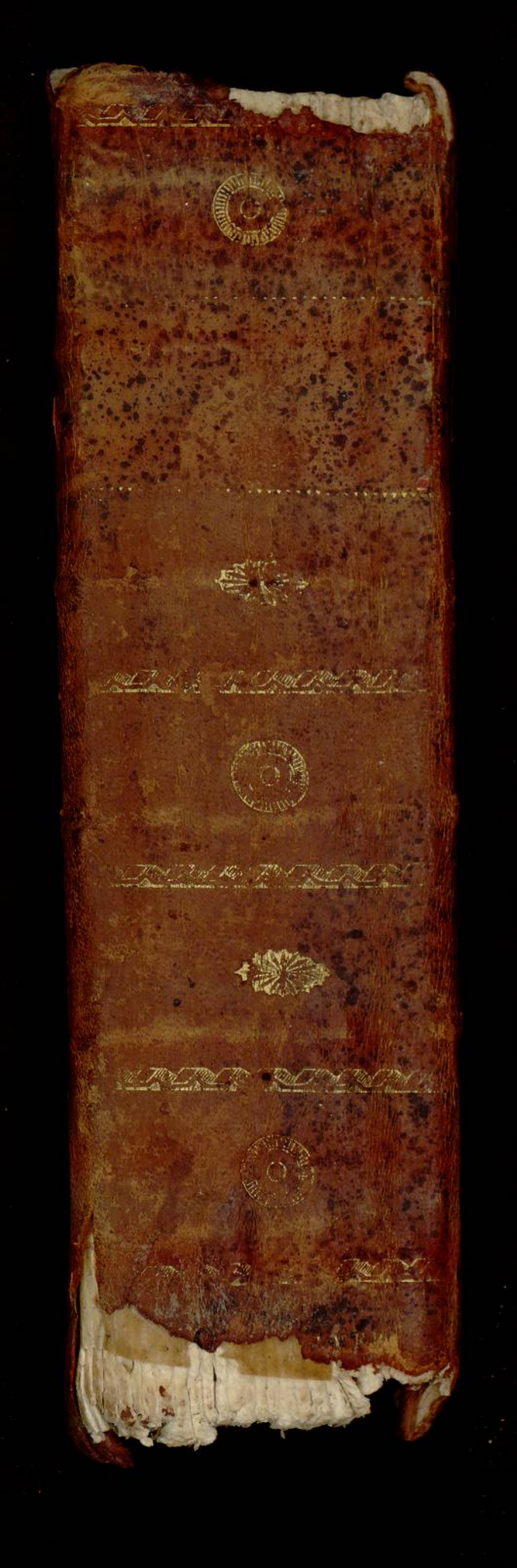



Cours inédit
professé à Toulouse
on ne connaît de Furgole
(fils ou petit fils du célèbre
Jean Baptiste F.) que deux
consultations imprimées
pour la dame de
Fourquevaux, qui
figurent au catalogue
de la BNF et de
celui de la bibliothèque
Municipale de
Toulouse

3878/720

601016

Ms 314

Commentaire

Sur le code Napoléon, — dicté pendant les années 1808 = 1809, 1810 & 1811.

par monsieur Furgole, professeur à la faculté de droit de Toulouse.

(fils du jurisconsulte du 18e)
ou petit fils

Adhiver

d'auriac

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE 1 CAPITOLE ARSENAL

Commentaire

Droit français.

introduction.

tous les publicistes sont convenus de cette vérité, que les Lois sont la Base des empires, qu'elles seules en garantissent la Durée & la Stabilité. l'histoire nous offre mille exemples de la subversion des états les plus florissants, & l'on n'a pû assigner aux événemens qui ont amené leur destruction d'autre cause que le mépris des Lois. mon dessein n'est pas de vous parler ici, messieurs, de ces Lois constitutives du Droit public dont le maintien intéresse la société prise collectivement; assez d'autres en ont déjà parlé, et ils s'en sont fait de manière à ne rien laisser à dire après eux. nous ne nous occuperons que de celles qui appartiennent à la justice distributive, & qui en forment l'essence. de ces Lois dont l'étude approfondie donne à la patrie des défenseurs de la veuve & de l'orphelin, & des magistrats dignes de remplir les fonctions augustes qui leur sont confiées.

l'étude de ces Lois paraît d'abord hérissée de mille difficultés, & l'on serait tenté de penser que le cours ordinaire de la vie ne suffit point pour la vaincre; mais il faut bien se garder de s'abandonner à une idée aussi décourageante. n'oubliez jamais que ces auteurs célèbres dont la plupart ont trouvé leur

leur Berceau dans cette Commune, & dont les œuvres
ont éclairé le monde, étaient des hommes comme
vous ; qu'ils ont dû leurs Succès à une constante
application, et qu'il est en votre pouvoir de les imiter.
Oui, mm. vous êtes sur ce point les arbitres de
votre sort : devous seuls dépend cette volonté
ferme de remplir vos devoirs ; & j'ose croire
qu'il n'est aucun de vous qui n'en ait déjà
bien prononcé dans son cœur.

ces hommes célèbres qui vous ont devancés
dans l'étude à laquelle vous allez vous livrer, & qui
ont fourni une si brillante carrière, n'avaient pas
comme vous l'avantage de l'uniformité de la
législation, ils avaient à vaincre les innombrables
difficultés que feraient naître mille coutumes
différentes, et qui amenaient la même diversité dans
jugemens & dans les actes qui les précédaient.

ces coutumes, toutes respectables qu'elles étaient
par leur ancienneté, et dont la plupart formaient
une condition de la réunion à l'empire français
pays où elles avaient pris naissance devaient
disparaître devant le bien que la France appelait
à la tête de son gouvernement. Son vaste génie
leur a fait sentir que si les anciennes
institutions inspirent en quelque sorte le respect
il faut avoir le courage de les
écarter, lorsque le bien public le commande

Vous à attacher à
l'uniformité dont on ne saurait trop apprécier les
avantages en matière de législation. Déjà ce projet
avait été conçu par un de ces hommes rares —
dont la mémoire sera toujours chère au magistrat
dont il fut le chef et le modèle, mr. le chancelier
d'aguesseau, à qui il ne manqua pour amener ce
projet à sa fin, que de vivre dans un temps où il
fut permis de se soustraire à l'empire des préjugés
et des vieilles habitudes.

Les ouvrages immortels de cet illustre chef de la
justice s'ont placé bien au dessus de tous mes éloges.
Mais il n'est point à moi de le louer; du moins
doit-il m'être permis de lui offrir ce tribut de
ma reconnaissance pour les bontés particulières
dont il honora l'auteur de ces jours.

Vous trouverez, mm. dans ces mêmes ouvrages
les principes de cette mâle éloquence qui est si
nécessaire au barreau, et de cette austère probité
qui est si sévèrement recommandée à tous ceux
qui se destinent à l'étude des lois. ne perdez
jamais ce modèle de vue, et l'on dira avec
raison de chacun de vous, vir probus dicendi
peritus.

Titre préliminaire du code napoléon

un Décret rendu par le corps législatif, le 3 7bre [illegible]
a donné au code civil qui régit les français depuis
quelques années, le nom de Code napoléon. Cette
dénomination seule en a été changée, & la reconnaissance
ordonnait ce changement: il était bien juste
que le héros qui, comme guerrier, commandera
l'admiration de la postérité la plus reculée, la
commandât aussi comme législateur, & qu'on imprimât
à ses lois déjà si recommandables par leur sa-
gesse & leur bienfaisance le sceau de l'immortalité
attachée au nom de leur auteur.

Le code napoléon, dont nous allons vous
donner une explication, est divisé en trois livres.
Le premier traite des personnes; le second des
biens & des différentes modifications de la
propriété; le troisième enfin a pour objet
les différentes manières dont on acquiert
cette même propriété. Chacun de ces livres
se subdivise en plusieurs titres, & chacun de
ces titres sera discuté dans l'ordre que lui
a assigné le code.

Ces divers livres sont précédés d'un titre
préliminaire sur la publication, les effets &
l'application des lois en général. Cette marche
était bien naturelle; car avant d'assujettir l'homme

à l'exécution de la loi, il est du devoir du législateur de la lui faire connaître, et comme il n'est pas possible de donner cette connaissance individuellement à chacun des membres de la société, il a bien fallu y suppléer par un autre moyen qui en tient lieu.

L'art. 1er de ce titre préliminaire, qui est aussi le premier du code, est conçu en ces termes : « Les lois la
on avait pensé autrefois, & cette opinion avait été suivie jusqu'à ce que l'assemblée constituante en eût autrement ordonné, que la publication des lois devait résulter de l'insertion qui en était faite dans les registres des cours souveraines : lors de l'arrêt de registre, ces cours enjoignaient au procureur-général de faire passer à ses substituts près les bailliages et sénéchaussées du ressort des ordonnances, édits & déclarations qui venaient d'être enregistrés : ce magistrat en faisait l'envoi à ses substituts, et ceux-ci étaient tenus de faire procéder de suite à l'enregistrement de ces mêmes lois dans les sièges auprès desquels ils remplissaient leurs fonctions & d'en certifier la cour dans le mois.

il semblait d'abord que cette manière de procéder dût obvier à tous les inconvénients, que

les lois nouvelles devenaient obligatoires pour tous les justiciables, à l'expiration du délai d'un mois à compter du jour où l'enregistrement en avait été fait en la cour souveraine.

Cependant il n'en fut point ainsi, car on trouve dans les auteurs, & notamment dans Rodier dans son commentaire de l'ordce de 1667, tit. 1er art. 4, divers arrêts du parlement de Toulouse dont les uns ont jugé que pour décider s'il y avait, ou s'il n'y avait pas contravention aux dispoons de la loi nouvelle, on ne devait compter que du jour de l'enregistrement fait à la sénéchaussée, & les autres du jour de l'échéance du mois à partir de l'enregistrement fait en la cour souveraine, dans le ressort de laquelle était assise la sénéchaussée.

Cette diversité d'arrêts rendait la question assez problématique, car il y avait de très puissantes raisons à faire valoir à l'appui de l'une & de l'autre opinion; il ne faut donc pas s'étonner que cette même question s'étant présentée, il n'y a pas longtemps au parlement de Toulouse, il y fait intervenir partage d'opinions. Dans la cause sur laquelle fut fait ce partage, il s'agissait de savoir si l'on devait déclarer valable, ou annuller un testament qui, cinq semaines après que l'ordce

De 1735 eut été enregistrée au parlement, fut au mépris de la loi nouvelle qui l'avait prohibé, retenue par un Curé dans l'archiprêtré de la Sénéchaussée de Nîmes, où cette ordre n'avait pas encore été publiée. Le partage d'opinions fut vidé, le 26 juin 1766, à l'avis de Mr. de St. Félix qui soutenait que ce testament était nul, parce qu'il s'était passé plus d'un mois depuis que l'ordre de 1735 avait été enregistrée au parl. telle était donc la dernière jurisp. du parlement de toulouse, que les loix nouvelles devenaient obligatoires dans tout son ressort, à l'échéance du mois à compter du jour qu'elles avaient été transcrites dans ses registres; mais ce procédé présentait encore des inconvénients bien graves et qui compromettaient la dignité du Législateur.

C'était en quelque sorte associer au droit de faire des loix les magistrats dont les cours souveraines étaient composées, que de subordonner l'exécution de ces mêmes loix à la volonté de ceux à qui elles étaient adressées pour les faire enregistrer.

L'expérience en effet une grande quantité d'ordres qui étaient exécutées dans le ressort de plusieurs parl. où elles avaient été enregistrées, & qui étaient regardées comme non avenues dans le ressort de plusieurs autres, parce que les magistrats avaient refusé

ou negligé de procéder à l'enregistrement : Cette bigarr
donnait lieu à des jugemens souverains diamétralem
opposés les uns aux autres sur des questions prévues p
la loi, et décidées par elle, & la justice était la
première victime de ce refus ou de cette négligenc
à procéder à l'enregistrement.

Souvent des raisons d'état présidaient à l'émiss
de certains édits ou déclarations, où il importait au
gouvernement que ses raisons ne fussent pas connues
ces lois étaient adressées aux cours souveraines pour
les faire publier : celles-ci semblaient autorisées à
ne pas y donner leur sanction, jusqu'à ce qu'elles
fussent certiorées des motifs qui les avaient
dictées, & refusaient sous ce prétexte de procéder
à la publicaon de ces lois. De là les lettres de
jussion dont le souverain fesait usage pour contraind
ces cours à publier les lois qu'il leur adressait,
et ces luttes scandaleuses amenaient souvent la
cessation de la justice distributive, en donnant
d'une part, l'exemple d'une rigueur devenue
nécessaire, & d'autre part, celui d'une résistance
avilissante pour l'autorité.

Ces scènes affligeantes avaient leur ppe
dans les lois relatives à la forme en laquelle
il devait être procédé à l'enregistrement : les uns
enjoignaient aux cours de procéder à la publicaon
des lois, sans leur permettre des remontrances

préalables ; et De ce nombre était la Déclaration
Du 24 février 1673. Les autres au contraire les
autorisaient à faire Des remontrances avant —
D'enregistrer, & telle fut la Déclaration Du 15 7bre
1715. à cette Dernière époque, le régent de france
voulait obtenir du Parlement De Paris la cassation
Du testament De Louis XIV, qui peu De jours
auparavant venait De terminer sa carrière.
et comme les parl. ne s'étaient assujettis qu'avec
la plus Grande répugnance à ce que leur avait
prescrit la Déclaration De 1670, le régent dans
Les vues D'intérêt qui l'animaient alors,
crut Devoir faire le sacrifice De cette déclaration
qui leur avait été une faculté qu'ils regardaient
comme très précieuse.

Notre code a coupé la racine à toutes ces
discussions, en ordonnant que les Lois seraient
exécutées Dans toutes les parties De l'empire
Du moment où la promulgation en serait faite.
et cette promulgation est réputée connue dans
le Département de la résidence impériale un jour
après celui De la promulgation : quant aux autres
Départ^ts elle sera réputée connue après —
l'expiration De ce Délai augmenté D'autant
De jours qu'il y aura De fois 10 myriamètres
(environ 20 lieues anciennes) entre la ville où la

promulgation aura été faite, le chef lieu de chaque dép.

comme la distance d'un lieu à un autre est toujours [illegible], et que il est impossible qu'elle varie, pour savoir à quelle époque une loi nouvelle, dont la promulgation a été faite à paris, est exécutoire à toulouse, il suffit de calculer le nombre de myriamètres qui se trouvent entre toulouse et paris: — ce que nous disons de toulouse, on peut le dire de toutes les autres villes qui sont chef lieu de dép.

c'est là ce qui a été fait par un arrêté du 25 thermidor an 11, qui a fixé ces diverses distances, et dans lequel il fut reconnu que la ville de toulouse était distante de celle de paris de 66 myriamètres, 9 kilomètres; en sorte qu'une loi publiée à paris, par exemple, le 1er février, n'est exécutoire à toulouse que le 10 du même mois; puisque la distance de l'une de ces villes à l'autre étant telle qu'on vient de l'énoncer, il faut avant que elle puisse être exécutée, faire écouler autant de jours qu'il y a dix myriamètres entre paris et toulouse, sans y comprendre le jour même de la publication et celui du lendemain.

nous disons celui du lendemain, parce que le calcul ne pouvant pas être fait en fractions de moments de momentum, et n'y ayant point de

Donnée fixe sur l'heure du jour dans le cours duquel la promulgation est faite, promulgation qui n'est reputée connue qu'un jour après celui où elle a été faite, il est sensible que l'entière journée du lendemain doit s'écouler, sans que on puisse la faire entrer dans la computation des jours requis pour rendre la loi exécutoire.

peut-être aurait-on pu trouver un moyen encore plus simple & plus concordant avec le système d'uniformité qu'on s'est proposé d'établir, mais toujours est-il bien vrai que celui qui a été pris n'entraîne pas les inconvéniens dont nous avons parlé, & quoiqu'il en résulte que la loi nouvelle n'est pas exécutoire dans tout l'empire à la même époque, on est forcé de convenir que cette diversité est de si courte durée que ce n'est pas la peine de s'y arrêter.

cependant quelque court que soit l'intervalle qui doit s'écouler entre le jour où la promulgation est reputée connue dans un département, & celui où elle est reputée connue dans un autre, cette différence dans les époques peut donner lieu à cette question: quel doit être le sort d'un acte passé à toulouse, par exemple le 4 janvier qui renfermerait des clauses prohibées par une loi publiée à paris le 1er du même mois? cet acte devrait-il être déclaré nul, ou bien

devrait-il être maintenu pour prétexte que la nouvelle loi ne devrait exécutoire à toulouse que le dix ? on devrait sans difficulté déclarer cet acte valable, s'il n'avait point de querelle. Sous un autre rapport, parce que la loi nouvelle ne devient obligatoire qu'au moment où la précédente est abrogée; or comme l'abrogation de la loi ancienne ne peut résulter que de la publication de la loi nouvelle, il est évident que la loi nouvelle ne devant, dans notre hypothèse, être réputée connue à toulouse que le 10 janvier, l'acte devrait être déclaré valable à moins qu'il ne renfermât quelque contravention à la loi ancienne.

Jusqu'ici nous ne nous avons parlé que de l'exécution des lois émanées du corps législatif dont le souverain ordonne la publication. Voyons maintenant de quel jour deviennent obligatoires les décrets impériaux. nous avons à cet sujet un avis du conseil d'état approuvé par l'empereur le 25 prairial an 13, qui fait cette distinction: ou ces décrets impériaux sont insérés dans le Bulletin des lois, ou ils ne l'y sont pas insérés; ou bien ils ne le sont que par leur titre: dans le premier cas, ils deviennent obligatoires dans chaque dépt le jour auquel le Bulletin a été distribué au chef lieu.

7 Conformément à l'art. 12 de la loi du 12 Vendémiaire an 4 : au second cas, ils sont obligatoires seulement du jour qu'il en est donné connaissance aux personnes qu'ils concernent par la voie de la publicaon, affiches, notificaon, ou envois faits ou ordonnés par les fonctionnaires publics chargés de l'exécution. [4e Tom. de la jurisp. du C. N. pag. 492.]

Art. 2.

Rien n'est plus sage que cette dispoon, car il serait souverainement ridicule de prétendre, par exemple, qu'un testament doit être cassé sous prétexte de l'inobservation de quelque formalité nouvellement introduite, lorsque ce testament a une date certaine antérieure à la publicaon de la nouvelle loi, & qu'on a rempli, lors de sa confection, toutes les formalités qui étaient alors requises pour sa solennité.

Ce ppe que les lois ne disposent que pour l'avenir, est de tous les tems & de tous les pays; les empereurs théodose & valentinien le consignèrent dans la loi 7 au code de leg. en ces termes, leges & constitutiones futuris ..... nisi nominatim de præterito tempore, ~~[illegible]~~ cautum sit.

Le second membre de cette loi annonce qu'il est impossible de reporter la loi à une époque antérieure à sa promulgation; cependant cette décision qui paraît d'abord consacrer un principe prescrit par le code ne renferme rien qui lui soit contraire

on ne peut pas dire que la loi a un effet rétroactif
si elle ne statue pas pour le temps antérieur à sa
promulgation tout autrement qu'il n'en était usé
alors, si elle ne porte point atteinte à des
droits déjà acquis, car ce n'est que dans le
changement des droits acquis que consiste le vice
de la rétroactivité ainsi par exemple, supposons
une instance sur laquelle il n'a point été
prononcé: cette instance avait été introduite
sous l'empire d'une loi qui prescrivait telle
ou telle autre formalités: survient une loi
nouvelle qui prescrit des formalités différentes
et qui ordonne qu'on sera tenu de s'y
conformer même pour les procès actuellement
pendants; il n'est pas douteux que la procédure ser
vicieuse, si l'on s'écartait des dispositions de la loi
nouvelle. il semble d'abord que ce serait
donner un effet rétroactif à la loi que
d'ordonner qu'elle serait exécutée dans la
poursuite d'une instance déjà commencée; il n'en sera
pourtant rien, parce que la rétroactivité ne
consistant que dans l'atteinte portée à des droits
précédemment acquis, il suffit de savoir que la
loi nouvelle n'a froissé les intérêts de personne
pour qu'on doive décider qu'elle n'est point
entachée du vice de rétroactivité.

après vous avoir fixé sur l'époque à —

laquelle les Lois Deviennent Exécutoires dans toute
l'étendue De l'empire, et sur ce point général qui
elles ne disposent que pour l'avenir, c'est-à-dire
pour le tems postérieur à leur promulgation; nous
croyons devoir leur faire connaître ici une distinction
qui était D'un grand usage et bien essentielle
autrefois en matière De coutume, parce qu'elle
servait De base à la décision de plusieurs questions qui se
présentaient journellement dans les tribunaux;
cette distinction est devenue à peu près inutile par
l'uniformité que le code a introduite dans la
législation, cependant il peut se présenter encore des
hypothèses qui, par assimilation en rendent la
connaissance necessaire.

nous ne remonterons point à l'origine des diverses
coutumes qui existaient en France, et qui
formaient le droit particulier de chaque province
avant qu'elles fussent réunies à la couronne,
ce serait une chose parfaitement inutile; mais
ce qu'il est important de savoir, c'est que les unes
régissaient les personnes, et que à raison de ce
elles furent qualifiées de personnelles, les autres
furent appellées réelles, parce qu'elles exerçaient
leur empire sur les choses: les autres enfin appellées
mixtes, parce qu'elles tenaient de la personnalité
et de la réalité: on peut voir Laderie Simons
En sa Dissertation touchant les Coutumes, à la

fin de la Bibliothèque historique, mr Dolive liv. 3, chap. 25 aux notes, mr De Cambolas liv. 4 chap. 41, mr Louet lett. C, somm. 42, & Dumoulin sur le titre du code De Summa trinitate où donne la définition de ces divers genres de coutumes

quelques exemples vous feront aisément sentir combien il était intéressant d'être fixé sur cette distinction qui donnait, pour ainsi dire, la clef des difficultés qui se présentaient sur cette matière.

S'agissait-il de savoir à quel âge on pouvait disposer de ses Biens par testament, vente ou autrement? Comme c'était là une question qui dépendait de la capacité de la personne, il fallait consulter la coutume de son Domicile; et si cette coutume était telle qu'il fût permis à tous ceux qui étaient domiciliés dans l'étendue de son territoire, de tester, ou d'aliéner avant l'époque déterminée par le droit romain, le testament ou la vente étaient valables, quelle que fût la situation des Biens, parce que les coutumes personnelles avaient un pouvoir indéfini qui s'étendait partout & par conséquent hors du territoire dans lequel le testateur ou le vendeur se trouvaient domiciliés.

S'agissait-il au contraire de savoir quelle était la quotité des Biens dont on pouvait

disposer ; alors la coutume était regardée comme réelle, & pour déterminer cette même qualité il fallait consulter la coutume des lieux où les biens étaient assis, en sorte que si cette même coutume ne permettait de disposer qu'à concurrence d'une portion, comme d'un quart, d'une moitié, ou autre portion quelconque, la disposition n'était utile qu'à concurrence de cette même portion pour les biens assis dans l'étendue de cette coutume, quoiqu'elle dût valoir pour totalité pour les biens situés par tout ailleurs.

on dit pour les biens assis dans l'étendue de cette coutume, parce qu'en matière de réalité les coutumes ne disposaient pas au delà de leur territoire, *suo statuentur territorio, nec ultrà illud disponunt.*

il se présentait encore assez souvent une autre question qui avait quelque rapport à celle nous venons de dire sur la personnalité ou la réalité des coutumes ; c'était de savoir à qui devaient appartenir les contrats & les actions d'une succession qui, en vertu d'une coutume particulière, devait passer en partie sur la tête des parents plus éloignés d'une certaine qualité, au préjudice des parents plus rapprochés du défunt qui n'avaient pas cette même qualité.

à toulouse, par Exemple, où les parents du côté paternel, quoique plus éloignés en dégré, excluaient les plus proches du défunt du côté maternel pour tous les Biens situés dans la ville & Sénéchaussée, auxquels les parents paternels prétendaient appartenir les Contrats et les dettes actives dont les débiteurs étaient Domiciliés hors de la ville & du gardiage fallait-il pour décider cette question, s'en rapporter au Domicile du Débiteur, ou bien sur celui des Créanciers Domiciliés à toulouse? en règle générale on devait décider que les dettes suivent la personne des Créanciers; cette opinion qui était celle de Mr. de cambolas, liv. 6, chap. 47, de Graverol sur Loüet lett. R, somm. 31, n.° 7, et de plusieurs autres auteurs, se trouvait adoptée par l'art. 23 de l'ordre de 1731, sur les Donations, & par les art. 68 & 71 de l'ordre de 1735 sur les testaments: on devait cependant s'en écarter, & l'on s'en écartait en effet, lorsqu'il s'agissait de rentes assises dans les plus étroites bornes un Statut local qui était en opposition avec le Droit Commun, d'après la maxime, Strictissimæ Statuta interpretationis faciendæ ut quantum fieri potest minimè detur jus commune.

En Conséquence on décidait constamment que les Contrats & les dettes actives dont les débiteurs

étaient domiciliés hors de la ville ou du gardiage appartenaient aux plus proches parents du défunt, quoique celui-ci y eût son domicile. on peut citer entre autres arrêts celui du 19 juin 1760, rendu en la grand'chambre du parl. de toulouse, au rapport de mr de fajoles, qui jugea que le Sr Delbés et la Delle Rivals, succédants aux Srs d'abolin, en vertu de la coutume de toulouse, ne pouvaient prétendre que les meubles & les immeubles situés dans la ville & le gardiage, c'est-à-dire, dans toute l'étendue du territoire sur lequel les capitouls, qui étaient alors les officiers municipaux de cette ville, exerçaient leur juridiction : comme aussi qu'ils ne pouvaient réclamer que celles des dettes actives dont les débiteurs étaient domiciliés dans toulouse, ou dans le gardiage.

la même question se représenta peu d'années après, et par un arrêt du 1er juin 1772, rendu en la grand'chambre du même parlement, au rapport de mr Vaisse St hilaire, en faveur du Sr abbé de calvet et des delles calvet ses sœurs, plus proches parents de la dame ~~Daubets~~ Daubez veuve nupes contre la dame Salles veuve Dupin, il fut jugé que les rentes constituées fesant partie de la succession duës par la province de languedoc, par le diocèze de Beziers, par le diocèze forain de toulouse et autres domiciliés hors de la ville et du gardiage, devaient appartenir au plus

proche parent, d'après le droit commun. il est aisé de concevoir combien un tel ordre de choses pouvait faire naître de difficultés. mais le code napoléon a paru, & les nuages qui obscurcissaient cette partie de notre ancienne législation ont été dissipés.

L'uniformité introduite par le code sur l'âge auquel il est permis de disposer, cet âge étant le même dans toutes les parties de l'empire, et la quotité de biens dont la loi conserve au testateur la libre disposition étant aussi la même par tout, il est clair qu'il ne peut plus s'élever des questions de ce genre: tout se réduira désormais à savoir 1° quel est l'âge auquel il est permis de tester, ou autrement, de disposer de ses biens. 2° quelle est la quotité de ces mêmes biens que la loi reserve dans certains cas aux personnes qu'elle a désignées, et ce qu'elle a prescrit sur ce point doit être exécuté dans tout l'empire, sans aucune distinction de lieux ou de personnes.

quoique cette uniformité dans la fixation de l'âge où il est permis de disposer de ses biens et dans la fixation de la quotité de ces mêmes biens dont la loi fait la reserve dans certains cas, ne permette plus de reconnaître des coutumes personnelles, ni des coutumes réelles,

il existe cependant encore quelque chose qui tient de la personalité & de la réalité, relativement aux Lois. Supposons, par exemple, qu'une loi nouvelle fixât à l'âge de 20 ans, dans tout l'empire, l'époque à laquelle chacun pourrait disposer de ses biens par vente ou autrement, et que cette loi fût publiée à paris le 1er avril il est évident qu'un habitant de paris ou du dépt de la seine, agé de 20 ans seulement, pourrait user, le 3 du même mois, de la faculté d'aliéner ses biens en quelque lieu qu'ils fussent assis, parce que cette faculté tenant à la capacité de chaque individu, il suffit que la loi soit publiée dans le lieu de son domicile, pour qu'il devienne habile à faire ce qu'elle permet.

mais un habitant de toulouse qui même se trouverait à paris, lors de la publication de la loi, ne pourrait point user de cette faculté et vendre ses biens même situés dans le dépt de la seine, avant le dix du même mois par la raison qu'avant cette époque, il ne serait point passé assez de temps pour que la loi fût reputée connue à toulouse, lieu de son domicile. voilà un exemple de la personalité de la loi, s'il est permis de s'exprimer ainsi. En voici un de sa réalité. —

Supposons qu'il fut rendu une loi qui fit cesser la faculté illimitée qu'a tout Citoyen majeur de disposer de la totalité de ses Biens, lorsqu'il n'a pour Successeurs naturels que des collatéraux, et qu'une portion quelconque de ces mêmes Biens leur fut reservée.

Cette loi publiée à Paris le 1er avril, y serait exécutoire le 3, ainsi que dans tout le Dépt de la Seine, de telle manière que les collatéraux du Défunt seraient, dès ce moment, fondés à réclamer de l'héritier institué la portion du bien située dans le Dépt que la loi aurait reservée en leur faveur; mais ils ne pourraient point réclamer cette même quotité de Biens sur ceux qui auraient appartenu au Défunt qui se trouveraient situés dans tout autre Dépt, où la promulgation de la loi ne pourrait point être réputée connue au Decès du Testateur.

Pourquoi cela? parceque le testateur, que nous supposons décédé le 3 avril, serait mort quant aux Biens situés dans le Dépt de la Seine, sous l'empire de la loi nouvelle, et qu'il serait mort au contraire sous l'empire du code, quant aux Biens qu'il possédait dans tous les autres départemens.

Pourquoi encore? parceque pour juger de l'utilité d'une disposition & de l'étendue dont elle est

susceptible, il faut se fixer sur le lieu de la situation des biens, et non pas sur celui du domicile, ce dernier ne devant être pris pour règle que lorsqu'il s'agit de la capacité.

Art. 3.

L'homme s'étant formé en société, il a fallu des lois pour maintenir les divers membres de cette société dans un tel état que la tranquillité publique n'en fût point troublée, ou que les infracteurs de l'ordre établi fussent punis des atteintes qu'ils pourraient y porter: nous ne voici pourtant point des attributs de la puissance spirituelle qui n'appartient qu'à l'intérieur, cette partie ne nous regarde point; nous ne devons nous entretenir que de la puissance temporelle qui agit dans l'extérieur, qui maintient chacun dans ses droits et qui châtie ceux des membres de la société qui s'écartent des devoirs que leur impose cette association.

La loi accordant une protection égale à tous ceux qui habitent le territoire de l'empire tous étant égaux devant elle, il est dans l'ordre d'une juste réciprocité qu'aucun d'eux ne puisse se soustraire à ce qu'elle commande. Ceux-là même qui n'ont pas l'avantage d'être citoyens français n'en sont pas exempts, parce qu'ils sont protégés par elle à l'égal de ceux

qui ont cette qualité : ils lui doivent donc tou
une égale obéissance et une égale soumission.

Les étrangers, disons-nous, qui sont résidants
en france doivent obéissance à la loi, parcequ
ils sont protégés par elle ; & rien n'est plus juste
mais il faut bien se garder de confondre la
loi qui punit le crime, ou ~~celle~~ qui récompen
la vertu, la seule dont il s'agit ici, avec la lo
qui suit l'étranger partout, et qui constitu
sa capacité. L'étranger tient celle-ci du lieu d
son domicile : elle est personnelle ; & les lois
françaises n'ont à cet égard aucun empire sur lui
mais il n'en est pas de même de ses propriétés : il
suffit qu'elles soient assises dans l'étendue du
territoire français, pour qu'on doive leur appliqu
les lois qui régissent ce territoire, parce que
celle-ci est réelle, et qu'en cette matière, on ne consult
que l'assiette des propriétés.

Par la même raison que l'étranger qui réside en
france, conserve sur le territoire français tous
les avantages que lui donne la loi de son domicil
quant à son état et à sa capacité, le français
qui réside en pays étranger, conserve aussi dans
ce pays tous les attributs de la loi de son
domicile ; ainsi en supposant qu'il réside
dans un pays où la loi ne permet de dispose
de ses biens, par exemple, qu'à l'âge de 23 an
le français pourra néanmoins disposer de ses

à l'âge de 21 ans accomplis, parce qu'il emprunte cette faculté de la loi qui régit tous les français et qu'il ne la perd point par l'effet de sa résidence en pays étranger. nous verrons ailleurs l'effet que produit dans certains cas la résidence hors du territoire français.

art. 4.

on avait cru jusqu'à la publication du code, qu'il était du devoir des juges de consulter le chef de la justice, lorsqu'il s'offrait à eux d'avoir à prononcer sur des questions qui n'avaient pas été prévues, ou qui, si elles l'avaient été, se présentaient dans la solution qu'elles avaient reçue des ambiguïtés qui les laissaient dans l'incertitude sur la manière dont ils devaient prononcer eux-mêmes.

ce procédé, qui paraissait d'abord le plus simple de même le plus sage, n'a point été adopté, il faut convenir qu'il ne devait pas l'être. le juge étant parfaitement libre dans son opinion et ne devant connaître d'autre règle que celle tracée par la loi, doit y chercher les bases de l'opinion qu'il a à émettre. s'il ne les trouve pas dans la lettre même de la loi, il doit les chercher dans l'esprit qu'on doit raisonnablement lui supposer : il doit consulter les discussions auxquelles on s'est livré au conseil d'état,

avant l'émission de la loi; et si ce moyen est incapable de déterminer son opinion, il doit en prendre les motifs dans sa raison naturelle qui est le guide assuré de tout homme éclairé, (comme doivent l'être tous les juges), et dont le cœur est ami de la justice.

cette même raison le conduit par sa pente naturelle à recourir à la connaissance qu'il peut avoir de ce qui se pratique dans l'usage en cas semblable; lorsqu'il a essayé ces divers moyens, il n'a plus aucun reproche à se faire; sa conscience est tranquille et l'on n'a rien à lui imputer qu'une erreur involontaire si tant est qu'il en commette quelqu'une.

art. 5.

En statuant ainsi sur ce point, le code a fait cesser un abus avilissant pour l'autorité législative. en effet, on voyait presque tous les jours les cours souveraines, après avoir statué sur les différends des parties, faire des réglemens dont les dispositions étaient souvent en opposition avec les lois émanées du souverain auquel seul appartenait le pouvoir législatif. ces arrêts et réglement étaient envoyés par mr le procureur-général à ses substituts. ceux-ci les faisaient insérer dans les registres des juridictions inférieures et dès ce moment, les justiciables du ressort étaient tenus de s'y conformer, comme ils auraient pu

Et dû le faire, s'il s'était agi d'une loi émanée du trône.

il est aisé de sentir combien était abusif un procédé par lequel des magistrats qui ne devaient être que les applicateurs de la loi, s'érigeaient en législateurs, aussi ont-ils été ramenés par le code à leur institution primitive sur ce point, ils doivent renoncer sur des causes qui leur sont soumises : à finir leur ministère, ils ne peuvent déposer cette ligne sans blesser les droits de la puissance législative.

art. 6.

Le titre préliminaire est terminé par un article qui n'est que l'expression de la raison : il déclare qu'on ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. mais comment cela doit-il être entendu ? a-t-on voulu dire par là que toute convention qui s'écarterait du contenu en quelque loi, serait regardée comme nulle ou comme non avenue ? il nous paraît que les dispositions de notre article ne peuvent s'appliquer qu'aux conventions faites malgré une prohibition formelle ou contre les prohibitions de la loi, à moins qu'elles ne blessent les préceptes de morale ou de décence publique qui n'ont pas été positivement sanctionnés par des règlements. aussi notre article n'a-t-il

par dit tout simplement qu'on ne peut pas déroger aux lois par des conventions. Si le législateur s'est exprimé comme il l'a fait, c'est parce qu'il savait bien qu'il y a des lois auxquelles on peut déroger, telles sont celles qui ne sont pas impératives ou prohibitives et qui statuent seulement, en présumant la volonté de l'homme, mais que la manifestation d'une volonté contraire fait cesser.

Les conventions qui porteraient atteinte aux bonnes mœurs seraient frappées de nullité. Il n'y a point de doute là-dessus. Un état, quelque florissant qu'on puisse le supposer, tendrait à grands pas vers sa ruine, et le corps entier tomberait bientôt en dissolution par la corruption de chacun de ses membres, si les bonnes mœurs n'y étaient pas rigoureusement maintenues. De tout temps les législateurs ont été pénétrés de cette vérité. Voilà pourquoi ils ont, pour ainsi dire, fait de la morale la base de l'ordre social : l'intérêt public en commande le maintien, et c'est assez pour qu'il soit défendu d'y porter atteinte par des conventions particulières. /.

Livre Premier.
Des Personnes.

Tit. 1er
De la jouissance & De la privation de droits civils.

Chap. 1er
De la jouissance des Droits civils.
Art 7 & 8.

Pour bien entendre ces articles, il faut commencer par se fixer sur la manière dont doivent être pris les mots exercice des droits civils dont ils parlent l'un et l'autre. Le Droit civil dans son acception ordinaire est le Droit propre à chaque nation: celui qui la distingue des autres; c'est celui qui règle les successions, les mariages, les tutelles, la puissance paternelle, et généralement tous les rapports entre les personnes.

D'après cette définition, dont l'exactitude ne saurait être contestée, il faudrait dire tout le contraire dans l'art. 7; car la seule qualité de citoyen suffit pour l'attribuer à celui qui en est revêtu, la jouissance des droits civils. De là nous serions autorisés à tirer cette conséquence

que soit d'être indépendant de la qualité de citoyen, l'exercice des droits civils en est une suite ou dépendance.

Ce n'est donc point du droit civil pris dans son acception ordinaire qu'il s'agit dans cet art., mais bien d'un autre droit civil, qui, quoique propre aussi à chaque nation, a un caractère particulier tel qu'il ne suffit pas d'être citoyen pour en avoir l'exercice, et c'est dans ce sens qu'il est dit dans l'art. 7 que l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen.

Quelle est donc cette espèce de droit civil? C'est celui qui détermine la manière dont les citoyens concourent plus ou moins immédiatement à l'exercice de la puissance publique; c'est un droit civil public, le même qui est connu sous le nom de droit politique dont l'exercice n'appartient pas à tous ceux indistinctement qui ont le droit de cité.

Les femmes, par exemple, jouissent de tous les droits civils dans l'acception commune; elles sont citoyennes; mais elles ne concourent pas à l'exercice de la puissance publique, et sous ce point de vue, il est constant que la qualité de citoyen ne suffit pas seule pour l'exercice des droits politiques.

La Distinction que nous venons de faire, est d'autant plus nécessaire que, sans elle, il y auroit une opposition formelle entre les dispositions de l'art. 7 & celles de l'art. 8 du code. Dans celui-ci il est dit que tout français jouira des Droits civils : ils sont appellés tous sans distinction à l'exercice de ces Droits, les femmes comme les hommes, parceque les uns & les autres sont citoyens. cependant personne n'ignore que les femmes n'ont pas l'exercice des Droits politiques : donc s'il est vrai qu'aux termes de l'art. 8, tout français doit jouir des Droits civils, on ne peut pas contester que les Droits civils dont parle l'art. 7, pour en déclarer l'exercice indépendant de la qualité de citoyen, ne soient toute autre chose que les Droits civils dont l'art. 8 attribue l'exercice à tous les français, lorsqu'ils sont citoyens.

Delà cette conséquence qu'on doit regarder les mots Droits civils dont parle l'art 7, — comme synonimes des mots Droits politiques et qu'on doit prendre au contraire les mots Droits civils dont parle l'art. 8, dans l'acception qui leur est communément donnée celle résultante de la qualité de citoyen. —

Art. 9.

Le mot réclamer qu'on voit dans cet article fait naître une difficulté; elle consiste à savoir s'il doit être pris dans le sens conservatoire, ou dans le sens acquisitoire. si l'enfant né en France d'un étranger naît français, mais à la charge de remplir les conditions portées en notre article pour conserver les droits que lui donne sa naissance sur le sol français, ou bien s'il n'acquiert la qualité de français qu'au moment où il exécute ce que lui prescrit la loi sur ce point.

on réclame une chose sur laquelle on a déjà eu des droits, et dans ce sens il est synonime du mot revendiquer. on réclame aussi une chose qui nous est & nous a toujours été étrangère, comme l'assistance de Dieu, la faveur du prince. Cette expression a peut être été employée dans l'une & l'autre acception; cependant elle présente des sens bien différents & elle peut donner lieu à des conséquences tout à fait opposées.

La question fut vivement agitée au conseil d'état, sous le rapport de l'intérêt qu'elle présente, intérêt que l'on convient être vraiment public: mais les avis furent longtemps partagés sur le point de savoir s'il ne convenait

par d'exiger de l'individu né en France de parents étrangers la déclaration dont parle notre article. Les uns soutenaient qu'en naissant sur le territoire français, les enfans des étrangers acquièrent les mêmes droits que ceux nés de parents français, & que pour être privés de ces droits, il fallait une renonciation formelle de leur part. Les autres pensaient au contraire que le fait de la naissance sur le sol français, ne donnait que l'aptitude à acquérir la jouissance des droits civils, & que cette jouissance ne pouvait appartenir qu'à ceux qui déclaraient vouloir l'accepter. On termina ce débat en demeurant d'accord de ce principe que tout individu né en France était français, mais que ce principe serait modifié par les dispositions légales qui règlent la manière dont on français conserve, ou perd la faveur de son origine.

De là il suit que le mot réclamer doit être entendu dans ce sens que l'enfant né en France de parents étrangers conserve la qualité de français qui lui est imprimée par le fait de la naissance sur le sol français, s'il se conforme aux vœux de la loi, et non pas dans cet autre sens qui tendrait à ne l'investir de la qualité de français qu'au moment où il ferait la déclaration exigée par la loi.

Notre article présente deux cas : le premier,
celui où l'individu né en France d'un étranger
qui y est résidant, & le second où il n'y
réside point. Dans le premier cas il n'a besoin
de faire autre chose qu'une déclaration que son
intention est d'y fixer son domicile, et cette déclara-
pourvu qu'elle soit faite dans l'année qui
suivra l'époque de sa majorité, lui conservera
tous les droits attribués en France à ceux qui
habitent son territoire et qui sont nés de parents
français. Dans le second cas celui de la résidence
en pays étranger, il doit faire sa soumission de
fixer son domicile en France & il doit s'y établir
effectivement dans l'année à compter de l'acte
de soumission.

à la vérité, la loi est muette sur l'indication
du lieu et des personnes devant lesquelles doivent
être faites la déclaration ou la soumission dont
nous venons de parler. mais il ne paraît pas
douteux que si l'enfant né en France a été emmené
dans le pays étranger, il doit faire la soumission
devant le chargé des affaires de France près la
puissance dans l'état de laquelle il demeure
parce que ce chargé d'affaires est le protecteur
spécial des Français qui se trouvent dans ce
pays & qu'il s'agit de conserver une qualité
que la France regarde comme précieuse.

