religieux, regardé comme penſion alimentaire, & par-là declaré valable, 178
De l'uſufruit legué à une Communauté Religieuſe, & de ſa durée, 178 & 179
De l'uſufruit acquis à une Ville ou toute autre Communauté, & de ſa durée, 179
Uſufruit eſt éteint par le changement qui ſurvient en la choſe qui le devoit produire, après la mort du teſtateur qui a legué, & par le changement que fait le teſtateur lui-même pendant ſa vie, *ibidem.*
Uſufruit dont la plûpart des Communautez joüiſſent dans les Forêts du Roi, ou des Seigneurs particuliers, Voyez *Uſagers.*
L'uſufruit de tous les biens legué à la femme, reſtraint ſon entretenement lorſqu'il y a des enfans, 180
S'il n'y a point des enfans, ou s'ils viennent à mourir, elle joüit du legs de l'uſufruit dans toute ſon étenduë, 181
Grande difference entre le legs d'uſufruit, & l'inſtitution en l'uſufruit, *ibidem.*
Le pere a l'uſufruit des biens de ſes enfans, mais s'il le leur laiſſe prendre, il eſt cenſé le leur avoir donné, 225 & 226
Si cet uſufruit en faveur du pere a lieu, en païs Coûtumier ? Voyez *Garde noble.*
Le pere peut renoncer à l'uſufruit des biens de ſes enfans, au préjudice de ſes créanciers, qui n'ont pas fait ſaiſir avant l'émancipation & la renonciation, 226 & 227
Mais il ne peut au même préjudice, renoncer à l'uſufruit par lui reſervé, en donnant ſes propres biens, 227
Ni conſerver l'uſufruit de la dot au profit de ſes créanciers, la femme ou les enfans devant en joüir en cas de diſtribution, 227 & 228
Le pere qui ſuccede à un de ſes fils, avec ſes autres enfans, n'a point l'uſufruit de leurs portions, 229
Voyez *Pecule caſtrenſe.*
Si l'uſufruit une fois acquis au pere s'éteint par la mort du fils, 229 & 230
Le pere en émancipant ſon fils, con-

ſerve la moitié de l'uſufruit, à moins de renonciation expreſſe ou tacite, 230

L'uſufruit que le pere donne à ſon fils en le mariant ſans l'émanciper, appartient au fils, 230 & 231

Uſures

Les obligations uſuraires ne ſont pas declarées nulles, mais reduites au juſte prix du prêt, ou de la vente, quand cela peut être connu, 456

UNIVERSITÉ SCIENCES SOCIALES
CENTRE
TOULOUSE

Fin de la Table des Matieres.

7-6

Ex libris petri Laõ. vincentii [illegible]