Si au contraire l'individu est résidant en France il paraît naturel que la déclaration à laquelle il est soumis, soit faite devant la municipalité du lieu où il réside, parce que c'est dans les registres que se trouvent inscrits les noms de tous les individus qui la forment.

art. 10.

Il ne pourrait y avoir aucune difficulté à déclarer français les enfans nés d'un français en pays étranger dans le cas où leur père n'a pas lui-même perdu cette qualité, parce qu'en cette matière il ne faut pas consulter le lieu où est né l'individu pour savoir quelle est sa qualité, mais bien celle dont est revêtu l'auteur de ses jours. voilà pourquoi si le père est français, le fils, quelque soit le lieu de sa naissance est français aussi, comme s'il était né en France.

ce que nous venons de dire de l'enfant né d'un père français en pays étranger, s'applique à l'enfant qui serait né d'une française parce que la loi n'a fait aucune distinction de sexe & que les femmes tout aussi bien que les hommes sont comprises sous la dénomination générique de français.

mais nous supposons toujours qu'il existe un mariage, et que les enfans dont nous parlons, en ont été le fruit; car s'ils étaient nés hors du mariage, il faudrait user de quelques distinctions pour se fixer sur leur état.

En admettant qu'un enfant né hors du mariage
En pays étranger, fut provenu du commerce d'un fran
avec une française, il n'est pas douteux que cet
Enfant serait français, pourvu qu'il eût été
Reconnu; car, sans la reconnaissance, l'enfant
étant dans l'impuissance d'établir qu'il est né d'un fran
ne pourrait pas prétendre à la qualité de français, et
pour l'en revêtir, il n'aurait d'autre ressource que d'obten
de l'empereur la permission d'établir son domicile en fran

Supposons au contraire que cet enfant toujours
né hors du mariage, fut provenu du commerce d'un
français avec une étrangère, ou d'un étranger avec
une française, s'il est reconnu, il sera incontestablement
français, sans avoir besoin de remplir aucune formalité
et cette qualité lui sera acquise par le seul acte de
Reconnaissance, duquel il résultera qu'il est né
En pays étranger d'un français ou d'une française

il en serait autrement si l'enfant né légitime
ou hors du mariage, et reconnu depuis, avait reçu la vie en pays
étranger d'un père ou d'une mère français qui
auraient perdu cette qualité. Dans ce cas, pour
pour la recouvrer, il devrait remplir les formalités
prescrites par l'article précédent; cependant comme
la loi n'a pas voulu punir les enfans des fautes
de leurs pères, elle les a considérés comme français
mais d'une manière imparfaite, en exigeant d'eux
que, parvenus à la majorité, ils fissent la déclaration

19 ou la soumission
qu'ils veulent fixer leur Domicile en france, s'ils y sont déja, ou leur soumission de venir s'y établir dans le délai fixé par la loi, s'ils n'y résident point; s'ils se refusent à faire cette déclaration ou cette soumission ils deviennent absolument étrangers à la france, parce que cette démarche est exigée d'eux comme une condition, à l'exécution, de laquelle tient la conservation d'une qualité que la loi leur a conférée, quoique nés en pays étranger.

Art. 11.

Pour bien entendre cet article, il faut savoir ce que c'est que le Droit d'aubaine. plusieurs auteurs nous en ont donné la définition: Charondas, Liv. 7 chap. 8, Bacquet, du Droit d'aubaine, art. 34, et plusieurs autres on dit que c'était un Droit appartenant au Souverain, par lequel il succède aux étrangers morts en france sans enfans; ce Droit ne peut être cédé, ni vendu à qui ce soit, comme on le voit dans Cambolas, Liv. 5, chap. 49, dans Maynard, Liv. 8, chap. 48, & dans Duval en ses institutes au Droit français, Liv. 1er, chap. 9, où il dit aussi que ce Droit est imprescriptible et incommunicable à tout autre qu'au Souverain.

Les aubains sont incapables de tous les effets civils et n'ont par conséquent pas testamenti factionem activam nec passivam: ils ne succèdent point à leurs

parents, leurs parents ne leur succèdent pas : aussi cette incapacité provient du droit romain, & non pas du droit d'aubaine. Celui-ci n'a pour objet que d'attribuer au souverain la succession de l'étranger comme nous l'apprenons de Mr. Maynard, liv. 6, chap. 1.

Le droit d'aubaine a été aboli par la loi du 14 juillet 1819. 7e série Bull. 294.

C'est des aubains que l'on dit vivunt ut liberi moriuntur ut servi. de Laurière dans son traité des institutions contractuelles art. 4, n.° 44, dit aussi peuvent-ils faire toute sorte de contrats entre vifs. Ferrière sur la coutume de paris art. 292, tom. 4, pag. 168, n.° 44; Ricard, en son traité des donations, tom. 1er, part. 1ère, n.° 210, et suiv. dit qu'ils ne peuvent faire aucun acte de disposition de Dre Volonté; ils prennent leur effet de la mort. jusques là ils ne peuvent faire des institutions contractuelles que dans les lieux où elles valent comme donations entre-vifs, mais non dans ceux où elles ne valent que comme donations à cause de mort; telle est la doctrine de Bacquet en son traité du droit d'aubaine, chap. 21, et de Duval en ses institutes du droit français chap. 9, pag. 448 & suivantes.

tel était le droit commun en france avant que l'assemblée constituante, en abolissant le droit d'aubaine, admit les étrangers à la communication de presque tous les droits civils que les regnicoles y exercent. il y avait néanmoins

des Exceptions à cette règle générale : quelques provinces jouissaient de l'affranchissement du droit d'aubaine, celle du Languedoc était du nombre. on peut voir ce qu'en dit Cazeneuve dans son traité du franc-aleu, pag. 152 & suivantes où il rapporte des lettres-patentes du Roi Louis XI, du mois de juillet 1475, et celles de Charles VIII du mois de mars 1483, mais il fallait pour cela que les étrangers fussent habitans dans la province du Languedoc ; et quoique non naturalisés le seul fait de leur résidence dans quelque partie de cette province, les habilitait à tout faire comme le pouvaient les naturels français.

La province de Languedoc, et notamment la ville de Toulouse, n'étaient pas le seul lieu de France où l'on jouissait de l'exemption du droit d'aubaine il n'était point en usage à Bordeaux, comme l'atteste le président Bouhier en sa 13me question et le président Duranti dans sa question 67. il en était de même à Lyon, d'après la Peyrere, lettre A, n° 114, aux additions. La vicomté de Turenne en quercy jouissait de la même faveur d'après le témoignage de Mr Maynard, Liv. 8, chap. 48. Les Lorrains en furent affranchis par une déclaration du 15 mai 1702, ce qu'il y a de singulier, c'est que les habitans de la ci-devant

province du Dauphiné jouissaient en Savoie de la qualité de regnicoles, & que les Savoyards étaient aussi reputés tels dans le Dauphiné, mais non ainsi. D'après l'arrêt du Conseil du 8 xbre 1666, rapporté par Basset, tom. 2, pag. 111. enfin les habitans des provinces unies furent affranchis du droit d'aubaine en France, & réciproquement les français en Hollande, par des Lettres-patentes du 1er. 1773, enregistrées au parl. de Toulouse le 23 janvier 17

toutes ces différences cessent aujourd'hui par la manière dont le code a prononcé sur cette question: il a pris pour base une juste réciprocité, et les étrangers ne jouissent en France d'autres droits civils, que de ceux dont les français jouissent eux-mêmes dans les Pays auxquels ces étrangers appartiennent; si ce procédé présente encore quelque bigarrure, elle ne sera dûe qu'à toutes celles que pourrait faire quelque nation étrangère, d'admettre les français à la participation des effets civils dans leur pays, & cette nation ne pourra s'imputer qu'à elle-même la privation de ces mêmes droits civils qu'elle pourrait éprouver en France.

Art. 12.

Cette décision est dans l'ordre naturel des choses; la femme se confondant en la personne de

mari, il n'était pas possible d'imaginer qu'elle dût être d'une condition différente de celle-ci: voilà pourquoi dans le tems où l'on reconnaissait en France une distinction d'état, la femme roturière devenait noble par son mariage avec une personne noble; elle conservait, même après la mort de son mari, les avantages qui étaient alors attachés à cette qualité, tant qu'elle était fidèle à sa mémoire, en ne contractant pas de nouveaux engagemens. C'est ce que nous apprenons de Théaus sur la coutume de Bourgogne, pag. 340; mais si elle passait à des secondes noces avec une personne non noble, elle perdait la qualité que son premier mari lui avait communiquée & rentrait dans la classe d'où elle était sortie, si son mari était roturier.

A quelques exceptions près qui ont fait la matière de lois particulières récemment rendues on ne connaît plus dans l'empire cette distinction d'état: il n'y a d'autre noblesse que celle attachée à l'exercice des vertus: les citoyens sont tous également appelés à remplir toutes les fonctions publiques, et chacun d'eux avec un vrai mérite peut espérer de parvenir aux plus hautes dignités sans avoir à craindre une exclusion qui autrefois avait son principe dans la différence des naissances.

La permission d'établir son domicile en France accordée à un étranger par l'empereur, produit à son égard le même effet que produisaient les lettres de naturalité qui il appartenait au roi seul de donner à qui il jugeait à propos. elles habilitent à jouir de tous les droits civils, comme s'il était né en France il n'en est pas de même de l'exercice des droits politiques, il faut pour ceux-ci quelque chose de plus, il remplir les formalités prescrites par la constitution. (1)

au surplus ces mots que on trouve dans l'article tant qu'il continuera d'y résider ne doivent pas être pris dans leur étroite signification, de quelle manière que la jouissance des droits civils pour un étranger auquel l'empereur aurait accordé la permission de s'établir en France, cesse du même instant qu'il serait sorti du territoire français, cet étranger déjà assimilé aux autres français quant à la jouissance de ses droits, ne doit les perdre que pour les mêmes causes qui feraient encourir cette déchéance aux naturels fran

Si la loi eût entendu qu'il en fut autrement elle l'aurait déclaré, puisque sa volonté supposée telle, aurait été une Exception au Droit commun à la participation duquel ces étrangers sont appellés.

art. 14 & 15.

Ces articles ne fournissent matière à aucune Explication; ils indiquent l'un & l'autre les tribunaux de France, comme étant les seuls devant lesquels les étrangers & les français peuvent être traduits pour parvenir à l'exécution des engagemens qu'ils ont contractés ensemble, soit que l'étranger se soit engagé sur le territoire de France, ou qu'il l'ait fait hors de ce territoire. on ne peut pas assigner de Droit particulier qui serve de Base aux dispositions du premier de ces deux articles: il n'est fondé que sur l'usage qui a été constamment tel et qui, sous ce rapport, méritait d'être adopté. (24) L'autre disposition donnée aux étrangers doivent être en la forme prescrite par l'art. 69 du code de procédure civile. quant au second article, il a pour Base le Droit Commun, d'après lequel l'exécution des engagemens doit être réclamée contre tout français devant

le tribunal du lieu de son domicile, en vertu de la maxime actor sequitur forum rei et cette maxime est tout aussi bien applicable au cas où le demandeur est étranger, qu'à celui où il est naturel français.

art. 16.

Les dispositions de cet article sont très sages dans tous les rapports qu'il embrasse. D'une part, il était naturel que le français attaqué par un étranger, eût l'assurance de ne point perdre les frais exposés pour sa défense s'il venait à triompher dans l'attaque dirigée contre lui; et comme le jugement rendu en France contre un étranger serait dans la main du français, une arme inutile par l'impuissance où il serait de le faire exécuter hors du territoire de France, il a fallu, par une juste prévoyance, pourvoir à son intérêt. Le vrai moyen de remplir cet objet, c'était d'assujettir l'étranger demandeur à un droit de caution, à moins qu'il ne possédât en France des biens immeubles d'une valeur suffisante pour en répondre, et c'est ce qu'a fait la loi

Nous disons l'étranger demandeur ; car on sent aisément que s'il était défendeur, il n'aurait pas été juste de le soumettre au Bail de caution, parce que le français demandeur aurait à s'imputer d'avoir traduit l'étranger devant un tribunal de France, au lieu de l'actionner devant le juge de son domicile, où il aurait probablement trouvé des assurances pour le remboursement des frais exposés, en cas de succombance de cet étranger. en un mot, la condition de cet étranger ne doit pas être aggravée par le choix qu'avait le français d'un tribunal de France pour faire prononcer sur son différend.

mais la loi a jugement excepté de cette disposition le cas où il s'agit de matière de commerce. Comme il est intéressant pour la nation française que le commerce n'éprouve point d'entraves, et que l'empêcherait une que d'exiger un Bail de caution en cette matière, elle a voulu en affranchir l'étranger, lors même qu'il est demandeur. elle l'a fait avec d'autant plus de raison que les formes employées pour le jugement

des Procès de cette Espèce, sont différentes de la plupart de celles qui ont lieu dans les termes du Droit Commun, & que l'expédition en est infiniment plus prompte, parce que la Connaissance en est attribuée à des tribunaux particuliers dont la Compétance ne s'étend pas à d'autres matières, voilà pourquoi on leur a donné la Dénomination particulière de tribunaux de Commerce.

---

(1) art. 3 de la constitution du 22 frimaire an 8. (Bulletin 333)
"un étranger devient citoyen français, lorsqu'après avoir atteint l'âge de
"vingt-un ans accomplis, & avoir déclaré l'intention de se fixer en
"france, il y a résidé pendant dix années consécutives." #

(2) Voyez les arrêts du 16 Germinal an 13 (cour d'appel de paris) 8 prairial an 13 (Cour d'appel de poitiers) & 18 mars 1807 (cour d'appel de trèves) jurisp. du C.N. vol.

Nª tous ces arrêts ont été rendus dans des causes où l'étranger se trouvait en france : d'où suit qu'il avait pû être assigné valablement devant les tribunaux français. il ~~paraîtrait~~ semblerait cependant d'après l'avis de mr. furgole que l'étranger même non trouvé sur le territoire français, serait assigné valablement devant les tribunaux de france puisqu'il cite l'art. 69 du code de pro. civ. relatif au mode de assignation à donner à ceux qui n'ont pas leur domicile en france. Cette question ne s'est pas encore présentée devant &

Décret impérial du 17 mars 1809 /.

art. 1er. „ Lorsqu'un étranger, en se conformant aux dispoons de l'acte des „ Constitutions de l'empire du 22 frimaire an 8, aura rempli les conditions exigées „ pour devenir citoyen français, sa naturalisation sera prononcée par nous. „

art. 2. „ La demande en naturalisation & les pièces à l'appui seront transmises „ par le maire du domicile du pétitionnaire au préfet qui les adressera avec „ son avis, à notre Grand-juge ministre de la justice. „ /.

(7) Voy. un avis du Conseil d'état, du 17 Germinal an 13, relatif au mode de constater le décès des militaires

(6) Vid. un avis du Conseil d'état du 4 Thermidor an 13, relatif aux formalités du mariage. (Jurisp. du C. N. Tom. 4, pag. 492.)

(8) 4 Complém. an 13. avis du Conseil d'état relatif au Mariage des Militaires.

(a) Quand il s'agit d'interpréter une loi déjà faite, quand il n'est question que de faire cesser des doutes élevés sur son véritable sens, alors rien n'empêche que le Législateur ne donne à sa dispoon interprétative, l'effet de rétroagir sur les actes passés dans l'intervalle de la publicaon de la loi à celle de son interprétaon. ad praeterita, dit Vost, sur l'eff. Liv. 1, tit. 3, ch. 7, 17, Legem trahendam ratio dictat, quotiès non tam novi, quidem lege novâ injungitur, quàm potiùs dubiae legis anterioris interpretaõ fit.

(3ème année.)

Chapitre Second.

De la Privation des droits civils.

Section 1ère

De la Privation des Droits civils par la perte de la qualité de français.

Il existe plusieurs causes qui font encourir aux français la privation des Droits civils: les uns arrivent par leur seule volonté; les autres sont l'effet des condamnations prononcées contre eux. Ceux qui n'ont lieu que dans la seule volonté, font la matière de la Première Section: la Seconde est consacrée à l'établissement & à la déclaration des hommes.

art. 17.

En 1er. lieu, la naturalisation étant un moyen d'acquérir l'exercice des droits civils dans un pays autre que celui où l'on a reçu naissance, on ne peut voir dans l'obtention de cette faculté qu'une abdication de la qualité dont on était auparavant revêtu; ainsi un français qui se fait naturaliser dans un pays étranger, que par cela même il adopte pour Patrie, cesse par son fait d'être français, il est bien juste qu'ayant abandonné sa Patrie, il soit abandonné par elle.

2° L'acceptation non autorisée par l'empereur que fait un français de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, devait aussi naturellement

produire de même effet : chaque individu doit à
sa patrie l'hommage des talents qu'il a reçus de
la nature ; il est de son devoir de les servir :
s'il porte ses services ailleurs, il se rend coupable
d'une sorte de trahison dont il doit être puni.
au reste les deux points dont nous venons de
parler, ont leur place dans diverses lois
des digestes, sous le titre de captivis et postliminio
reversis. les dispositions qui y sont relatives
ne sont par conséquent pas nouvelles.

3° un établissement fait en pays étranger
sans esprit de retour, après la déchéance de
l'exercice des droits civils. rien n'est plus juste
apprécié car le français qui adopte pour patrie
une terre autre que celui où il a reçu
le jour, abandonne nécessairement celui qui
ne doit plus le regarder comme son enfant.

mais la difficulté consiste à reconnaître
s'il y a, ou n'y a point esprit de retour.
d'abord si l'établissement en pays étranger
est pour fait de commerce, on ne doit pas
chercher à découvrir si le français qui a
formé cet établissement, a conservé ou
n'a pas conservé l'esprit de retour. la
loi y a prononcé d'une manière très claire
en décidant qu'il ne pourrait jamais être

considéré comme fait sans esprit de retour, & l'on devait bien s'attendre à cette décision, elle était, pour ainsi dire, commandée par l'intérêt que la France entière a à voir prospérer son commerce, les français qui se livrent aux spéculations commerciales dans le pays étranger, auraient pu en être détournés par la crainte d'être recherchés pour prétexte d'abandon de leur patrie, & c'est pour les rassurer à cet égard qu'en pareille occurrence, on n'a pas permis aux juges de supposer que l'établissement a pu être fait sans esprit de retour, mais c'est dans le cas seulement que le juge est inhibé de faire cette recherche, dans tout autre cas la loi laisse toute la latitude possible sur ce point, il doit se décider par l'examen des diverses circonstances qui accompagnent le fait sur lequel il a à prononcer.

Ce que vous devez remarquer, c'est qu'on ne doit pas supposer légèrement qu'un français a voulu abdiquer la qualité de citoyen français, même dans le cas où il a terminé sa carrière en pays étranger; que les preuves de cette abdication présumée doivent être établies sur des faits incompatibles avec la conservation de l'état de citoyen français, parce que s'agissant de la

infliger une Peine, & les Lois Pénales ne devant être appliquées qu'à ceux qui sont véritablem.t Coupables, il faut avoir des Preuves Certaines de Cette Culpabilité. Vous pouvez voir dans Louet & Brodeau, Lett. S.t Verb. Substit. Somm.re 15, une Compilation de Lois relatives à la conservation ou à la perte de la qualité de Citoyen, & une grande quantité d'arrêts rendus sur Cette question. tout Ce qu'on peut Dire, c'est qu'en Cette matière, tout Est hypothétique, et qu'en règle générale on Doit se Prononcer difficilement Pour l'opinion qui tendrait à déclarer encourue la Déchéance des Droits civils.

Art. 18.

Si, aux termes de l'article précédent, le français Devient étranger par l'un des trois motifs qui y sont énoncés, il faut bien que pour rentrer en france, & y reprendre ses anciens Droits, il agisse comme Doivent faire les étrangers qui veulent acquérir la qualité de Citoyen français; ils Doivent Par Conséquent obtenir De l'empereur la permission d'y rentrer, et faire les mêmes Soumissions auxquelles les étrangers sont soumis en pareille Circonstance.

nous nous Bornerons à observer que l'art. 17 ayant fait d'un établissement en

pays étranger sans esprit de retour, un motif de déchéance de l'exercice des droits d'habitance, le français qui rentrerait dans sa patrie, après avoir longtems résidé en pays étranger, n'aurait nul besoin de faire précéder son entrée de la permission du Souverain, ni de faire des soumissions, ou déclarations requises pour les étrangers, parce qu'il ne serait devenu tel que par un établissement fait en pays étranger sans esprit de retour, & qui entraînât en France il pourrait par ce seul fait qu'il avait conservé cet esprit de retour qui l'était constamment opposé à ce qu'il devint étranger lui-même.

art. 10

nous avons observé dans l'explication de l'art. 12 que la femme devenant, pour ainsi dire une seule & même personne avec son mari, il n'était pas possible que leur condition fut différente; nous ajouterons ici l'indication des autorités qui nous apprennent que la veuve d'un noble née roturière participait à tous les avantages attachés à la noblesse tant qu'elle restait dans le veuvage, & qu'elle perdait, si elle passait à un second ou autre mariage avec une autre personne non noble; nous pouvons voir ce que en

Dit Brillon, en son dictionn. tom. 4, Verb. noblesse-veuve. N.° 24 où il cite plusieurs autres auteurs.

ainsi la femme devenue étrangère par son mariage avec un étranger, et qui veut acquérir le droit de cité qu'elle avait perdu par ce mariage, doit se conformer à tout ce que la loi prescrit aux étrangers pour devenir apte à l'exercice des droits civils en France.

art. 20.

cet article est purement déclaratif du droit que peut exercer le français qui, n'ayant rien perdu cette qualité, la recouvrée: il ne présente aucune difficulté, puisqu'il décide que le français recouvre l'exercice de tous les droits qui sont attachés à cette qualité, à l'époque de ce recouvrement.

art. 21.

on ne doit pas croire que par cet article le gouvernement ait entendu défendre aux français de passer au service de quelque puissance étrangère dans la profession des armes, il a voulu seulement qu'ils ne puissent le faire qu'avec la permission de l'empereur, et il n'y a en cela rien qui ne soit dans l'ordre des choses le plus sage, car l'homme étant l'enfant

Du pays dans lequel il a pris naissance, ne peut disposer de lui-même qu'avec l'agrément de son Souverain à qui il doit ses premiers services, & c'est en quelque sorte le trahir que d'aller porter ailleurs, sans son aveu, ces secours dont il peut avoir besoin pour lui-même : aussi le français qui se rend coupable de cette espèce de trahison, est-il traité plus sévèrement que l'étranger : celui-ci peut entrer en France & y voyager à son gré, même y résider, au lieu que l'autre ne peut y rentrer qu'après en avoir obtenu la permission de l'empereur.

Section 2.

De la privation des droits civils par suite des condamnations judiciaires.

Les français peuvent perdre l'exercice des droits civils par l'effet des condamnations prononcées contre eux : lorsque l'homme se dégrade au point d'oublier ce qu'il se doit à lui-même, & ce qu'il doit à la société dont il est membre, il doit en être puni ; mais outre la peine que doit lui être infligée personnellement, et que la loi a graduée en la proportionnant au délit dont il s'est rendu coupable, il en est une autre qui est, pour ainsi dire, morale, & celle-ci consiste dans la privation des droits civils,

Elle n'emportera néanmoins la mort Civile qu'autant qu'elle exclura le condamné de toute Participaõn aux Droits Civils énoncés dans l'art. 25 du Code.

art. ~~21~~, 22, 23, 24 & 25.

Pour Bien saisir les vrais sens des Premiers articles de notre Section, il ne faut Pas les Séparer les uns des autres: occupons-nous d'abord du Premier.

on y voit clairement que le Législateur n'a pas voulu donner ici le détail des peines auxquelles il entend attacher la privation des Droits Civils énoncés dans l'art. 25, & en cela il n'y a rien qui doive nous surprendre parce que ce détail appartient Bien plus naturellement au code Criminel qu'au Code Civil.

mais il a établi en principe que toute peine à laquelle sera attachée l'exclusion de toute participation aux Droits Civils Exprimés dans l'art. 25, Emportera la mort Civile, c'est-à-dire, que celui-là sera mort Civilement qui aura été condamné à une peine que la loi aura déclaré produire l'effet d'enlever au condamné la participaõn aux droits Civils Exprimés dans cet article.

ainsi donc, supposons que nous déclarer expressément la mort civile encourue par la condamnation à telle, ou telle autre peine, dès lors attachée à cette peine la privation de toute participation aux droits civils exprimés dans l'art. 25; par cela même le condamné encourra la mort civile, ce genre de mort étant, aux termes de la loi, une suite nécessaire de la condamnation à une peine qui enlève au condamné l'exercice des droits civils énoncés en l'art. 25.

Dans notre nouvelle législation, nous connaissons jusqu'ici que la condamnation à la peine de mort naturelle qui emporte la mort civile, conformément à l'art. 25 du code, mais il est certain que lors de la confection du nouveau code criminel, la mort civile sera déclarée encourue comme une suite de la peine que ce code déterminera devoir être prononcée en punition de tel ou de tel autre délit. — Celui le prouve c'est la contexture des art. 21 et 22 de notre code.

nous avons déjà vu qu'aux termes de l'art. 22 la mort civile doit être encourue par la condamnation à une peine dont l'effet sera de priver le condamné de toute participation aux droits civils exprimés dans l'art. 25.

or comme la condamnaon à la peine de mort naturelle ne sera pas la seule, (en supposant qu'elle ne soit pas executée réellement) dont l'effet sera de priver le condamné de toute participaon aux droits civils, il s'ensuit necessairement qu'il y aura des peines autres que celles de la mort naturelle qui feront encourir la mort civile.

quant à l'art. 24 du code, il offre la même conséquence, car en déclarant que les peines afflictives perpétuelles, autres que celles de la mort naturelle, n'emporteront la mort civile qu'autant que la loi y aurait attaché cet effet il a bien clairement donné à entendre qu'il sera prononcé des peines autres que celles de mort naturelle dont l'effet sera de faire encourir la mort civile, pourvu que lors de l'établissement de ces peines, la loi ajoute l'exclusion à toute participaon aux droits civils.

nous devons remarquer ici que l'art 24 du code apporte un grand changement aux ppres qui jusqu'à présent avaient été constamment suivis en matière de peines qui emportaient la mort civile; on avait à peu près adopté en france

Les Lois du Droit romain qui avaient introduit trois Sortes de peines Capitales pour la punition des Criminels : Celle de mort naturelle qui était infligée de Diverses manières : Celle ad metalla qui était appellée maxima Capitis Deminutio ; & La Déportation que Les romains appellaient media Capitis deminutio. La premiere de ces peines, En privant le condamné de la vie naturelle, lui faisait perdre aussi la vie civile & la Liberté, Leg. 12, ff. de Pœnis. La seconde qui conservait la vie naturelle, faisait perdre la Liberté & le droit de Cité, Leg. 28 ff. eod; & La troisième qui n'était ni la Vie, ni la Liberté, faisait perdre le Droit de cité, §. 2, inst. de capit. Deminut.

La condamnation ad metalla pratiquée chez les romains, était représentée en France par la Condamnation aux Galères perpétuelles, & Celle de la Déportation par la condamnation au Bannissement perpétuel : il n'y avait en tout cela que le nom de changé, car les effets étaient les mêmes, et chacune de ces peines emportait la mort civile, comme on le voit dans l'art. 29 du tit. 17 de l'ord.ce de 1670.

Dans l'état actuel des choses, il n'y a que

la condamnation à la peine de mort naturelle qui emporte la mort civile, & comme il ne nous appartient pas de décider quelles seraient les autres peines auxquelles la loi jugera à propos d'attacher la mort civile, il faut attendre qu'elle prononce à cet égard pour que nous puissions vous en instruire.

mais quels sont les effets de la mort civile? l'art. 25 du code les indique d'une manière bien précise: le condamné à une peine emportant mort civile, perd dès-lors la propriété de tous les biens qu'il possédait. Cette perte de la propriété dont il a été dans tous les temps la suite d'une condamnation emportant mort civile, mais le sort de ces biens était autrefois bien différent de celui il est aujourd'hui, la propriété en était dévolue, par droit de confiscation, au souverain, ou aux seigneurs haut-justiciers du territoire dans lequel elle avait été commise, maintenant au contraire la succession du condamné à une peine qui emporte mort civile, est ouverte au profit de ses héritiers naturels qui la recueillent de la même manière que s'il était mort naturellement & sans testament.

par une loi du 31 août 1792, abolie par celle du 17 nivôse an 2, mais rétablie par celle du 22 frimaire an 3, abolie par celle du 4 germinal an 4, rétablie par celle du 8 floréal an 10, abolie par celle du 28 avril 1816, rétablie par celle du 17 août 1822, abolie par celle du 8 juin 1850, rétablie par celle du 31 mai 1854, abolie par celle du 13 mai 1863, rétablie par celle du 3 mai 1854, abolie par celle du 31 mai 1854, rétablie par celle du 13 mai 1863, abolie par celle du 3 mai 1854

on dit naturellement, parceque il en est tout
de même que s'il n'eut point été porté de
condamnation : mais que seront ceux de parents
du condamné qui recueilleront sa succession ?
sera-ce ceux qui se trouvent les plus proches
lors de l'exécution naturelle ou figurative,
ou ceux qui étaient les plus proches lors de
la condamnation, si tant est que l'ordre des
successions légitimes eut changé dans l'intervalle
de l'une de ces époques à l'autre ? il faut
dire sans difficulté que ce sont ceux qui se
trouvent les plus proches lors de l'exécution.

pourquoi cela ? parce que le fait de la
condamnation contradictoire ne produisant pas par
lui-même civile qui ne résulte que de l'exécution
réelle ou figurative de cette même condamnation
comme le décide l'art. 26 du code ; prétendre
que la succession du condamné doit appartenir à
ceux de ses parents qui se trouvent les plus
proches à cet époque, ce serait soutenir qu'on
peut être investi d'une succession, avant
que cette même succession ne soit ouverte.
cependant chacun sait que Viventis nulla
est hereditas.

on dit aussi et sans testament

parce que soit que le condamné ait fait ou n'ait pas fait le testament, il doit toujours en être de même : dans le 1er cas le testament est annullé ; dans le 2ème il y a lieu à l'ouverture de la succession dans les termes du droit commun. au reste l'annullation du testament antérieur à la condamnaon, est prononcée par la loi 6, §, 5, ff. de inj. rup. & irrit. fact. testam. Et elle est fondée sur cette raison que le testateur doit avoir le droit de cité, au tems de son décès, afin que le testament vaille, et que celui qui a essuyé une condamnaon qui emporte la mort civile, perd le droit de cité par l'exécution.

le condamné ne peut plus ni recueillir aucune succession, ni transmettre à ce titre des biens qu'il a acquis par la suite, ce sont là les propres termes du § second de l'art. 25 du code : cette dispoon est la suite necessaire du ppe qui nous apprend que l'individu condamné à une peine qui emporte la mort civile, est retranché de la société par le fait de l'exécution suivie du laps de cinq ans, si la condamnaon a été prononcée par contumace.

nous avons déja vu que dans l'état actuel des choses, la condamnaon à la peine

Leg. 13, ff. de donat. / post contractum capitale crimen, donaones factae non valent ex constitutione dd. severi & antonini

de mort naturelle fait encourir la mort civile au condamné du jour de l'expiration des cinq années qui ont suivi l'exécution du jugement. il n'y a donc aucune difficulté à décider qu'un individu qui se trouve dans ce cas ne peut ni recueillir une succession, ni transmettre à ce titre les biens qu'il a acquis postérieurement.

Pourquoi cela? parceque aux termes de la loi 12, ff. de pœn. ce condamné a perdu la vie civile, ce qui le fait regarder comme privé de la vie naturelle. or chacun sait qu'un mort ne peut ni recueillir, ni transmettre une succession.

il faudra en dire autant des peines autres que celle de mort, aux quelles le législateur jugera à propos d'attacher la mort civile, parce que c'est la perte de la vie civile qui produit l'incapacité de recueillir des biens par succession, & de les transmettre par la même voie.

Le § 3 du même article va plus loin, il interdit à tout individu condamné par un jugement qui a été exécuté, à une peine qui emporte mort civile, toute disposon de ses biens en tout ou en partie, soit par donation entrevifs, soit par testament; enfin il le déclare incapable de recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments.

La loi 15 ff. de donat. statue sur le sort des donations faites par un individu qui s'est rendu coupable d'un crime capital; la contexture de cette

Leg. 15, ff. de donat. (post contractum capitale crimen, donationes factæ non valent ex constitutione D. Severi & Antonini (nisi) condemnatio secuta sit. — pour la parfaite intelligence de cette loi, il faut lire avec pothier, si au lieu de nisi, ou tout au moins supprimer la neg. non qui est avant le verbe valent. Cette opinion est contraire à pothier.

voi a donné lieu à beaucoup de raisonnemens de la part des interpretes, et il faut convenir qu'elle ne présenterait pas un sens raisonnable, si l'on s'en tenait à celui que offre la traduction littérale des mots dont elle est composée nous vous en donnerons l'explication ci-après.

S'il est certain que le prévenu d'un crime capital, ne peut pas disposer de ses biens à titre de donation, lorsque en punition de ce crime, il a été rendu contre lui un jugement portant condamnation à une peine qui emporte mort civile, et qui a été exécuté, il est également vrai qu'il est incapable d'en disposer par testament. La volonté du législateur à cet égard est basée sur le droit romain qui annulle le testament de tout individu qui, au moment de son décès, n'a point testamenti factionem activam, et celui qui est à servi pœnæ, n'ayant pas la capacité de tester, il s'ensuit qu'on doit regarder comme non avenu le testament de ce même individu qui, au moment de son décès, se trouverait frappé d'une condamnation à une peine emportant mort civile, et suivie d'exécution effective.

Et non seulement le prévenu d'un crime capital ne peut dans cette circonstance disposer de ses biens, ni par donation, ni par

testament, mais encore il est incapable de recevoir à ce titre; la raison est prise de ce qu'il a été retranché de la société par la condamnation qu'il a subie, Pro mortuo habetur, il n'existe plus aux yeux de la loi, quant aux effets civils. Et s'il lui est permis de recevoir, à titre d'aliments ce n'est que pour soutenir son existence physique qui n'a rien de commun avec son existence morale, à laquelle tient la capacité.

Mais, s'il y a en la personne du condamné à une peine emportant mort civile par un jugement exécuté, une incapacité de disposer par donation, ou par testament, et même une incapacité de recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments, doit-on dire aussi qu'il est incapable de vendre, ou autrement traiter à titre onéreux? Soit avant, soit après la condamnation.

C'est là une question qui a été diversement décidée par les auteurs, et diversement jugée par les arrêts: il y en a qui ont distingué des crimes atroces, tels que celui de sacrilège de lèse-majesté, de parricide ou d'assassinat, de ceux qui sont d'une moindre énormité: — ils ont soutenu que dans le premier, l'interdiction d'aliéner par contrat est encourue tout aussi bien que celle de disposer à titre gratuit à compter du moment où le crime a été commis, quo quis propter conscientiam sui facinoris jam depend

Suâ Certus esse Potest, et ils se fondent sur la loi 15, ff. qui et à quib. manum. dont je viens de rapporter les propres termes. Dans les autres au contraire, il n'y a, disent-ils, lieu de prononcer, la nullité des actes passés à titre onéreux, qu'autant qu'on peut supposer que celui qui a traité avec l'auteur du crime en avait connaissance, et qu'il n'a traité que pour lui fournir les moyens d'échapper à la vengeance des lois: telle est l'opinion de mr Lebret ancien avocat général au parl. de paris, comme on le voit dans le plaidoyer sur lequel intervint l'arrêt du 25 juin 1619, qui est rapporté en son recueil de décisions part. 2, liv. 3, décis. 4.

D'autres tels que Papon, en son premier notaire, pag. 367 & 368, sans distinguer la qualité des crimes, distingue l'aliénation faite, à titre onéreux, après le crime commis, mais avant l'accusation sur laquelle il est intervenu depuis une condamnaon, d'avec celle faite après l'accusation et durant la poursuite: ils disent que dans le premier cas l'aliénation doit être maintenue, à moins qu'il ne soit établi que l'acquéreur a participé à la fraude du coupable, ce qui résulterait du fait

que l'acquéreur avait connaissance du crime commis par son vendeur ; que dans le cas contraire, et lorsque la vente n'a été consentie qu'après l'accusation, cette vente doit être déclarée nulle, comme faite en fraude du fisc, ou des hers naturels : vous pouvez voir sur cette question Ricard, en son traité des donations, tom. 1er, part. 1ère, nos 242 & suivants ; Basnage sur l'art. 143 de la coutume de Normandie, tom. 1er, pag. 236 de l'édition de 1778.

Il faut convenir que cette question présente de très grandes difficultés ; cependant on ne peut pas se dissimuler que si le code napoléon ne la décide pas expressément, il le fait au moins d'une manière implicite, lorsqu'il déclare que le prévenu qui a encouru la mort civile, ne peut disposer de ses biens ni par donation entre-vifs ni par testament.

En effet, cette prohibition ainsi limitée à ces deux genres de disposition, donne assez clairement à entendre qu'il n'en doit pas être de même des contrats à titre onéreux, d'autant plus de raison que toutes conventions qui auront lieu pour la confection

du Code, MM. les Commissaires du gouvernement eurent à s'occuper de cette question, parce que plusieurs Cours d'appel l'avaient agitée dans leurs observations; le silence du code sur ce point joint à l'indication des moyens de disposer à titre gratuit, ~~ceux~~ seuls prohibés par la loi au condamné qui a encouru la mort civile, paraît nous donner la certitude que les contrats à titre onéreux ne lui sont pas interdits.

nous avons discuté sous le rapport de la capacité, le point de savoir si l'aliénation faite par le prévenu d'un crime capital, des biens qu'il avait à l'époque du crime commis, est valable, ou si elle ne l'est point; il faut maintenant examiner si ce prévenu, après avoir encouru la mort civile, peut acquérir & vendre à son gré les biens qu'il a acquis depuis.

il n'est pas douteux qu'il peut faire l'un & l'autre; d'abord le code décide textuellement qu'il peut acquérir, puisqu'il regle le sort des biens que le prévenu a acquis depuis sa condamnation exécutée figurativement; par où il décide bien formellement qu'il peut acquérir: quant

du pouvoir de vendre, cette faculté, tenant au droit des gens dont tous les hommes sont capables comme hommes, le condamné peut en user comme tout autre individu, quoiqu'il ait été retranché de la société civile, parce que la société civile est tout autre chose que la société naturelle à laquelle seule il appartient.

Les trois § suivants exposent l'individu condamné à une peine qui emporte la mort civile de toutes tutèles et des opérations qui y sont relatives, de tout témoignage, soit en justice, soit dans un acte solennel & authentique, & enfin de la faculté d'ester en justice, soit en défendant, soit en demandant; et dans ce cas, il ne peut être procédé que sous le nom & par le ministère d'un curateur spécial qui lui est donné par le tribunal où l'action est portée. Vous avez vû que la loi ôte le droit de cité au condamné à quelque peine qui emporte la mort civile; la conséquence de cette privation en ce qui concerne le condamné doit être son exclusion de la faculté d'agir comme citoyen; car nul ne peut agir en une qualité qu'il n'a point: or comme les diverses fonctions dont nous venons de parler ne peuvent être remplies que par des individus

qui ont le plein Exercice des Droits civils, il s'ensuit que ceux qui en sont privés, ne peuvent plus les remplir.

Le condamné à une peine Emportant mort Civile, après les cinq années qui suivent son Exécution, lorsque le jug^t a été rendu par Contumace, est incapable, aux termes du code, de Contracter un mariage qui produise aucun effet Civil. cette disposition est conforme à l'art. 6 de la déclaration du 26 9bre 1630; au surplus elle est fondée sur la Raison naturelle qui ne permet pas de penser qu'un homme déja retranché de la société puisse donner à cette même société des sujets capables des effets civils, tandis qu'il en est privé lui-même.

Le mariage que le condamné avait précédemment Contracté, est dissous quant à tous ses effets civils, & l'épouse, ainsi que ses héritiers peuvent respectivement Exercer les Droits & les actions auxquels sa mort naturelle Donnerait lieu.

tout cela est une suite nécessaire de la mort Civile dans tous les cas où la loi jugera à propos de la déclarer encourue car si le mort Civilement est réputé mort naturellement, il faut bien attacher à ce

Genre de mort, les mêmes effets qu'à la mort naturelle, même pour les gains stipulés entre Epoux, en cas de survie; ce qui a donné lieu à une discussion particulière, lors de la confection du code, à cause de la diversité des opinions qui furent émises sur ce point.

art. 26.

cette dispoon est diamétralement contraire à ce qu'en avait ordonné le droit romain dans le §. 6, de la loi 6, ff. de injust. rup. & irr. fac. testam. Si quis fuerit capite damnatus & a vel ad bestias, vel ad gladium, vel aliâ poenâ, quae vitam adimit, testamentum ejus irritum fiet, & non tunc, cum consumptus est sed cum sententiam passus est. # mr. d'olive liv. 5, chap. 7 a fait là dessus une très belle dissertation qu'il termine en disant, „que c'est la condamnation „qui prive de toute participation aux droits „civils, celui contre qui elle est prononcée, „et que la force de la mort civile est en la „bouche du juge.“

La raison s'accommode pourtant bien mieux de la décision portée par le code, que de celle de la loi romaine, car tout comme le jugement rendu en matière civile, n'opère aucun effet jusqu'à ce qu'il ait été signifié, de même dans le cas où il échoit d'exécuter

quia poena servus efficitur.

Réellement ou figurativement une condamnaon en matière criminelle, ce n'est que cette exécution réelle ou figurative qui peut faire encourir la mort civile, puisqu'elle seule tient lieu de la signification en matière civile.

ainsi en supposant que le prévenu vienne à décéder de mort naturelle dans l'intervalle du jugt prononcé à son exécution, la loi le regardera comme décédé dans toute la plénitude de ses droits. les successions qui auront pû lui échoir de l'une de ces époques à l'autre lui auront été acquises; il transmettra ces mêmes successions à ceux de ses parents qui se trouveront les plus proches au jour de son décès, comme s'il n'eût été porté contre lui aucune condamnaon par ce seul motif que la mort civile n'est encourue que du jour de l'exécution, soit réelle, soit figurative, & non du jour de la condamnaon. Vous pouvez voir ce qu'en disent mr Larroche, liv. 6, tit. 23, arrêt 5, & mr maynard liv. 4, chap. 52.

mais le testament qu'il aurait pû faire ne devrait pas être exécuté; ce n'est pas que le condamné n'eût capacité pour le faire

jusques au moment de son décès, mais comme il l'aurait perdu au moment de sa mort, ce testament ne serait point valable; en décider autrement, ce serait aller contre le ppe qui requiert la capacité du testateur tempore testamenti et tempore mortis.

Au reste ce que nous venons de dire du testament du condamné, ne doit être entendu que du cas où cette condamnaon serait suivie de l'exécution réelle ou figurative, car si le prévenu mourait dans les prisons, ce testament serait valable quoique fait après la condamnaon.

Art. 27 & 28. (28 - vid. un avis du Conseil d'état, du 20 7bre 1809, Bullet. 245, n° 4742, rapporté dans le tom. 14 de la jurisp. du code napoléon page 89 -

Ces deux articles terminent un grand nombre de difficultés qui avaient partagé les jurisconsultes et les trib: dans les premiers tems de la République, les Romains, comme l'observe Bornier sur les art. 15 & 16 du ~~tit~~ t 17 de l'ordce de 1670, n'étaient pas dans l'usage de prononcer des peines corporelles contre les absents & les contumaces: il ne pouvait pas y avoir lieu à exécution figurative, puisqu'il n'y a que les peines corporelles qui soient susceptibles de ce genre d'exécution: le même auteur remarque

que cet usage fut emprunté des grecs qui fesaient exécuter les absents en effigie, en inscrivant leurs noms sur des colonnes avec la condamnation et que ce procédé fut adopté dans la suite par les romains.

Les anciennes ordces de france, notamment celle de 1539 art. 25, & celle de 1670, tit. 17 art. 15, avaient décidé que non-obstant l'absence du prévenu, il pouvait être prononcé contre lui des condamnaons à des peines corporelles, en quoi elles avaient dérogé aux capitulaires de charlemagne, liv. 7, cap. 202, art. 354, qui contiennent les défenses de condamner les absents.

mais ces condamnaons emportaient-elles la mort civile, dès l'instant où elles étaient prononcées, ou bien devaient-elles être exécutées figurativement pour produire cet effet?

Le parl. de toulouse avait sur la manière d'expliquer l'art. 28 de l'ordce de moulins, une jurisp. toute contraire à celle du parl. de paris. il avait cru que cette ordce, en l'accordant au condamné par contumace un délai de 5 années pour

purger cette Contumace, n'avait pas dérogé au Droit Commun, d'après lequel la Condamnation opérait l'effet de rendre le condamné incapable des effets civils, comme le décide le § 6, de la Loi 6 ff. De inj. Rup. & irrit. fac. testam.

Au Contraire, le Parl. de Paris entendait cette Ord.ce De manière que les 5 années accordées pour purger la Contumace, étaient un intervalle légal durant lequel la condamnation était entièrement suspendue, de même que ses effets: En sorte que lorsque le prévenu venait à mourir après les 5 ans, il était reputé mort Civilement que depuis l'expiration de ces 5 années; telle était la Jurisp. attestée par Brodeau sur M.e Loüet, Lett. C, Somm. 25, N.o 1.

L'Ord.ce de 1670 avait pris un milieu entre ces deux interprétations, en décidant que si le Condamné décédait après les 5 ans sans s'être représenté, ou avoir été constitué prisonnier il devait être reputé mort Civilement du jour de l'exécution du jugement de contumace

notre Code a encore dérogé sur ce point à l'Ord.ce de 1670, puisqu'il décide que la mort civile n'est encourue qu'après les 5 ans qui suivent l'exécution figurative du même jugement, ainsi il a adopté l'ancienne Jurisp. de Paris

qui regardait la condamnation comme suspendue
pendant le cours des 5 années accordées par
l'art. 28 de l'ordonnance, et par conséquent
comme incapable de produire de suite la
privation des droits civils; par ce moyen on
a fait cesser tous les doutes que pouvait naître
cette opposition de sentimens, il faut
convenir qu'il y avait de très fortes raisons
à l'appui de l'une et de l'autre opinion.

A mon seulement le code a décidé que
la mort civile ne serait désormais encourue
que autant qu'il y aura exécution par figure
du jugement de contumace, mais il a
décidé encore qu'elle n'est encourue qu'après
les 5 années qui suivent cette exécution.
nous verrons en expliquant l'art. 31 quelle
était l'opinion des auteurs sur cette
question; mais en la décidant comme il
l'a fait, le code a donné lieu à examiner
quel était l'état du condamné pendant
le cours de ces 5 années, et quel sort
devaient éprouver ses biens.

avant l'ordre actuel des choses, l'état
du condamné pendant ces 5 années était en
suspens, et le sort de sa personne civile
que de ses biens dépendait d'un événement

postérieur : le Contumax était-il constitué prisonnier, ou se représentait-il avant la fin des 5 années, le jugement était anéanti & il était de nouveau procédé contre lui, comme s'il n'eut jamais été rendu de jugement. Laissait-il au contraire s'écouler les 5 années sans se représenter, ou sans avoir été constitué prisonnier? Dans ce cas il était réputé mort du jour de l'exécution figurative du jugement de Contumace, en sorte qu'il était réputé mort ou vivant pendant le cours de ces années, suivant qu'il se représentait, ou qu'il ne se représentait pas avant l'expiration de ce délai.

La loi actuelle n'a pas voulu de cette incertitude pendant le Cours des 5 années. En déclarant que la mort civile n'était encourue qu'à l'échéance de ce terme, elle a bien nettement décidé que le Contumax conservait tous les droits dont il jouissait auparavant, puisque la mort civile était seule capable de les lui faire perdre; mais comme il n'était ni juste, ni raisonnable qu'un homme fût dans l'opinion publique, et qui se trouvait en

présomption d'être coupable d'un délit grave, est l'exercice des mêmes droits dont jouissent les hommes sans tache; elle a voulu que sans être retranché de la société civile — pendant le cours des cinq années qui lui sont données pour se représenter, le contumax fut pendant ce délai dans un état d'interdiction légale qui suspendit l'exercice des droits civils; il conserve bien, mais il n'en jouit pas; il conserve ses droits, il profite de toutes les successions qui lui échoient, mais il ne les recueille indirectement, son mariage conserve tous ses effets civils pendant le cours des cinq années, en sorte que les enfants pendant la contumace sont légitimes.

au reste, si le contumax n'est soumis par le nouvel ordre des choses, qu'à un état d'interdiction légale, on ne doit pas être surpris qu'il puisse, dans les cinq ans qui lui sont accordés pour se représenter, recueillir des successions et se marier, car cette faculté n'a jamais été contestée à celui que la loi frappe d'interdiction.

mais il n'en est point de même de la faculté de disposer de ses biens; quoique non encore frappé de mort civile, il ne conserve point la faculté de tester; la privation qu'il éprouve à cet égard, est la suite nécessaire de l'état d'interdiction dans lequel il a été placé par la loi; ainsi en supposant que le contumax eût fait son testament dans le cours des 5 années, ce testament serait nul, quand même le contumax serait décédé integri status parcequ'il n'avait pas testamenti factionem activam, au moment où il a disposé, & qu'il est de régle qu'un testament n'est valable qu'autant que son auteur a capacité pour tester tempore condito testamenti, & tempore mortis.

art. 29.

cet article apporte un grand changement à ce qu'avait prescrit sur ce point l'ordce de 1670, et avant elle l'ordce de Roussillon de 1563 ~~fesait courir ce délai~~ ces deux ordces ne donnaient au contumax que le délai d'une année pour obtenir la main-levée de ses meubles & de ses immeubles, et sur ce point elles étaient d'accord; mais elles différaient en ce que

l'ordce de Roussillon fesait courir ce délai du jour de l'annotation des biens, au lieu que celle de 1670, tit. 17, art. 26, ne le fesait courir que du jour de l'exécution figurative.

ce délai est aujourd'hui de 5 années, et la manière dont il a été pourvu à l'administration des biens du contumax, pendant les 5 ans qui suivent l'exécution figurative, lui donnent l'assurance que sa prévention ne lui fera rien perdre, s'il parvient à prouver son innocence dans le même délai: au surplus la contumace doit être purgée devant le tribunal qui a prononcé le jugement de contumace, suivant un arrêt de réglement rendu en 1709 au Parl. de toulouse, la grand'chambre & la tournelle assemblées.

art. 30.

Nous avons vû qu'en se représentant, dans le cours des 5 années qui suivent l'exécution figurative du jugement, le contumax rentre dans une position, telle, qu'il en est tout de même que s'il n'eût été porté contre lui aucun jugement, en sorte

qui il ne perd rien même sur le produit de ses
Biens qui sont régis comme doivent l'être
ceux des absents: notre article suppose au
contraire que le Contumax ne s'est représenté
ou n'a été constitué prisonnier que quelques
5 années qui ont suivi l'exécution figurative
du jugement; dans ce cas on pourrait demander
quel devrait être le sort de ce contumax tant
en sa personne que dans ses Biens.

Il n'était pas juste qu'il fut traité aussi
favorablement que celui qui s'est représenté
avant l'expiration des cinq années; ayant
à se reprocher de n'avoir pas usé de la faculté
de la loi qui lui faisait un devoir de se
représenter dans ce délai, il doit en être puni,
quoique il obtienne un jugement de relaxe,
ou qu'il ne soit prononcé contre lui qu'un
jugement qui n'emporte pas la mort civile; en
conséquence l'article que nous expliquons ne
le fait rentrer dans la plénitude de ses
droits, qu'à compter du jour de la reprise de
justice, & le premier jugement conserve tous ses
effets pour tout le temps qui s'est passé
entre l'expiration des 5 années, & celui de
sa comparution.

Supposons que dans le dernier intervalle il y eut eu ouverture à quelque succession qui lui aurait été dévolue de droit, elle serait irrévocablement perdue pour lui, parce que au jour de cette succession s'est ouverte, le contumax n'avait pas la capacité requise pour la recueillir; n'importe qu'il ait été rendu en sa faveur, même un jugement de relaxe, le condamné par contumace ne demeurera pas moins déchu de l'utilité de cette succession, parce qu'il a à s'imputer de n'avoir pas purgé la contumace dans le délai déterminé par la loi.

Il n'en est point de même de testament pour la validité duquel, quant à la capacité, il faut considérer deux temps: celui de la confection, & celui de la mort, tempore conditi testamenti & tempore mortis. ou

Ainsi, Supposons qu'ayant fait un testament par acte public avant l'exécution figurative du jugement rendu contre lui le prévenu se représente après 5 années à compter de cette exécution, & qu'il décède après avoir obtenu un jugement de relaxe, ou qui ne le condamne qu'à une peine qui n'emporte pas mort civile, le testament devient-il valable? il le sera, parce que

le prévenu avait la capacité de tester tempore
conditi testamenti, & qu'il l'avait aussi tempore
mortis. Sans qu'on doive s'arrêter à l'effet
qu'avait pû produire la condamnation depuis
l'expiration des 5 années, accordées au contumax
pour se représenter; parce que sa représentation
quoique faite après ce délai, lui a rendu sa
capacité tempore mortis, & qu'il l'avait aussi
tempore conditi testamenti.

Il est donc vrai que la représentation du
prévenu condamné par contumace, anéantit
de plein droit cette condamnation, en quelque tems
qu'il se représente; mais il y a cette différence
entre la représentation faite avant l'expiration
des 5 années qui suivent l'exécution figurative
du jugement, & celle qui n'est faite qu'après
ce délai, que dans ce dernier cas, la loi conserve
les effets que la mort civile avait produits
dans l'intervalle écoulé depuis l'expiration
des 5 années, jusqu'à la représentation, au lieu
que dans le premier, c'est-à-dire, lorsque le
prévenu s'est représenté avant l'expiration des
5 années, il en est tout de même que s'il n'eut
eu aucun tems été porté de jugement de condamnation
contre lui.

art. 31

Cet article tranche une difficulté qui avait partagé les auteurs, les uns soutenaient que la condamnaon par contumace était suspendue pendant les 5 années, de telle sorte que si le prévenu venait à mourir avant l'expiration de ce délai, il décédait integri status. de ce nombre étaient Lebrun en son traité des successions, Liv. 1er chap. 2, Sect. 3. Bachages sur l'art. 235 de la Coutume de normandie, Ricard, traité des donations, tom. 1er part. 1, n°. 259, Domat, en ses lois civiles Liv. 1er des successions, tit. 1, Sect. 2, art. 36, pag. 327 et 328, Bornier, sur divers articles du tit. 17, de l'ordce de 1670. &a.

D'autres prétendaient au contraire que le prévenu condamné par contumace encourait la mort civile du jour de l'exécution figurative du jugt rendu contre lui, & que si la loi lui accordait le délai de 5 années pour se représenter, c'était une pure faveur qui ne devait pas faire supposer que la condamnaon subsistant, elle ne devait point produire la mort civile; de ce nombre sont mr. d'olive, Liv. 5, chap. 7, mr. Boutaric sur l'art. 29 du tit. 17 de l'ordce de 1670, mr. furgole mon père en son traité des testaments tom. 1er chap. 4, Sect. 2, n°. 159 et suiv. Enfin le parl. de toulouse répondant à la 37me

Des questions que lui avait adressées mr le chancelier d'aguesseau sur les incapacités, déclara que la mort civile était encourue du jour de l'exécution figurative du jugt de contumace, et il faut convenir qu'il était difficile de résister à l'argument qu'opposaient les partisans de cette dernière opinion prise des dispoons de l'art. 1er du tit. 27 de l'ordce de 1670.

cependant cette question s'étant présentée au parl. de toulouse, elle y fut jugée par un arrêt en la chambre tournelle, le 15 juin 1767, au rapport de mr Cantalause, en faveur des héritiers du Sr Delhomme contre le Sr Solignac, conformément à la première de ces deux opinions.

Le Sr Delhomme avait été condamné à la peine de mort par contumace, il mourut avant l'expiration des 5 années qui suivirent l'exécution figurative; après sa mort, le Sr Solignac, seigneur confiscataire, réclama les biens du condamné, sous prétexte que ce dernier avait encouru la mort civile du jour de l'exécution figurative de ce jugement; les héritiers Delhomme prétendirent au contraire que delhomme était mort integri status, & que ses biens devaient leur appartenir. l'arrêt accueillit leur prétention.

quoiqu'il en soit de cette diversité d'opinions, l'art. que nous expliquons est si clair qu'il ne peut plus faire la matière d'un doute;

le Contumax qui décède avant l'expiration des
5 ans à compter de l'exécution figurative du jugt
meurt dans toute la plénitude de ses droits, ce
sera, si l'on veut, une faveur singulière —
accordée à la présomption de l'innocence, mais
l'on ne peut qu'applaudir au sentiment qui
l'a dictée. Cependant la loi n'a point interdit
à la partie civile, l'exercice de l'action qu'elle
pourrait avoir à former à la suite du jugt
de condamnation, elle l'a conservé, parce que
qui damnum infert, damnum dabet resarcire.
mais cette action ne pourra être intentée contre
les héritiers que par la voie civile, on peut voir
ce qui en dit la loi 6 ff. de pub. jud. & Brodeau
sur Loüet lett. A, somm. 18, n°. 14.

art. 32.

Pour vous bien fixer sur cet article, il faut que
vous sachiez que par la loi querela, 12, Cod.
de leg. corn. de falsis, l'époque de la prescription
de tous les crimes est déterminée à 20 ans.
En sorte qu'après l'échéance de ce délai, l'auteur
du crime ne peut plus être recherché:
cependant comme en règle générale, l'action
judicati dure 30 ans, on jugeait autrefois
sur le fondement de ce texte, que si
l'auteur du crime avait été condamné, &
le jugement exécuté en la forme prescrite

par l'art. 16 du tit. 17 de l'ord.ce de 1670, le prévenu ne pouvait exciper de la prescription qu'autant qu'il s'était écoulé 30 ans, à compter du jour de la condamnation, comme on le voit dans le journal des audiences, tom. 1er, liv. 1e chap. 56, dans Basnage sur l'art. 143, de la Coutume de normandie, dans Bornier sur l'art. 17 du tit. 17 de l'ord.ce de 1670, & dans plusieurs autres auteurs.

ainsi pour juger si l'exception prise de la prescription de 20 ans, en matière criminelle, était bien ou mal fondée, il fallait commencer par se fixer sur le fait à savoir, si l'auteur du crime avait été ou n'avait pas été condamné; s'il avait été condamné, & si le jug.t avait été exécuté figurativement, l'exception prise de la prescription ne pouvait être utilement opposée qu'après 30 ans: si au contraire l'auteur du crime n'avait été ni poursuivi, ni condamné, ou si ayant été poursuivi et condamné, le jug.t n'avait pas été exécuté comme le prescrit l'art. 16 du tit. 17 de l'ord.ce de 1670, la prescription était acquise par le seul laps de 20 années.

mais, supposons qu'il eut été rendu un jug.t de condamnation à la peine de mort contre un prévenu, et qu'indépendamment de la peine capitale

Ce jug.t Renfermat aussi des Condamnaons Comme En Des Amendes, Des Dommages-intérêts; qu'il n'eût pas été exécuté par effigie, mais qu'il eût été signifié au Domicile Du Condamné, la prescription de 20 ans qui était acquise quant à la peine, pouvait-elle aussi être utilement invoquée quant aux amendes & aux dommages-intérêts?

plusieurs auteurs avaient pensé que la peine Capitale, ~~Est Dans~~ étant le principal, et la prescription quant à la peine, se trouvant acquise par le laps de 20 ans, on devait regarder comme prescrite par le même délai, l'action en payement des Dommages-intérêts qui n'en sont que l'accessoire, suivant la Régle, accessorium sequitur sortem principalis établie par la loi 178, ff. De reg. jur.

C'était là une Erreur, parceque l'art. 16 Du tit. 17 de l'ord.ce de 1670, ayant déterminé la manière En laquelle Doivent être exécutés les jugs de Contumace, et cet article ayant textuellement décidé qu'il suffisait de signifier au Domicile Du prévenu les Condamnaons autres que celle Dont il ordonne l'exécution par Effigie, ou par

Tableau, il s'ensuit bien évidemment qu'en
faisant signifier au domicile du prévenu
le jugt qui le condamnait en dommages-intérêts,
ou confiscation, on s'était conformé à tout ce que
prescrivait la loi sur ce point, d'où il suivait
que l'action judicatii suivie de cette exécution
était en cette partie prorogée à 30 années.

Quoi qu'il en soit de ce qui s'observait à cet
égard, vous devez savoir qu'il n'en est pas de
même aujourd'hui, et que sans distinguer s'il y a
eu, ou s'il n'y a point eu d'exécution figurative
du jugt de contumace, la prescription du crime
est acquise au prévenu par le laps de 20 ans
à partir de la condamnation: c'est la disposition
précise de la loi du 3 Brumaire an 4, connue sous
le nom de code des délits et des peines, dont
l'art. 480 est ainsi conçu.

" La peine portée dans le jugement de
" contumace, est prescrite par 20 ans à compter de
" la date du jugement. a [art. 635 du nouveau code d'instruction criminelle.]

On sent aisément qu'il doit en être de
même des condamnations accessoires.

Mais la prescription acquise au prévenu, a-t-elle
l'effet de le rétablir dans ses droits
civils pour l'avenir? l'article que nous

Expliquons Décide nettement la question pour la négative, & Cette Décision est très raisonnable, il n'est pas juste en effet que Celui qui ne Doit sa Libération qu'à une Exception prise Du Laps Du tems, jouisse Des avantages qui ne sont faits que pour les Citoyens qui n'ont jamais été atteints par la loi Vengeresse des délits; Le tems a Bien assez fait pour Lui, en l'affranchissant De la peine qu'il avait Encourue, sans qu'on Doive attacher à le même Laps Du tems l'effet De Rendre au Coupable tous les Droits d'un Citoyen irréprochable.

De là Cette conséquence, qu'on doit regarder Comme non avenu Le testament que pourrait faire un condamné qui a encouru La mort Civile, quoiqu'il se soit passé plus De 20 ans depuis sa condamnaõn.

C'est là une suite Du ppe que Vous Connaissez déja, d'après lequel il n'est permis De tester valablement qu'à Celui qui a capacité De le faire, Dans Les deux tems, Celui De La Confection du testament et Celui Du Décès de son auteur; Cela posé, il est Bien évident que le Condamné qui

a Encouru la mort Civile, n'a point à son Décès la Capacité requise par la loi, puisque le laps du tems ne le réintègre pas dans l'exercice des droits dont il jouissait auparavant. Donc le testament qu'il pourrait avoir fait, soit avant, soit après la mort Civile encourue, doit être réputé non existant.

art. 33.

Cet article distingue les Biens que possédait le Condamné à l'époque où il a encouru la mort Civile, d'avec ceux dont il ~~ne~~ peut se trouver en possession lors de sa mort naturelle, pour les avoir acquis depuis sa condamnaon.

L'art. 25 a déja pourvu au sort des Biens que possédait le condamné, lorsqu'il a encouru la mort Civile. Ceux-ci appartiennent aux parents du condamné, tout comme s'il fut mort naturellement & sans testament.

mais il n'avait point encore été ~~statué~~ sur le sort de ceux que le Contumax pouvait acquérir par la fuite, et c'est justement ce que fait l'art. 33; on sent aisément que les Biens acquis par le Contumax ne pouvaient pas être dévolus à ses hers naturels, ceux-ci avaient déja recueilli sa succession, à l'époque où le Condamné avait encouru la mort Civile,

et il n'est pas possible de recueillir deux fois
la succession d'une même personne.

que devaient donc devenir les biens
acquis depuis la condamnation ? l'usage
commun de la France adjugeait au souverain
et aux seigneurs haut justiciers, chacun
dans sa haute justice, les biens délaissés
par un régnicole français décédé sans
héritier commun habile à lui succéder.
c'était là ce qu'on appellait droit de déshérence
qui avait son pied dans l'usage où l'on
était à Rome, de vendre à l'encan les
successions vacantes pour en déposer le prix
dans le trésor public.

l'individu mort civilement étant réputé
mort naturellement au moment où il a
encouru la mort civile, dès lors les biens
qui s'attachaient à la parenté ont été
rompus, il n'a plus d'héritier, & c'est
à la nation que doivent appartenir les
biens qu'il a pu acquérir depuis la
condamnation, conformément aux lois
qui ont été constamment observées en
pareilles circonstances, comme dans toutes
celles où le défunt ne laisse point d'héritiers

néanmoins, comme un gouvernement sage et paternel ne cherche à s'enrichir aux dépens de personne, & que celui, sous lequel nous avons le bonheur de vivre, est de ce genre il a lui-même annoncé qu'il se réservait de faire de ses biens, telle disposition que l'humanité lui suggérera, en faveur de la veuve, des enfants, ou des parents du condamné.

tit. 2.

Des actes de l'état civil.

Chap. 1er.

Il y a dans la vie plusieurs époques qu'il est du plus grand intérêt de l'état de faire constater d'une manière certaine & précise, la naissance de l'homme, celle de son mariage & celle de sa mort. Des raisons d'un intérêt majeur sont attachées à l'exécution rigoureuse des précautions que la loi a prises pour empêcher toute confusion en une matière aussi importante.

Sans entrer ici dans le détail des graves inconvénients que peut entraîner l'omission de tout ce qu'elle prescrit à cet égard, il me suffira de vous rappeller qu'il fut élevé dans les tribunaux de nombreuses contestations

qui n'auraient jamais vû le jour, si l'on eût été pénétré, comme l'on devait l'être, qu'il n'est rien d'aussi essentiel que de porter l'attention la plus scrupuleuse, à l'exécution des moyens prescrits pour constater l'état des citoyens.

tel imposteur qui se présente pour se décorer d'un nom qui lui est étranger, ou pour envahir un patrimoine sur lequel la nature ne lui donne aucun droit, ne se permet le plus souvent une démarche aussi hardie que parce qu'il sait qu'on sera dans l'impuissance de la repousser par la remise d'un extrait de l'état civil qui confondrait sa prétention.

tel autre, enfant légitime, que des circonstances ont écarté, dès les premiers moments de sa naissance, de la maison qui l'avait vû naître, sera privé de l'héritage de ses pères, parce qu'on aura négligé de remplir toutes les formalités que la loi a prescrites pour assurer son état.

tel autre enfin qui aura terminé une glorieuse carrière en défendant sa patrie, laisse sa veuve & ses enfans dans le plus grand embarras, par l'impossibilité où ils

se trouvent de justifier que leur époux, que leur père a trouvé la mort dans les champs de l'honneur, si l'on n'a le soin de se conformer au vœu de la loi sur laquelle on donne en pareille circonstance.

on sent aisément combien il est intéressant de veiller à ce que rien ne soit négligé pour constater l'état des citoyens; & s'il est permis d'adresser aux romains ce peuple de sages, des reproches en matière de législation, c'est pour n'avoir rien fait qui fut capable d'assurer l'état des chacun des membres de la société, et de s'être livrés pour ainsi dire, d'une manière absolue à la preuve résultante d'un témoignage vocal, ou de la possession; quoi qu'il en soit des moyens qu'on employait autrefois pour atteindre un but dont l'importance ne saurait être méconnue, voyons ce que le code napoléon a prescrit sur ce point.

Comme la plupart des dispositions que renferme notre titre, consistent en faits, & que ces faits sont par de nature à exiger un certain développement, nous nous bornerons à vous en donner une analyse, et néanmoins nous l'accompagnerons de quelques réflexions sur les articles qui nous en paraîtront susceptibles.

Nous observerons d'abord que les ord.ces dernières avaient pris en grande considération les moyens qu'elles ont cru nécessaires pour fixer l'état des citoyens sur des bases propres à écarter toute incertitude, tel fut le tit. 20 de l'ord.ce de 1667, et la Déclaration du 9 avril 1736, que le code prescrit aujourd'hui n'exige à peu près que la répétition, quant au fond; il a seulement ajouté quelques dispositions dont l'exécution nous donne à la fois la sûreté que le but de la loi sera atteint avec plus de certitude.

après avoir établi quelques dispositions générales dans les 10 1ers art. de notre titre qui forment le chap. 1er. le législateur passe au second chap. qui traite des actes de naissance; le 3me a pour objet les actes de mariage, & le 4me est consacré aux actes de décès.

on serait tenté de croire que tout devait se terminer là dans une matière où il ne s'agit que de l'état des citoyens: cependant comme il est des hommes que leur profession éloigne ordinairement du lieu de leur naissance, tels que les militaires qui trouvent le plus souvent une mort glorieuse sur une terre étrangère, il a fallu établir des règles particulières pour les actes de l'état civil qui les concernent, c'est ce qui a fait notre code dans le 5me chapitre de notre titre

Enfin rien n'était plus juste que de recevoir les parties intéressées à la correction des erreurs qui ont pû se glisser dans des actes de cette espèce; mais il était bien juste aussi de déterminer la qualité des jugemens de rectification et ce qu'on devait en faire pour les utiliser, c'est ce que l'on trouve dans les 9me & Dernier chapitres.

Nous nous occuperons maintenant successivement de chacun d'eux.

Chap. 1er

Dispositions générales.

art. 34 & suivans jusques & compris le 54e.

En premier lieu: notre chapitre renferme des dispositions communes à tous les actes de l'état civil, 1° leur forme: 2° ce qui concerne les parties intéressées: 3° leur tenue: 4° leur but: 5° les peines à prononcer contre ceux qui en sont les détenteurs, en cas de contravention à la loi.

On trouve ce qui est relatif à la forme des actes de l'état civil dans les art. 34, 35 & 39.

Les art. 36 & 37, 47 & 48 sont consacrés à ce qui se rapporte aux parties intéressées.

Les art. 40, 41, 42, 43, 44, 49, & 53 sont relatifs à la tenue des actes de l'état civil.

L'art. 45 nous fait connaître le But que s'est proposé la Loi en décidant que toute personne pourrait se faire délivrer par les dépositaires des Registres de l'état civil des extraits de ces registres, et en déclarant que ces extraits font foi jusqu'à inscription de faux, lorsqu'ils sont légalisés par le président du tribunal de 1ère instance ou par le juge qui le remplace.

ce But est de fournir à chaque individu les moyens de constater son état, & l'on sent tout l'intérêt qu'il commande.

mais qu'en doit-il être, lorsqu'il n'a point existé des registres, ou qu'ils sont perdus? la preuve des naissances, mariages & décès pourra-t-elle alors être acquise de toute autre manière? l'art. 46 décide que cette preuve peut être faite tant par les registres & papiers émanés des père & mère décédés, que par témoins.

cet article est conforme à ce qu'on trouve décidé par l'art. 14 du tit. 20 de l'ordce de 1667 dont la contexture est à peu près la même; il en résulte évidemment, quoique d'une manière implicite, qu'en règle générale la preuve des naissances, des mariages & des décès ne peut être établie que par écrits; ce n'est qu'à titre d'exception, et pour le cas particulier de la non-existence

ve De la perte des registres, qui on peut être
admis En cette matière à la preuve testimoniale.

Vous Devez néanmoins faire attention que dans
le Cas même où il n'y a jamais eu de registres
ou qu'ils ont été perdus, la Loi n'admet à la
preuve par témoins, qu'autant qu'elle est aidée
par un commencement de preuve par écrit: il
Serait en effet d'une très dangereuse conséquence
De faire dépendre le sort de l'homme du langage
que pourraient tenir des personnes dont rien
garantirait la Sincérité; voilà pourquoi en défaut
de registres, on doit invoquer d'autres écrits qui
soient de nature à y suppléer.

mais, quels doivent être ces autres écrits? -
et sont-ils tous également propres à remplacer
les registres? il en est sans doute qui peuvent
produire cet effet, mais il en est beaucoup
d'autres auxquels on voudrait inutilement
s'attacher.

Supposons qu'il s'agisse d'un mariage
dont on ne rapporte point d'acte de célébration
Ce mariage sera-t-il suffisamment prouvé
par la remise d'un certificat de publication des
Bans, ou de la dispense de les publier, ou par
la permission de le célébrer devant un officier
public, autre que celui du domicile, ou enfin
par la remise d'articles de mariage,

ou même d'un contrat signé de parties de toute leur famille? ces pièces devraient incontestablement produire cette preuve, parce que tout en reconnaissant que ce sont des actes préalables au mariage, on doit convenir qu'ils peuvent exister, alors que le mariage ait été célébré, ainsi on ne peut pas dire que ce soit des commencements de preuve par écrit du mariage, sans doute on ne peut leur refuser le mérite de simples présomptions, mais elles n'ont aucun caractère de certitude.

Si, au lieu d'actes de la nature de ceux dont nous venons de parler, on en remettait à une qualité telle, qui n'impliquent nécessairement que le mariage a été célébré, ceux-ci formeraient un commencement de preuve par écrit qui autoriserait le juge à ordonner la preuve vocale de son existence; tels seraient par exemple, le partage d'une succession dans lequel les conjoints auraient pris la qualité de mari & femme, le contrat de mariage de quelques personnes de la famille, dans lequel ils auraient pris la même qualité, et autres semblables.

Lorsque aux termes des anciennes ordonnances il était indispensable pour la validité des

mariage, de recevoir la Bénédiction nuptiale de son propre Curé, on aurait dû attacher le même effet aux Certificats fournis par le curé, Comme il avait lui-même célébré le mariage parce qu'étant alors témoin nécessaire, sa Déclaration pouvait servir de Commencement de preuve par écrit.

En aurait-il été de même du certificat qu'aurait délivré tout autre prêtre? non, à moins qu'il n'eût été justifié que ce prêtre avait agi par la permission de l'ordinaire, ou du véritable Curé. ces Ppes sont enseignés par Danty, sur Boiceau, traité de la preuve par témoins, pag. 103, 104 & suivantes; et ils furent adoptés par un arrêt du 10 février 1678, rapporté dans le journal du palais de paris, tom. 1, pag. 874 et suivantes. Cet arrêt jugea qu'un mariage pouvait être prouvé par témoins dans le cas où il était justifié que les Curés n'avaient point tenu de registres de mariages en l'année dans laquelle avait été célébré celui dont il était question. vous pouvez voir dans les Conférences de paris sur le mariage, tom. 3, liv. 2, pag. 56 & suivantes, dans quels cas la preuve par témoins de la célébration du mariage peut, ou ne peut pas être ordonnée.

maintenant supposons qu'un individu

quelconque réclame l'état de fils de telle ou
telle autre personne, & que se trouvant
dépourvu d'un acte de naissance attributif
de cette qualité, il demande à prouver par
témoins qu'il est né de cette même personne
le juge doit-il l'admettre à la preuve offerte?
on ne peut rien voir de mieux sur cette
question que ce qu'on lit dans le dictionn.
des arrêts, tom. 5 sous le mot régistre
des accoucheurs, dans l'affaire de madelle
de choiseuil contre monseigneur le duc de
la vallière. vous trouverez là tout ce qu'on
peut désirer de connaître en cette matière.

nous croyons devoir vous faire ici une observation,
c'est qu'anciennement & avant que les états policés
eussent établi des règles relatives à la matière dont
nous nous occupons, les familles se formaient
par des mariages publics, les enfans étaient élevés
dans la maison des pères & mères comme le
fruit précieux de leur union conjugale, &
ils se reconnaissaient comme fils, frères,
cousins, oncles, neveux, par l'habitude
journalière où ils étaient de se traiter
respectivement dans ces différentes qualités.
tel est le ppre de la possession, & il faut
convenir qu'en cette matière, la preuve qu'elle
fournit est celle qui est le moins sujette
à erreur.

Une autre preuve de filiation peut être établie par les registres publics; les Législateurs ont cru devoir porter plus loin la mesure de leur Sagesse, ils ont pensé que si au moment de la naissance de chaque citoyen, son état était consigné dans des registres publics, ce genre de preuve ajouterait un nouveau degré de force à l'état qui devrait être établi dans la suite par la possession, ou que si la possession pouvait devenir équivoque, le titre primordial pourrait en réparer les vices; ce genre de preuve est plus nouveau, mais il est plus authentique.

on sent aisément que lorsque ces deux preuves concourent, on ne peut pas contester l'état de la filiation à celui qui en excipe, on ne le peut pas non plus lorsqu'il n'allegue l'un ou l'autre mais lorsque on dénie l'un, ni l'autre, la preuve testimoniale peut-elle être donnée, dans même qu'on n'allegue point qu'il n'a pas été tenu de registres, ou qu'ils ont été égarés? nous trouvons dans le journal des audiences tom. 4, liv. 6, chap. 17, un arrêt du 19 mars 1691, rendu sur les conclusions de Mr. d'Aguesseau Depuis Chancelier de France, qui a décidé que la preuve vocale n'était point admissible & il faut convenir que la loi 2, Cod. de test. paraît devoir servir de fondement à cet arrêt.

Ce n'est pas que plusieurs auteurs n'aient soutenu qu'on ne devait pas entendre cette loi dans le sens dont nous venons de parler, mais la majorité a pensé le contraire, & nous nous rangeons volontiers à cette dernière opinion.

Ce qu'il y a de bien vrai, c'est qu'en cette matière plus qu'en toute autre, les circonstances particulières doivent avoir la plus grande influence sur la détermination que doit prendre le juge, & qu'on ne peut point assigner de règle si certaine qu'elle ne doive fléchir suivant la diversité des cas qui se présentent.

Chap. Second.

des actes de naissance.

Art. 55 & suivants jusques & compris le 64.

En second lieu: dans ce chapitre, comme dans le précédent, notre texte n'y exige aucun développement, nous ferons néanmoins de brièves observations sur quelques uns des articles dont il est composé.

1.° Point de doute qu'on ne doive se conformer à l'injonction que fait la loi de présenter l'enfant à l'officier de l'état

civil dans les trois jours de la naissance, car si l'on y manquait, & qu'on pût croire que cette omission avait pour but de supprimer l'état de l'enfant, il est très certain que ceux qui s'en rendraient coupables, seraient exposés à se voir poursuivre par action criminelle.

Cette poursuite aurait pour base, non seulement l'intérêt de la famille dans laquelle est né cet enfant, mais encore celui de la société entière, car l'enfant lui appartient tout aussi bien qu'à celui dont il a reçu le jour, non tantum parenti cujus esse dicitur, verum etiam Reipublicæ nascitur, dit le § 15 de la loi 1ère ff. de ventre in possess. mitt.

Comme l'on ne saurait désigner avec trop d'assurance les divers individus qui naissent à la société, la loi a fait un devoir à l'officier de l'état civil d'insérer dans l'acte de naissance non seulement le nom du père de l'enfant, mais encore les prénoms qui lui seront donnés.

Le but qu'on s'est proposé en l'ordonnant ainsi, a été de fournir à tous les hommes les moyens de réclamer dans la société le rang auquel ils ont été appellés par la nature. ces précautions sont du plus grand intérêt, et nos législateurs en ont été si fort convaincus qu'ils portèrent une loi le 11 germinal an 11 pour faire cesser le désordre

et la confusion qui s'étaient glissée en France pendant le tems de trouble & d'anarchie dont le souvenir glace encore d'effroi un vertige indéfinissable, fruit nécessaire de l'abdication de tout ppe religieux, s'était emparé de certains esprits & avait été poussé jusqu'au point de proscrire les divers noms par lesquels chacun des jours était indiqué dans l'ancien calendrier, pour substituer à ces noms celui de quelque Bête & de quelque plante: mais ne pensons à ces tems désastreux que pour bénir la main qui les a fait cesser, & qui a mis un terme à nos malheurs.

2°. on doit le dire à la honte de l'humanité: de tous les tems il a existé des hommes assez Barbares pour abandonner des enfans au moment de leur naissance; il y en a qui, étouffant tous les sentiments de la nature, les livrent à la merci des événements, et qui ne cherchent même pas à les garantir des plus fâcheux accidents: la loi fait au père un devoir de nourrir ses enfans, unusquisque sobolem suam nutriat. s'il se refuse à cette obligaon, il encourt les peines prononcées contre ce délit, quod si exponendam putaverit, animadversione quae constituta est, subjacebit. ce sont là les propres termes de la loi 2, Cod. de infan. exp. il n'en était point ainsi dans l'ancienne Rome

Lorsque les pères avaient droit de vie & de mort sur leurs enfans, alors ils pouvaient les exposer, sans encourir aucune peine, il était même permis aux femmes de se faire avorter : on trouve dans la Bibliothèque ancienne & moderne de Leclerc, tom. 18, pag. 367 & suivantes l'extrait d'une dissertation de Noodt, où l'on remarque les termes auquel cela fut défendu. + Nood/

Ce crime a donné lieu à examiner à la charge de ceux qui étaient en enfans trouvés : suivant le droit commun, c'était aux seigneurs haut-justiciers à leur fournir la subsistance, parce que c'était les seigneurs qui profitaient de la déshérance & autres droits qui pouvaient échoir en pareille occurrence. vous pouvez voir ceux qui en disent Loquet de Livonière, en son traité des fiefs, liv. 6, chap. 5, §. 3, Bouchet, tom. 1er, liv. 1er chap. 83, & liv. 3, chap. 36.

aujourd'hui qu'on ne connaît plus de seigneuries, il ne peut pas en être de même, l'enfant exposé doit être remis à l'officier de l'état civil, on doit lui remettre aussi toutes les effets trouvés avec l'enfant, & déclarer toutes les circonstances du tems & du lieu où il a été trouvé. ces divers objets doivent faire la matière d'un procès-verbal qui doit être remis à

l'autorité publique : cette autorité publique n'est pas nommément désignée, mais les Discussions qui eurent lieu dans la séance du 6 Fructidor an 9, il fut dit que le Commissaire du gouvernement près le tribunal civil aujourd'hui le procureur impérial ou le préfet devaient être avertis par celui qui a trouvé l'enfant, c'est donc de l'un ou de l'autre que la loi a entendu parler, et c'est à elle à pourvoir à la sureté de l'enfant, en s'emparant à l'hospice. —

Chap. 3.

Des actes de mariage.

Art. 63 & suivans jusques & compris le 76.

En troisième lieu, nous devons remarquer ici que il ne s'agit point ici du mariage en lui-même, ni des conditions requises chez les époux pour pouvoir le contracter, cette matière est traitée dans le tit. 5 de notre code; il s'y agit seulement des formalités requises pour parvenir à l'achèvement de cet acte, l'énumération de ces formalités est le sujet de ce chapitre : elles se réduisent aux suivantes 1.° les publications: 2.° la main-levée des oppositions, s'il en a été faites : 3.° l'exhibition de l'acte de naissance et à son défaut, d'un acte de notoriété

4.° l'exhibition du consentement des Père Mère ou autres ascendants. 5.° la célébration. 6.° enfin le procès-verbal de tout ce qui a été fait pour parvenir au mariage.

Revenons succinctement sur chacun de ces objets.

Des publications.

L'art. 40 de l'ord.ce de Blois avait érigé en loi ce qui auparavant n'était qu'un usage en France on n'y ferait depuis longtems aucun mariage qu'il n'eut donné au public connaissance des noms, prénoms & qualité des individus qui devaient s'unir par ce lien; cette connaissance était donnée au public par trois publications qui se feraient vers le milieu de la messe: on choisissait pour cela les jours de fête ou de Dimanche parce qu'il y avait ce jour là plus de monde dans les églises.

Cet ordre de choses ne subsiste plus aujourd'hui, et comme les ministres du culte n'étaient que délégués par la puissance temporelle pour faire ces publications, on a cru devoir faire cesser cette délégation, & charger les officiers de l'état civil de les faire au nombre de deux, à huit jours d'intervalle, et un jour de Dimanche devant la porte de la maison commune: il est dressé acte de ces publications, avec énonciation des jours, lieu, & heures où elles ont été faites;

Et comme il importe à la société que des actes de cette importance soient conservés avec soin, il est enjoint aux officiers de l'état civil d'envoyer au greffe du tribunal d'arrondissement, le registre dans lequel sont inscrites ces publications.

Des oppositions.

Quel serait le sort d'un mariage que célébrerait l'officier de l'état civil au préjudice d'une opposition légalement formée? Si la loi en voulait qu'il fût nul, elle l'aurait déclaré tel; or elle ne l'a pas fait; il est donc valable: c'est là une règle de droit, qu'il n'y a de nullité qu'autant qu'elle est prononcée par la loi: nous devons pourtant convenir que cette question s'étant présentée au parl. de paris, il y fut rendu un arrêt, le 3 décembre 1691, qu'on trouve dans le journal des audiences, tom. 4, liv. 6, chap. 22, par lequel il fut jugé que le mariage contracté par un fils âgé de 22 ans, au préjudice de l'opposition que le père y avait formée, était nul pour prétexte que cette opposition n'avait pas été vidée.

quoiqu'il en soit, la doctrine de nos auteurs sur cette question n'est pas d'accord avec ce préjugé; vous pourrez voir ce qu'en disent prothier dans son traité du mariage, part. 2,

chap. 2, §. 8, D'héricourt En ses Lois ecclésiastiques titre Du mariage, art. 1er, n.° 23 & autres. Si telle était La Commune opinion des auteurs sur ce point, Avant le nouveau code, on Doit La suivre aujourd'hui D'autant plus volontiers que le cas a été expressément prévu, & que Le Législateur s'est Borné à decerner Des Peines Contre l'officier De l'état civil qui se permettrait de célébrer le mariage, sans attendre qu'il ait été statué sur l'oppoon, Ce qu'il n'aurait point fait, s'il avait Entendu que le mariage en pareille occurrence fût déclaré nul.

De l'exhibition de l'acte de naissance

La remise De l'extrait de l'acte De naissance était requise Par Les anciennes ordces, c'est à son inspection qu'on peut juger si les parties sont parvenues à l'âge où il leur est permis De contracter mariage; il est pourtant Dans l'ordre des choses possibles qu'on ne puisse point se procurer un extrait de cet acte, et c'est Pour parer à cet inconvénient que on a voulu qu'il pût être suppléé par un acte De notoriété que Délivre le juge De paix Du lieu De la naissance ou Du domicile De l'individu qui veut se marier.

Le premier devoir Des personnes appelées pour fournir cet acte De notoriété, c'est l'hommage qu'elles doivent à La vérité; Elles s'exposeraient à Des peines graves si les faits par elles

* C'est auteur [illegible] il n'y a point d'ailleurs d'empêchement dirimant, s'exprime ainsi, le mariage célébré au préjudice de son oppoon [illegible] point de main-levée, n'est pas nul

attestés se trouvaient faux, ou si l'on pouvait juger par les circonstances qu'elles avaient sciemment trahi la vérité : au reste, comme elles ne sont appellées que pour attester des faits, les personnes de l'un & de l'autre sexe y sont également admises elles doivent signer l'acte, ainsi que le juge de paix, & si elles ne pouvaient, ou ne savaient pas signer, on devrait en faire mention.

on avait cru dans plusieurs communes de l'empire, sur le fondement de l'art. 70, que les futurs époux devaient prouver de la manière portée en cet article, le décès de leur père & mère, lors même que ce décès était attesté par les aïeuls & aïeules; cette opinion faisait naître des embarras plus grands encore, lorsque les circonstances étaient telles qu'il n'était pas possible de recourir à ce moyen par l'ignorance du dernier domicile des père, mère, aïeul ou aïeule, ensorte qu'il en résultait une impossibilité presque phisique de contracter mariage, pour les personnes qui appartiennent à la classe peu fortunée dont la plupart n'ont pas de domicile connu.

pour faire cesser cet inconvénient qui pouvait amener de funestes conséquences, le conseil d'état dans la séance du 27 messidor an 13, a donné son avis qui a été approuvé par S. m. l'empereur le 4 thermidor suivant.

Cet avis porte 1° qu'il n'est pas nécessaire de produire les actes de décès du père & mère, lorsque l'aïeul & l'aïeule attestent ce décès et qu'en ce cas il doit être fait mention de cette attestation dans l'acte de mariage.

2° que si le père, mère, aïeul ou aïeule dont le consentement ou conseil est requis, sont décédés, & si l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de leur décès, ou la preuve de leur absence, faute de connaître leur dernier domicile, il peut être procédé à la célébration du mariage des majeurs, sur leur déclaration & serment que le lieu du décès, & celui du dernier domicile de leurs ascendants, leur sont inconnus. cette déclaration doit être certifiée aussi par serment des quatre témoins de l'acte de mariage, lesquels affirment que quoiqu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le lieu du décès de leurs ascendants, et leur dernier domicile; Enfin que les officiers de l'état civil doivent faire mention dans l'acte de mariage de cette déclaration. (67)

Du consentement des père, mère, aïeul &c.

Le Droit romain exigeait pour la validité du mariage, le consentement de ceux qui avaient les futurs époux sous leur puissance. consensum parentum habeant in quorum potestate sunt: En France on est allé plus loin, on n'y a point

fait dépendre la nécessité du consentement du fait de la puissance; on a cru que l'honnêteté publique ne permettait pas à des enfans de se marier sans le consentement de ceux qui leur avaient donné le jour. voila pourquoi la mère qui jusqu'ici n'avait jamais eu ses enfans sous sa puissance, pouvait, aux termes des ord^{ces}, s'opposer au mariage de ses enfans tout aussi bien que le père, & qu'elle pouvait encore les exhéréder. —

à propos du consentement, nous ajouterons ici que les militaires en activité de service sont tenus, avant de contracter mariage, d'en obtenir la permission par écrit du ministre de la guerre à peine de destitution de tous droits à toute pension, ou récompense militaire tant pour eux, que pour leurs veuves ou enfans, et que les officiers & soldats doivent obtenir cette même permission du conseil d'administration de leur corps. cette décision est renfermée dans un décret du 16 juin 1808, et elle a été rendue commune aux commissaires de guerre ordonnateurs & ordinaires, officiers de santé &c. par un autre décret du 28 août 1808. —

Nous verrons en expliquant le titre du mariage quelles sont les qualités & les conditions requises, pour pouvoir contracter cet engagement

De la célébration.

Les anciennes Lois de l'état, notamment l'Edit du mois de mars 1697, Exigeaient comme une condition nécessaire pour la validité du mariage qu'il fut célébré par un des propres Curés des parties contractantes, lorsqu'elles avaient leur domicile dans des paroisses différentes; c'est-à-dire alors des Curés, on doit le dire aujourd'hui des officiers de l'état civil qui ont été substitués à leur place pour la célébration du mariage comme acte civil; ainsi en supposant que les contractans n'aient pas tous les deux le même domicile, celui de ces officiers qui ne sera point choisi devra envoyer à celui qui en sera chargé, un certificat portant que les publications ont été faites dans sa commune, et qu'il n'y a point eu d'opposition.

Nous venons de dire que les officiers de l'état civil avaient été substitués aux curés pour la célébration du mariage comme contrat civil, et il ne faut pas croire que cette innovation ait porté la moindre atteinte aux droits de la religion, non plus qu'à la puissance ecclésiastique. La multitude a néanmoins pensé le contraire, elle a cru que c'était en haine des principes religieux qu'on avait ôté aux curés les droits que leur avait donné à cet égard la loi de

De Blois & les Edits ou Déclarations postérieures qui les avaient confirmés, mais c'est là une erreur démontrée telle par les savantes Recherches qu'ont fait les auteurs des pandectes françaises sur cette question & qu'ils ont insérées dans leur commentaire de l'art. 74 du Code.

Nous avons ici une remarque à faire, c'est que le domicile acquis au mariage, s'établit par six mois d'habitation dans une commune sans distinction, en quoi notre art. 74 du Code paraît déroger à l'édit de 1697 qui voulait que l'habitation remontât à une année, lorsqu'on quittait un diocèse pour s'établir dans un diocèse différent.

Enfin nous devons faire observer que les militaires en activité de service dans l'intérieur de l'empire n'ont à cet égard aucun avantage sur les autres citoyens. Cela a été ainsi réglé par le Conseil d'état sur le renvoi que lui en fit S. M. l'Empereur par avis des 2 & 4 Juin complémentaire de l'an 13. Ce même avis déclare que les art. 9 & 69 du Code ne sont applicables qu'aux militaires qui se trouvent hors du territoire français.

Du Procès-verbal De tout Cequi a été fait.

On Doit Scrupuleusement Remplir toutes les formalités Enoncées En l'art. 76 Du Code: ce n'est pas qu'il y eût nullité si quelqu'une D'elles Etait omise, parce que La Loi ne La prononce pas, mais il y a tout Lieu De croire que l'officier De l'état Civil qui aurait commis Cette omission Serait Privé De Ses Fonctions, si tant est qu'on ne Lui infligeât pas quelqu'Autre Peine.

Chap. 4.

Des actes De Décès.

art. 77 & Suivants jusques & Compris l'art. 8

En 4me Lieu: La ppale Division de Ce Chapitre Est Celle-ci: ou l'on meurt sur terre, ou l'on meurt sur mer.

Lorsqu'on meurt sur terre, il faut distinguer un Cas, ou l'on meurt Libre, ou l'on meurt Sous La main De La justice

Si l'on meurt Libre, c'est Dans un Logement De particulier, ou Bien Dans un hospice: Dans le Premier Cas, on Doit Consulter Les art. 77, 78 & 79: Dans Le second il faut Recourir à l'art. 80.

Dans Ces Deux Cas, La mort peut être violente,

alors on doit se conformer aux art 81 et 82.

Si l'on meurt dans la maison de la justice c'est dans la prison ou sur un échafaud. Dans le premier cas, on doit consulter l'art. 84; dans le second, c'est l'art 83.

Enfin si l'on meurt sur mer, on doit exécuter ce qui est prescrit par les art. 86 et 87.

Une observation que nous avons à faire, c'est que chaque pays a ses usages relativement au délai qui doit se passer entre le décès et les funérailles. Dans le Nord, on va jusque au 3me jour du décès, avant de procéder à l'inhumation; — Dans le midi, on n'a jamais mis un aussi long intervalle entre l'un et l'autre. Le code lui fixe à 24 heures, s'il paraît que ce délai est suffisant pour s'assurer du décès. mais on ne doit pas s'en tenir à la déclaration que peuvent en faire les gens de la maison, il est du devoir de l'officier de l'état civil de s'en assurer lui-même, s'il lui est enjoint à cet effet de se transporter auprès de la personne décédée, c'est là une formalité que les lois nouvelles ont introduite, et qui est infiniment sage, c'est le moyen le plus propre à prévenir des événements fâcheux que pourraient entraîner trop de précipitation, à moins qu'elle ne soit

Commandée par des circonstances qui, si elles étaient négligées, compromettraient la Santé et peut-être la vie des autres citoyens.

Un Arrêté, un Décret impérial du 4 thermidor An 13, inséré au Bulletin des Lois, pour cette Date, fait défenses à toutes les personnes y dénommées de permettre ou de procéder à l'inhumation, qu'il ne leur apparaisse de l'autorisation donnée par l'officier de l'état civil, à peine d'être poursuivies comme contrevenant aux Lois.

une autre observation également remarquable que vous avez à faire, et qui s'offre à la lecture de l'art. 85, c'est que les précautions dont il parle, n'ont été prises que pour dérober s'il est possible, aux yeux de la postérité la connaissance du genre de mort qui termine la carrière de certains hommes. elles ont été fondées sur le désir bien raisonnable qu'a le législateur d'anéantir le préjugé qui nous fait malgré nous regarder de mauvais œil, les parents de ceux que la justice a frappés de son glaive et l'un des moyens les plus propres à y réussir c'est de ne point laisser dans les monuments publics des traces de ce genre de mort.

on doit sans doute convenir que ce préjugé sera d'autant plus difficile à déraciner que il semble avoir pour base des raisons légitimes

Ainsi que la vertu, le crime a ses Dégrés, dit un auteur dramatique, & quelque vicieuses que puissent être les inclinations que certains individus ont reçues de la nature, elles ne se développent à un certain point, qu'autant que les pères ont fermé les yeux sur leur conduite; il en est même, nous le disons à la honte de certains parents, qui favorisent les débordements de leurs enfans soit par leur insouciance, soit (ce qui est bien pis encore) par l'exemple qu'ils leur donnent eux-mêmes; dans ce cas, qui n'est malheureusement que trop commun, n'est-il pas juste que dans l'opinion publique les pères soient punis de la faute de leurs enfans; n'en sont-ils pas les premiers coupables? Ce préjugé peut donc contribuer à rendre les parents meilleurs, il ~~ne~~ peut contribuer à activer leur surveillance vis-à-vis de leurs enfans, & sous ce rapport il ne peut qu'être infiniment utile.

Enfin nous terminerons ce chapitre par cette observaõn, qu'un décret impérial du 4 juillet 1806, a ordonné que lorsqu'il serait présenté à l'officier de l'état civil le cadavre d'un enfant dont la naissance n'a pas été enregistrée, cet officier exprimera non pas que

l'enfant est décédé, mais qu'il lui a été présenté sans vie (il ajoute que cet acte sera inscrit à sa date sur le registre des décès) sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a vécu, ou s'il n'en a point eu.

Chap. 5.

Des actes de l'état civil concernant des militaires hors du territoire de l'empire.

9 Art. 88 jusques et compris l'art. 98.

En cinquième lieu lorsque des militaires réunis en corps d'armée, sont hors du territoire français, ils ne sont pas considérés, comme étant sur le territoire étranger aussi ne peuvent-ils pas user de la faculté que l'art. 48 des codes accorde aux français qui sont dans l'étranger, on les regarde comme en france, parceque la france est partout où flotte le Drapeau français. — quoique considérés comme étant en france, néanmoins l'administration n'y étant point organisée comme en france, il a fallu établir un mode particulier pour les actes de l'état civil, c'est de cet état civil concernant les militaires qui sont hors du territoire de l'empire qu'il s'agit ici.

il est aisé de sentir que pour être bien saisi des 11 articles dont ce chapitre est composé il exige que la plus simple lecture, il ne sont susceptibles d'aucune explication.

Chap. 6.

De la rectification des actes de l'état civil.

Art. 99, 100 & 101.

En premier lieu: c'est devant le tribunal de première instance que doit être portée la demande en rectification des actes de l'état civil, & cette demande peut être de divers genres. elle peut ne porter que sur une erreur du vrai nom qui ne change pas la substance de l'acte, et qui n'intéresse que la partie qui demande la rectification, tout comme elle peut porter sur un fait qui intéresse des tiers ou les mœurs.

Supposons par exemple, que dans l'acte de naissance d'un enfant, on ait énoncé qu'il était fils d'un homme à qui l'on a donné le prénom de pierre, et que celui auquel la paternité est décernée par cet acte, au lieu de s'appeller pierre, soit le prénom de guillaume.

Dans ce cas, la rectification pourra être poursuivie à la demande de l'enfant sans autre contradicteur que le procureur impérial qui est toujours partie nécessaire en pareille circonstance; la raison est prise de ce que nul autre que cet enfant n'a intérêt à ce que le nom de Guillaume soit substitué à celui de pierre. Dans ce cas, le tribunal après avoir entendu le procureur impérial, admet le demandeur, avant-dire droit à prouver tant par actes que par témoins

que son père avait prénom Guillaume. L'enquête faite, la rectification est ordonnée, si l'enquête sur le fait interloqué, est concluante; le tout se termine là.

Au contraire, supposons qu'il se présente un enfant avec cette prétention qu'il y a erreur dans l'énonciation du nom patronimique de son père, & qu'au lieu d'insérer dans son acte de naissance le vrai nom de celui qui lui a donné le jour, l'officier de l'état civil y en a mis un différent.

Dans ce cas, comme il ne s'agit rien moins que de quitter un nom pour en prendre un autre, & qu'en prenant cet autre nom on peut léser les intérêts de ceux qui le portent déjà, il est clair qu'on ne peut statuer sur cette prétention, que vocatis quorum interest. il est aisé de sentir que c'est par ce rapport que on doit entendre ces mots de l'art. 99 les parties intéressées devront appelées s'il y a lieu.

Au surplus ce qui est contenu en cet article n'exige qu'une simple lecture pour être bien connu.

N.B. Vid. un avis du Conseil d'état sur le mode de transcription des jugements portant rectification d'actes de l'état civil, & de l'énonciation des actes rectifiés. Rapporté dans le supplément de la jurisp. de la cour de cassation, par Merlin, & inséré au Journal, pour l'année 1808, pag. 49.

Vid. un autre avis du conseil d'état des 19 & 30 mars 1808, Ibid. Pag. 52.

Livre 1er

~~Tit.~~ 3.

Du Domicile.

Les questions de Domicile étaient autrefois bien plus intéressantes qu'elles ne le sont aujourd'hui. En vous donnant l'explicaõn du titre préliminaire de notre code sur la promulgation, les effets & l'application des lois, nous vous avons fait connaître la distinction qu'on avait faite jusqu'ici entre les coutumes personnelles & les coutumes réelles. vous savez déja que dans celles-ci on devait suivre celle du lieu de la situation des immeubles, & que dans les autres on devait au contraire se régler par la coutume du domicile: ce n'est pas qu'il ne faille encore être bien fixés là dessus pour éviter toute confusion; mais nous devons convenir qu'il n'y a guères plus maintenant à s'occuper du domicile que pour savoir où doivent être portées les actions judiciaires qui peuvent être amenées par l'ouverture d'une succession.

On connaissait aussi autrefois un domicile de dignité qui était celui où l'on exerçait les fonctions d'une charge quelconque; on ne pouvait user de cette espèce de domicile que pour les assignations, et autres actes,

qui étaient relatifs à la possession de cette charge; dans le régime actuel les charges ne sont la propriété de personne, l'empereur les distribue seul à son gré, & par cela même n'y ayant plus d'actes à faire relativement à elles il ne peut plus être question de domicile de dignité.

on appelle domicile le lieu où un individu doit légalement être.

nous disons que le domicile est le lieu où l'on doit légalement être, & non pas toujours l'endroit où l'on est, parce qu'on peut être dans tout autre lieu que celui que la loi désigne pour notre domicile.

l'endroit où l'on demeure est appellé lieu de la résidence. ainsi pour être bien fixés là dessus on doit dire que le lieu qu'on habite est celui de la résidence, et que le lieu du domicile, est celui où la loi suppose que nous habitons. c'est du domicile & non de la résidence qu'il s'agit dans ce titre.

Le domicile se divise généralement en deux espèces: le domicile politique, & le domicile purement civil.

Le domicile politique, celui où l'on exerce les droits politiques, est d'après l'art. 6 de la constitution dans l'arrondissement communal

Dans lequel Depuis un An au moins on a établi
son Domicile civil.

Le Domicile civil, celui où l'on exerce Les droits
civils, Doit Etre l'objet D'une Distinction entre les
Droits civils exercés activement, Et Les Droits civils
Exercés passivement.

pour Les Droits civils exercés activement, —
Comme Le Droit De Donner, De tester &c — on n'a
nul Besoin D'avoir un Domicile; En quelque
partie De la France que l'on se trouve, n'y
fût-on que Le Temps nécessaire pour y passer un acte,
on peut y exercer activement Les Droits civils.

il en est autrement Des Droits civils Exercés
passivement C'est-à-dire, De ceux Dont nous sommes
l'objet, Par Rapport à Nos Biens, Comme Les
Charges personnelles imposées par l'état, Les —
Assignations en justice &c — ces Droits civils ne
peuvent Etre exercés contre nous que Dans
notre Domicile, et C'est de ce Domicile Dont
parle notre Titre.

on Subdivise Le Domicile où nous exerçons
Les Droits civils passivement, en Domicile De fait,
et En Domicile D'élection.

Du Domicile De fait.

art. 102.

Le Domicile De fait est celui où tout Français
a son Principal établissement; Les Romains en

La Loi 7, Cod. De incol. & La Loi 27, §. 1, ff. Ad municipal. & De incol. l'avaient défini de même. in eodem loco singulos habere Domicilium non ambigitur, ubi quis lares rerumque ac fortunarum suarum summam constituit.

art. 103 jusques & compris l'art. 109.

Ce qui caractérise un changement de Domicile est l'habitation réelle dans un autre lieu jointe à l'intention d'y fixer son ppal établissement. Cette intention ou volonté d'y fixer son principal Etablissement s'évince d'une déclaration expresse faite tant à la municipalité du lieu, que l'on quitte, qu'à celle du lieu où l'on transfère son Domicile. en défaut de cette déclaration la preuve de l'intention dépendra des circonstances; c'est là le vœu des art. 103, 104 & 105 du Code. une règle certaine qu'on ne doit jamais perdre de vüe en cette matière c'est que la fixation du Domicile dépend de la réunion de ces deux points, habitation réelle dans un lieu, & intention d'y fixer son domicile.

De cette règle dérivent plusieurs conséquences

1° que si une personne est appellée à des fonctions publiques, temporaires & révocables, on ne doit pas induire

un changement de Domicile de l'acceptation de ces fonctions pour les exercer dans le lieu indiqué par la loi, par cette raison que rien ne décèle en la personne de l'individu qui les a acceptées la volonté de fixer son établissement dans le lieu où ces fonctions doivent être exercées, quoiqu'il y ait son habitation réelle.

Que faudrait-il donc dans ce cas pour faire présumer le changement de Domicile? il faudrait de la part du fonctionnaire une déclaration expresse, telle que la prescrit l'art. 104, ou des circonstances telles qu'il ne fût pas permis de douter qu'en acceptant les fonctions qui lui ont été temporairement confiées, ce fonctionnaire a eu l'intention de fixer son établissement dans le lieu où ces fonctions doivent être exercées, comme s'il y a appellé sa femme & ses enfans &c. mais jusque-là il devra être présumé avoir voulu conserver le Domicile qu'il avait auparavant.

2°. que si ces fonctions sont à vie, celui à qui elles ont été confiées sera présumé avoir transféré son Domicile dans le lieu où elles doivent être exercées, parce que dans ce cas il y a concours de l'habitation réelle, et de la volonté d'établir le

Domicile dans le même endroit.

on dit qu'il y a volonté d'y établir Domicile, parceque on ne peut pas supposer qu'un homme ne veut pas être Domicilié là où il veut résider habituellement & pendant toute sa vie.

3°. que le Domicile de la femme & celui du mineur, sont l'un chez le mari, & l'autre chez le tuteur; parceque il y a alors habitation réelle, & volonté d'y résider. volonté qui s'induit de celle du mari et de celle du tuteur, qui ont une volonté légale, le mari pour la femme, & le tuteur pour le mineur.

4°. Enfin, que les individus majeurs qui font un service chez les autres, ou qui n'y font que pour leur apprentissage, n'ont d'autre Domicile, que celui de leurs maîtres, ou de leur bourgeois, tant qu'ils résident chez eux.

Cette décision est remplie de justice, car ne pouvant y avoir fixation de Domicile que par l'habitation & la volonté de résider, on doit convenir que ces deux circonstances se rencontrent en la personne de ceux dont nous venons de parler, 1°. parceque ils habitent de fait chez leurs maîtres; 2°. parceque étant absolument libres, ils décident la volonté de résider tant qu'ils n'en sortent pas.

On peut demander ici ce qu'il en serait du cas où un individu qui aurait passé avec sa famille une partie de sa vie dans le lieu où il est né, par exemple, à toulouse aurait acheté dans toute autre ville une maison dans laquelle il aurait fixé son séjour pendant la plus grande partie de l'année; pourrait-on prétendre qu'il y a changement de domicile? non; tout ce qu'on pourrait dire, c'est que quant à l'habitation cet individu partagerait son affection, mais quant à son domicile le lieu où s'ouvrirait sa succession serait celui où il paie sa contribution personnelle et mobiliaire, car on admet plus la pluralité des domiciles, comme on faisait autrefois.

nous n'avons pas besoin de vous dire que le voyageur retient son domicile dans le lieu d'où il est parti pour voyager. c'est là une décision portée par la loi 7 du code de incolis, à moins qu'il n'ait témoigné l'intention de n'y point revenir, parce que domicilium non transfertur nisi re et facto & consilio, leg. 20 ff. au municip. il en est de même de l'étudiant, du plaideur, du commençant, comme l'enseigne m^r Dural, en son institutes au droit français pag. 137.

quant à l'interdit, il ne peut avoir d'autre domicile que celui de son curateur,

parce qu'il est incapable de tous les actes civils, suivant l'ancien & le nouveau droit; mais il n'en serait pas de même de celui à qui il n'aurait été donné qu'un conseil, parce qu'il conserve l'exercice de ses droits, & qu'il en est de lui comme de toute autre personne.

Du Domicile d'élection.

art. 111.

Le Domicile d'élection est celui qu'on élit hors de son Domicile réel pour l'exécution de quelque acte, ou pour la poursuite d'un procès.

Ferrière, en son Dictionnaire de Droit, enseigne que le Domicile élu pour l'exécution d'un acte n'a d'autre durée que celle de la vie des contractans: quant à l'élection de Domicile relative à la poursuite de quelque procès, elle finit au moment où le procès est terminé, mais jusqu'alors on peut faire à ce Domicile élu toutes les significations que comporte la procédure, comme si elles étaient faites à la personne elle-même, ou à son domicile.

Tit. 4.

Des absens

Chap. 1er

De la présomption d'absence.

art. 112, 113 & 114.

Ces trois articles sont uniquement relatifs à la présomption d'absence; voila pourquoi nous les avons réunis; & comme il ne serait ni sage, ni juste de laisser, pour ainsi dire, à l'abandon, les propriétés d'une personne présumée absente qui n'a laissé aucun fondé de pouvoirs pour la représenter dans l'administration de ses biens, le premier de ces articles statue qu'il y sera pourvu par le tribunal de première instance sur la demande des parties intéressées; la loi au reste entend parler ici du tribunal civil du domicile du présumé absent, & non de celui de la situation des biens; et par les mots parties intéressées, elle entend désigner les personnes qui ont un intérêt actuellement né, & non un intérêt éventuel, comme par exemple celui des héritiers; cet intérêt doit être légal, c'est-à-dire, qu'il puisse être la base d'une action.

il peut se faire qu'avant l'arrivée de l'époque où il est permis aux parties de se pourvoir en déclaration d'absence en la forme & dans le cas prévu par le chap. 2 du présent titre, la personne présumée absente ait des droits à exercer de quelque nature qu'ils puissent être, comme ces droits seraient nécessairement négligés,

s'ils n'étaient pas totalement abandonnés
La loi a voulu qu'à la demande de la partie
la plus diligente, le tribunal commit un notaire
pour représenter le présumé absent dans les
inventaires, comptes, partages, & liquidations,
où il pourrait avoir quelque intérêt. tel est
le vœu du second de cet article dont les dispositions
ont été prises dans une loi de l'assemblée constituante
du 11 février 1791, qui avait déjà prescrit la
nomination d'un curateur en pareille occurrence.
Comme le ministère public est spécialement
chargé de veiller à tout ce qui peut intéresser
les personnes qui ne peuvent pas se défendre
elles-mêmes, la loi a voulu qu'il fut entendu
dans toutes les demandes qui peuvent concerner
les présumés absents qui sont dans cette
classe; c'est la disposition du 3me de cet article.

Avant d'aller plus loin, nous devons observer que
il y a dans le droit peu de matières qui aient été
aussi controversées & aussi diversement jugées que
la question d'absence; ces questions n'avaient été
décidées par aucune loi générale, & c'est toujours
par des hypothèses particulières qu'ont été
rendus les nombreux arrêts qu'on trouve dans
les auteurs: 4 ces cas ont eu à statuer sur
l'époque à laquelle pouvait être formée la

Demande en partage provisoire des Biens de l'absent
ces Arrêts ont eu à prononcer sur le point
de savoir auquels des héritiers cette provision
devait être accordée, si c'était à ceux qui
croyaient les plus proches au moment de la
disparition, ou à ceux qui l'étaient à l'échéance
du délai à l'expiration duquel le partage
provisoire pourrait être demandé. Dans plusieurs
d'entr'eux on a eu à juger si des
héritiers, pour faire valoir le testament
d'un Auteur commun, pouvaient exciper de
la présomption de vie d'un absent, sans
rapporter la preuve de son existence, sous prétexte
que la loi le présumait vivant jusqu'à ce qu'il
eut complété la centième année, ou si
malgré cette présomption de vie, les demandeurs
ne devaient pas rapporter la preuve certaine
de l'existence actuelle de cet absent pour
obtenir la déclaration de nullité du testament.
D'autres enfin ont eu à prononcer sur le délai
après lequel les présomptifs de l'absent
devaient être déchargés envers lui de toute
restitution de fruits, & ce délai avait été
diversement fixé.

Tout est soumis aujourd'hui à une loi
générale qui a prévu presque tous les cas
possibles, & qui les a sagement décidés
de manière à concilier les intérêts de l'absent

en cas de retour, avec ceux de ses parents que la loi appelle à le remplacer; elle a voulu qu'il fut rendu un jugement portant déclaration d'absence, après un certain délai à compter du moment de la disparition; elle a même voulu qu'il fut pourvu à l'administration de ses biens de la personne qui s'est absentée, avant l'époque où l'absence peut être déclarée, & c'est ce qui est fait dans trois articles dont nous venons de parler.

Chap. 2.

De la déclaration d'absence.

art. 115.

Remarquez d'abord que la loi ne confond pas le lieu du domicile d'une personne avec celui où elle fait sa résidence, d'où nous sommes autorisés à conclure, comme nous l'avons dit en expliquant le titre du domicile, qu'on peut résider dans un lieu et avoir son domicile dans un autre.

Ce n'est qu'après le laps de quatre années à compter du moment de la disparition, & lorsque dans le cours de ces quatre années, on n'a point eu de nouvelles de la personne qui s'est absentée, que il est permis de se

pouvoir devant le tribunal de première instance pour en obtenir un jugement qui déclare l'absence, mais il n'est pas nécessaire que ces nouvelles viennent directement de la personne qui s'est absentée, il suffirait qu'elles eussent été reçues d'une manière indirecte, pourvu qu'elles eussent toutes les apparences de la certitude, pour mettre obstacle à la demande en déclaration d'absence.

art. 116.

Autrefois on employait, pour constater qu'une personne s'était absentée, d'autres moyens qu'un acte de notoriété; deux, ou trois témoins se rendaient à cet effet devant un notaire où ils feraient telle déclaration qu'ils jugeaient à propos, & ils y étaient amenés par ceux-là mêmes qui étaient les plus intéressés à faire déclarer que la personne était absente: on a cru avec raison devoir substituer à ce procédé celui que notre article indique; ce n'est plus aux parties intéressées que la loi donne sa confiance pour une démarche aussi importante, elle a voulu que ce fut celui-là même qui, par état est tenu de défendre ceux qui ne peuvent pas le faire eux-mêmes. En conséquence, le procureur-impérial est chargé de faire faire une enquête d'autorité du tribunal, aux fins des connaître non

seulement le fait de l'absence allégué, mais encore les motifs qui peuvent avoir amené cette absence, et cette enquête doit être faite non seulement dans le lieu du domicile, mais encore dans celui de la résidence, s'ils sont distincts.

art. 117.

Les dispositions de cet article sont très naturelles car on devra bien plutôt présumer qu'une personne a perdu la vie, lorsque elle laisse passer quatre années sans donner de ses nouvelles, quoique le motif de son voyage fut de nature à ne pas la tenir long-tems éloigné de son domicile ordinaire, que si elle avait quitté ce domicile pour un voyage de long cours, que mille causes différentes peuvent prolonger; voilà pourquoi la loi laisse en ce point tout à la prudence du juge.

art. 118.

Il est de l'intérêt de la société que la connaissance des jugemens rendus en matière d'absence, soit préparatoires, soit définitifs, parvienne autant que possible à chacun de ses membres; l'intérêt particulier de l'individu qui s'est absenté, en ce qu'il revienne et celui des personnes qui doivent le remplacer

dans le cas contraire de commanvent également.
Voilà pourquoi il a été pris le moyen le plus
sûr de donner de la publicité: le grand-juge,
ministre de la justice, à qui l'envoi doit en
être fait, immédiatement après que ces
jugements ont été rendus, a besoin de les faire
insérer dans les papiers publics; ces papiers
circulent dans toute l'europe, se répandent souvent
dans les autres parties du monde, et font
aisément qu'une pareille précaution est bien
propre à procurer quelque découverte.

art. 119.

Le délai d'une année qui doit s'écouler entre
le jugement qui aura ordonné l'enquête, et
celui portant déclaration d'absence, a paru
assez long pour mettre la personne qui est
absente à portée de donner des nouvelles
ou pour engager à en donner ceux qui
pourraient avoir quelque connaissance de
son sort; le motif de ce délai est pris
de ce que le jugt portant déclaration d'absence
fait passer à celui sur le compte duquel le
jugt est porté, une portion de fortune qui
varie suivant l'époque à laquelle il revient;
et comme c'est là une espèce de peine, le juge
ne doit la prononcer qu'après avoir laissé
écouler un tems probablement suffisant

pour se fixer sur le sort de l'absent.

Chap. 3.

Des effets de l'absence.

Sect 1ère

Des effets de l'absence relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition.

Art 120. -

Cet article Distingue Deux cas où la Personne qui s'est absentée, a laissé à quelqu'un, n'importe qui, une procuration pour administrer ses Biens, D'avec celui où elle a quitté le Lieu de sa Résidence ou son Domicile sans laisser de procuration. Dans ce Dernier cas, la loi autorise ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses Dernières nouvelles, à se faire envoyer en possession provisoire des Biens qui appartiennent à l'absent, et Ceci en vertu D'un jugement de tribunal qui aura déclaré l'absence, à la charge de donner caution pour la sureté de leur administration.

Cette opération ne Constitue qu'en fait ils ne peuvent Dans l'explication de cet article se représenter d'autre difficulté que celle-ci: Supposons que l'ordre des successions légitimes ait été changé Dans l'intervalle qui s'est écoulé entre la disparition ou les Dernières nouvelles

De la personne qui s'est absentée & du jugement définitif de déclaration d'absence, faudra-t-il donner cette jouissance provisoire aux héritiers de ceux qui étaient les plus proches parents au moment de la disparition ou des dernières nouvelles, ou bien faudra-t-il l'accorder à ceux qui se trouvent les plus proches lors du jugement déclaratif de l'absence?

on doit décider que cette jouissance doit être déférée aux héritiers de ceux qui étaient les plus proches au moment de la disparition ou des dernières nouvelles, à l'exclusion de ceux qui se trouvent les plus proches à l'époque du jugt de déclaration d'absence.

il semble d'abord qu'il ne doive pas en être ainsi, parce que ceux des parents de l'absent qui étaient les plus proches, lors de la disparition, étant décédés avant d'avoir un droit formé à la chose, ne peuvent pas avoir transmis à leurs héritiers un droit qu'ils n'avaient pas eux-mêmes. or, il est certain qu'ils n'avaient pas ce droit puisqu'il était dans l'ordre des choses possibles que le présumé absent reparut avant que le jugement déclaratif d'absence fut rendu: de là cette conséquence que les héritiers des héritiers présomptifs, lors de la disparition ou des dernières nouvelles,

qui ne viennent que du chef de leurs auteurs lesquels n'avaient aucun droit lors de leur décès, ne sauraient être appellés au préjudice de ceux qui se trouvent les plus proches, lors du jugt déclaratif d'absence, avec d'autant plus de raison qu'avant ce jugement, on ne peut pas dire qu'il y eût absence proprement dite, mais seulement non présence.

Les Auteurs des pandectes françaises ont donné la préférence à cette opinion; mais nous ne craignons pas de dire qu'ils se sont trompés. La preuve en est d'abord consignée dans l'article que nous expliquons, car en appellant les héritiers présomptifs au jour de la disparition à l'envoi en possession provisoire en vertu du jugement qui aura déclaré l'absence, notre article a décidé bien nettement qu'ils devaient obtenir la préférence sur ceux qui se trouveraient les plus proches à toute autre époque; cela posé, il est évident que la question se trouve réduite à cette autre: les héritiers des héritiers présomptifs ne doivent-ils pas jouir des mêmes avantages dont ceux-ci auraient joui eux-mêmes, s'ils ne fussent pas décédés avant le jugt de déclaration d'absence? or on ne saurait élever un doute raisonnable sur ce point; l'héritier représente le défunt, in locum ejus succedit. il est son image le défunt, s'il est permis de s'exprimer ainsi

Revit en sa personne.

En second lieu : nous conviendrons volontiers que l'absent, par sa représentation, pouvait mettre les choses dans un tel état qu'il n'y aurait pas lieu de faire rendre un jugement de déclaration d'absence ; mais qu'importe que la chose fût possible, si elle ne s'est point vérifiée ? il n'est pas moins vrai que le défaut de représentation de l'absent ou la privation de ses nouvelles, autorisent ses héritiers présomptifs, lors de la disparition, à faire rendre un jug.t de déclaration d'absence et à poursuivre l'envoi en possession provisoire, il n'en faut pas savoir davantage pour décider que c'est à eux seulement que ce droit est acquis, et non à ceux qui se trouvent les plus proches lors de ce jugement.

nous conviendrons encore que ce droit n'était point formé, à l'époque du décès des héritiers présomptifs, lors de la disparition ; mais les héritiers de ceux-ci ont trouvé dans la succession au moins l'espérance que pouvait réaliser la prolongation de l'absence, spes est debitum iri, eamque spem in hæredem transmittimus. Cette espérance qui faisait partie de la succession s'étant réalisée par le défaut du retour de l'absent, doit donc profiter à ceux qui l'ont recueillie, et cependant il en arriverait tout autrement, si les héritiers qui se trouvent les plus proches au jour du jugement

de déclaration d'absence, obtenaient sur eux la préférence pour l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent.

Remarquez au surplus, que cette jouissance provisoire n'est accordée qu'à la charge de donner caution : la prudence commandait cette démarche, mais si elle est utile sous ce rapport, il est probable qu'elle éprouvera des difficultés dans son exécution, car on trouvera difficilement des personnes solvables qui consentent à s'engager dans les liens du cautionnement pour des objets qui peuvent être d'un intérêt majeur, & dont la durée est de 30 années.

art. 121.

c'est là une exception au droit commun qui autorise ces héritiers présomptifs à demander l'envoi en possession, après cinq ans de disparition ou des dernières nouvelles : nous disons après cinq ans, car tout ce délai est nécessaire, quoique les héritiers puissent se pourvoir après quatre ans devant le tribunal civil de l'arrondissement pour faire déclarer l'absence parce qu'il doit s'écouler une année entre le jugement qui aura ordonné l'enquête, & celui qui aura déclaré l'absence.

Il est naturel de penser que celui qui prend la précaution de se donner un représentant pour la gestion de ses affaires, avant de

quitter son Domicile, ou le lieu de sa résidence, et dans l'intention de l'abandonner pour quelque tems; dans ce cas, son absence a bien moins lieu de surprendre, que lorsqu'elle n'est point accompagnée de cette circonstance. voilà pourquoi notre article a voulu que les héritiers présomptifs ne pussent poursuivre un jugement de déclaration d'absence, & obtenir l'envoi en possession provisoire, qu'après dix années complettes à partir des dernières nouvelles.

Il semble d'abord dans le cas où la personne qui s'est absentée, a laissé une procuration, qu'on ne doit pas en faire cesser les effets après un certain délai, parce que la présomption de la loi étant que cette personne est en vie jusqu'à ce qu'elle ait atteint la centième année de son âge, on doit la regarder comme jouissant elle-même de ses biens, en vertu de la maxime qui per alium facit, per seipsum facere videtur, auquel cas il n'y auroit nulle raison de les dépouiller pour en investir les plus proches parents, & telle étoit la doctrine de cette maxime, liv. 5, chap. 95 et de Faber dans son code lib. 8, tit. 40, defin. 2, à laquelle s'étoit conformé le parlement de Bordeaux, comme on peut en juger

par un arrêt qu'on trouve dans Lapeyrère lett. M, verb. mort. N.° 54.

on devrait néanmoins décider le contraire parceque, s'il y a, d'un côté une présomption qui porte à cent ans la durée possible de la vie de l'homme qui s'est absenté, il y a, d'autre côté, une violente présomption qu'il est mort, parce qu'on doit supposer que ce même homme s'il était encore en vie, n'aurait pas laissé écouler dix années entières sans donner de ses nouvelles. D'après cela, on doit le réputer mort, non pas pour le priver définitivement de tous les avantages qui peuvent être attachés à son existence, mais pour en investir provisoirement ceux qui lui auraient succédé, s'il était mort sans manifester une volonté contraire.

art. 122.

cet article suppose le cas où la personne qui s'est absentée n'a laissé une procuration que pour un tems limité, dont la durée n'embrasse pas dix années; celui à qui cette procuration a été laissée, peut, sans doute, gérer les biens pendant toute la durée de sa mission, mais après l'échéance du terme, il n'a plus qualité pour agir comme fondé de pouvoir; les choses rentrent alors dans le terrein du droit commun, et il doit être pourvu à l'administration des biens de l'absent en la forme déterminée par le chap. 1.er de notre titre.

il paraît d'abord bien extraordinaire que le Législateur, après avoir autorisé les héritiers présomptifs de la personne qui s'est absentée, à se faire envoyer en possession provisoire de ses biens, lorsque même qu'il y a un fondé de pouvoir, autorise encore la demande en ouverture du testament à la réquisition des parties intéressées, et même à la réquisition du procureur-impérial; la définition que la loi donne elle-même du testament semble s'opposer à ce que un acte de cette nature soit ouvert avant d'avoir acquis la certitude que son auteur est décédé, voluntatis nostræ justa sententia circa quod quis post mortem suam fieri velit; il faudrait donc, d'après cette définition, renvoyer l'ouverture du testament à une époque à laquelle on serait assuré que le testateur n'existe plus, soit pour en avoir reçu la nouvelle certaine et authentique, soit parce qu'il ne serait écoulé cent ans depuis sa naissance.

Cette opinion pourrait être fondée des Législateurs, mais l'opinion contraire est plus conforme à l'équité, car lorsque la loi s'est décidée, sur prétexte d'une présomption de mort de l'absent, à accorder à ses héritiers présomptifs la jouissance provisoire de

ses Biens, pourquoi cette même présomption ne serait-elle pas capable de faire ordonner aussi provisoirement l'exécution des volontés qu'on trouve consignées dans un testament? Pourquoi les personnes qui auraient pour elles le témoignage écrit de la volonté de l'absent dans la disposition de ses Biens, ne jouiraient-elles pas de la même faveur dont jouissent ceux qui n'ont pour eux que la volonté présumée de la loi? il suffit donc qu'il y ait présomption de mort de l'absent, pour que ses dernières dispositions doivent être exécutées vis-à-vis de ses légataires et autres qui avaient sur ses Biens des droits subordonnés à la condition de son décès; mais comme il n'y a point certitude de ce décès, l'exercice des droits subordonnés à cette condition ne peut être que provisoire, & il assujettit celui qui le réclame au Bail de cautions.

Delà il suit que si l'absent avait la jouissance de quelque immeuble, dont la propriété fut fixée sur une autre tête, ce propriétaire pourrait demander que l'usufruit fut réuni à la propriété dont il était déjà investi, mais comme cette réunion ne pourrait être que provisoire, l'absent la ferait cesser par son retour, & il y aurait lieu à la restitution des fruits, ainsi que nous l'établirons dans l'explication de l'art. 127 ci-après.

Art. 124.

après avoir investi les héritiers présomptifs de l'absent du droit de réclamer l'envoi en possession provisoire de ses Biens, & de l'exercice aussi provisoire de tous les Droits subordonnés à la condition de son décès, notre article avoue que, si l'époux commun en Biens, opte pour la continuation de la communauté, cette option mette obstacle à l'un & à l'autre, et qu'il soit au pouvoir de cet époux de prendre ou de conserver par préférence l'administration des Biens de l'absent.

L'art. 1421 de notre code qui n'a fait en cela que confirmer les Anciens usages sur cette matière, décide que le mari administre seul les Biens de la communauté, qu'il peut les vendre, les aliéner & les hypothéquer, sans le concours de la femme: il en est, en un mot, le seigneur & le maître: mais il s'absente, sa disparition fait nécessairement cesser les attributs de cette prééminence, sans néanmoins dissoudre la communauté résultante du Contrat de mariage, & l'on ne doit plus voir alors en la personne des époux que deux associés, dont l'un s'absentant, laisse à l'autre la régie & l'administration de la chose commune par la force du Contrat de Société.

mais comme nul n'est tenu de rester en Société, s'il ne veut, lorsqu'il est absent

une des causes qui y mettent fin, la loi laisse au conjoint de celui qui s'est absenté, la faculté de demander la dissolution provisoire de la communauté, ou de demander la continuation: dans le premier cas, il exerce toutes les reprises et les droits légaux et conventionnels à la charge de donner caution, pour les choses susceptibles de restitution, comme si l'absent était décédé. Dans le second cas, c'est-à-dire, celui où le conjoint demande la continuation de la communauté cette demande fait cesser l'utilité du droit ouvert en faveur des héritiers présomptifs de l'absent, & le conjoint administre la communauté jusqu'à ce qu'il y ait preuve certaine du décès de l'absent comme jusqu'à là il n'y a point de difficulté sur l'exécution de l'article que nous expliquons, mais le § qui en fait partie, en propose une bien essentielle; ce § veut que la femme qui a opté pour la continuation de la communauté conserve le droit d'y renoncer ensuite. En autorisant la femme à opter, pour la continuation de la communauté, la loi lui a nécessairement conféré le droit de la régir, et de faire tous les actes qui sont une suite de cette administration; elle peut donc faire, tout ce qu'il aurait pu faire à cet égard son mari s'il ne s'était point absenté.

La Cour; qu'en sera-t-il si au lieu

d'administrer sagement cette communauté
ou femme par des mesures mal concertées
dégrade, ou même dissipant entièrement
toute des Biens dont elle était formée?
le mari devra-t-il jouir de cette mauvaise
administration, droit à sa femme, en y renonçant
par la suite, conserver toutes ses reprises,
pour une communauté qui elle aura
dilapidée? on ne peut guères se dissimuler
qu'à s'en tenir strictement aux termes de
la loi, et lorsqu'on ne s'arrête point à
en pénétrer l'esprit, il faudrait dire que
le mari ne saurait échapper à cet abus;
mais cette opinion serait diamétralement
opposée à l'équité, qu'on ne doit pas
supposer dans une pareille disposition.
l'on doit croire que pour éviter un
inconvénient qui amènerait de fâcheuses
conséquences, ce S doit être entendu
de telle manière que le mari ne puisse point
être la dupe d'une mauvaise administration.
cet objet peut être rempli en ne donnant
à la femme le droit de renoncer à la
communauté, après l'avoir régie, que
eu égard à l'état où elle se trouverait
à l'époque où sa femme en a pris
l'administration. s'il en était autrement
le sort, d'un mari qui s'est absenté,

dépendrait entièrement de l'incurie de sa femme, mais la présomption légale étant que celle-ci n'a point les qualités nécessaires pour une bonne administration, puis qu'elle en est écartée par le Droit Commun, il n'est pas raisonnable de penser qu'on ait voulu laisser dans sa main l'instrument de la ruine de son mari.

Les règles de la réciprocité paraissent venir à l'appui de ce que nous venons de dire, car s'il est vrai comme on ne doit pas douter, que la femme n'ait le droit de renoncer à la communauté, que par ce qu'il serait injuste qu'elle fut ruinée par une administration à laquelle il ne lui est point permis de prendre part, il est juste aussi que le mari ne doive point souffrir d'une administration à laquelle il est étranger, à cause de son absence; & dans ce cas, il semble que la justice doit faire pour lui ce que la loi fait pour la femme, aux termes du Droit commun.

art. 125.

il est bien clair que le jugement de déclaration d'absence n'investissant de aucune propriété les héritiers présomptifs de l'absent qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire, ceux-ci ne peuvent être considérés que comme de vrais dépositaires à qui il n'est conféré d'autre droit que celui d'administrer les biens: s'ils acquièrent par là la propriété d'une partie des fruits, ce n'est qu'à titre de dédommagement

des soins que leur donne cette administration
mais il suffit qu'ils demeurent comptables
d'une portion de cet hérédité, en cas
de retour de l'absent, pour qu'on
doive éloigner toute idée de translation
de propriété en leur faveur.

art. 126.

Cet article ne présente à faire aucune
observation importante, il suffira de vous
faire remarquer que les divers procès qu'il
indique sont uniquement relatifs à l'intérêt de
ceux qui ont obtenu l'envoi en possession pour éviter
car ils demeureraient exposés à payer des dégradations
qu'ils n'auraient point commises, s'ils négligeaient
de faire constater l'état où se trouvent les biens
à l'époque où ils en prennent possession.
ainsi cette partie de l'article est purement
facultative.

mais il n'en est pas de même de celle qui
est relative à l'inventaire du mobilier
des biens de l'absent, en présence du procureur
impérial; celle-ci est de rigueur, s'il y avait
lieu de croire que, si elle était omise,
il serait procédé contre ceux qui auraient
négligé de remplir cette formalité de la
même manière qu'on en use en matière de
succession, lorsque les héritiers n'ont
point d'inventaire.

il faut en dire autant de l'inventaire du
mobilier, cependant l'article ajoute le mot
s'il y a lieu, parce qu'il pourrait être

de si mince conséquence que les frais de vente absorberaient une partie de sa valeur, et qu'il serait dans ce cas beaucoup plus utile de les conserver en nature, après en avoir fait dresser un Etat.

Art. 127.

Ces dispoons sont absolument neuves, elles dérogent à ce qui s'était pratiqué jusqu'ici en matière de restitution de fruits à laquelle peut donner lieu le retour d'une personne qui s'était absentée; il paraissait naturel que n'étant investis d'aucune propriété, & réduits à la qualité de dépositaires, les héritiers présomptifs ne pussent rien conserver pour eux du produit des biens dont ils n'étaient que les administrateurs; il en a été néanmoins autrement décidé, & avec raison, car si l'étroite rigueur des ppes semblait commander une décision contraire, on ne peut pas se défendre de cet autre sentiment d'équité qui veut que celui qui administre ne consume pas son tems pour rien, & qu'il demeure exposé à une rigoureuse comptabilité dont le résultat pourrait dévorer son propre patrimoine.

il serait assez difficile d'indiquer le motif qui a engagé le législateur à affranchir les héritiers présomptifs de toute restitution de fruits envers l'absent qui ne reparaît qu'après 30 ans d'absence: ce ne peut pas être celui pris

De la prescription, parce que c'est un
point certain que nul ne peut prescrire
contre son titre. Or celui des héritiers
étant de nature à ne point produire cette
exception, il n'est pas possible de s'y arrêter.
Ce ne peut donc être que celui plein de
la faveur dont jouissent les héritiers présomptifs,
faveur qui s'accroît dans toutes
proportion que diminue l'intérêt
qu'inspire l'absent, quoique le laps
de 30 années depuis la disparition ou
la dernière nouvelle, ne forme point
une preuve certaine de la mort de l'absent,
il en forme une probabilité qui, en quelque
sorte, tient de la certitude, et vu cet
état il est juste de faire cesser la
comptabilité de droit à laquelle les
héritiers ont été assujettis pendant 30 années.
Si l'absent reparaît après un aussi
long terme, il n'est guère possible
qu'il n'y ait point de sa faute de
n'être point revenu plutôt, et alors
il est forcé de convenir que la spoliation
qu'il éprouve est bien plutôt son
ouvrage que celui de la loi.

Art. 128.

Il serait dénaturer le titre des héritiers
présomptifs, que de leur donner la
faculté d'aliéner ou hypothéquer les biens

De l'absent; ils n'en sont que les dépositaires aux termes de l'art. 125. réduits à cette qualité il est sensible que les actes dont les propriétaires seuls sont capables, devaient leur être interdits.

art. 129.

Cet article fait un grand changement à ce qui se pratiquait antérieurement; lorsque l'absent avait laissé passer 30 années sans reparaître, ou sans donner de ses nouvelles pendant ce long délai; suivant l'ancienne jurisp. il ne s'opérait aucun changement dans le titre qui avait conféré la jouissance provisoire aux héritiers présomptifs, et jusqu'à ce qu'il se fût écoulé cent ans, à compter de la naissance de l'absent, ils ne pouvaient faire aucun acte de propriétaire.

il n'en est pas de même aujourd'hui; ce n'est pas qu'ils deviennent propriétaires incommutables après 30 ans, à partir de l'envoi en possession, mais il se fait dans leur titre, une révolution telle qu'ils peuvent faire déclarer définitif l'envoi provisoire qu'ils avaient obtenu, et que les cautions qu'ils avaient données sont déchargées comme s'il s'était passé cent ans depuis la naissance de l'absent.

Ce même délai de 30 ans après l'envoi en possession provisoire, fournit aux héritiers

ouverture à l'action en dissolution de la Communauté, dans le cas où l'époux de l'absent aurait opté pour la continuation de cette Communauté, comme lui en donne le droit l'art. 124. toutes ces dispositions sont fondées sur cette probabilité présente, que l'absent est décédé, lorsqu'il laisse écouler un aussi long intervalle sans reparaître, ou sans donner de ses nouvelles; mais n'oublions jamais que cette probabilité quelque présente qu'elle soit, ne peut point produire l'effet d'exclure l'absent lui-même, s'il se représentait même après 100 ans, ou tout autre plus long terme. La raison en est bien simple, elle est prise de ce que l'effet de la présomption a toujours été de céder à la réalité; il n'est par conséquent pas possible de réputer mort un homme qui par sa présence prouve qu'il est en vie; mais dans ce cas, les aliénations des biens de l'absent, consenties après la convocation de l'envoi provisoire en définitif, devraient tenir, & l'absent ne pourrait pas les inquiéter, parceque les acquéreurs tiendraient leur titre

De personnes à qui la loi aurait conféré le pouvoir de les consentir, tout ce qu'il pourrait réclamer de ces acquéreurs, ce serait le prix de ces immeubles, s'il était encore dû par eux; et dans le cas contraire, il serait fondé à le répéter des vendeurs, sans que l'insolvabilité de ceux-ci pût l'autoriser à agir contre les tiers-acquéreurs.

art. 130.

La jurisp. des arrêts & la doctrine des auteurs a fort varié sur la question de savoir à qui devait appartenir la succession de l'absent lorsqu'on acquérait la certitude de sa mort; les uns soutenaient que la jouissance provisoire des biens de l'absent ne pouvant être accordée qu'après dix ans d'absence, ou des dernières nouvelles, l'absent était en présomption d'avoir existé pendant ces dix années; d'où ils concluaient que la succession devait appartenir aux parents qui se trouvaient les plus proches à l'échéance de ces dix années; plusieurs auteurs ont embrassé cette opinion, on peut voir ce qu'en disent la peyrère, lett. M, n.° 55, pag. 248, 249, albert, verb. absent, Bornier sur ranchin aussi verb. absent. vedel sur catellan liv. 2, chap. 57, Serres en ses institutes au droit français, liv. 3, tit. 1er, pag. 414 & 415

et plusieurs autres.

L'opinion contraire, celle qui adjugeait la succession de l'absent à ceux de ses parents qui étaient les plus proches au moment de l'absence, ou des dernières nouvelles, était défendue par le journaliste des audiences, tom. 5, liv. 4, chap. 4, de l'ancienne édition, par Brétonnier sur Henrys, tom. 2, liv. 4, quest. 46, par Ferrière, en son dictionn. de droit, sous le mot partage des biens de l'absent. &a &a &a &a

Et les derniers arrêts du parl. de toulouse l'avaient adoptée. il y en a deux récents, lors desquels la question fut profondément discutée: le 1er est du 12 juillet 1751, il fut rendu en la première chambre des enquêtes après partage, mr Maran rapporteur, & mr Bastard compartiteur. Le second est du 5 7bre 1768, aussi rendu en la première chambre des enquêtes après partage qui fut vidé à la seconde le 20 avril 1769, rapporteur mr de Sapte, mr de Firmy compartiteur, en la cause de la Delle marthe lavabre veuve du Sr jacques Bermond, contre le Sr françois Lacamus héritier du Sr Devenin. Par cet arrêt le Sr Lacamus fut débouté de l'appel qu'il avait relevé d'une sentence du sénéchal de castres

qui avait adjugé la succession à ceux des parents qui se trouvaient les plus proches au jour des dernières nouvelles, non à ceux qui s'étaient à l'échéance de dix années à compter de la même époque.

C'est cette dernière opinion qui a été adoptée par le code, et il faut convenir que c'est la meilleure: car de là que la prudence exige qu'il se passe un certain intervalle entre l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles, et celle où il est permis d'ordonner l'envoi en possession, il ne s'ensuit pas que l'absent ne puisse être réputé mort qu'à cette dernière époque, contre la lettre au contraire pour faire supposer qu'il est mort dès le moment qu'il a disparu, puisque rien ne prouve qu'il a survécu à ce moment.

L'article que nous expliquons ajoute que ceux qui auront joui des biens de l'absent, seront tenus d'en restituer les fruits sous la réserve portée en l'art. 127: il suppose donc avec raison que les héritiers au moment du décès prouvé, peuvent être autres que ceux qui se trouvaient les plus proches au moment de l'envoi en possession: mais comme cet envoi n'est que provisoire, il ne fait brèche aux droits des parents les plus proches au temps du décès, lors qu'il est prouvé, qu'il concourra de la portion des fruits que la loi adjuge à ceux qui ont obtenu cette jouissance provisoire.

art 131.

Le jugement qui déclare l'absence & celui qui ordonne l'envoi en possession qui en est une suite, n'étant fondés que sur la présomption de mort de l'absent, il n'est pas douteux que leurs effets doivent cesser au moment qu'il reparaît, ou qu'on acquiert des preuves non équivoques de son existence, & l'on rentre alors dans le même état où étaient les choses au moment de la disparition; vous avez vû sur le chapitre premier du présent titre ce qui doit être fait pour parer aux évenemens qui peuvent se présenter avant le jugement de déclaration d'absence. c'est à cela que nous renvoye notre article, mais vous devez faire attention qu'il n'y a lieu de s'y arrêter que dans le cas où l'on a reçu des nouvelles de l'absent, sans qu'il se représente en personne; car dans ce dernier cas celui-ci se trouvant présent, peut agir lui-même pour la conservation de ses droits, ou pour exercer les diverses actions qui peuvent l'intéresser:

art: 132.

vous avez déjà vû dans l'explication de l'art: 129 de ce titre que les héritiers présomptifs qui ont obtenu l'envoi provisoire peuvent, après 30 ans à partir de cet envoi, disposer des biens de l'absent, et que les acquéreurs, si la vente en a été faite, ne peuvent pas en être évincés, sauf à l'absent qui revient après ce terme, à répéter de ces acquéreurs le prix de ces immeubles, s'ils l'ont encore en main, ou à agir en répétition contre les vendeurs, si ceux-ci l'ont reçu; le présent article confirme cette doctrine, mais il ne statue point sur une question qui peut se présenter.

cette question consiste à savoir quel doit être le sort

Des hypothèques que les héritiers présomptifs ont constituées sur les Biens de l'absent après la conversion de leur jouissance provisoire En définitive, et si l'absent ne reparaissant que plus de 30 ans après l'envoi provisoire, peut prétendre que ses Biens doivent être déclarés affranchis de ces hypothèques.

Les auteurs de jurisprudence françaises, après avoir rapporté les diverses raisons propres à appuyer l'affirmative et la négative sur cette Question, ont pensé que l'absent était bien fondé à faire déclarer ses Biens exempts de toute hypothèque: cette opinion ne nous paraît pas soutenable, et nous pensons au contraire qu'en rentrant en possession de ses Biens, il doit être chargé de toutes les hypothèques dont les ont grevés ceux qui en avaient obtenu la jouissance provisoire convertie depuis en définitive.

notre opinion est fondée d'abord sur la manière dont est conçu l'article. l'absent, y est-il dit, recouvrera ses Biens dans l'état où ils se trouveront. Delà nous concluons que s'ils se trouvent grévés d'hypothèques, il doit les reprendre avec cette charge.

en second lieu: la Bonne foi des créanciers, au profit de qui ont été constituées ces hypothèques, est un motif bien puissant qui vient à l'appui de notre opinion. Dès que, après 30 ans à compter de l'envoi en possession, la Loi a déchargé de tout engagement les cautions qu'elle avait voulu être fournies par les héritiers qui avaient obtenu cet envoi, les créanciers ont dû croire qu'ils étaient autorisés à traiter avec eux, comme ils auraient pu le faire avec l'absent lui-même, s'il eût été présent: d'après cela, ne serait-ce pas trahir leur Bonne foi, que de les renvoyer sur les héritiers présomptifs qui peuvent être sans fortune, pour répéter les Sommes qu'ils n'auraient point prêtées sans l'assurance de cette hypothèque?

art. 133.

notre article suppose que l'absent a amené avec lui les enfans qu'il avait lors de sa disparition, ou qu'il a eu depuis de quelque mariage postérieur. il n'était pas juste de donner aux collatéraux, malgré l'existence de ces enfans, le droit de conserver les Biens qu'ils auraient été obligés de rendre à leur père, si celui-ci s'était représenté.

art. 134.

Le jugement de Déclaration d'absence suivi de l'envoi en possession provisoire, opérant l'effet de substituer ceux qui l'ont obtenu au lieu & place de celui qui s'est absenté, il est sensible que tous ceux qui peuvent avoir des droits à exercer contre lui, ne peuvent diriger leur action que contre les individus qui le représentent.

Section. 2.

Des effets de l'absence relativement aux droits Eventuels qui peuvent compéter l'absent.

art. 135 & 136.

La jurisp. des cours souveraines, et notamment du parl. de toulouse a beaucoup varié sur la question de savoir, si l'absent pouvait recueillir des droits successifs & des fidéicommis, sous prétexte que la loi le présume vivant, pendant cent ans à dater de sa naissance.

après avoir jugé cette question en divers tems, ~~tantôt~~ d'une manière, & tantôt d'une autre, le parl. de toulouse avait adopté deux maximes bien sages sur lesquelles il fit depuis reposer ses arrêts; fundans intentionem in vitam alicujus, dit l'une de ces maximes, debet probare ipsum vivere. l'autre est conçue en des termes qui présentent la même idée, fundans intentionem in mortem alicujus, debet probare ipsum mortuum esse. #

id. Godefroi sur la loi 5, cod. solut. matrim.

Avec ces deux maximes on répond à tout, & rien n'est plus facile que de résoudre les difficultés que fesait naître la présomption de vie de l'absent, pendant cent ans, aux termes de la loi romaine.

En effet, cette loi ne déclare l'absent vivant pendant cent ans, que par une présomption tirée du plus long cours de la vie humaine, in finis vitæ longævi hominis est. or il est bien certain qu'on ne peut rien acquérir par des présomptions, & qu'il faut se présenter avec des preuves qui doivent être la présence de celui qui s'était absenté, ou la certitude qu'il vit dans le lieu ou il

s'est retiré : par la raison des contraires, quand on veut lui ravir des droits qui lui étaient acquis avant son absence, il faut rapporter des preuves de sa mort, & la présomption légale qu'il est en vie suffit jusques à ce que le contraire soit prouvé, car les présomptions ne peuvent être emportées que par des preuves.

C'est sur ces ppes qu'il fut rendu un arrêt au parl. de toulouse, le 12 7bre 1764, au rapport de mr. de Lacarry par lequel il fut décidé que la prétérition d'un enfant n'était pas un moyen d'annuller le testament du père jusqu'à ce qu'il y eût preuve que l'enfant était vivant lors du décès de ce dernier.

un arrêt du 5 7bre 1765, rendu après partage au rapport de mr. de Sapte, compartiteur mr. de Firmy, & dont nous vous avons déja parlé dans l'explication de l'art. 130 du code, jugea que jean Bermond absent avant la mort de son père, n'avait pû rien recueillir dans les biens de ce dernier, dès qu'il n'était pas justifié qu'il fût en vie à cette époque.

enfin un troisième arrêt rendu, le 7 avril 1772, en faveur de mr. castagnon, procureur du roi, au siége de marsiac, contre le sr. gabriel castagnon, son frère, décida que celui-ci avant d'obtenir la cassation du testament de Bertrand castagnon, père commun, sous prétexte qu'il n'était fait dans ce testament aucune mention de paul castagnon, son frère, qui était parti pour la martinique, devait prouver que paul était encore vivant, lors du décès de son père, et en conséquence il fut admis, conformément à ses conclusions subsidiaires à prouver que paul castagnon était alors en vie : en prononçant ainsi le parl. décida bien clairement que la présomption de vie résultante de la loi, ne suffisait pas pour faire déclarer nul un testament sous prétexte de prétérition.

cette longue série d'arrêts qui avait enfin fixé une jurisp. longtems flottante & incertaine, était basée sur les deux maximes que nous venons de vous faire connaître, & c'est avec raison que le code l'a adoptée, en déclarant non-recevable tout demandeur qui se présenterait pour réclamer un droit échu à un absent, sans rapporter la preuve que cet absent était en vie, lors de l'échéance de ce droit.

après avoir établi ce ppe, il fallait bien déterminer

[illegible]
l'absent qui n'avait disparu qu'en 17[illegible]
de sa part [illegible] par le seul fait du décès

à qui serait dévolue la succession à laquelle était appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue; et c'est ce qui a fait le second de ces deux articles, en décidant qu'elle doit appartenir à ceux avec qui il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.

Ce dernier article donne lieu à une question bien intéressante; elle consiste à savoir quel est l'état de l'absent avant le jugement de déclaration d'absence: a-t-il pendant tout ce temps la faculté de recueillir les successions qui pourraient lui échoir? doit-on appliquer à ce cas les dispositions des art. 112, 113, et 114 du code, de telle manière que le notaire nommé par le tribunal de première instance, le représente à cet effet, comme il le représente dans les inventaires, comptes, partages, et liquidations, dans lesquels le présumé absent est intéressé? enfin le procureur-impérial a-t-il qualité pour réclamer au nom de l'absent la succession à laquelle celui-ci serait appelé, s'il était présent?

Les auteurs français les plus estimés ont pensé que, n'y ayant seulement présomption d'absence jusques au jugement qui l'a déclarée, le présumé absent était toujours habile à recueillir les successions qui pourraient lui échoir jusqu'alors; m.r Malleville, aujourd'hui sénateur, a été du même avis dans son analyse raisonnée de notre code: cette question est plus difficile qu'on ne pense, cependant après y avoir bien réfléchi, nous avons cru devoir embrasser une opinion contraire à celle de ces auteurs; en voici les motifs.

1.° les art. 112, 113 & 114 ne parlent que des biens que avait l'absent au moment de sa disparition: cette vérité résulte clairement de ces mots *Biens laissés par une personne &c.* l'expression *laissés* désigne nécessairement les biens que cette personne avait déjà exclusivement à ceux qu'elle ne possédait pas encore; ces articles sont donc inapplicables aux biens qui auraient pu lui échoir depuis sa disparition.

2.° l'art. 136 exclut de toute succession l'individu dont l'existence n'est pas reconnue, pour la donner exclusivement sur la tête de ceux avec lesquels cet individu aurait concouru, s'il eut été présent,

ou qu'il aurait recueillie à son défaut, il est clair que pendant tout le tems qui précède le jugement de déclaration d'absence, cet individu est inhabile à recueillir par cette seule raison que son existence n'est pas reconnue.

cette question s'est présentée devant les tribunaux, il y a quelque tems, et celui d'arrondissement de Lille département du nord, eût à y prononcer: il décida par un jugement du 14 frimaire an 12, que le procureur-impérial avait qualité pour demander l'application des art. 113 & 114 du code, à l'espèce de procès dont était question: il s'agissait dans cette espèce de savoir si un homme qui avait disparu depuis plus de dix ans, et qui n'avait depuis donné aucune de ses nouvelles, mais dont on n'avait pas encore fait déclarer l'absence, devait concourir à recueillir la succession de la veuve marion décédée le 20 messidor an 10.

ce tribunal avait décidé l'affirmative: mais la cour d'appel de Douai rendit le 15 nivose suivant, un arrêt par lequel ce jugt fut réformé sur ce motif, que pour invoquer utilement la maxime le mort saisit le vif, il fallait justifier de l'existence de l'absent, & que jusqu'alors nul ne pouvait, en son nom, réclamer une succession qui lui aurait appartenu en tout ou en partie, s'il eût été présent. on trouve cet arrêt dans le recueil de jurisp. de la cour de cassation par Sirey sous cette date;

le même auteur rapporte un autre arrêt du 18 prairial an 13 rendu par la cour d'appel séant à Liège; cet arrêt débouta les créanciers de nicolas-adrien-hypolite pasquet de leur demande à ce qu'il fut déclaré que leur débiteur avait recueilli une portion de la succession de la dame pasquet sa tante, sous prétexte que cette dernière était décédée avant le jugement de déclaration d'absence de leur débiteur; il jugea donc que l'absent n'était pas habile à recueillir une succession ouverte depuis sa disparition, quoique le jugement déclaratif de l'absence n'eût pas encore été rendu, & qu'il ne fût qu'en état de présomption d'absence.

ces arrêts nous paraissent très conformes aux règles consacrées par le code, en matière d'absence; nous ne devons pourtant pas vous laisser ignorer que la cour de cassation a décidé le contraire par un arrêt du 1er prairial an 13, mais il faut croire que l'espèce sur laquelle il a été rendu, n'a pas été bien prise par le rédacteur; ou qu'on le doit à des circonstances particulières dont nous n'avons point connaissance.

I il s'agissait dans l'espèce de cet arrêt d'une succession ouverte en 1768, & à laquelle l'absent qui n'avait disparu qu'en 1784, avait évidemment un droit acquis ayant été saisi de sa part cohéréditaire par le seul fait du décès de sa mère.

Mr Locré, secrétaire général du conseil d'état qui a donné au public une partie de son ouvrage intitulé Esprit du code napoléon, a rapporté avec beaucoup de précision & de clarté les discussions qui eurent lieu au conseil d'état sur cette question : il dit en propres termes qu'il ne fut admis aucune distinction entre le présumé absent, & celui dont l'absence a été déclarée : que les uns & les autres sont également exclus de la faculté de succéder de cela seul que leur existence n'est pas justifiée, mais qu'il reste aux uns & aux autres l'action en pétition d'hérédité &a. ~~&a~~ C'est au tom. 1er, pag. 190 & suiv. vous devez vous en tenir à cette doctrine.

art. 137.

indépendamment des droits qui peuvent compéter l'absent sur des successions échues pendant son absence, & qu'il peut exercer par voie de pétition d'hérédité, il peut avoir encore à former des demandes d'un autre genre : notre article décide que les actions relatives à ces divers objets peuvent être exercées par ceux qui le représentent, & qu'ils ne peuvent être écartés que par l'exception prise du laps de tems établi pour la prescription : par là il est décidé que la prescription court contre l'absent tout comme s'il était présent, & cette dispoon est conforme aux vrais ppes.

art. 138.

Ceux qui ont joui des droits compétant les absents, avant qu'il reparaisse, étant de bonne foi, ne doivent être comptables d'aucuns fruits avant qu'on en forme la demande : ils les gagnent comme aurait pû les gagner le véritable propriétaire ; mais vous devez remarquer que cet article n'est relatif qu'aux dispoons renfermées dans l'art. 136, par lequel la succession est dévolue pendant l'absence, à ceux avec lesquels l'absent aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueilli à son défaut : ils ne s'appliquent point à ceux qui ont joui en vertu de l'envoi en possession provisoire le sort de ces derniers est fixé par l'art. 127, qui détermine la portion de ces fruits qu'ils sont autorisés à retenir.

Section 3.

Des effets de l'absence relativement au mariage.

art. 139.

avant de passer à des secondes nôces, ou autres ultérieures, le conjoint de l'absent doit s'assurer autant que possible, que son époux n'est plus en vie; une conduite contraire le rendrait coupable de polygamie, que rousseau de lacombe en son traité des matières criminelles, 1ère part. chap. 2, distinct. 5, qualifie de perpétuel adultère, le même auteur s'occupant des preuves que le conjoint doit acquérir avant de contracter un nouvel engagement, dit que les docteurs les plus rigoureux estiment que le témoignage d'une seule personne qui atteste que l'absent est décédé, suffit, & il fait mention d'un arrêt rapporté par Joeffre, tom. 1er, cent. 2, chap. 20 qui jugea qu'une femme qui, sur le bruit du décès de son mari, s'était remariée après l'an du deuil, pouvait répéter ses dénions dotaux et conventions matrimoniales, sans être tenue de vérifier le décès de son mari.

mais il faut pour cela que les circonstances soient d'ailleurs bien pressantes, et qu'elles ne laissent absolument aucun doute sur le fait du décès de l'absent; c'est là le vœu de l'authentique hodie cod. de repud. & jud. de mor. sublat. et la doctrine de larroche et de graverol, liv. 6, tit. 66, art. 1er

lorsque le conjoint présent a pris toutes les précautions que la prudence commande, il n'a plus aucun reproche à craindre, et son mariage est légitimement contracté; ce n'est pas que si l'absent reparaît, il n'ait le droit de réclamer son conjoint et de faire dissoudre le nouveau mariage, mais jusqu'alors il en est tout de même que si le conjoint réclamé n'avait pas formé de précédents liens, les enfans qui sont nés de la nouvelle union sont légitimes. &a &a

La difficulté consistait à savoir qui avait qualité pour attaquer ce mariage, & notre article décide qu'il n'y a que l'époux absent qui le puisse par lui-même, ou par son fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence. les actions de ce genre ne doivent pas être légèrement intentées, & l'on ne doit livrer à nulle autre qu'à la partie intéressée le sort d'un engagement qui est la base de la société.

art. 140.

Cet article n'est qu'une copie de la loi Undique Cod.

unde vir & uxor. Dès que aux termes de cette loi à la quelle il n'a point été dérogé, le conjoint succède à l'exclusion du fisc, à son conjoint qui ne laisse ni parents, ni enfans habiles à lui succéder, il était naturel que ce conjoint jouit des mêmes avantages dont jouissent les parents de l'absent, et qu'il lui fut permis de demander l'envoi en possession provisoire des biens; aussi la loi lui donne-t-elle cette faculté, elle n'est que la conséquence du droit de succéder.

Chap. 4.

De la surveillance des enfans mineurs du père qui a disparu.

art. 141.

après avoir pourvu à la manière dont les biens des absents doivent être administrés, & avoir réglé tout ce qui a quelque rapport à cette administration, ou qui en est une suite entre personnes majeures, la loi s'est occupé du sort des enfans mineurs dont le père a disparu, il était naturel que les enfans qui ne sont pas encore parvenus à leur majorité, fussent un objet particulier de sa sollicitude; en conséquence elle a livré la surveillance de ces enfans à leur mère dont la tendresse pour eux ne saurait être équivoque; elle l'a investie de l'exercice de tous les droits du mari, & de l'administration de leurs biens: il n'était pas possible de placer ce dépôt en de meilleures mains.

art. 142.

cet article prévoit le cas où la mère serait décédée hors de la disparition du père, & celui où elle viendrait à mourir avant le jug^t de déclaration d'absence; il statue qu'alors la surveillance des enfans doit être déférée après six mois de la disparition du père, et par le conseil de famille aux ascendants les plus proches & à leur défaut à un tuteur provisoire; s'il y avait quelques affaires pressantes avant qu'il ne se fût écoulé six mois à compter de la disparition du père, on devrait se conformer à ce qui est prescrit dans les trois articles dont est composé le chapitre premier du présent titre: ce serait le seul moyen de pourvoir aux intérêts des mineurs.

art. 143.

c'est par relation à l'article précédent que celui-ci dit qu'il en sera de même dans le cas qu'il prévoit: ainsi en supposant que le père qui a disparu eût des enfans dont

autre mariage, il sera pourvu à l'intérêt de ces enfans par le conseil de famille qui devra déférer à leurs ascendants les plus proches, & à leur défaut, à un tuteur provisoire, la surveillance à laquelle ils sont encore soumis à cause de leur minorité.

nous observerons, en finissant ce titre, que la nation française doit au gouvernement des actions de grâces pour avoir, par une loi simple & basée sur les meilleurs ppes, coupé la racine à une infinité de contestations qui s'élevaient tous les jours en matière d'absence c'est là un hommage que nous lui rendons d'autant plus volontiers que presque tous les cas possibles y sont prévus, & décidés avec une sagesse & une sagacité peu communes.

Titre 5.

Du Mariage.

Chap. 1er

Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage.

Avant que de vous donner l'explication des divers articles dont ce titre est composé, il n'est pas hors de propos de vous fixer sur ce que c'est que le mariage: si vous consultez les philosophes, le mariage n'est que le rapprochement des deux sexes: si vous en cherchez la définition chez les jurisconsultes, ils vous répondront que le mariage est un contrat purement civil: enfin si vous vous adressez aux canonistes, vous apprendrez d'eux que le mariage est un sacrement, ou ce qu'ils appellent un contrat ecclésiastique

Aucune de ces définitions, prise isolément n'est exacte; la meilleure que l'on connaisse, est celle qu'en a donné l'empereur justinien, dans les institutes du droit, en ces termes, nuptiae sive matrimonium est viri & mulieris justa conjunctio individuam vitae consuetudinem continens. Sans entendre traduire littéralement ces mots, nous croyons qu'ils peuvent être rendus par ceux-ci, « le mariage est la société de l'homme & de la femme » qui s'unissent pour perpétuer leur espèce; pour s'aider par » des secours mutuels à supporter le poids de la vie, & pour » partager leur commune destinée. »

c'est là, sans doute, le but du mariage, mais des passions sans mesure & des désirs immodérés, troublent souvent dans cette société, l'harmonie que commande la définition que nous venons

d'en donner; voilà pourquoi il a fallu prendre des mesures générales pour assurer, autant que possible, aux parties contractantes les moyens de parvenir aux vues qu'elles se proposent en formant ce lien:

c'est justement ce qu'a voulu faire l'autorité civile par les lois qu'elle a portées sur cette matière; la discussion de chacun des articles dont ce chapitre est composé vous convaincra qu'on a ~~tout~~ fait pour atteindre un but aussi désirable; le mariage doit inspirer d'autant plus d'intérêt qu'il est la pépinière des familles particulières, & la base de la société entière.

art. 144.

Le but du mariage considéré sous le rapport du droit naturel étant la propagation de l'espèce humaine, il faut que ceux qui contractent cet engagement, aient les qualités nécessaires pour en remplir les devoirs. Suivant le droit romain, dont une partie de la france avait adopté les dispositions, les femmes pouvaient contracter mariage après l'accomplissement de la douzième année, & les hommes après quatorze ans aussi accomplis; les auteurs du code ont sagement fait de porter cette époque à un terme plus éloigné. Ce n'est pas que la nature n'ait ses caprices, ~~&~~ qu'il ne se trouve des hommes qui long-tems avant d'être parvenus à l'âge de 18 ans révolus, ont toutes les qualités propres au mariage sous le rapport dont nous nous occupons, mais ce sont là presque autant d'exceptions à la règle générale, et vous savez que ce n'est pas sur des exceptions que la règle doit être établie.

La diversité des climats n'a point une mince influence sur l'époque où les hommes sont propres à leur reproduction; elle est en général plus retardée dans les pays du nord, que dans ceux du midi: mais cette différence n'est pas telle qu'elle dut engager le législateur à permettre dans ces derniers pays ce qu'il aurait prohibé dans les autres; d'ailleurs il ne peut résulter qu'un bien général pour l'humanité du retard de l'époque à laquelle il est permis de contracter mariage: les forces phisiques de l'homme ont besoin d'un développement qui ne s'opère en lui que dans la pleine puberté, et rien n'est plus funeste que d'anticiper sur les moyens que nous attendons de la nature.

art. 145.

comme il n'est point de règle qui n'ait ses exceptions, il peut se présenter des circonstances qui détermineront

l'empereur à accorder la permission de se marier avant l'époque déterminée par la loi, & cette permission n'aurait rien de choquant, puisqu'elle ne serait qu'un retour partiel à ce qui formait auparavant le droit commun d'une partie de la france.

art. 146.

il est de la nature des contrats de n'être valables qu'autant que toutes les parties y ont donné leur consentement, & ce consentement doit être libre parce qu'il ne doit avoir d'autre base que la volonté; si cette condition est requise dans les contrats en général, elle l'est à plus forte raison dans le mariage qui est de tous les contrats le plus essentiel, & dont les conséquences sont du plus grand intérêt.

Ce peu de mots fait aisément sentir que l'impubère est incapable du mariage, non seulement comme n'ayant pas atteint l'âge où il est permis de contracter cet engagement, mais encore parce qu'il est incapable de volonté, sans laquelle il ne saurait y avoir de consentement: il en est de même de tous ceux qui sont privés de l'usage de la raison, comme les furieux, les insensés, & autres qui sont dans un état tel, qu'il ne leur est pas possible de manifester leur volonté; on doit compter dans ce nombre les individus frappés de mort civile qui n'existent plus aux yeux de la loi, quoiqu'ils aient encore une existence phisique.

Le consentement des parties contractantes étant absolument nécessaire pour la validité du mariage, si l'une d'elles a été violentée ou trompée pour le contracter, ce mariage est nul; mais vous devez remarquer que la violence exercée et dont on excipe pour le faire annuller, doit être telle, qu'il n'ait pas été possible, même à un homme d'un caractère ferme, de s'y soustraire, metu qui cadat in constantem virum. vous devez remarquer aussi que l'erreur pratiquée envers l'un des conjoints, doit porter sur la personne, & non pas sur ses qualités: on traite du mariage pour jeanne, à laquelle on substitue marguérite, si pierre se marie avec marguérite croyant épouser jeanne, il est évident qu'il n'a point consenti à son mariage avec marguérite, puisqu'il était dans l'intention d'épouser jeanne, & c'est en cela que consiste l'erreur qui donne lieu à la dissolution du mariage.

mais si l'erreur ne tombe que sur les qualités de la personne elle n'est pas de nature à produire cet effet; pierre a cru épouser une femme riche, il s'est livré à des apparences trompeuses sur sa fortune, & les choses vues de plus près, il est reconnu que les dettes passives la laissent absolument sans bien, sans doute

il y aura erreur, mais cette erreur n'est qu'un mécompte incapable de faire prononcer la nullité du mariage.

Il en est de même de l'erreur d'opinion qui tombe sur la qualité : Pierre croit épouser une femme honnête et vertueuse, & son malheur lui fait unir son sort à une femme sans mœurs & sans principes : il est difficile de tomber dans une erreur plus funeste, cependant ce ne sera point un moyen à faire valoir pour obtenir la dissolution du mariage. pourquoi ? parceque il sera toujours vrai de dire que Pierre a consenti à prendre pour femme celle qu'il a épousée; d'ailleurs il faut avouer qu'on n'entendrait retentir les tribunaux que de demandes en déclaration de nullité de mariages, si ces motifs pris de l'erreur dans la fortune ou la conduite, étaient suffisans pour rompre un lien que la nature & la foi s'accordent à regarder comme indissoluble. on peut voir ce que dit Sa Sœur Bardet tom. 2, liv. 2, chap. 45.

art. 147. +

La disposition du code sur ce point est en parfaite harmonie avec les lois romaines qui notaient d'infamie l'homme qui avait plusieurs femmes : la loi 1re — in fine ff. de his qui notant. infam. en est formelle. nous n'examinerons point si la polygamie est permise par le droit naturel, ou si elle lui est contraire : cette discussion pas serait les bornes que nous nous sommes prescrites, et tiendrait plus à la curiosité qu'à l'instruction. tout ce qu'il importe de savoir, c'est que dans le cas où l'on contracte un second mariage pendant la durée du premier, dans la persuasion que celui-ci est dissous par la mort, les enfans qui sont provenus de ce second mariage jouissent de tous les avantages de la légitimité, à cause de la bonne foi des contractans, même en supposant que l'un d'eux peut être convaincu de mauvaise foi : on peut voir ce qu'en disent mr. de cambolas, liv. 6, chap. 1er, et mr. furgole mon père, en son traité des testaments, tom. 1, chap. 6, sect. 2, no. 110. cependant s'il était prouvé que le père ou la mère de ces enfans avait connaissance de l'empêchement, comme la mauvaise foi ne doit pas être traitée à l'égal de la bonne, sans porter la moindre atteinte à l'état des enfans qui seraient provenus de ce mariage, on devrait priver ce père ou cette mère de la succession ab intestat ou testamentaire de ces enfans, comme l'enseigne mr. furgole loco citato, no. 150.

mais supposons que l'un des conjoints eut déjà formé une action en déclaration de nullité de son mariage, & qu'avant d'y avoir fait prononcer, il en eut contracté un second, celui-ci serait-il nul? on sent aisément qu'il ne pourrait être déclaré nul, qu'autant qu'il aurait été statué sur le sort du premier, en sorte que si la réclamation contre le premier était rejettée, le second serait nul par voie de conséquence; par la raison des contraires, si le premier mariage était déclaré nul, le second serait aussi par voie de conséquence déclaré valablement contracté.

Au reste vous devez remarquer, que la loi, en considérant le mariage que sous le rapport d'un lien purement civil, ce qu'elle

+ qui mariamo cum uxore alia extra territ. de non dissolato alio matrimonio ut filios in leg. jul. de adult.

ordonne par cet article doit être appliqué à tous les sujets de l'empire, quelle que soit leur religion, en sorte qu'il n'est pas plus permis aux protestans, aux juifs & aux luthériens, qu'aux catholiques de contracter un second mariage pendant la durée du premier. [Leg. 7, cod. de jud.]

art. 148.

Le consentement de père & mère au mariage de leurs enfans, n'est pas fondé en France, comme il l'était chez les romains, sur la puissance paternelle; il l'est sur l'honnêteté publique & sur le respect que doivent les enfans aux auteurs de leurs jours; voilà pourquoi le consentement de la mère est tout aussi bien requis que celui du père, tandis qu'à rome, où les mères n'avaient pas sur leurs enfans puissance, on n'exigeait jamais leur consentement au mariage de leurs enfans: consensum habent parentum in eorum potestate sunt. [Leg. 2 & 23, ff. de rit. nupt.]

notre article est conçu de manière à ne point laisser de doute sur une question qui a été diversement jugée par les arrêts: elle consistait à savoir si le père & mère pouvaient faire casser le mariage contracté sans avoir obtenu leur consentement, par leur enfant âgé de moins de 30 ans, ou s'il ne leur restait que la faculté de les exhéréder.

la jurisp. après avoir été long-tems incertaine sur cette question, paraissait fixée à accorder dans ce cas aux père & mère que la faculté d'exhéréder leurs enfans; c'est ainsi que l'avaient entendu l'édit de 1556, les art. 40 & 41 de l'ord. de Blois: l'art. 12 de l'édit de 1606 l'art. 39 de l'ord. de 1629, la déclaration du 26 9bre 1639 & l'édit du mois de mars 1697. on peut en juger par les arrêts qui se trouvent dans le journal des audiences tom. 2, liv. 1, chap. 37, et liv. 3, chap. 14 & 20.

mais il n'y a jamais eu diversité, ni variation dans la jurisp. sur la question de savoir si les enfans mineurs de 25 ans, sans distinction de sexe, encouraient la peine de nullité du mariage qu'ils contractaient à l'insçu & sans le consentement de leurs père & mère: les diverses ord. dont nous venons de parler, voulaient que de tels mariages fussent déclarés non valablement contractés, & les arrêts des cours souveraines se sont constamment conformés à cette décision, parce qu'en pareille circonstance on présume qu'il est intervenu séduction.

on doit décider aujourd'hui sans difficulté pour la nullité du mariage qui serait contracté par une fille âgée de moins de 21 ans, ou par le garçon qui n'aurait point accompli sa 25me année, sans avoir obtenu le consentement de leurs père & mère, parce que notre article est conçu en termes négatifs, prohibitifs, "ne peuvent contracter mariage sans le "consentement de..." et que la contravention en pareille circonstance emporte la peine de nullité: irrita sunt quæ contra legis prohibitionem fiunt. au reste, comme la loi n'a point distingué les enfans qui auraient été déjà mariés, de ceux qui ne l'auraient point été, on doit appliquer à ceux-ci tout ce qu'on dit de ceux-là; on peut voir l'arrêt inséré dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 4, chap. 16, rendu sur une espèce où il s'agissait du sort d'un mariage contracté par une veuve mineure sans le consentement de son père.

mais comment peut s'y prendre un enfant dont le père a disparu?

cette circonstance. Le dispense-t-elle de remplir le vœu de la loi, & lui est-il permis de contracter mariage sans consulter personne? Il y a quelques distinctions à faire pour répondre à cette question. Si la mère est vivante, lorsque l'enfant veut se marier, & si à cette même époque, le jugement de déclaration d'absence a été désavoué, l'enfant pourra se marier avec le seul consentement de sa mère; Si la mère est décédée, il faut distinguer — Encore, ou l'enfant veut se marier après le jugement déclaratif de l'absence de son père, auquel cas il doit obtenir le consentement de ses ayeuls qui lui tiennent lieu de père & mère, en supposant que ses ayeuls soient encore en vie, ou ces ayeuls n'existent pas, & dans ce cas l'enfant n'ayant ni père, ni mère, ni ayeul, ni ayeule paternel ni maternel, c'est à la famille assemblée à suppléer à ce consentement qu'il n'est pas sans avoir de l'enfant d'obtenir de ceux à qui la loi fait un devoir de le demander.

Il faut en dire autant du cas où le père a subi un jugement de contumace portant condamnation à une peine qui emporte mort civile; comme dans le projet de notre législation actuelle, la mort civile pour ce genre de condamnation n'est encourue qu'après cinq années, à compter de l'exécution figurative de ce jugement, et que néanmoins le condamné est privé de l'exercice des droits civils, on doit se conformer aux dispositions de l'art. 29 du code qui veut que tout bien du condamné par contumace soit administré & ses droits exercés de même que ceux des absents; l'enfant qui voudrait se marier après le jugement de déclaration d'absence de son père, devrait donc obtenir de sa famille assemblée le consentement que son père se trouve dans l'impuissance de lui donner, et le même procédé doit être observé par l'enfant dont le père a été condamné à une peine emportant mort civile.

Au reste — Si la mère donne le consentement au mariage de ses enfants est aussi nécessaire que celui de son père, refusait ce consentement, et si le père l'accordait, l'enfant pourrait se contracter sans encourir aucune peine; c'est ainsi que se décide notre article d'avec raison, parce que le père étant le chef de la famille doit avoir voix prépondérante dans une opposition de sentiments entre sa femme & lui.

art. 149

Il ne se présente dans la discussion de cet article d'autre difficulté que celle-ci. La mère devenue veuve étant passée à de secondes noces, les enfants du premier lit, étant encore mineurs, peuvent-ils se marier sans son consentement, pourvu qu'ils le requièrent respectueusement? C'était là une question très controversée parmi les auteurs, & il faut convenir que l'édit de 1556, qui est la première loi qui a requis en France le consentement du père & mère aux mariages de leurs enfants, est conçu de manière à donner lieu à cette controverse: l'article dernier de cet édit oblige les enfants d'entamer remariée qui a requis leur avis & conseil, sans attendre leur consentement, soit que les fils aient passé l'âge de 30 ans, et les filles celui de 25 ans, ou qu'ils soient au dessous de cet âge. Liv. 1er de registre de cette cour, parl. de Paris, porte "pourvu qu'elles (les femmes) ne se remarient, & en ce cas les enfants ne seront tenus attendre le Vouloir & consentement de leurs mères, Mais seulement leur requérir de leur avis & Conseil." ce

Antonius Conscius, professeur de Droit à Bourges, qui a fait un savant commentaire sur l'édit de 1556, a cru que quand la mère est passée à un second mariage, ses enfans à quelque âge qu'ils soient, n'étaient pas obligés d'obtenir son consentement, & qu'il suffisait seulement de requérir leur avis & conseil, tout comme s'ils avaient passé 30 ans ou 25 ans, selon la différence du sexe, que l'édit de 1556 l'avait ainsi ordonné, & c'est ainsi que mr. Leprestre, ~~art~~ Centurie 1ère, chap. 53, & Ricard des Donations, part. 3, n° 703, ont aussi expliqué l'édit de 1556.

Depuis fut rendue la déclaration du mois de novembre 1639, qui ne permet qu'aux fils agé de 30 ans, & aux filles agées de 25 ans, de requérir le consentement de leur père & mère; les enfans qui n'étaient point parvenus à cet âge ne pouvaient donc pas se marier sans leur consentement, & la généralité de ses expressions comprend les mères remariées, comme celles qui ne le sont point. Malgré cela, les Auteurs ont été partagés sur cette question; Graverol sur mr. Larroche Verbo mariage, art. 36, Decornis, tom. 1er, Cent. 5, chap. 18, Serres en ses institutes au droit français, pag. 31, sont de ce dernier avis. mais Boutaric en ses institutes & Rousseau de Lacombe en son Recueil de jurisp. sous le mot exhérédation, Sect. 2, n° 15, soutiennent que le fils ou la fille de famille n'a besoin que de requérir le consentement de sa mère remariée, sans être obligé de l'attendre.

Notre code ne prononce pas sur cette question d'une façon particulière, mais il la décide implicitement par cela même qu'il défend aux enfans agés de moins de 25 ans, ou de 21 ans suivant la différence des sexes, de se marier sans le consentement de leur père et mère, & sans distinguer la femme remariée de celle qui ne l'est point: la condition de l'une & de l'autre est donc la même aux yeux de la loi, & il faut convenir que quoique la femme remariée ne doive pas s'attendre de la part de ses enfans au même degré d'affection que si elle n'eût pas contracté un nouvel engagement, cependant l'honnêteté publique & le respect envers leur mère, dont rien ne saurait les dispenser, leur commande d'attendre son consentement pour l'acte le plus important de la vie, qui est le mariage.

art. 150.

Ce n'est qu'en défaut des pères & des mères que la loi fait un devoir aux enfans d'obtenir le consentement des ayeuls & ayeules: ceux-ci remplacent les pères & mères, & l'ayeul en cas de dissentiment avec

l'ayeulle jouit du même avantage dont jouit le père vis à vis de sa femme dans le même cas; mais si les ayeuls ont une opinion différente dans les deux lignes, que la paternelle, par exemple, veuille accorder le consentement. Refusé par la ligne maternelle, ce partage emportera consentement; c'est-à-dire, que sans donner la préférence à l'opinion de l'une de ces lignes sur l'autre, elles seront censées avoir l'une & l'autre consenti au mariage.

(9) art. 151. (arrêt de Reg. du parl. de paris du 27 août 1692, rapp. par brillon, dict. des arrêts verb. mariage, pag. 320, n.° 182.

Cet article suppose que les pères ou mères, & à leur défaut les ayeul & ayeule ne veulent pas donner leur consentement au mariage de leurs enfans ou petits-enfans; dans ce cas, comme ces enfans, déja parvenus à un âge où la raison s'est faite entendre, ne doivent pas être les dupes du caprice ou de l'insouciance de leurs parents, la loi a voulu y suppléer par les formalités qu'indique notre article. elle concilie par ce moyen les égards que doivent tous les enfans aux auteurs de leurs jours, avec les droits de la nature qui tiennent en quelque sorte à ceux de la société.

Déja depuis longtems on tenait en france que les mariages des enfans de famille ne pouvaient être valablement contractés qu'autant qu'ils étaient précédés du consentement de leurs pères & mère, mais les ord.ces qui en avaient prescrit la nécessité, avaient porté l'âge auquel il est permis aux enfans de faire des sommations respectueuses, à une époque plus reculée, les garçons ne pouvaient les faire qu'à l'âge de 30 ans accomplis, & les filles ou veuves ~~qu~~ à l'âge de 25 ans aussi accomplis; si, au préjudice de cette prohibition, les enfans de famille se permettaient de contracter mariage sans le consentement de ceux de qui ils devaient l'obtenir, il fallait, avant de prononcer sur son sort, distinguer ceux qui étaient contractés en minorité d'avec ceux qui ne l'étaient qu'après la majorité accomplie.

Vous devez savoir qu'avant le nouvel ordre des choses, il n'y avait point une majorité particulière pour le mariage, & qu'elle était fixée, indistinctement dans tous les cas, à l'âge de 25 ans. Lors donc qu'un garçon mineur de 25 ans, lorsqu'une fille ou une veuve qui n'avait pas encore atteint cet âge, se permettait de contracter mariage sans avoir obtenu le consentement de leurs père & mère, & à leur défaut celui de leurs ayeuls, ceux-ci pouvaient en demander la cassation, & nos livres sont remplis d'arrêts qui l'ont prononcée en pareille circonstance.

Lorsque au contraire qu'un enfant, soit garçon, soit fille contractait mariage sans le consentement requis dans l'intervalle de l'âge de 25 ans à celui de 30 ans, le père, la mère ou l'ayeul n'obtenaient guères la cassation d'un tel mariage, qu'autant

qu'il se rencontrait quelques circonstances qui pouvaient faire présumer qu'on avait employé du dol, de l'artifice & de la séduction envers eux pour les engager à se contracter. mais la loi les autorisait à exhéréder leurs enfans, à cause du mépris qu'ils avaient fait de leur autorité. l'édit de 1556, la déclaration du mois de 9bre 1639 & l'édit du mois de mars 1697, y sont formels. Les cours prononçaient sur cette question en conformité à ces lois. on peut en juger par les arrêts que l'on trouve dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 1, chap. 37, & tom. 5, liv. 6, chap. 25 dans Bardet, tom. 2, liv. 3, chap. 12.

cette peine, (celle de l'exhérédation,) pourrait-elle être prononcée encore contre une fille ou veuve qui, avant 25 ans & après 21 an, aurait contracté mariage, & contre un garçon qui se serait marié entre l'âge de 25 ~~ans~~ & celui de 30, sans avoir demandé & obtenu ce consentement?

Les auteurs des pandectes françaises ont pensé qu'elles pourraient l'être: nous sommes bien éloignés de partager cette opinion: car si la loi eût voulu que les contractans encourussent quelque peine en cette occurrence, elle s'en serait sûrement expliquée: à la vérité il semble d'abord que la contravention à la loi sur ce point, ne devrait pas rester impunie. mais comme elle a pris de sages précautions pour l'empêcher, au moyen des peines qu'elle a prononcées contre les officiers de l'état civil, elle a pensé que la sévérité dont elle a usé à l'égard de ceux-ci, serait un obstacle insurmontable à ce que ce cas pût se présenter, & voilà pourquoi elle n'a décerné aucune peine contre ceux qui auraient négligé de remplir ce devoir. [~~telle est~~ l'opinion de maleville, dans son analyse raisonnée du code, pag. 174 est conforme]

art. 152.

après avoir déclaré dans l'article précédent que les enfans âgés de plus de 25 ans, ou de 21 an au moins, suivant la différence des sexes, ne pouvaient contracter mariage, sur le refus des père, mère, ou ayeul de leur accorder leur consentement, qu'après l'avoir demandé par un acte respectueux & formel, le code prescrit dans celui-ci la nécessité de renouveller cette même demande deux autres fois de mois en mois. mais il n'exige ce renouvellement que pour les garçons qui se trouvent placés ~~entre~~ cette époque entre l'âge de 25 ans & celui de 30, & pour les filles ou veuves qui âgées de 21 an, n'ont pas encore atteint l'âge de 25 ans. Cette formalité remplie, il est permis aux enfans qui ont l'âge dont nous venons de parler, de passer outre à la célébration du mariage, non obstant le défaut de consentement, pourvu néanmoins qu'ils laissent s'écouler encore un mois depuis le dernier acte qui est le troisième.

Le motif de la loi a été pris de ce que les enfans de cet âge n'étant pas encore parvenus à ce degré de maturité qu'ils peuvent acquérir par la suite, ont plus de tems pour réfléchir sur le mérite des motifs qui engagent leurs ascendans à ne pas consentir au mariage : sans doute il est possible qu'il se trouve des parents qui dans leur refus, ne suivent que les mouvemens de leur caprice ou d'une aveugle volonté ; mais on doit croire que le plus grand nombre ne se décident à refuser ce consentement que pour des raisons probablement légitimes : les pères savent mieux que leurs enfans ce qui convient à leurs intérêts : leur tendresse pour eux est un guide qui les trompe difficilement, et ce n'est pas sans raison que la loi a dit deux, quis enim inveniatur affectus extraneus qui vincat paternum.

Lors donc qu'un père reconnu sage & raisonnable s'oppose au mariage de son fils : lorsqu'une bonne mère de famille fait éprouver à ses enfans son refus de consentir à leur union, nous devons penser que ce refus n'a d'autre cause que l'intérêt même des enfans. voilà pourquoi la loi a voulu qu'il s'écoulât un certain tems entre les trois sommations respectueuses dont elle prescrit la nécessité, & le mariage ; ce tems peut faire naître des réflexions utiles, mais si les ascendans persistent dans leur refus, & si de leur côté les enfans n'abandonnent pas leur dessein il faut bien que cette lutte se termine, & la loi prononce en faveur de la liberté.

art. 153.

nous venons de voir ce que doivent faire les enfans majeurs de 21 ans, mais agés de moins de 30, ou de moins de 25 ans, suivant la différence des sexes, lorsque leurs ascendans dans l'ordre déterminé par le code, refusent leur consentement. Le présent article s'occupe du refus fait par les ascendans de consentir au mariage de leurs enfans ou petits-enfans qui ont dépassé la 30me année, il décide que ceux-là n'ont besoin de faire qu'un seul acte respectueux et de laisser s'écouler un mois à dater de cet acte, après lequel délai il leur est permis de passer à la célébration du mariage. En expliquant l'article précédent nous vous avons fait sentir le motif de cette différence.

La contexture de l'article précédent nous apprend assez que quant à l'obligation de faire des actes respectueux au nombre de trois et aux époques indiquées, il y a lieu de distinguer les mâles des filles ou veuves : que celles-ci sont dispensées de faire trois actes respectueux, lorsqu'elles ont dépassé l'âge de 25 ans, quoique les mâles y demeurent assujettis

jusqu'à ce qu'ils aient complété leur 30me année. à la vérité notre article ne fait par cette précision, mais il en résulte nécessairement de la différence d'âge dont parle l'art. 172, suivant la différence des sexes, et Mr. Bigot de préameneu qui a exposé les motifs de cet article ainsi que de ceux qui ont été ajoutés au nombre de six, au titre tel qui il était conçu dans le projet, s'en est expliqué de la manière la plus formelle.

art. 154.

une sommation de cette espèce est d'une nature trop grave, trop importante pour qu'il fut permis de la faire en la forme des actes ordinaires, et par le ministère d'un huissier. il est de la majesté de la loi d'investir les pères, les mères et les ascendants d'une telle dignité que, même au moment où elle autorise en quelque sorte les enfants à contrarier la volonté de leurs parents, elle exige d'eux des marques extérieures de leur vénération et de leur respect. voilà pourquoi elle a voulu que l'acte respectueux fut signifié par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins. il doit en être dressé procès-verbal qui renferme la réponse, pour qu'on ne puisse point douter de la persévérance dans le refus, ou du changement de volonté de l'ascendant à qui l'acte est notifié. Fr. conférez de l'ord. du garde des sceaux, rapportée par bretton, rec. de arrêts, verb. mariage, pag. 320, n°. 182.

art. 155.

la condition des enfants dont le père, la mère ou autre ascendant est absent, n'était bien à plaindre si, comprélepte de cette absence, il n'était pas possible de remplir le vœu de la loi relatif au consentement. il a donc fallu y suppléer, et pour cela, justifier la cause du défaut d'apport de ce consentement. nous avons vu, en expliquant le titre des absents, que l'absence n'est réellement constatée que par le jugement qui la déclare; voilà pourquoi jusqu'alors, même après le jugement qui ordonne l'enquête prescrite en pareil cas, toutes les opérations qu'il peut y avoir lieu de faire, doivent l'être d'autorité du tribunal civil de l'arrondissement, et sur la demande des parties intéressées. delà il suit que l'enfant qui veut contracter mariage, et qui est tenu d'obtenir de rapporter le consentement exigé par la loi, doit y suppléer par la présentation du jugement déclaratif d'absence; mais comme ce jugement ne peut être obtenu qu'après cinq années à compter du jour de la disparition ou des dernières nouvelles, et qu'il est très possible que les enfants des absents veulent se marier avant l'échéance de ce délai, la loi leur a voulu les moyens d'y parvenir en attachant au jugement qui ordonne l'enquête, le même effet qu'au jugement de déclaration d'absence: elle va même plus loin, et si aucun de ces jugements n'a été encore rendu, elle y supplée par un acte de notoriété contenant la déclaration de quatre témoins

et délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant avait son dernier domicile connu.

art. 156.

C'est ici l'article que nous vous avions annoncé en parlant des peines que la loi a prononcées contre les officiers de l'état civil qui prêteraient leur ministère à des mariages dont les parties contractantes n'auraient pas justifié qu'elles avaient obtenu le consentement, ou qu'elles avaient rempli les formalités que la loi substitue à ce consentement.

L'article 192, auquel celui-ci se réfère, veut que l'officier de l'état civil soit condamné à une amende qui ne pourra excéder 300 fr. et qui il peut aussi prononcé une peine proportionnée à leur fortune, contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi; c'est partout: en cas de contravention, l'officier de l'état civil devra encore être condamné à un emprisonnement dont la durée ne pourra pas être moindre de six mois. avec de telles précautions on peut être probablement assuré que la loi sera exécutée, et voilà justement le motif qui a engagé le législateur à ne prononcer contre les parties et contre ceux de qui elles dépendent que des peines pécuniaires, au lieu de celle de l'exhérédation, dont nous venons de parler, et qui permettait aux ascendants d'infliger cette peine à leurs descendants.

art. 157.

Nous venons de voir quelles sont les peines prononcées contre l'officier de l'état civil qui, avant de remplir son ministère, n'est pas fait représenter le consentement donné aux parties contractantes, lorsqu'elles sont dans une position à devoir l'obtenir: le présent article prévoit le cas où il n'aurait point été fait d'actes respectueux quoique la nécessité en fut prescrite, et alors l'officier de l'état civil doit être condamné à la même amende de 300 fr. et à un emprisonnement qui ne pourra pas être moindre d'un mois. C'était là sans doute le moyen le plus sûr d'obtenir l'exécution de la loi; et c'est tout ce qu'on peut attendre d'un législateur sage et éclairé.

art. 158.

Lorsque les enfans nés hors de mariage ont été légalement reconnus, on ne peut plus dire d'eux naturalem genitem habent. mais ce n'est point pour cause de puissance paternelle à exercer sur ces enfans, que la loi en a dû exiger la reconnaissance, c'est pour cause de légitimation. l'exécution des articles précédens, comme s'ils étaient légitimes. Ce genre de puissance ne s'acquiert que par le mariage: celui qui est donc le lien qui les unit à leurs père et mère, celui du droit naturel, et c'en est assez pour les soumettre à la nécessité de remplir vis-à-vis d'eux les devoirs

* lorsque la loi y soumet un devoir, ou lorsqu'elle y attache quelque avantage, comme dans le cas annoncé dans cet article.

qui sont prescrits aux enfans nés dans le mariage.

on demandera peut-être pourquoi la loi n'exige point des enfans non reconnus ce qu'elle exige de ceux qui le sont: la réponse est bien simple; c'est que les enfans non reconnus n'ont à ses yeux ni père, ni mère: comment donc serait-il possible qu'on les assujettit à cette démarche?

Si les enfans nés hors du mariage ont été reconnus par leur père et leur mère, ou par l'un d'eux, la loi veut qu'ils ne puissent se marier, sans en avoir obtenu le consentement, jusques là ils sont mis vis-à-vis de ceux qui ont fait cette reconnaissance, au niveau des enfans nés dans le mariage: mais si leur père ou leur mère vient à mourir, devront-ils, comme les enfans légitimes requérir le consentement de leurs ayeuls, s'il est vivant? ils n'y sont pas obligés; nous en avons déja indiqué la raison, elle est prise de ce que ces enfans ne tiennent à leur père ou mère que par le droit naturel, tout ce qui procède du droit civil, leur est étranger, ils n'ont donc point d'ayeul, & voila pourquoi la loi s'est bornée à exiger d'eux le consentement de ceux des auteurs de leurs jours qui les ont reconnus.

L'enfant né ex nefario coitu ne peut dans aucun cas être obligé de requérir le consentement de ses père & mère pour se marier: ils n'ont dans ce monde qu'une existence phisique; ils ne tiennent à la société par aucun lien, et quand même leurs pères ou mères les auraient reconnus, ils ne pourraient retirer aucun fruit de cette reconnaissance, parce que les bâtards nés ex soluto & soluta sont les seuls qu'il soit permis de reconnaître depuis la publication du code; nous verrons ailleurs (sur le titre des successions irrégulières) ce qu'on doit penser des enfans adultérins ou incestueux qui ont été reconnus avant la publication du code, & en exécution de la loi du 12 Brumaire an 2; ce serait anticiper sur l'ordre des matières que d'en parler ici.

art. 159.

Les premiers mots de notre article s'appliquent également aux bâtards simples qui n'ont point été reconnus, & à ceux qui nés ex nefario coitu, ne peuvent point l'être. quoique des individus de cette espèce n'appartiennent en quelque sorte à personne, dans ce sens qu'ils n'ont aucuns parens, ~~qu~~ ils appartiennent à la société prise collectivement, & c'est sous ce rapport que la loi a cru devoir veiller à leur établissement, pendant leur minorité. elle a voulu qu'il leur fût nommé un ~~curateur~~ ad hoc et qu'ils obtinssent de ce ~~curateur~~ le consentement à leur mariage: les mots ad hoc font assez comprendre que si ce bâtard mineur avait déja un ~~curateur~~ pour l'administration de ses affaires,

Ce n'est pas à ce collateur qu'il faudrait s'adresser pour obtenir ce consentement, mais bien à celui qui serait spécialement choisi pour cet objet. (vid. les motifs sur la loi relative au mariage par m.r portalis, tom. 2, pag. 229. (10)

art. 160.

Les articles précédents relatifs à la nécessité d'obtenir le consentement des ascendants pour le mariage, supposent nécessairement l'existence de quelqu'un d'eux, il peut cependant arriver qu'aucun ne soit en vie, et dans ce cas il faut distinguer: ou l'enfant qui veut contracter mariage, soit garçon, soit fille ou veuve, est mineur, c'est-à-dire, âgé de moins de 21 ans, ou il a dépassé cet âge. S'il a moins de 21 an, il ne peut point se marier sans avoir obtenu le consentement du conseil de famille qui doit être composé de parents paternels & maternels, en la forme prescrite par le code pour les tutèles, & si au préjudice de cette prohibition le mineur se permettait de se marier, irrequisito consensu il n'est pas douteux que le mariage serait nul, parce que la loi est conçue en termes prohibitifs négatifs, ne pourra &c.

Si l'enfant au contraire est majeur de 21 an, il n'a besoin d'aucun consentement de la part de ses collatéraux, la loi le laisse le maître de ses actions à cet égard, sans distinguer s'il est garçon ou fille: vous devez remarquer qu'il ne s'agit ici que de la majorité proprement dite, de celle que chacun acquiert par le complément de la vingtlinième année de son âge, et non de celle que l'art. 148 de notre code fixe à 21 an pour les filles, & à 25 ans pour les mâles, quoiqu'elle soit relative au mariage; ce n'est qu'à l'égard des ascendants et par suite des sentiments de respect que leur doivent leurs descendants, que la loi a cru devoir porter la majorité à 25 ans pour les garçons; mais comme les collatéraux ne doivent pas jouir de la même faveur que les ascendants, elle a pensé qu'il suffirait que les enfans fussent parvenus à la majorité ordinaire, c'est-à-dire, à l'âge de 21 an, pour les dispenser de requérir & d'obtenir leur consentement après cet âge.

art. 161.

Dans tous les tems & chez tous les peuples, le mariage en ligne directe a été prohibé à l'infini, une union de cette espèce a été regardée comme criminelle; il y en a plusieurs textes dans le droit romain, qui n'a fait en cela que confirmer un principe qui est dans la loi naturelle: il en est de même des alliés dans la même ligne, quoique l'affinité ou alliance n'ait par elle-même ni ligne, ni degré, mais comme elle les imite,

on doit en porter le même jugement; au surplus l'alliance ou l'affinité est cette espèce de lien, cette sorte de parenté qui se forme par le mariage entre un des conjoints & les parents de l'autre. on dit par le mariage, car une union illégitime ne saurait produire aucune affinité, du moins aux termes du droit civil.

on pourrait à très peu de frais faire sur cette matière des dissertations curieuses, mais nous dépasserions les bornes que notre devoir nous a prescrites, & nous devons nous renfermer dans cette cercle des discussions auxquelles peut donner lieu le texte de la loi. — Après avoir déclaré que le mariage est prohibé entre tous les ascendans et descendans légitimes, le texte ajoute ces mots, & naturels. ce qui veut dire que l'empêchement subsiste à l'égard des enfans nés hors du mariage, tout aussi bien qu'à l'égard des enfans légitimes. on aurait pû d'abord penser le contraire, sous prétexte que les bâtards même reconnus, ne tiennent aux auteurs de leurs jours que par un lien purement naturel, & qu'ils n'ont par conséquent point d'ayeuls. mais comme l'empêchement est de droit naturel et que cette espèce de droit existe tout aussi parfaitement entre l'enfant né hors du mariage & le père de son père qu'il peut exister entre l'ayeul & le petit-fils légitime, il s'ensuit que le mariage est prohibé entre eux, tout aussi bien dans l'un que dans l'autre cas.

art. 162.

Le droit romain en sa loi 14, §. 2, & dans la loi 39, ff. de ritu nupt. renferme la même prohibition. mais dans les tems antérieurs, on avait fort varié sur la fixation du degré de parenté dans lequel on devait se trouver placé pour pouvoir contracter mariage; quoi qu'il en soit des variations qui ont eu lieu sur cette matière, il nous suffira de remarquer que le mariage est permis en france entre personnes qui se trouvent dans des degrés de parenté plus éloignés que celui de frère & de soeur, & d'alliés au même degré. d'où vous devez conclure que les cousins germains, & à plus forte raison les enfans de cousins germains ne peuvent éprouver aucun obstacle à le contracter.

art. 163.

rien n'est plus clair que ce texte, dont les bases se trouvent dans la loi 39, ff. de ritu nupt. mais ne peut-on pas dire que la prohibition de ce mariage se trouvant ainsi bornée en ligne collatérale à celui que voudraient contracter l'oncle & la nièce, la tante & le neveu, cette prohibition ne doit pas s'étendre au mariage du grand oncle avec la petite nièce, ou à celui de la grand tante avec le petit neveu.

Si l'on consulte le Droit romain sur cette question, on Doit dire Avec la loi 53, ff. de ritu nupt. que le mariage étant prohibé à l'infini entre les parens dont les uns offrent l'image des Ascendans, et les autres celle des descendans, il n'est pas plus permis au grand oncle d'épouser sa petite nièce, ou à la grand tante d'épouser son petit-neveu, qu'il n'est permis au neveu d'épouser sa tante, ou à l'oncle d'épouser sa nièce; inter eos qui referunt speciem parentum & liberorum nuptiae prohibentur in infinitum. ..... non possunt igitur ducere filiam fratris, neque neptem, neque proneptem, & sic deinceps, in infinitum. cette question présentait des difficultés dans ce sens, que les prohibitions étant restrictives du droit commun, doivent être resserrées dans les cas précis pour lesquelles elles ont été faites, que le code ne parlant dans le présent article, que des personnes qui y sont nominativement désignées, on ne doit pas en étendre les dispoons à d'autres personnes; que si le législateur qui, sans doute, connaissait le Droit romain sur ce point, eût voulu l'adopter, il s'en serait expliqué en des termes qui auraient énoncé la généralité de ses vues, comme il l'a fait, lorsqu'il s'est occupé de la prohibition du mariage dans la ligne directe; que là il a dit que le mariage était prohibé entre tous les ascendans et descendans; que l'expression tous est désignative de tous les degrés dans cette ligne; au lieu qu'ici il s'est contenté de désigner d'une manière limitative l'oncle & la nièce, la tante & le neveu, d'où l'on peut conclure qu'il n'a pas voulu étendre la prohibition au delà de ce degré de parenté.

il faut convenir que ces raisons sont bien pressantes, cependant on ne peut pas se dissimuler que le motif que donne la loi Romaine de sa décision sur ce point est puisé dans une si Rome morale qu'il n'est pas fort possible de s'en écarter, lorsqu'on veut conserver les mœurs qui ont sur le gouvernement une si précieuse influence.

La reflexion que nous venons de faire, a été consacrée par une décision de sa m. l'empereur portée à Bayonne, le 7 mai 1808, après que le conseil d'état eût délibéré sur la question dans une séance du 23 avril précédent, sur le rapport du ministre de la justice; ainsi le mariage entre le grand oncle & la petite-nièce ne peut avoir lieu qu'en conséquence des dispenses accordées conformément à ce qui est prescrit par l'art. 169 du code.

C'est par le mariage que se forme la parenté civile, ce genre de parenté ne peut donc exister qu'à la suite d'un

Mariage légitimement contracté, mais il est encore une parenté qu'on appelle naturelle, parcequ'elle n'a son ppe que dans la nature, & qu'elle résulte d'une conjonction illégitime : celle-ci produit-elle une affinité qui soit un obstacle au mariage entre l'oncle & la nièce naturelle ? il paraît que ce n'a point été là l'intention du législateur, pour s'en convaincre, il suffit de remarquer que lorsqu'il a prohibé les mariages entre les ascendans & descendans en ligne directe, tout comme lorsqu'il les a défendus entre le frère & la sœur légitimes ou naturels, il a ajouté ces mots et alliés dans la même ligne & les alliés au même degré, d'où il résulte que dans le cas des art. 161 & 162 l'affinité naturelle produit le même obstacle que l'affinité civile.

mais on ne trouve point la même dispoon dans l'art. 163 : celui-ci parle taxativement de l'oncle & de la nièce, de la tante & du neveu, il ne fait aucune mention des alliés au même degré ; il n'a donc pas eu l'intention de les comprendre dans la prohibition. remarquez encore que dans l'article suivant, l'empereur se réserve la faculté de lever les prohibitions de mariage portées en notre article mais il ne le fait point dans le cas de l'art. 162, ce qui nous mène à cette conséquence qu'on ne regarde pas l'affinité dans ce degré de parenté, sous le même point de vue que celle produite dans le degré dont parle l'art. 162.

art. 164.

mr maynard, liv. 9, chap. 56, rapporte un arrêt qui a jugé la question conformément à ce que porte cet article. au surplus la possession où était depuis longtems la cour de rome d'accorder des dispenses de mariage entre des individus unis par les liens du sang, jusqu'à certains degrés, a pû faire croire à des personnes peu instruites que l'autorité civile avait usurpé sur l'autorité ecclésiastique, en se réservant la faculté de lever les prohibitions portées par la loi en matière de mariages. mais c'est là une erreur, & il est prouvé au contraire que jusques vers le 12me siècle les princes avaient, chacun dans leurs états, constamment joui du droit d'accorder des dispenses, en fait de mariages pour cause de parenté. on ne peut point contester aux princes le droit de faire des lois qui doivent être exécutées dans toute l'étendue de leurs domination. mais si ce pouvoir ne saurait leur être contesté, comment pourrait-on leur contester celui d'accorder des dispenses d'exécution de ces mêmes lois ? l'un est nécessairement la dépendance de l'autre. on trouve dans divers endroits des pandectes françaises de très savantes dissertations sur cette question, & notamment dans le commentaire de l'article qui prohibe le mariage entre le frère & la sœur légitimes ou naturels —

et les alliés au même dégré. il nous suffit de vous y renvoyer si vous désirez de connaître plusieurs traits d'histoire relatifs à cet objet; vous pouvez voir encore le rapport concernant les dispenses & les formes du mariage, fait à l'assemblée constituante par mr Durand de maillache au nom des comités ecclésiastiques & de constitution.

chapitre 2.

Des formalités relatives à la célébration du mariage.

(6) art. 165.

L'officier de l'état civil remplit aujourd'hui les mêmes fonctions que remplissaient les curés, d'après les anciennes ordces, & tout comme le mariage n'était valable alors qu'autant qu'il avait été fait par l'un des propres curés des parties, de même aujourd'hui, le mariage ne peut être célébré que par devant l'officier civil de l'une d'elles. l'article dit publiquement, d'où nous sommes autorisés à conclure que on ne peut point célébrer le mariage dans la demeure de l'une des parties contractantes. s'il en était autrement cet acte qui est le plus solemnel de la vie, manquerait du caractère le plus essentiel, celui de la publicité, que la loi a voulu y attacher.

on peut demander si en exigeant que le mariage fut célébré par l'officier civil du domicile de l'une des parties, le nouveau code a entendu conserver la dispoon des anciennes ordces qui donnaient aux curés la faculté de déléguer quelqu'autre prêtre à leur place; il paraît que non. & comme ce n'était qu'à titre d'exception au droit commun que les ordces avaient donné ce pouvoir aux curés, il suffit que la nouvelle loi ait gardé le silence là dessus pour penser qu'il n'en pourrait pas être de même aujourd'hui.

on peut demander encore quel doit être le sort d'un mariage qui serait célébré, lorsqu'il n'y a point d'ailleurs d'empêchement légitime, partout autre que l'officier civil désigné par la loi; ce mariage serait-il nul? ce cas a été prévu par la déclaration du 15 juin 1697. elle ordonna aux procureurs generaux près les cours & autres officiers, d'enjoindre à ceux qui auraient contracté de pareils mariages, de se retirer par devers les archevêques ou évêques pour les réhabiliter: faute par les parties de ce faire, la loi dont nous parlons les déclara incapables de

produire aucuns effets civils, elle déclara aussi incapables de toutes succession directe ou collatérale les enfans qui pourraient en provenir.

ces diverses peines sont, comme vous le voyez, toute autre chose qu'une déclaration de nullité. le mariage subsistait, à la vérité comme sacrement, mais il ne subsistait pas comme lien civil, puisqu'il n'en produisait aucun effet: aujourd'hui que les mariages ne sont considérés dans l'état, que sous ce dernier rapport, il semble qu'on puisse dire qu'il y aurait nullité dans le cas proposé, cependant comme l'article n'est pas conçu en termes prohibitifs négatifs, & qu'il est de ppe qu'on ne doit admettre de nullité, qu'autant que la loi le commande expressément, nous pensons qu'un pareil mariage ne serait pas nul.

art. 166, 167 & 168.

Le premier de ces trois articles, non plus que le second, ne présentent aucune difficulté, & ne fournissent matière à aucune discussion, mais il n'en est pas ainsi du 3me: celui-ci veut que les publications soient faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels se trouvent les parties contractantes, si elles sont encore, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui.

nous avons vu en expliquant les articles précédents, que les garçons, quoique majeurs de 21 an, étaient jusqu'à la 25me année accomplie, sous la puissance de leurs père, mère ou ayeuls, relativement au mariage, puisqu'ils ne peuvent pas contracter ce lien sans leur consentement; mais comme ils sont les maîtres de prendre tel domicile qu'ils jugeront à propos, dès qu'ils sont parvenus à leur majorité, & que cette majorité est fixée par le droit commun à 21 an, il est très possible qu'ils aient, lorsqu'ils veulent se marier, un domicile autre que celui de leurs père, mère, ou autres ascendans. Dans ce cas, la publication doit être faite, non seulement dans le lieu de leur domicile, mais elle doit l'être encore dans celui des père, mère, & autres ascendans.

Doit-il en être de même, lorsque l'enfant a dépassé l'âge de 21 ou de 25 ans, suivant la différence du sexe? sa majorité relative au mariage n'était-elle pas pour lui un titre d'affranchissement de cette obligaon? Les auteurs ont cru qu'à quelque âge que soient parvenus les enfans, la publication de leurs mariages doit être

être faite dans le lieu du domicile de leurs ascendans sous prétexte qu'ils sont tenus de requérir leur consentement.

mais ~~que~~ c'est là une erreur qui a son ppe dans la confusion qu'ils ont faite de ce qui n'appartient qu'à l'honnêteté publique, sau respect que les enfans doivent à leurs ascendans, avec l'habilitation au mariage. les enfans ne sont réellement sous la puissance d'autrui, relativement au mariage, que lorsque ceux dont ils doivent obtenir le consentement, peuvent par leur refus de le donner, empêcher qu'ils le contractent. comme ce refus ne peut avoir légalement lieu qu'à l'égard des personnes du sexe qui ont moins de 21 an, ou à l'égard des mâles qui en ont moins de 25, donc il n'est pas vrai que l'existence des pères, mère ou autres ascendans suffisent pour obliger les enfans, à quelque âge qu'ils soient parvenus, à faire faire les publicaons dans le lieu de leur domicile. ce que commande le respect & l'honnêteté publique, ce qui n'est que déférence, n'est point du tout constitutif de puissance en faveur des ascendans. & comme la loi n'a exigé la publicaon du mariage, qu'à la municipalité du lieu du domicile de ceux sous la puissance desquels les contractans peuvent se trouver, il est clair que cette formalité n'est point nécessaire, lorsque les contractans sont parvenus à un âge auquel leurs parents ne peuvent pas les empêcher de se marier, quoique la loi leur fasse un devoir de requérir leur consentement. en un mot dès que les enfans peuvent contracter mariage contre le gré de leurs parents, on ne peut pas dire, sans choquer les termes de l'article, qu'ils sont en leur puissance.

art. 169.

Suivant le droit commun deux publicaons doivent précéder le mariage, aux termes de l'art. 63 du code au titre des actes de l'état civil. cependant il est des circonstances qui commandent l'abréviation des délais qu'entraîne une double publicaon. l'empereur a pensé qu'il pouvait dans ce cas s'en remettre à la prudence de son procureur près le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel le mariage doit être célébré.

il lui a à cet effet délégué tout son pouvoir, & c'est au monde l'empereur qu'il accorde ou qu'il refuse la dispense de la seconde publication. on dit la seconde, parceque dans aucun cas, on ne peut obtenir la dispense de la première.

mais il ne faut pas confondre la dispense relative à la seconde publication, avec celle que peuvent demander les parties dans deux autres cas, celui où l'on désirerait se marier avant l'âge déterminé par la loi, et celui où l'on se proposerait d'épouser un parent au degré prohibé dans ces deux cas l'empereur a voulu se réserver de prononcer lui-même sur la dispense demandée, & il a prescrit dans un arrêté du 20 prairial an 11, inséré au Bulletin des Lois, la manière dont il devait être procédé en pareil cas; ce que vous devez remarquer, c'est que cet arrêté désigne le présent article comme le 163me du code, quoiqu'il soit maintenant le 169me, parceque il est antérieur à l'émission des six articles insérés dans le chapitre 1er de celui-ci, qui n'ont été décrétés que le 21 ventose an 12, & qui forment aujourd'hui les art. 152 & suivans jusques & inclus l'art. 157 du code.

art. 170.

vous savez déjà que tout ce qui tient à la capacité de la personne se suit partout: vous savez aussi que c'est le lieu du contrat qui en règle toutes les formalités intrinsèques: nous vous avons fait connaître ces distinctions en vous expliquant l'art. 2 du code. cela posé, rien n'est plus facile que d'entendre le présent article: si un français veut se marier en pays étranger avant d'avoir accompli sa 18me année, il ne pourra point, parceque la loi française ne le lui permet qu'autant qu'il est parvenu à cet âge, à moins qu'il n'en obtienne une dispense de l'empereur; supposons encore qu'il veuille se marier avant l'âge de 25 ans, il ne pourra le faire qu'autant qu'il en aura obtenu le consentement de son père ou autre ascendant. et s'il se permettait de contracter mariage sans l'avoir obtenu, ce mariage serait nul, comme fait au préjudice des dispositions prohibitives renfermées dans l'art. 148, supposons enfin que le mariage contracté par un français en pays étranger, n'ait point été précédé de publications prescrites par l'art. 63 du code, ce mariage sera nul, puisque notre article attache à sa validité l'obligation de remplir cette formalité.

en était-il de même avant le nouveau code, d'un français résidant pour y travailler la profession, dans un pays où le consentement des ascendans n'est pas nécessaire pour le mariage de leurs descendans, pouvait-il s'y marier

sans avoir obtenu le consentement de son père résidant en france? Cette question se présenta au parl. de toulouse, & il fut jugé, le 10 avril 1788, en la grand'chambre, mr jamme professeur & directeur de la faculté de droit, portait la parole dans cette cause pour la Delle Vinchézy, & mr fauré défendit les srs grimes père & fils. En voici l'espèce: le sr Grimes fils encore mineur était depuis 7 ans à carrade en italie pour y apprendre le métier de sculpteur en marbre: il y épousa la Delle vinchézy, sans obtenir le consentement du sr grimes son père; quelque tems après, il repassa en france où sa femme vint le réclamer comme son légitime époux; alors le sr grimes père appella comme d'abus du mariage de son fils, & il prit son moyen de ce qu'il n'avait pas été requis d'y donner son consentement.

on lui répondit que le contrat avait été passé dans toutes les formes requises pour la validité du mariage à carrade, qu'aux termes du concile de trente, le consentement des pères n'était point requis en italie pour la validité du mariage des enfans de famille même mineurs. l'arrêt qui fut rendu sur cette contestation déclara n'y avoir point d'abus, à l'avis de 5 juges contre 5; le parl. de provence en avait rendu un semblable qu'on trouve dans boniface, tom. 1er, liv. 5, tit. 3, chap. 3. Celui de paris rapporté au journal des audiences, tom. 1er, liv. 1er, chap. 24, avait aussi jugé la question de la même manière. —

cependant mr Serres, dans ses institutes au droit français sur le titre de nuptiis, pag. 23, fait mention d'un arrêt du parl. de paris de l'année 1716, rapporté par d'héricourt en ses lois ecclésiastiques, part. 3, chap. 5, art. 2, n° 74, qu'il dit avoir changé la jurisp. sur cette question, & qu'on juge maintenant que de tels mariages sont nuls & abusifs: ce qu'il y a de bien vrai c'est qu'il n'est pas douteux qu'un tel mariage serait nul aujourd'hui, puisque notre article ne déclare valable le mariage contracté par un français en pays étranger, qu'autant qu'on aura rempli les trois conditions qu'il exige. la première, qu'il ait été célébré dans les formes usitées dans le pays, la seconde qu'il ait été fait les deux publications prescrites par l'art. 63 du code, & la 3me que le français n'ait pas contrevenu aux dispositions du chapitre précédent; parmi lesquelles dispositions se trouve la nécessité d'obtenir le consentement du père, ou des

Autres ascendans en Défaut Du père. nous Verrons Dans l'explication De l'art. 193 ce qu'on Doit penser du second de ces trois moyens de nullité.

art. 171.

Par la manière Dont cet article est conçu, il n'est Pas douteux que la transcription qu'il ordonne ne Doive être faite, & le motif en est très sage, puisqu'il tend à rendre plus faciles les preuves de l'état des citoyens: cependant il ne faut pas croire que l'omission de cette transcription puisse influer sur le sort Du mariage; il ne sera pas moins valable s'il est d'ailleurs revêtu De toutes les formalités requises par la loi. c'est un simple acte De prévoyance, Dont l'omission n'opère point De nullité.

Chapitre 3.

Des oppositions au mariage.

art. 172.

il a existé Des hommes qui, quoique engagés Dans les liens Du mariage, en ont contracté un nouveau: nos livres sont remplis d'arrêts qui ont eu à prononcer sur Des contestations de ce Genre, & jamais on n'a imaginé D'opposer à l'épouse abandonnée, une fin De non-valoir prise Du défaut de qualité. mais la loi ne parle ici, pour l'autoriser à former oppoon, que De l'individu déja engagé Dans le mariage, on est Donc autorisé à Demander s'il Doit en être De même De celui Qui n'a D'autre titre qu'une promesse. La Réponse n'est Pas difficile Le porteur d'une simple promesse De mariage, ne saurait obtenir le le mêmes Avantage que l'époux; la voie de l'oppoon ne lui est point Ouverte: tout ce qu'il peut faire, c'est d'intenter contre celui qui lui a fourni la promesse, une action en Dommages-intérêts, sans que pour cela il soit en son pouvoir De Porter obstacle à la conclusion Du mariage projetté avec une autre personne.

mais vous Devez Remarquer Que cette action en Dommages Et intérêts ne Doit avoir pour Base, lorsqu'il n'y a point De stipulation particulière à cet égard, que la réparation Du dommage Causé par l'inexécution De la promesse, & qu'elle ne peut pas être fondée sur la soustraction du bénéfice qui Aurait pû En Résulter.

Supposons que n'y ayant point eu De stipulation De Dédit l'une des parties, après la dresse du contrat, pour Rompre le mariage projetté, se contentât d'alléguer une incompatibilité D'humeur, ou un simple changement De volonté, cette allégation pourrait-elle servir De base à une action en Dommages-intérêts? celui Des Contractans qui Aurait refusé, ~~ou requis d'être~~ pourrait-il être Condamné à toute Autre chose qu'à la condamnation du dommage

Causé par son refus? La grand'chambre du parl. de toulouse Dit à prononcer sur cette question le 17 février 1767, dans la cause de la Delle d'arexy & du Sr gaillard. par cet arrêt, le Sr gaillard fut débouté de l'appel qu'il avait relevé d'un appointement du sénéchal de toulouse, le grief pris de ce qu'il ne lui avait été accordé des dommages que sur l'état qu'il en fournirait.

Le Sr gaillard prétendait qu'il lui était dû des dommages pour cause d'inexécution de ses articles de mariage qui étaient avoués par la Delle d'arexy: de son côté, cette Delle prétendait faire autoriser la consignation qu'elle fit faire d'autorité de la cour, des bijoux & des présens qu'elle avait reçus: mais la consignation fut cassée comme insuffisante: s'il est vrai que la plus entière liberté doive présider au mariage, il est également juste que celle des parties qui offre de l'accomplir, ne soit pas la dupe du changement de volonté, dont il serait souvent difficile de d'assigner une cause raisonnable; si elle ne doit pas gagner, du moins ne doit-elle point perdre, & néanmoins elle éprouverait une perte réelle, si on ne lui remboursait pas toutes les dépenses auxquelles a donné lieu le projet de mariage. si

Si le porteur d'une promesse de mariage, au lieu de se pourvoir en justice pour y demander le payement des dommages qui peuvent résulter de son inexécution, prend la voie de l'oppoon ~~plus~~ mariage projetté par son fiancé, il doit être démis de son oppoon. Cette voie lui étant interdite par cela même que la loi n'en donne l'exercice qu'à celui qui est déjà engagé dans les liens du mariage, & à ceux dont elle fait l'énumération dans les articles suivans, & dans les cas qui y sont désignés.

Au reste, lorsque nous disons que la promesse de mariage peut donner lieu à une action en dommages contre celui qui refuse de l'accomplir, lorsqu'il y est assujetti, nous supposons qu'elle a été consentie par une personne à laquelle on ne peut opposer aucune incapacité de contracter un pareil engagement. si par exemple, il n'avait pas l'âge requis par la loi, ou s'il était mineur relativement au mariage, & qu'il eût fourni cette promesse sans avoir obtenu le consentement de ses ascendans: dans ce cas son engagement étant nul, il est sensible qu'il ne saurait servir de base à aucune action utile.

Art. 173.

Ce n'était pas assez que d'avoir prononcé la nullité des mariages contractés par des enfans mineurs de 21 ou de 25 ans suivant la différence des sexes, sans avoir obtenu le consentement

de leurs ascendants, la loi a voulu encore que ceux-ci dans l'ordre qu'elle a déterminé, pussent former opposition au mariage de leurs enfans et descendants, encore qu'ils eussent dépassé l'âge de 25 ans. - nous l'avons déjà dit, les pères et autres ascendants savent bien mieux que les enfants eux-mêmes ce qui leur convient pour leur bonheur, savent ce que pour eux ne leur permet guères de s'égarer dans les choix qu'ils doivent faire pour leur future. Une compagne d'enfance à partager pendant tout le cours de la vie, des plaisirs et des peines dont le désir s'accroît avec l'âge, ont produit souvent des meilleurs effets sur les enfants que d'ailleurs nés sans vices, se laissent quelquefois aller à l'impulsion des mauvaises compagnies, que à la fougue de leur âge, à l'inexpérience, la réflexion les ramène, et souvent les parens n'ont fait souvent entendre aux fond de leur cœur, pour les détourner d'un projet d'établissement dont ils étaient hors état de connaître les funestes conséquences. tel est le motif qui a porté la loi à autoriser les ascendans à former opposition au mariage de leurs descendants, lors même que ceux-ci sont âgés de plus de 25 ans.

Il suffira vous devez remarquer qu'il résulte de la contexture de notre article que pendant l'existence du père, les autres ascendans, même la mère n'ont pas qualité pour former opposition au mariage de leurs enfants ou autres descendans: cette action appartient exclusivement au père, ce n'est qu'à son défaut qu'elle appartient à la mère, tout comme ce n'est qu'au défaut de la mère que le droit de former passe sur la tête des aïeuls et aïeules, en sorte que s'ils formaient malgré le silence du père, rien n'empêcherait qu'il ne fut passé outre à la célébration du mariage, lorsque les autres formalités requises pour sa validité, ont été d'ailleurs observées.

art. 174.

Les collatéraux ne doivent pas jouir du même avantage que les ascendans en matière d'opposition au mariage de quelque individu de la famille, l'affection qu'ils lui portent peut bien être bien prononcée, mais elle ne saurait être comparée à celle des père et autres ascendans. qui sait si un intérêt opposé ne leur fait pas voir sous un faux jour ce qui est véritablement avantageux pour leur parent. il est même dans l'ordre des choses possibles que des motifs d'intérêt ne soient pas étrangers à des démarches qui tendent à empêcher un mariage. voilà pourquoi il est défendu aux collatéraux, même les plus proches, et à plus forte raison à ceux qui sont placés dans les degrés les plus éloignés de former opposition au mariage, excepté dans les deux cas prévus par notre article.

mais s'il n'y a point de parents ou de degré de parenté

de sœur, d'oncle ou de tante, ou de cousin-germain, ceux qui se trouvent dans les dégrés plus éloignés peuvent-ils former opposon au mariage, dans les deux cas où cette opposon est permise aux autres? nous ne pensons pas que cette faculté doive leur être interdite, & nous nous fondons sur ce qu'ils occupent la place des parents les plus proches. & puisque l'art. 160 pour la formation du conseil de famille n'exclud point les parents qui se trouvent à un dégré inférieur à ceux énoncés dans l'art. 174, il faut bien qu'en l'absence des autres ils ayent qualité pour former opposon au mariage, dès qu'ils en ont pour refuser leur consentement dans le conseil de famille.

Au reste, il nous paraît qu'on doit observer à l'égard des collatéraux, quant à la faculté de former opposon au mariage, le même ordre que prescrit la loi à l'égard des ascendants, c'est-à-dire, que les parents en dégré plus éloigné ne peuvent point former cette action, lorsqu'il existe des parents plus proches qui gardent le silence.

art. 175.

quoique le tuteur ou le curateur représentent en quelque sorte l'ascendant du mineur, il ne doit cependant pas jouir des mêmes droits; voilà pourquoi l'opposon qu'ils pourraient former au mariage des mineurs, n'est valable, qu'autant qu'il y a été autorisé par le conseil de famille: notre article a érigé en loi ce qui n'était autrefois qu'un usage; l'ord.ce de Blois déclarait non valablement contractés tous les mariages des mineurs non précédés du consentem.t des ascendans du mineur, ou de leur tuteur ou curateur, & ceux-ci ne l'accordaient jamais qu'après avoir pris l'avis des parents assemblés: aujourd'hui la loi leur en fait un devoir, & s'ils négligeaient l'autorisation du conseil de famille dans leur démarche, elle serait comme non avenue.

art. 176.

La loi a encore distingué ici les opposons formées au mariage par les ascendans d'avec celles formées par tous autres qu'eux. celles faites à la requête des premiers sont dispensées de renfermer les motifs sur lesquels l'opposon est basée, celles au contraire qui sont formées par tous autres doivent contenir les motifs à peine de nullité. il est aisé de sentir la raison de cette distinction: les ascendans sont en présomption de n'agir que pour le plus grand intérêt des enfans ou descendans; mais la loi ne supposant pas le même dégré d'affection aux collatéraux, ni même au tuteur, ou curateur, leur a imposé l'obligation

prescrite par cet article; les intérêts étrangers pourraient y
nuire à ceux de l'attachement à la personne du mineur, et la
loi a voulu que le juge fût à portée de prononcer sur la requête
de cette espèce, pour ainsi dire, au moment même où elle est formée.

Lorsque cet article commandé avait été déjà donné par un arrêt
du Parl. de Toulouse rendu le 2 juin 1767, en l'audience de la grand'-
chambre, plaidant mrs molinier pour le Sr Delos notaire de nogaro,
et mm. dumoup & loubers pour le Sr Fabie medecin, et Delas curé
curé de nogaro. mr de parasol avocat-général portait la parole
dans cette cause, après s'être occupé de l'intérêt particulier
qui elle présentait, fit un réquisitoire pour faire ordonner que dans
toutes les oppositions aux mariages, autres néanmoins que celles des père
mère, autres descendans, tuteurs & curateurs, les causes et raisons
y seraient exprimées, à peine de nullité, et défenses aux
notaires, huissiers, & sergents royaux de prester, notifier & signifier
aucune acte d'opposition lorsque en termes vagues, à peine de
répondre personnellement & solidairement avec les opposans,
de tous dépens, dommages-intérêts. la cour fit droit sur ce
réquisitoire, & ordonna que l'arrêt serait lu, publié et affiché
dans toutes les sénéchaussées, Bailliages & Justices de son ressort.

art. 177 & 178.

C'est la faveur des mariages et l'intérêt de la société qui ont
commandé la mesure prise par ces deux articles, il eût été inconvenant
que des causes de cette nature eussent éprouvé toutes les longueurs
qui accompagnent ordinairement les procès; il est possible que ces
longueurs fissent par amener une rupture, le moyen le plus
capable de s'empêcher a été d'ordonner qu'il y serait statué, savoir
devant le tribunal civil dans quinze jours de la demande en main-
-levée, et dans quinze jours de la citation devant la cour d'appel, si
tant est qu'on appelle de jugement de première instance.

art. 179.

C'est encore ici une différence entre les oppositions formées par les
ascendans & celles que font faire tous autres que eux; car encore
les ascendans peuvent se méprendre au point de former une opposi-
-tion mal fondée, mais le motif que la loi leur suppose est très louable
pour qu'il y ait lieu d'entraîner contre eux une condamnation à des
dommages-intérêts; il n'en est point de même des oppositions formées
par les collatéraux; ceux-ci, comme nous l'avons déjà dit, ne
peuvent avoir d'autres motifs que ceux d'une inimitié
étrangère, il est donc juste de les punir, si leurs oppositions sont
jugées mal fondées.

Chap. 4.

Des Demandes en nullité de mariage.

art. 180.

Si la nullité de ce mariage était absolue, il est clair que toute personne ayant intérêt à le faire déclarer nul, aurait qualité pour en poursuivre la nullité. cependant notre article donne cette faculté aux époux, ou à celui des deux dont le consentement n'a pas été libre. il en est de même s'il est intervenu erreur dans la personne, la nullité n'est pas absolue non plus; s'il n'y a que celui des deux époux qui a été trompé ou induit en erreur qui puisse l'attaquer sur ce motif.

cette précision prouve avec évidence qu'il existe des nullités relatives et des nullités radicales ou absolues; celles-ci ne peuvent pas être couvertes par le silence des parties; le procureur-impérial est en droit de les relever, parce qu'elles tiennent à l'ordre public, dont le maintien est dans ses attributions. les autres au contraire n'intéressant que tel ou tel individu, c'est à cet individu à s'en plaindre, et s'il n'en réclament pas, nul autre que eux ne peut le faire, encore même cette faculté, qui devient personnelle, doit-elle être exercée dans le délai que la loi a diversement réglé, suivant la diversité des cas.

art. 181.

Après avoir prononcé la nullité d'un mariage contracté par des époux, ou par l'un des époux dont le consentement n'a pas été parfaitement libre, et celle d'un mariage, hors duquel il existait un erreur dans la personne, la loi a voulu que cette nullité fut couverte dans deux cas; le premier, lorsqu'il y a eu co-habitation continue pendant six mois depuis que l'époux a acquis pleine liberté; le second, lorsque l'époux qui allègue l'erreur, a continué pendant six mois la co-habitation, depuis la reconnaissance de l'erreur.

ainsi supposons qu'une des parties contractantes dans un mariage qu'elle veut faire déclarer nul, prétende qu'elle n'y a donné que un consentement forcé, il faut pour cela deux choses plus de six mois; 2° qu'elle allègue avoir été forcée à ce mariage par son père, il faut qu'elle élève contre elle une fin de non recevoir le moyen prise de ce qu'il s'est passé plus de six mois depuis qu'elle a acquis pleine liberté. le tout dans le même temps que celui qui exagérait de cet qu'il a été induit en erreur dans la personne qu'il a épousée; s'il continuait sa co-habitation avec elle pendant tout le temps depuis que l'erreur a été par lui reconnue; une silence de cette durée doit faire présumer qu'on peut regarder comme une pure allégation tout ce qu'on se permet de dire dans l'un et dans l'autre cas, puisqu'on a négligé d'user des moyens que la loi offre pour réparer le préjudice dont on se plaint.

avant-hier nous avons donné l'explication du deuxième article. dont nous chap. est composé. il nous paraît convenable de revenir sur quelques mots de cet article. il est dit que le consentement n'a pas été libre, il est évident que si un époux a été contraint par violence à contracter mariage, il y a nullité. on oppose la nullité est connue et cependant on donne un délai pour l'attaquer. il y a deux espèces de nullités, celles qui sont absolues, et celles qui sont relatives. les premières peuvent être attaquées par tout le monde, les secondes ne peuvent l'être que par ceux qui sont intéressés à les faire annuler.

Avant de vous donner l'application des divers articles dont notre chapitre est composé, il nous paraît convenable de vous faire connaître ce que c'est qu'une nullité.

on appelle nullité l'effet que produit la contravention à certaines dispositions d'une loi, effet qui est tel que l'acte où cette contravention a été commise en devient nul dans son entier ou dans quelqu'une de ses parties.

il y a deux espèces de nullités, les nullités radicales & les nullités respectives.

les nullités radicales résultent de toute contravention à une loi prohibitive qui a pour objet l'intérêt général, & celles-ci peuvent être relevées par toutes personnes qui y ont intérêt, même par la partie publique : elles ne peuvent être couvertes par aucun silence.

les nullités respectives procèdent de la contravention à une loi impérative qui, sans y avoir attaché la peine de nullité, n'a pour objet que l'intérêt particulier de certaines personnes : celles-ci ne peuvent être relevées que par les personnes qui y ont intérêt, encore même reçoivent-elles des modifications, comme nous le verrons dans plusieurs articles de notre chapitre.

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE 1 CAPITOLE ARSENAL

[illegible] qu'ont donnée au mariage eux, sans le consentement [illegible]

Art. 182.

Cet article nous fournit une autre preuve indubitable de la réalité de la distinction qu'on doit faire entre les nullités relatives & les nullités absolues. La faculté de faire déclarer nul un mariage contracté sans le consentement de ceux de qui il devait être obtenu, n'appartient qu'à ces derniers ou à celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement. il paraît d'abord bien extraordinaire que celui-là même qui s'est permis d'enfreindre la loi, puisse prendre droit de cette infraction pour revenir sur un engagement qui lui est personnel; & c'est, sans doute, la raison pour laquelle on ne permettait, par autrefois aux mineurs de poursuivre lui-même la nullité de son mariage, le moyen pris du défaut de consentement.

mais il en est une opposée qui était faite pour obtenir la préférence; elle est prise de ce que les ordces ont toujours regardé comme entachés de séduction les mariages contractés par les mineurs, sans le consentement de leurs ascendans, ou autres personnes de qui ils doivent l'obtenir: en les considérant sous ce point de vue, on ne peut pas dire qu'ils aient consenti à leur mariage. Donc l'engagement qu'ils ont contracté, est nul, & d'une nullité qu'ils peuvent opposer eux-mêmes, puisqu'il est de l'essence de tous les engagements de n'être valables qu'autant qu'ils ont pour base la libre volonté de ceux qui les contractent.

art. 183.

Vous venez de voir dans l'article précédent que tous ceux dont le consentement est nécessaire, & les époux eux-mêmes qui avaient besoin de ce consentement, pouvaient attaquer le mariage contracté, irrequisito consensu: celui-ci regle le délai dans lequel doit être intentée l'action en déclaration de nullité, lorsqu'elle est fondée sur ce moyen, & quelles sont les exceptions qu'on peut faire valoir pour échapper à cette action.

S'il s'est passé une année à compter de l'époque où ils ont eu connaissance du mariage, ceux dont le consentement était nécessaire n'ayant point réclamé dans ce délai, leur action est non-recevable. Le silence qu'ils ont gardé durant ce tems, devant être regardé comme une approbation sur laquelle il ne leur est plus permis de revenir; si la non-réclamation dans le délai dont nous venons de parler, opère une fin de non-recevoir en cette matière, à plus forte raison cette exception devait-elle résulter de l'approbation expresse ou tacite qu'ont donnée au mariage ceux, sans le consentement desquels

il ne pourrait pas être contracté, l'autre habité mandato acquiparatur.

mais la difficulté consiste à connaître quelles sont les circonstances dont on peut déduire une approbation tacite; car il ne faut y en avoir, lorsqu'elle est faite d'une manière expresse. Nous nous bornerons à vous dire ici que tout est hypothétique dans cette matière et qu'il n'est pas possible de déterminer d'une manière précise, d'après particulière capables d'opérer cet effet: cependant s'il s'agissait entre le père et l'enfant d'un acte ou d'un fait d'une telle nature que l'on puisse raisonnablement supposer que le père était rempli de l'injure dont l'enfant se serait rendu coupable envers lui, on doit décider alors qu'il y a de sa part approbation tacite du mariage: nous vous en indiquerons quelques-uns dans notre explication orale.

Dans l'ancienne jurisp. la durée de l'action en déclaration de nullité dont était le mariage, était la même que pour toutes les autres, jusques là qu'on trouve dans le Journal des audiences des arrêts qui, sur la réclamation du père, ont cassé des mariages contractés irréguliers consentis, quoiqu'il en fut né déjà plusieurs enfants, du que le père en eut connaissance depuis longtemps: il faut pourtant convenir que c'était bien rigoureux par ce silence paraissait devoir être puni en très grande considération dans cette circonstance; c'est là justement ce qui a fait la contrariété du code, en quoi ils se sont conformés aux dispositions du droit romain, qui n'accordait qu'une année pour demander la séparation de l'injure, après lequel délai toute action était dénié, cum injuriarum actio annuo tempore prescribatur. dit la loi 5, cod. de injur. ob injuriis autem convicium post. mais ce délai ne commence à courir que du jour où les personnes dont le consentement était nécessaire pour la validité du mariage, en ont eu connaissance.

Ce même délai d'une année fait aussi perdre à l'époux qui s'était marié, irréguliers consentis, la faculté de l'éclamer lui-même de son mariage, pour ce plaider, mais ce délai ne commença à courir que du jour où il a atteint l'âge auquel il était capable d'y consentir par lui-même, ce qui était dire celui de la majorité, non pas de la majorité déterminée par le droit commun, mais de celle qui est uniquement relative au mariage; ainsi donc un garçon aura jusqu'à 26 ans pour s'élever pour réclamer, puisqu'il n'est majeur pour le mariage qu'à 25 ans; mais une fille n'aura cette faculté que jusques à l'âge de 22 ans accomplis, parce que elle est

majeure pour le mariage à Vingt-un ans

il semble d'abord que les deux membres de notre article soient en opposon entr'eux, en ce que le premier laisse aux époux la faculté d'attaquer le mariage, tant qu'il n'a pas été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, & que le second interdit toute réclamation à l'époux, lorsqu'il a laissé s'écouler une année sans réclamer depuis qu'il a atteint l'âge compétant pour consentir par lui-même, c'est-à-dire, l'âge de 26 ou de 22 ans suivant la différence des sexes. il n'est pourtant pas vrai qu'il y ait opposon, & voici comment tout s'explique: dans le premier membre, on avait rendu commun aux époux le délai pendant lequel ceux dont le consentement était nécessaire, peuvent attaquer le mariage, & ce délai pouvait être très long; dans le cas par exemple, où il n'y aurait eu approbation ni expresse, ni tacite, il n'y aurait point eu de fin de non-recevoir à leur opposer jusqu'à ce qu'il se fût passé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils auraient eu connaissance du mariage; or cette connaissance, ils auraient pû ne l'acquérir que très long-tems après qu'il aurait été contracté, & néanmoins aux termes de notre article, les époux auraient pû l'attaquer eux-mêmes pendant tout ce tems.

mais c'est là justement ce que la loi n'a pas voulu leur permettre; elle a cru que le délai d'une année, depuis la majorité, était suffisant pour élever une fin de non-recevoir contre la réclamation qu'ils auraient pû vouloir former eux-mêmes; ainsi le second membre de l'article n'est qu'une modification relative à eux seulement, du délai dans lequel ils auraient pû réclamer aux termes du premier membre.

art. 184.

la société est intéressée à ce que des mariages formés contre la prohibition de la loi, ne subsistent point. voilà pourquoi il est décidé par notre article que de tels mariages peuvent être attaqués soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public; ainsi un mineur qui se sera marié, sans en avoir obtenu la dispense de l'empereur, avant l'âge de 15 ou de 18 ans, suivant la différence des sexes, pourra sur ce moyen, attaquer lui-même son mariage,

il en sera de même d'une femme dont le mari aurait contracté de nouveaux liens, & vice versâ.

nous venons de dire que l'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage, peut en demander la nullité, & que ce droit peut être exercé non seulement par le conjoint, mais encore par tous ceux qui y ont intérêt, même par la partie publique: que deviendra donc l'art. 139 du code qui porte expressément que „ l'époux absent dont le conjoint „ a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer „ ce mariage? on ne peut concilier ces articles, qu'en disant que l'art. 139 doit être resserré dans le cas particulier pour lequel il est fait, & que l'art. 184 doit régir tous les autres cas qui pourront s'offrir sur cette matière.

art. 185.

après avoir établi le droit en soi, les auteurs du code ont déterminé l'exception: ils ont voulu que lorsque le mariage serait fait en contravention de l'art. 144, il ne put pas être attaqué sur ce moyen, dans deux cas: le premier, lorsqu'il s'est écoulé 6 mois depuis que les époux ont atteint l'âge compétant, et le second lorsque la femme qui n'avait point cet âge, a conçu avant l'échéance des six mois.

l'âge compétant dont parle cet article, est celui de 18 ans pour les mâles, & de 15 ans pour les filles: ensorte que parvenus ~~à l'homme~~ l'un à 18 ans & demi, l'autre à 15 ans six mois, ils sont non recevables à quereller leur mariage, sous ce prétexte; tel est le texte de la loi, à laquelle il ne nous est permis de rien ajouter: cependant nous conviendrons volontiers qu'il paraît bien extraordinaire qu'un silence gardé par des enfans sur la validité de leur mariage, puisse opérer contre eux une fin de non-recevoir, tandis qu'il est très fort permis à 18 ans & demi, & mieux encore à 15 ans 6 mois, d'ignorer qu'il existe une loi qui permet de réclamer en pareille occurrence; mais ce n'est point à nous d'interroger la loi; elle est claire, elle est précise, il ne nous reste qu'à obéir.

le second moyen a pour base la faveur des enfans: c'est à elle seule qu'on doit la dispoon d'après laquelle il n'est plus permis

De réclamer, lorsque la femme a conçu avant quinze ans & demi,

art. 186.

Il n'aurait pas été raisonnable qu'après avoir consenti au mariage de leurs enfans, avant l'âge déterminé par la loi, les père, mère & autres dont le consentement est requis, fussent encore en droit de l'attaquer, ç'aurait été les autoriser à détruire d'une main l'édifice qu'ils avaient élevé de l'autre.

mais de-là que les parens, en consentant au mariage qui a été contracté avant l'âge compétant, ont élevé contre eux une fin de non recevoir qui les exclut de toute réclamation, il ne s'ensuit pas que cette exception soit acquise contre les autres ayans droit de la loi donne le droit de quereller le mariage sur ce moyen: ceux-ci peuvent toujours agir, pourvu néanmoins qu'ils le fassent avant l'échéance de délai fixé par l'article précédent; si les parens ont perdu ce droit, c'est à titre de peine, d'où il s'ont encouru en donnant un consentement qu'ils auraient dû refuser: or il est de fait que nulle peine ne peut frapper que ceux qui ont contrevenu à la loi.

art. 187.

Les nullités, dont parle l'art 184 du code, en se référant à celles prononcées par les articles y énoncés, étant de nature à pouvoir être relevées par tous ceux qui y ont quelque intérêt, il semblait naturel qu'elles pussent d'être tout à tous, même du vivant des deux époux. cependant la loi en a ordonné tout autrement; les collatéraux qui ne peuvent être mus que par un intérêt pécuniaire, lorsque leur concours n'est point nécessaire pour le mariage, doivent avoir un intérêt né et actuel pour être admis à l'exercice de cette action; une certaine défaveur a toujours accompagné les actes de cette espèce, & les tribunaux les ont constamment regardés de mauvais œil.

La loi ne s'est pas même bornée aux collatéraux, leur exiger que l'intérêt fût né & actuel, afin de pouvoir former l'action en déclaration de nullité de ce mariage; elle a étendu ses dispositions jusqu'aux enfans nés d'une telle union; elle n'a pas voulu que les enfans pussent donner le spectacle d'une lutte engagée contre des auteurs de leurs jours, voilà pourquoi elle leur a interdit toute action pendant la vie de ces derniers.

art. 188.

C'est ici une exception à ce qui est décidé par l'art. précédent. Qui en excluant les enfans de la faculté de quereller un mariage

fait contre la prohibition de la loi, & dont il est parlé dans l'art. 184, semblait avoir garanti ces unions pendant leur durée de toute attaque du chef des personnes intéressées, puisque les enfans qui jouissent d'une très grande faveur, sont privés de cette faculté. on a cru néanmoins qu'elle devait être conservée à celui des conjoints qui se trouvait lézé par un nouvel engagement.

art. 189.

il est très possible qu'à titre d'exception contre la demande en déclaration de nullité d'un second mariage, contracté au préjudice d'un premier, on oppose la nullité de ce premier mariage. dans ce cas il est aisé de sentir que le sort du second est subordonné à la validité ou invalidité du premier: c'est donc avec raison que la loi a voulu qu'on statuât préalablement sur la validité ou nullité du premier mariage.

art. 190.

c'est comme protecteur des mœurs, & comme chargé de faire cesser le scandale, que causent les unions prohibées, que le procureur-impérial a reçu la mission d'en faire prononcer la nullité du vivant des deux époux, & de provoquer leur séparation, la loi lui en fait l'injonction expresse, en sorte qu'il n'est pas en son pouvoir de fermer les yeux sur ces unions illicites.

art. 191.

l'officier de l'état civil doit remplacer aujourd'hui le curé des parties contractantes dans le mariage; il faut procéder devant lui comme l'on procédait devant le curé, en vertu de l'édit du mois de mars (1697) et de la déclaration du 15 juin de la même année. or ces lois exigeaient que le mariage fût célébré par le propre curé des parties. tout autre prêtre, à moins qu'il ne fût délégué par lui, était sans qualité pour former ce lien, & maintenant il doit en être de même, quoique le mariage ne soit plus aux yeux de la loi qu'un lien purement civil. la qualification de compétant donnée à l'officier de l'état civil qui doit faire le mariage, ne permet pas d'en douter.

on demandera peut-être s'il y aurait nullité de mariage dans le cas où l'on aurait omis d'en faire la publication dans les deux communes du domicile des parties, ou dans l'une de ces deux communes? on croirait d'abord que dans l'un & l'autre cas, le mariage devrait être déclaré nul; il semble même qu'on puisse invoquer à l'appui de cette opinion l'art. 170 —

du code napoléon, qui déclarant valable le mariage contracté en pays étranger, s'il a été célébré dans les formes usitées dans ce pays, ajoute ces mots, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63, au titre des actes de l'état civil, lorsque le français n'ait pas contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent.

ces mots paraissent former de la publication des mariages une condition indispensable pour leur validité: on doit néanmoins décider le contraire et dire qu'un tel mariage ne serait pas nul: il me semble que c'est aussi le devoir ancienement, et notamment de la déclaration du 15 juin 1697, qui est la dernière rendue sur cette matière; il me semble aussi que c'est plus conforme aux termes de la loi nouvelle, puisque après avoir prévu ce cas dans notre article, celui qui suit le borne à prononcer des peines contre l'officier public, et contre les parties contractantes; mais ces peines ne vont pas celle de la nullité du mariage: pourquoi donc que l'utilité de l'attaque permise par la loi dans cette occurrence doit être bornée à faire ordonner que les parties seront tenues de l'établir le mariage, en le contractant devant l'officier civil compétant publiquement.

remarquez que ce même article, en donnant à tous ceux dont il faut l'énumération, la faculté d'attaquer le mariage, pour les causes y énoncées, n'a pas déterminé d'époque précise, après laquelle l'action en déclaration de nullité doit être déclarée non recevable. Le silence qui il garde sur la durée de cette faculté, nous autorise à penser que elle peut s'être pendant tout le temps de droit.

quoique il résulte bien clairement de la contexture de notre article que l'intention du législateur a été de donner aux mariages toute la publicité possible, il a néanmoins borné les moyens d'attaque après de la dite publicité à ceux qui y sont nommément exprimés; sans parler de celle résultant d'un mariage tenu secret pendant la vie des personnes qui les ont contractés.

la déclaration du mois de novembre 1639 avait néanmoins déclaré de tels mariages incapables de produire aucun effet civil; cette même déclaration, ainsi que l'édit du mois de mars 1697, attachaient la même peine aux mariages contractés in extremis entre personnes qui auparavant avaient vécu dans le concubinage. notre code ne s'occupe aucunement de la peine de clandestinité d'où nous sommes autorisés à tirer cette conséquence, que si un mariage était attaqué sous quelqu'un de ces prétextes, il y aurait lieu de croire qu'il serait déclaré valablement contracté devant

de produire tous les effets civils, parce qu'il ne peut y avoir de peine que là où elle est nominativement prononcée par la loi.

art. 192.

Les dispoons renfermées dans cet article, prouvent incontestablement qu'il n'y a point de nullité dans le mariage, pour cause d'omission de sa publicaon, soit totale, soit partielle; cependant comme le vœu de la loi est trompé, & que toute infraction à ce qu'elle commande, mérite une peine, l'article prononce celle d'une amende qui ne pourra pas excéder la somme de 300 ₶ contre l'officier public qui aura célébré le mariage, & une autre amende proportionnée à leur fortune contre les parties ou ceux sous la puissance de qui elles ont agi.

art. 193.

vous savez déjà que l'art. 165 du code exige que le mariage soit célébré devant l'officier civil du domicile de l'une des parties: celui-ci veut que les peines prononcées par l'article précédent, soient encourues par ceux qui contreviendraient aux règles prescrites par l'art. 165, lors même que les contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage.

ces derniers mots annoncent clairement que le moyen de nullité pris de l'inobservation des règles prescrites par l'art. 165 n'est pas absolue, & qu'il dépend des circonstances qui doivent être appréciées par le juge. La cour d'appel d'agen a rendu le 18 xbre 1806, un arrêt en faveur du sr de Thémines contre la Delle philippeaux qui confirma le mariage qu'ils avaient contracté, quoiqu'il eût été célébré dans la maison même de cette demoiselle qui, pour le faire casser, soutenait qu'il y avait contravention à l'art. 165 de notre code. la Delle philippeaux s'étant pourvue en cassation de cet arrêt, fut déboutée de sa demande le 1er juillet 1807.

il en résulte aussi que dans tous les cas, soit qu'on prononce la nullité du mariage sur ce moyen, soit qu'on le déclare valable, le juge doit toujours prononcer la peine dont parle l'art. 192.

art. 194.

En expliquant l'art. 46 du code, nous vous avons fait connaître les ppes relatifs à la matière qui y est traitée: celui-ci ne fait autre chose que consacrer le ppe général, d'après lequel tout engagement doit être prouvé par écrit; ainsi le mariage

Etant de tous les actes de la vie celui qu'il importe le plus de justifier, puisqu'il sert de base à la société entière, il était naturel que la loi exigeât, pour établir son existence, le même genre de preuve qu'elle exige pour des engagemens qui sont d'une bien moindre conséquence. au surplus il vous suffira de revenir sur ce que nous avons dit en expliquant l'art. 46, pour vous fixer sur ce qui doit en être, lorsqu'il n'y a jamais eu de registre public, ou que ces registres ont été égarés.

art. 195.

il importe essentiellement pour bien entendre cet article de remarquer qu'il n'est relatif qu'aux deux époux, c'est-à-dire qu'il ne parle que de la réclamation faite par l'un d'eux de l'état qui lui est contesté par l'autre. dans ce cas notre article veut que la possession seule ne tienne point lieu de preuve écrite du mariage; il n'existe à la honte des mœurs que trop de personnes qui, vivant dans le concubinage, laissent prendre à celles qui partagent leurs débauches, l'honorable qualification d'époux ou d'épouse, & qui sont parvenues à se faire regarder dans la société comme engagées dans les liens du mariage: c'est pour elles qu'est fait notre article, mais quelque longue que soit la possession dont ils ont joui dans l'opinion publique, de la qualité d'époux ou d'épouse, cette possession ne saurait suppléer à la preuve écrite du mariage légitimement contracté.

art. 196.

il ne faut jamais oublier qu'il ne s'agit dans cet article, non plus que dans les deux précédens, que du sort d'une des deux personnes qui ont vécu publiquement comme mari & femme; le code après avoir déclaré que la possession d'état dans ce cas ne pouvait tenir lieu de titre, prévoit celui où la preuve écrite de la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est rapportée, & il déclare qu'alors les deux époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet ~~art~~ mariage.

il se présente à faire sur cet article deux observations essentielles la première que l'existence du mariage ne peut plus être contestée à moins que l'acte qui le justifie ne soit emporté par la voie du faux: la seconde qu'il s'élève une fin de non-recevoir contre celui des deux époux qui voudrait réclamer, lorsque la possession se trouve réunie au titre; nous ne pensons pas comme les auteurs des pandectes françaises que ces mots, lorsqu'il y a possession d'état ne soient qu'une redondance & qu'ils soient de trop dans l'article; ils nous paraissent au contraire jouer un rôle nécessaire,

dans la décision qu'il renferme : il est bien vrai qu'on n'a pas besoin tout-à-la-fois de la possession d'état & de la preuve écrite du mariage, pour constater son existence. que le titre écrit suffit seul ; mais la possession d'état est d'une absolue nécessité pour former la fin de non-recevoir dont parle l'article et sans elle, en supposant que le titre renfermât quelque nullité, l'époux pourrait s'en aider pour le quereller, ce que la loi ne lui permet pas. il n'est donc pas vrai que ces mots ne soient qu'une redondance ; il est au contraire très certain qu'ils sont absolument nécessaires pour former l'exception dont s'occupe le législateur.

art. 197

après avoir statué sur le sort d'un mariage allégué & non justifié par des individus qui ont vécu comme mari & femme, et avoir décidé que la possession d'état ne supplée point à la preuve écrite de son existence, après avoir déclaré qu'il fallait cette preuve écrite, & que la possession d'état jointe à cette preuve formait une fin de non-recevoir contre toute réclamation envers une pareille union, la loi s'est occupée du sort des enfans qui auraient pu en provenir, & elle y prononce par cette distinction : si les individus qui ont vécu publiquement comme mari & femme sont décédés l'un & l'autre, le défaut de représentation de l'acte de célébration ne peut point servir de prétexte pour contester leur légitimité, pourvu néanmoins que cette légitimité soit prouvée par une possession d'état non contredite par l'acte de naissance. au contraire s'ils sont tous les deux, ou l'un d'eux encore en vie, la légitimité des enfans peut être contestée sous le seul prétexte que l'acte de célébration n'est point représenté. pourquoi ? parce que dans le premier cas, les enfans peuvent ignorer le lieu & l'époque où leurs père & mère se sont unis par les liens du mariage ; sans qu'on puisse le leur imputer à faute ; au lieu que leurs père & mère, ou l'un d'eux étant encore vivants, s'ils ne rapportent point la preuve de leur union, ce ne peut être qu'à cause que ce lien n'a jamais existé entre ceux dont ils se disent les enfans.

nous vous avons fait connaître en expliquant l'art. 46 du code, ce que c'est que la possession d'état, ce qu'elle doit être pour assurer la légitimité des enfans, & comment elle peut être prouvée, il nous suffit de vous y renvoyer pour ne point tomber dans des répétitions : nous observerons seulement

que la possession d'état ne peut être d'aucune considération, lorsque l'acte de naissance la contredit, supposons qu'un enfant désigné dans son acte de naissance comme né d'père inconnu, ait été élevé dans une maison où il a porté aux yeux de tout le monde le nom du chef de cette même maison; qu'il y ait reçu de traitement filial & qu'il ait partagé avec ses autres enfans les soins & la tendresse de ceux qu'il réclame comme son père & mère; sa réclamation devra-t-elle être accueillie, pourra-t-elle que la possession a tous les caractères requis pour former des preuves de la filiation? Elle ne devra pas l'être: parce que l'acte de naissance s'y oppose, en le mettant dans la classe des enfans nés hors du mariage, dans qui il rapporte d'ailleurs un acte de reconnoissance de la part de celui dont il se prétend le fils.

art. 198.

Cet article n'est que l'expression du Droit commun dans un cas qui ne peut se présenter que très rarement. On y suppose d'abord que les registres publics à ce destinés ne renferment point la preuve de la célébration du mariage, parce qu'on l'aura enlevée, ou parce que l'officier public aura négligé de l'y insérer. Si la procédure criminelle faite à cette occasion donne la preuve que le mariage avoit été réellement célébré, ce mariage produira tous les effets civils du jour de sa célébration, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfans qui en seront issus, pourvu qu'on ait eu soin de faire inscrire sur les registres de l'état civil le jugement qui aura statué sur cette procédure criminelle. Si cet article, disons-nous, n'ajoute rien au droit commun, c'est en admettant qu'il n'eut point été inséré dans le code, il n'est pas douteux que dans l'ordre commun ordinaire on auroit fait produire à la preuve de l'enlèvement de l'acte du mariage l'effet que la loi déclare y être attaché.

art. 199.

on ne pourroit imputer aux époux le silence qu'ils auroient gardé pendant leur vie sur la fraude dont ils pourroient avoir à se plaindre, quand il seroit prouvé qu'elle étoit connue d'eux; mais on ne doit présumer qu'ils eussent gardé le silence, s'ils l'eussent connue: voilà pourquoi la loi suppose qu'ils sont décédés sans l'avoir découverte. Voilà pourquoi encore elle permet l'exercice de l'action criminelle en faux. Voilà pourquoi encore elle permet à tous ceux qui ont intérêt de faire déclarer le mariage valable, même au procureur-impérial.

art. 200.

en réduisant à une pure action civile contre les héritiers de l'officier public, les demandes qu'on auroit pu faire par la voie criminelle contre cet officier, s'il eut été en vie, le présent article

donne lieu à une question qui n'est pas d'un mince intérêt: l'art. 194 vous a appris qu'entre époux la possession d'état de mari & de femme ne suffisait point pour établir l'existence du mariage, qu'il fallait en rapporter la preuve écrite: vous avez vû aussi dans l'art. 198 que le mariage produit tous les effets civils quoique non justifié par écrit, lorsque la preuve de la célébration résulte d'une procédure criminelle: cela posé, voici la question: comment pourra-t-on parvenir à prouver l'existence du mariage, non d'ailleurs justifié par écrit, lorsqu'on ne pourra point faire de procédure criminelle à cause de la mort de l'officier de l'état civil? l'instance aux fins civiles contre les héritiers de cet officier public produira-t-elle le même effet? nous pensons qu'oui, & ce qui nous autorise à le croire ainsi, c'est qu'on a voulu que cette action ne pût être intentée que par le procureur-impérial, mais en présence des parties intéressées, & sur leur dénonciation. or cette présence aurait été parfaitement inutile si elle n'eût pas dû produire en leur faveur le même effet qu'une procédure criminelle destinée par l'art. 198 à suppléer à la preuve écrite de l'existence du mariage.

art. 201 & 202.

Nous réunissons ces deux articles, parcequ'ils renferment l'un et l'autre la même décision dans deux cas qui ne sont pas parfaitement semblables; il s'agit dans l'un & dans l'autre des effets d'un mariage qui a été déclaré nul: les enfans provenus d'un tel mariage sont-ils légitimes? les conjoints eux mêmes sont-ils époux légitimes? la jurisp. de tous les tems a été sur cette question conforme à ce que prescrit le code: il décide que lorsque le mariage a été contracté de bonne foi, ce mariage produit les effets civils, tant à l'égard des enfans, qu'à l'égard des époux: sa décision est la même dans le cas où il n'y aurait bonne foi, que de la part de l'un des conjoints; avec cette précision néanmoins que celui des deux qui connaissait l'empêchement ne participe point aux effets civils que produit le mariage en faveur de l'autre & des enfans qui en sont provenus: l'ancienne jurisp. sur ce point est attestée par une infinité d'auteurs: on peut voir ce qu'en disent Leprestre, Cent. 1ère chap. 1er, n.° 13, Cambolas, liv. 6, chap. 1er &a. il serait trop long de mettre ici sous vos yeux le détail de tous ceux qui se sont occupés de cette matière & qui l'ont décidée de la même manière, parceque leur décision est fondée sur le texte précis de la loi 57, §. 1, ff. de ritu nupt.

Nous observerons seulement que, si après la déclaration de nullité de leur mariage, ceux qui l'avaient contracté, continuaient à vivre ensemble et s'il naissait des enfans de leur commerce, ces enfans seraient bâtards, & incapables de toute succession, parcequ'il n'y aurait plus de bonne foi en la personne d'aucun d'eux.

Vous devez remarquer encore que la déclaration du mois de novembre 1679 a été tacitement abrogée par les lois nouvelles, en cequ'elle déclarait incapables de produire les effets civils les mariages tenus secrets pendant la vie de ceux qui les avaient contractés, quoiqu'ils eussent d'ailleurs été revêtus de toutes les formalités requises pour leur validité. c'est ainsi que l'a jugé un arrêt de la cour de cassation rendu le 15 pluviose an 13, en la cause du Sr Sainz-taxis contre les petits-enfans de la ci-devant princesse de Beaufremont-Listenais; on trouve l'espèce & les motifs de cet arrêt dans l'analyse raisonnée du code civil par mr de malleville, tom. 1er, pag. 215 et suivantes: cet arrêt justifie la doctrine que nous vous avions annoncée dans l'explication de l'art. 191 du code.

Chap. 5.

Des obligations qui naissent du mariage.

art. 203.

Le droit naturel, celui que nous tenons de la nature seule, commande aux pères & mères de nourrir leurs enfans; comment l'homme qui a la raison en partage, pourrait-il ne pas faire pour ses enfans ce que les animaux font pour leurs petits par la seule force de leur instinct? Sous ce rapport, il paraît étonnant que les lois romaines sous le titre de Digeste, de agnosc. & alend. lib. aient fait aux pères & mères un devoir de fournir des alimens à leurs enfans; mais ce n'est point à cela qu'ils doivent se borner; ils doivent encore fournir à leur éducation & à leur entretien, pro modo facultatum: cette éducation varie suivant la diversité des positions où se trouvent les hommes en naissant; ceux qui dans l'ordre de la nature appartiennent à la classe des personnes qui doivent gagner leur vie du travail de leurs mains, ne peuvent pas raisonnablement aspirer à une éducation aussi soignée & du même genre que ceux destinés à jouir d'une brillante fortune. il est dans la société des nuances auxquelles on ne peut point échapper: et un père remplit toutes ces obligations vis-à-vis de ses enfans, lorsqu'il donne à chacun d'eux une éducation relative à l'état qu'il a lui-même & à celui qu'ils doivent embrasser; c'est de cette éducation que parle la loi, & dont elle fait un devoir aux pères & aux mères; les enfans que le sort a destinés à gagner de quoi vivre par le travail n'ont plus rien à demander à leurs pères, lorsque celui-ci les ap-

pourvoir d'un métier, ou d'une profession analogue à leur naissance, à moins qu'ils ne fussent attaints de quelque maladie qui les empêchât de l'exercer: mais il n'en est pas de même des enfants qui, nés dans une classe plus fortunée, n'ont pas toujours à attendre de leur travail; ceux-ci peuvent être plus longtemps à la charge de leur père, parce qu'il est des professions dont l'exercice est plus lentement utile, que celles qui consistent en un pur méchanisme.

Le pays général fondé sur la loi 5, §. 7. ff. de agnos. & alend. lib. est tel que le père n'est plus tenu de pourvoir à la nourriture, ni à l'entretien de ses enfants, lorsqu'il leur a pourvu relativement à leur état, tous les moyens de y pourvoir eux-mêmes.

art. 204.

on tenait dans les pays de Droit écrit comme maxime incontestable, qui avait pour Base la loi 19 du digeste de rit. nupt. qu'il était du devoir des pères de doter leurs enfants, et la jurisp. des parlements qui y régissaient sur ce droit, était conforme aux dispositions de la loi sur ce point. nos livres sont remplis d'arrêts qui ont adopté ce point. il n'en était pas de même dans les pays Coutumiers, on y observait au contraire la maxime ne dote qui ne vult. cette dernière opinion a prévalu dans la rédaction du code, il faut convenir qu'il y a beaucoup à dire sur cette question de part et d'autre; ces diverses raisons sont rapportées dans l'analyse raisonnée de la discussion du code civil au Conseil d'état, ce qui nous dispense de les rappeller ici.

on demande si un père peut refuser des aliments à un enfant qui s'est marié contre son gré, à après lui avoir fait des sommations respectueuses. il y a trop de différence d'une fourniture d'aliments à une dotation, pour qu'on doive confondre l'une avec l'autre: la fourniture des aliments est prescrite par le droit naturel. il en est assez pour que l'enfant puisse la réclamer en se conformant néanmoins aux dispositions de l'art. 208 de notre code.

art. 205.

La loi 5, §. 13, ff. de agnos. et alend. lib. s'exprime sur ce point en des termes remarquables, iniquissimum quis meritò dixerit patrem egere, cum filius sit in facultatibus. notre article est donc fondé tout à la fois sur le droit naturel, sur le droit civil et sur la doctrine des auteurs, comme on le voit dans l'Auchier, verbo alimenta, art. 7, mais on doit dire de cette obligation dont sont tenus les enfants à l'égard de leurs ascendants qui sont dans le besoin, ce que nous avons déjà dit des père

vis-à-vis de leurs enfans, c'est-à-dire, qu'elles cessent, lorsqu'ils peuvent subvenir à leurs besoins par leur travail ou avec les biens qu'ils ont d'ailleurs: s'il existe plusieurs enfans, & qu'ils se trouvent tous en position de contribuer à la nourriture & entretien de leurs ascendans pauvres, chacun d'eux doit le faire également; sinon cette contribution doit être proportionnée à leurs facultés respectives, en sorte que le plus fortuné doit en supporter une plus forte portion que celui qui l'est moins. l'action est solidaire dans la main de l'ascendant, et c'est ensuite aux enfans à en faire la répartition entr'eux.

art. 206 & 207

ces deux articles ne sont que le développement du principe général fondé sur le droit naturel qui nous apprend que les ascendans doivent des aliments à leurs descendans, & que ces derniers en doivent aussi à leurs ascendans. les gendres & les belles-filles sont placés par la loi au nombre des enfans *nurus filiæ loco est*, dit le §. 6, instit. de nupt. elle doit donc remplir les mêmes obligations dont sont tenus les propres enfans envers leur père, leur mère & autres ascendans: comme c'est le droit naturel qui leur impose ce devoir, son exécution de leur part n'est point subordonnée au fait savoir, si le gendre a reçu ou non quelque chose de son beau-père: dans tous les cas son obligation est la même, *hæc res descendit ex æquitate et charitate sanguinis*, dit la loi 5, §. 2, ff. de ag. & alend. lib. ainsi tant que les liens du sang subsistent entr'eux, l'obligation de fournir les aliments subsiste aussi.

elle cesse, dit la loi, dans deux cas: le premier, lorsque la belle-mère a convolé à des secondes noces, vous devez remarquer sur ce point que ce n'est pas en haine du second mariage que la question a été ainsi décidée contre la belle-mère; mais sur ce seul motif que ~~la belle~~ l'entretien de la belle-mère est devenue par le second mariage une charge de son mari; car les liens du sang ne sont pas rompus par un second mariage; la belle-mère reste toujours telle qu'elle était auparavant respectivement à son gendre.

Le second cas qui produit l'extinction de l'obligation dont nous parlons est celui du décès de l'époux qui produisait l'affinité et des enfans provenus de son union. nous trouvons un exemple de cette exception dans l'oraison de Cicéron pour Sextus, où il dit: *ademit albino soceri nomen mori filiæ*. à la vérité, la mort seule du gendre ou de la belle-fille ne suffit pas pour la faire cesser, lorsqu'il existe des enfans; mais si ceux-ci viennent à mourir, tous

les liens de l'affinité sont rompus, & dès ce moment, le beau-père & la belle-fille, le gendre & la belle-mère deviennent étrangers l'un à l'autre.

Au reste, il ne saurait être dû des aliments à une marâtre parcequ'elle ne tient par aucun lien aux enfans qu'a eus son mari d'un précédent mariage. Le droit naturel ne peut rien pour elle, & le droit civil ne lui accorde rien non plus.

Art. 208.

Comme c'est à titre de besoin seulement que les aliments & l'entretien peuvent être réciproquement demandés par les descendans & par les ascendans, ils ne doivent l'être que dans la proportion de ces mêmes besoins, & les facultés de ceux à qui la demande en a été faite. La raison commande une pareille mesure qui, d'ailleurs est fondée sur la loi 5, §. 7, ff. De agn. & alen. lib. [pro modo facultatum, ... ex aequitate, et [officio judicis]

Art. 209.

c'est encore là une disposition prescrite par la raison, car si c'est en proportion des besoins de celui qui réclame des aliments, ~~et~~ & des facultés de celui à qui ils sont demandés, que la fixation doit en être faite, il est sensible que leur quotité doit éprouver une variation proportionnée à celle des besoins & des facultés.

Art. 210 & 211.

il s'est souvent élevé une question qui consiste à savoir dans quel lieu doivent être fournis les aliments dûs; nous avons vû jusqu'ici que le droit naturel, d'accord avec le droit positif, imposait aux pères, mères, et autres ascendans l'obligation de nourrir & entretenir leurs enfans, et vice versâ. et comme aux termes du droit commun, les enfans n'ont d'autre domicile que celui de leur père, on a toujours décidé, sans difficulté, que les enfans ne peuvent exiger les aliments qui leur sont dûs, hors de la maison paternelle.

il en est autrement de l'entretien dû aux ascendans par leurs enfans ou autres descendans. il serait bien dur pour un père, ou autre ascendant d'être obligé de se rendre journellement auprès de ses enfans pour recevoir d'eux ce que la nature & la loi leur font un devoir de lui fournir, & il est bien plus concordant aux règles de la bienséance d'obliger les enfans à ~~lui~~ payer une pension avec laquelle il puisse fournir à ses besoins dans sa propre maison, si tout est que les facultés des enfans leur permettent de faire ce payement. nous vous ferons connaître dans notre explication orale ce qu'on doit penser de plusieurs autres questions relatives à la fourniture des aliments, & aux obligations des enfans vis-à-vis de leur père.

Chap. 6.

Des Droits & des devoirs Respectifs des Epoux:

Art. 212.

Le mariage qui donne des défenseurs à la patrie contre ses ennemis Extérieurs, des magistrats pour le maintien de la Paix & de la justice dans l'intérieur, des négocians qui font fleurir le commerce dans les Etats, & qui y entretiennent l'abondance, le mariage, disons-nous, ne serait qu'une source de chagrins & de déplaisirs, si après avoir contracté ce lien, les époux manquaient aux préceptes que leur donne notre article; cette union forme une société intime entre les contractans, or il est de ppe, en matière de société, que les divers membres dont elle est composée se doivent secours & assistance en tout ce qui peut y avoir rapport.

Les époux se doivent encore fidélité, sans cette vertu, dont l'absence produit dans le ménage les plus funestes Evénements, l'union conjugale n'offre que l'affreux tableau du désordre, & de tous les malheurs qui forment son escorte; les époux en s'unissant se sont donnés l'un à l'autre: ils ne doivent plus vivre que pour eux qu'ils sont coupables ceux qui manquent à ces engagements! ils sont à s'imputer le scandale dont ils affligent leurs concitoyens, & les pernicieux exemples qui servent à corrompre leurs propres enfans: En un mot, l'infidélité dans le mariage est le plus grand de tous les vices: même en se bornant à considérer l'union conjugale comme un lien purement civil.

art. 213.

nous n'entrerons point ici dans le détail des différentes espèces de mariage qui étaient usitées dans l'ancienne Rome: cette connaissance tient bien plus à la curiosité, qu'à l'instruction, nous nous bornerons à vous faire remarquer que les mariages contractés dans les pays de droit écrit, avant la publicaon de notre code, étaient ce qu'on appellait dans la nouvelle rome les mariages par dot. en contractant ce lien, la femme avec les biens ou l'argent comptant qu'elle apportait à son mari, achetait sa protection & la participation à tous les avantages ou honneurs dont ils pouvaient jouir: mais elle ne passait pas en sa puissance; moins encore devenait-elle la propriété de son mari. notre nouveau code a fait à cela quelque changement il a étendu à tout le territoire français la disposon de certaines coutumes qui, dès l'instant du mariage, privent la femme de la faculté de disposer de ses biens, même de ceux qui n'étaient pas tombés en communauté. c'est là un des effets propres aux mariages français, comme nous le verrons bientôt.

Art. 214.

Nous avons déjà vu que la femme n'a d'autre domicile que celui du mari, et que les conjoints ne sont en quelque sorte qu'un seul en deux personnes, jusqu'à ce que l'autorité civile pour des motifs autorisés par la loi, en ait autrement décidé. mais ce n'est pas pour souffrir que la femme est obligée d'habiter avec son mari, & de le suivre par tout. elle doit partager le sort de son époux, et le traitement marital qu'elle est en droit d'attendre de lui, l'autorise à en réclamer les effets, pour tous les besoins de la vie, suivant ses facultés & son état.

Cet article, comme l'on voit, ne fait aucune précision quant à la nécessité où est la femme de suivre son mari par tout où il veut s'établir. on peut demander à ce propos si elle peut refuser de le suivre en pays étranger: il semble d'abord qu'elle le puisse, surtout si le mari est dans l'intention d'y fixer son domicile, puisque cette démarche doit lui faire perdre la qualité de citoyen français, à laquelle tout français doit tenir: cependant il faut décider le contraire, avec d'autant plus de raison que la section de législation avait fait de ce cas particulier, une exception à la disposition générale du code, qu'il fut retranché, lors de la rédaction de la loi, sur les observations de S. M. l'empereur.

Art. 215.

Le code civil fait ici un grand changement à ce qui se pratiquait dans les pays de france qui étaient régis par le droit écrit: nous avons déjà vu que la femme en se mariant ne passait pas sous la puissance de son mari, & qu'elle conservait non seulement la propriété des biens qu'elle ne se constituait pas en dot, mais encore l'exercice de toutes les actions relatives à cette espèce de biens. il n'en était pas de même dans les pays coutumiers, dans la plupart de ceux-ci, la femme au moment de la célébration du mariage tombait sous la puissance de son mari, et perdait l'exercice de toute action, en sorte qu'il ne pouvait être rien fait contre la femme, & que la femme elle-même ne pouvait rien faire sans le concours ou l'autorisation de son mari.

c'est cette dernière disposition que le code a rendue commune à tout l'empire français, quoique le régime dotal ait été conservé, & qu'il dépende des parties de contracter sous le régime ou sous celui de la communauté, comme nous le verrons ailleurs. mais sous quelqu'un de ces deux régimes que l'on contracte, les femmes ne sont pas moins privées de la faculté dont elles jouissaient auparavant, d'agir à leur gré pour les biens & droits qui n'étaient pas entrés dans la constitution dotale. il n'en est pas de même aujourd'hui, jusque là qu'en supposant qu'avant de se marier la femme fût en

En procès à raison de Ses Biens, on devrait y faire Entrer le mari pour la validité des poursuites faites depuis le mariage, poursuites qui seraient radicalement nulles, si l'on omettait de prendre cette précaution.

Notre article n'a pas même voulu laisser subsister la disparate qui s'opérait à cet égard entre la femme commune sur la question de savoir, si la femme avait besoin d'autorisation pour ester en jugement, lorsque elle était ou marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens; il y avait des coutumes qui dans ces cas, dispensaient l'autorisation; d'autres qui en dispensaient la femme; on a donné la préférence à la première de ces deux opinions; il n'est plus permis aujourd'hui de s'en écarter.

art. 216.

On doit soigneusement distinguer le cas où la femme serait demanderesse en matière criminelle ou de police d'avec celui où elle serait défenderesse: dans le premier cas, la poursuite serait radicalement nulle à cause du défaut de pouvoir; au contraire dans le second la défense est valable, quoique non revêtue de l'autorisation du mari, parce que elle est de droit naturel; le code a ainsi fait cesser la diversité des décisions que les coutumes avaient toutes sur ce point.

art. 217. (A.M)

Les dispositions de cet article sont absolument nouvelles dans toutes les pays qui étaient régis par le droit écrit: nous avons déjà remarqué que les femmes par le mariage, n'éprouvaient d'autre privation que celle de l'exercice de leurs droits sur leurs biens qui faisaient la matière de leur constitution dotale, et qu'elles jouissaient du surplus de leurs biens, c'est-à-dire de ceux non constitués, tout aussi pleinement que si elles ne fussent point mariées: elles pouvaient donc disposer à leur gré par voie de donation, d'hypothèque, d'aliénation, de tous les biens non constitués, sans avoir besoin du concours de leurs maris pour la validité de ces divers actes; à plus forte raison pouvaient-elles acquérir à titre gratuit ou onéreux, puisque il est incontestable que celui qui peut le plus, peut le moins.

Les pays qui régissaient les pays coutumiers étaient bien différents, quoique ils ne fussent pas partout les mêmes, dans la plupart de ces pays la femme quoique non commune, elle même qui était séparée de biens ne pouvait absolument rien faire, sans d'autorisation de son mari, et cette interdiction était la conséquence du principe qui la soumettait sous la puissance: il en eut été autrement si cette puissance avait été bornée à l'exercice des droits résultant de la communauté, alors la femme non commune aurait été libre dans tous les autres.

quoiqu'il en soit de la diversité des coutumes particulières qui
existaient sur ce point, tout ce qu'il importe de savoir, c'est que
dans toute l'étendue de l'empire, la femme a aujourd'hui un besoin
indispensable du concours de son mari ou de son consentement par
écrit, quand même elle serait non commune ou séparée de biens
pour tous les actes dont notre article fait l'énumération: cependant
cette disposition qui paraît bien générale doit être entendue, comme
l'explique l'art. 1449 du code, aux termes duquel article, la femme
séparée a la faculté de disposer de son mobilier, même de le
aliéner sans le consentement de son mari, même sans que
l'autorisation de la justice soit nécessaire.

Observez au surplus que l'autorisation qui est nécessaire à la
femme pour les actes qui lui sont prohibés sans cela, n'est pas
requise elle était autrefois dans plusieurs coutumes qui exigeaient
cette formalité auquel elle ne pouvait suppléer. Suivant les
coutumes, la présence même du mari, et sa non contradiction même
son concours, n'étaient pas un motif suffisant pour faire déclarer
valable un engagement contracté par la femme non autorisée
autorisée par lui. il en tout autrement aujourd'hui et les termes
que le législateur a employés dans notre article, en font la
preuve. la mari égyptien que; il suffit que le consentement du
mari soit établi.

mais quel serait le sort d'un acte passé par la femme
sans le consentement ou l'autorisation de son mari qui, dans la
suite, l'aurait ratifié? quel serait aussi le sort de la caution
que la femme aurait fournie pour la sureté de son engagement.
nous traiterons de ces deux questions dans notre explication orale,
nous nous bornerons à vous dire dans ce moment que la ratification
postérieurement faite par le mari, ne couvrirait pas la nullité
de cet acte, que la caution ne doit pas non plus valablement engagée

art. 218.

Cet article ne présente point de question, après ce que nous avons dit
sur les articles précédents.

art. 219.

il ne faut pas croire que la demande que peut faire la femme à
son mari en autorisation à citer en jugement, avec celle qui aurait
pour objet d'être autorisé à passer quelque acte, soient de ces demandes
exige un procédé différent. dans le premier cas il suffit de citer
le mari à l'audience pour la même qu'il donne son autorisation à la
femme pour ester en jugement. s'il ne comparaît pas sur cette
citation, il est rendu un jugement qui, faute par lui d'avoir
autorisé sa femme, donne à celle-ci la capacité nécessaire. au
contraire dans le second cas, lorsqu'il s'agit d'habiliter la
femme à passer un acte, si le mari refuse, celui-ci doit être
cité par elle en la chambre du conseil où il doit être entendu

Et c'est ensuite au tribunal, après avoir pris connaissance des motifs qu'a le mari pour refuser l'autorisation demandée, à décider de la validité de ses motifs: si le tribunal les trouve justes ou raisonnables il refuse l'autorisation, dans le cas contraire, il l'accorde; & l'acte passé en conséquence a la même efficacité & la même valeur, que s'il eût été passé avec l'autorisation du mari.

art. 220.

Ces dispoons sont empruntées de la coutume de Paris qui décidait ces questions de la même manière dans les art. 235 & 236. elles sont fondées sur ce que la femme ne pouvant faire dans la maison maritale que ce que son mari lui permet d'y faire, celui-ci ne saurait se plaindre du résultat des opérations qu'il a permises, voilà pourquoi lorsqu'il y a communauté, les engagemens de la femme contractés pour fait de commerce, obligent le mari.

mais le mari est-il contraignable par corps pour l'exécution de ces engagemens? c'est ce que nous examinerons dans notre explication.

On a pû douter si la femme pouvait être réputée marchande publique lorsqu'elle vendait journellement des marchandises dont son mari fesait le commerce; notre article a décidé la négative, & avec raison, car le débit journalier d'objets qui appartiennent au commerce que fait le mari, peut tout au plus faire regarder la femme comme un commis, ou tout autre préposé de son époux; & sous ce rapport, c'est le mari, & non pas la femme qui est le négociant: de là il suit que la femme reste dans les termes du droit commun, & que si elle fait des emprunts même pour fait de commerce, sans y être autorisée, les engagemens qu'elle contracte ne sont pas valables, & qu'elle n'oblige pas son mari dans le cas même où il y aurait communauté entr'eux.

art. 221.

Les auteurs des pandectes françaises, sous prétexte que la condamnation à une peine afflictive ou infamante, ne détruit pas les effets civils du mariage, ont cru que la femme restait, non-obstant cette condamnation, sous la puissance de son mari, & qu'en conséquence, si la peine prononcée contre lui n'était pas telle qu'il fût forcé de s'éloigner, c'était à lui à qu'elle devait s'adresser pour en obtenir l'autorisation, même pendant la durée de la peine; cette interprétation du présent article est contraire non seulement au texte, mais encore à l'esprit de la loi: nous disons d'abord qu'elle est contraire au texte, il suffit de le lire pour s'en convaincre. la femme même majeure, y est-il dit, ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement, ni contracter, qu'après être faite autoriser par le juge. de là cette conséquence nécessaire, que l'autorisation donnée par tout autre que le juge, ne serait pas valable, car l'indication que fait la loi de la personne qui doit donner l'autorisation est un titre d'exclusion pour ce fait, de celui à qui ce droit appartient,

Aux termes du Droit commun.

Nous disons en second lieu que cette interprétation est contraire à l'esprit de la loi; car ces mots qui on trouve dans l'article pendant la durée de la peine, annoncent très clairement que les Droits résultant de la puissance maritale sont suspendus pour autant de tems que dure la peine; or il n'y a rien en cela que de très raisonnable, & de très conforme aux principes de l'honnêteté publique. il n'est pas possible de supposer que la loi ait voulu permettre qu'un homme flétri eût l'exercice des mêmes Droits que s'il n'avait point encouru son animadversion. mais sa dette une fois payée, il reprend cet exercice qui n'avait été que suspendu & non entièrement éteint; il est donc dans l'esprit de la loi que la femme ne puisse point s'adresser à son mari, pour obtenir de lui l'autorisation qui lui est nécessaire soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

Art. 222.

L'interdiction ou l'absence du mari le mettant dans l'impuissance de donner à sa femme l'autorisation requise par la loi, c'est au juge à qui elle doit s'adresser pour l'obtenir, et celui-ci ne doit l'accorder qu'avec connaissance de cause, c'est-à-dire, après qu'il s'est bien fixé sur les motifs qui la font demander. Mr de Malleville l'un des rédacteurs du code, aujourd'hui sénateur, a cru dans son analyse raisonnée de la discussion du code au conseil d'état, que le mot absent qu'on trouve dans notre article devait être entendu du mari qui n'était pas à portée d'autoriser sa femme, comme n'étant pas présent, et non de l'absence qui a fait la matière du tit. 4 du code. nous embrasserions volontiers l'opinion contraire, & nous penserions qu'il ne peut s'être agi dans cet article, que de l'absence de ce dernier genre; avec cette précision qu'il faut se rapporter au tems où il n'a point encore été rendu de jugement de déclaration d'absence. jusqu'alors on peut dire seulement qu'un homme n'est pas présent. mais on ne peut pas dire qu'il soit vraisemblablement mort: la femme a donc besoin de l'autorisation du juge au défaut de celle que le mari ne peut point accorder par cette seule raison qu'il n'est pas présent. mais nous ne pensons pas qu'une absence momentanée et qui n'aurait pas été d'une certaine durée, pût fournir à la femme les moyens de se soustraire en quelque sorte à l'autorité maritale, par le soin qu'elle aurait de s'adresser au juge pour obtenir de lui l'autorisation pendant l'absence de son mari: si cette absence ne remontait qu'à une époque

Arrêt assez reculé pour présumer qu'elle n'avait jamais voulu
Demander à son mari.

art. 223.

Le Droit De la puissance maritale a été considéré comme moins
Si avantageux que utile, qu'on a restreint, autant que possible, tout ce qui
pouvait tendre à en diminuer les attributs; il est naturel De penser que si
dans le cours de la vie, il existe des occasions où un homme consente à se
départir d'un droit que lui assure la prééminence de son sexe, ce soit dans
son contrat de mariage, c'est là l'époque ordinaire de ces sacrifices, mais
la loi plus sage que l'homme a borné les effets de ce sacrifice, elle a
voulu qu'une autorisation générale donnée par le mari à sa femme
même en contrat de mariage, ne fut valable que relativement à
l'administration des biens de celle-ci, en sorte que non-obstant toute
autorisation donnée à la femme, même en contrat de mariage, pour vendre
hypothéquer, ou tout autrement disposer de ses biens, la vente qu'elle
pourrait en faire serait nulle; c'était là un point de jurisp. incontestable
comme on peut s'en convaincre à la lecture des arrêts rapportés par
Sirey et par le journaliste des audiences à la date du 18 décembre 1652,
et 26 janvier 1658.

On remarque par l'effet d'une bizarrerie assez singulière, on jugeait aupart.
De paris que une autorisation générale conférait à la femme le droit
d'ester en jugement, et non pas celui de contracter. on ne voit pas trop
sur quoi pouvait être basée cette différence; quoi qu'il en soit, il est
certain aujourd'hui qu'une autorisation de cette espèce ne pourrait être
à la femme d'aucune utilité, à moins qu'il fut uniquement question
d'objets relatifs à l'administration de ses biens; le texte de notre article
y est formel, il ne faut pas croire que l'on ait entendu déroger aux dispositions
des art. 215 et 219 du code qui ont statué sur la nécessité où est la femme
d'obtenir l'autorisation de son mari pour s'habiliter à contracter et ester
en jugement.

art. 224.

on n'a pas cru, et avec raison, que le mari mineur, à qui toute aliénation
est interdite, peut autoriser sa femme majeure à faire des actes dont il est
lui-même incapable, à cause de sa minorité; voilà pourquoi la loi a
voulu qu'au lieu de s'adresser à son mari mineur la femme obtient du
juge l'autorisation qui lui est nécessaire, soit pour ester en jugement
soit pour contracter: on avait assez généralement la mauvaise
pensée fait qui autorise jugé fait, d'après laquelle tout acte censé avoir
été également fait lorsque on a agi d'autorité du juge. cependant
les auteurs un grand nombre ont élevé sur cet article la question
de savoir si le mari devenu majeur, peut se pourvoir en rescision contre
l'acte passé par la femme à la suite de l'autorisation donnée par le
juge, et parvenir par ce moyen à emporter [illegible]

Ces auteurs pensent que la question est très délicate, & ils finissent par dire, qu'ils penchent à croire que le mari peut se pourvoir en rescision.

Cette opinion nous paraît bien extraordinaire, & l'opinion contraire peut être basée sur une raison qui nous paraît décisive. Avant la publication du code, le mari était reçu à se pourvoir contre l'autorisation par lui donnée en minorité, lorsqu'il croyait en avoir éprouvé quelque dommage; on pensait que la minorité étant un moyen légal de renversement de tous les actes passés pendant sa durée, il devait être appliqué au cas de l'autorisation accordée par le mari mineur, tout aussi bien qu'aux autres contrats.

De là résultait cet inconvénient que ceux qui traitaient avec la femme majeure autorisée par son mari mineur, ne pouvaient pas se flatter d'avoir terminé leurs différends, quelque voie qu'ils eussent pris pour y parvenir. La réclamation du mari fondée sur ce qu'il avait autorisé sa femme étant mineur, était pour lui un moyen assuré de renverser le traité quelle qu'en fût la nature. La loi a voulu faire cesser ce moyen légal qui entraînait après lui de si fâcheuses conséquences, & tout en conservant au mari la faculté de se pourvoir contre les actes qu'il peut avoir passés en minorité, elle a voulu soustraire le cas de l'autorisation à l'exemption du droit commun, & néanmoins ne pas laisser à la femme la faculté de traiter sans être autorisée.

Ce double but se trouve atteint par la précaution qu'a pris la loi de ne permettre à la femme de traiter, qu'autant qu'elle en a obtenu l'autorisation du juge, & ce but serait évidemment manqué si le mari pouvait encore exciper de sa minorité, pour faire renverser cette autorisation; il faut croire que le juge, jaloux de remplir, comme il le doit, une obligation que la loi lui impose, n'accordera pas légèrement cette autorisation, & qu'en cette partie, il ménagera les intérêts de la femme, tout aussi bien qu'aurait pu le faire un mari majeur. D'ailleurs il faut supposer à la loi un but raisonnable dans toutes ses dispositions, & l'on ne pourrait lui en assigner aucun dans le changement qu'elle a fait à cet égard, en chargeant le juge d'une autorisation que jusqu'alors il avait appartenu au mari seul de donner, si l'on n'eût pas cherché à prévenir les inconvénients que fesait naître la manière dont on procédait auparavant; il faut donc décider que le mari ne peut pas faire annuller l'autorisation accordée par le juge à sa femme majeure, sous prétexte qu'il était lui-même mineur, lors de cette autorisation.

Art. 225.

C'est dans l'intérêt de la femme que la loi a voulu qu'elle ne pût point contracter, sans être autorisée, soit par son mari, soit par la justice, dans les cas déterminés par elle, & quoiqu'il paraisse ass

clairement par la contexture des divers articles du code qui sont relatifs à cet objet, qu'il y a nullité absolue par la contravention à ce qu'ils prescrivent, on ne peut cependant pas se défendre de convenir que cette nullité n'est que respective, ou tout au moins que c'est une modification de la nullité absolue, lorsqu'on voit qu'elle ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers : ainsi ceux qui ont traité avec la femme non autorisée ne peuvent point exciper du défaut d'autorisation, pour se dégager des liens de l'obligation qu'ils ont contractée vis-à-vis d'elle, tandisque la femme peut en exciper vis-à-vis d'eux : la loi n'admet point de réciprocité à cet égard : les auteurs du code ont pensé qu'il devait en être sur cette matière comme de l'acquéreur d'un fonds appartenant à des pupilles ou à des mineurs, à qui il n'est point permis de prendre avantage de la pupillarité ou de la minorité des propriétaires pour faire rescinder l'acte d'achat, comme on peut le voir dans la loi 6, cod. de leg. et dans le commentaire qu'en a fait dantoine, pag. 32 & 33, dans albert, verb. mineur pag. 438, dans catellan, liv. 5, chap. 42, qui traite de l'aliénation des biens substitués, & dans Boniface, tom. 1er, liv. 6, tit. 2, chap. 7, pag. 376 & 377, où il traite de l'aliénation d'un fonds dotal : cette question avait été diversement décidée avant la publication du code, mais aujourd'hui elle ne peut plus présenter aucun doute.

art. 226. (T)

il est de l'essence du testament de n'avoir d'existence légale que à la mort de son auteur, jusques là il ne peut être regardé que comme un simple projet, puisque le testateur a la faculté de le changer à son gré. Cependant comme le testament est une disposition qui fait passer sur la tête de l'héritier institué les propriétés du testateur, on a douté si la femme pouvait tester sans y être autorisée par son mari : quelques coutumes avaient décidé qu'elle ne le pouvait pas ; mais les rédacteurs de ces coutumes n'avaient pas réfléchi que la femme, en testant ne se dépouille absolument de rien, qu'en se choisissant un héritier, elle ne fait que désigner celui qui recueillera ses biens, & qu'elle ne cesse point d'en être propriétaire, au moment où elle en dispose ; c'est la mort qui la dépouille & non pas son testament ; elle n'avait donc pas besoin d'être autorisée pour rendre valable un acte qui ne la dépouillait de rien, et qui était de nature à ne porter aucune atteinte aux droits de son mari, puisque celui-ci dans l'ordre des successions, est postposé à tous les parents de sa femme.

pour faire cesser l'abus qu'on faisait dans certains pays de la puissance maritale, le code a déclaré que la femme n'avait nul besoin pour tester d'y être autorisée par son mari; mais c'est là un droit nouveau dans plusieurs départemens, notamment dans ceux qui formaient autrefois les provinces de normandie, de Bourgogne, du Bourbonnais, du nivernais &c.a dont les coutumes particulières exigeaient l'autorisation du mari pour la validité du testament fait par la femme.

Chap. 7
De la dissolution du mariage
art. 227

La maxime mors omnia solvit n'a jamais permis de douter que le mariage ne fut dissous par la mort de l'un des conjoints; c'est là une verité si universellement reconnue, qu'on n'avait nul besoin d'en faire le sujet d'une décision particulière, mais il n'en était pas de même des deux autres moyens indiqués par le code, comme opérant la dissolution du mariage, le divorce & la condamnaon à quelque peine emportant mort civile.

Dans les premiers tems de la république à Rome, le divorce était inconnu, mais bientôt après, il fut mis au nombre des moyens de dissolution du mariage, Dirimitur matrimonium dit la loi 1ère, ff. de divort. & rep. Divortio, morte, captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum. on n'avait pas cru devoir l'adopter en france, jusqu'à ce que la loi du 20 7bre 1792 en eut autrement décidé, parce que l'église regardait le divorce comme défendu par l'évangile. on a pensé maintenant que s'il pouvait en résulter quelques inconvénients, ils seraient plus que rachetés par le bien qu'on en attend: le tems nous fixera sur ce que nous devons en penser. c'est un creuset où s'épurent toutes les nouvelles institutions.

quant à la condamnaon à quelque peine emportant mort civile il est certain qu'elle ne produisait pas l'effet de dissoudre le mariage, comme on peut en juger par ce qu'en disent Louet et Brodeau, lett. L, Somm. 14, Despeisses dans son traité du mariage, & plusieurs autres auteurs; c'est donc un droit nouveau que le code a introduit & auquel on doit se conformer dans tout le territoire de l'empire.

chap. 8.
(+) Des seconds mariages.
art. 228.

Plusieurs textes du droit romain avaient fixé à une année, le délai qu'un

femme devait laisser écouler entre le jour où devait commencé son veuvage celui où elle passait à de secondes noces. Si elle contractait un nouveau bien avant l'échéance de ce terme, elle encourait plusieurs peines dont il serait trop long de faire ici le détail. Rien n'est plus aisé que d'apprendre connaissance dans le traité des peines des secondes noces donné au public par Camboulas, l'un des célèbres professeurs de droit français en cette même faculté de droit dont j'ai l'honneur d'être un des membres, le parl. de toulouse, qui était régi par le droit écrit, avait adopté sur cette matière, nos lois sont remplies d'arrêts qui prononcent l'encourage de cette rigueur, lequel attestent la différence des peines encourues par la femme qui se remariait dans l'an de deuil, d'avec celle qui les contractait instituées, lorsqu'elle ne convolait que après une année révolue de la dissolution du mariage.

nos lois actuelles sur ce point sont bien moins sévères; on lit dans divers titres du code napoléon plusieurs dispositions relatives aux femmes qui sont passées à de secondes noces, ces dispositions peuvent être regardées comme des peines, mais elles sont bien loin de la nature de celles que le droit romain prononçait contre elles.

notre article en prohibant aux femmes de contracter à d'autres noces, avant dix mois révolus, depuis la dissolution du mariage, n'a point déterminé les peines qu'elles encouraient en cas de contravention, mais de motif de cette prohibition est si grave, en ce qu'il tend à assurer la filiation des enfants qui peuvent être le fruit de cette nouvelle union, qu'il semblait naturel de penser que cette contravention ne devait pas rester impunie.

Cependant les rédacteurs annales du notariat, dans leurs observations sur le présent article, disent par analogie de la disposition de l'art. 227 du code, soutiennent que les peines des secondes noces sont abolies, et que les femmes n'encourent plus aucune peine soit qu'elles se remarient, sans avoir fait nommer un tuteur à leurs enfants, soit qu'elles n'attendent point l'échéance du délai, avant lequel il leur est défendu de se remarier.

il paraît d'abord bien extraordinaire que la loi de l'oubli et qu'elle ne punisse point la contravention; on doit néanmoins convenir que l'abolition des peines prononcées contre les femmes par le droit romain en pareille occurrence est une conséquence nécessaire de l'énumération contenue dans le code: en effet on lit dans l'art. 727 que les seuls parents qui prendront la qualité de héritiers qui excluent les successions ceux qui en sont exhérédés. Le droit romain rangeait dans cette classe les femmes qui ne se remariaient pas, le code les en a retranchées.

D'autre côté, l'art. 907 du même code déclare incapable

de disposer et de recevoir, soit par donations entre-vifs, soit par testament, toutes les personnes qui n'en sont point exceptées par la loi. La femme remariée avant l'échéance du délai porté en notre article, ne se trouvant point placée dans l'exception, sont nécessairement comprises dans la disposition générale, dans l'incapacité dont elles étaient frappées par le droit romain, n'existe plus.

Enfin l'article dernier de la loi du 3e. jour. an 12. sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de code civil des français, porte qu'à compter du jour où les lois sont exécutées, les lois romaines, les ordonnances, les statuts et les coutumes générales ou particulières dans les matières qui sont l'objet des lois qui composent le code civil, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les mêmes matières qui sont l'objet desdites lois qui composent le code: or les causes d'incapacité et les causes d'indignité ayant été désignées par la loi nouvelle, dans laquelle on y trouve comprise celle que le droit romain avait prononcée contre la femme remariée intra annum luctus, il s'ensuit qu'on doit regarder comme abrogée, et qu'on ne peut plus considérer la prohibition faite aux femmes de se remarier avant dix mois révolus à compter de la dissolution du précédent mariage, que comme une simple loi de police, un précepte qui ne fait encourir aucune punition aux femmes qui pourraient s'en écarter.

Nous ajouterons à ce que nous venons de dire, qu'on ne peut guères se dispenser de cette opinion, lorsqu'on a lu avec quelque attention les réflexions faites par des orateurs du tribunat et du gouvernement, lors de la présentation de la partie du code relative aux causes d'indignité et notamment celle tirée de nr. Siméon, dans son discours prononcé au corps législatif le 29 germinal an 11, où les romains avaient multiplié les incapacités, nous les réduisons à trois (a), et le code a adopté cette réduction.

Enfin on lit dans le tome 8 du répertoire univ. de jurisp. par mr. merlin, verb. secondes noces, pag. 496 et suiv. une savante dissertation sur cette matière, dont le résultat nous apprend que les peines des secondes noces sont abrogées par notre nouvelle législa-

---

(a) l. 8, §. 2, cod. de repud. si quis igitur maritum suum adulterum, ... vel ad contemptum sui domum suæ, jussâ inspicientis, cum impudicis mulieribus coetum ineuntem probaverit, hanc repudii auxilio uti necesse sit permittimus libertatem et causas dirimendi legibus comprobare. = imp. theod. et valent.

Tit. 6.

Du Divorce.

Le titre du divorce dont nous allons nous occuper est composé de plusieurs chapitres qui ont chacun leur objet particulier.

Le premier nous indique les causes du divorce.

Le second traite du divorce pour cause déterminée en général, mais il se divise en trois sections, la première indique les formes à remplir pour parvenir au divorce sur ce motif: la seconde règle les mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce pour même cause, & la 3me nous fait connaître les fins de non-recevoir qui peuvent être opposées contre l'action en divorce formée sous le même prétexte.

Le 3me chapitre est consacré à l'indication des cas où le divorce par consentement mutuel est permis ou défendu, & des formes à observer pour y parvenir par cette voie.

Le quatrième traite des effets du divorce obtenu soit pour cause déterminée, soit par consentement mutuel.

Enfin le 5me a pour objet la séparation de corps.

nous allons faire sur chacun de ces chapitres quelques observations auxquelles nous ne donnerons pas beaucoup d'étendue, parce que mr treilhard conseiller d'état & mr carrion-nizas ex-tribun, qui furent chargés de présenter ce titre du code au corps législatif, ont dit dans leur rapport tout ce qu'il était possible de dire sur cette nouvelle institution, & que ce serait perdre du tems que de l'employer à répéter ce que d'autres ont dit avant nous, notamment sur les avantages qu'on attend de cette nouvelle institution, & sur les inconvenients qui peuvent en résulter.

chap. 1er

Des causes du divorce.

art. 229 & suivans jusques & compris l'art. 233.

Le divorce fut inconnu dans l'ancienne rome: mais il fut admis quelque tems après & les motifs en furent déterminés par la loi 8, §. 2, cod. de repud. l'empereur justinien le proscrivit par la novelle 117, chap. 10; mais l'empereur justin le rétablit après avoir témoigné le plus vif regret de s'y voir forcé par les circonstances, c'est là ce qu'on voit dans la novelle 140;

il est aisé de sentir combien cette matière est susceptible de difficultés, lorsqu'on voit les premiers législateurs du monde après avoir balancé les avantages & les inconvéniens qui pouvaient en résulter, tantôt admettre & tantôt rejetter ce moyen de dissolution du mariage.

nos législateurs ont eu devoir l'admettre, mais ils ont accompagné cette admission de tant de conditions; ils ont prescrit un si grand nombre de formalités dont l'inobservation entraîne la déchéance de la demande en divorce, qu'il n'est pas possible de se dissimuler combien il leur en a couté de l'admettre.

la première cause du divorce est l'adultère: ce crime est si grave, qu'il entraîne après lui de si affreuses conséquences qu'il a été constamment regardé comme le moyen le plus naturel de dissoudre le mariage: en s'unissant par ce lien, les époux se sont donnés l'un à l'autre, ils sont, pour ainsi dire, devenus la propriété réciproque de chacun d'eux: par qui que ce crime ait été commis, que ce soit le mari, que ce soit la femme, on ne peut que l'avoir en horreur: cependant il faut convenir que celui de la femme emmène des conséquences bien plus graves, voilà pourquoi l'ancienne jurisp. basée sur les textes du droit, notamment sur l'authentique Sed hodie, cod. ad leg. jul. de adult. & sur la nov. 134, chap. 10, prononçait des peines très sévères contre les femmes convaincues de s'en être rendues coupables.

nous ne vous ferons point ici le détail de ces peines, il nous mènerait trop loin, mais outre ce que nous vous dirons dans notre explication orale, vous pourrez consulter Bretonnier sur Henrys, édition de 1738, tom. 3, liv. 6, quest. 20, depuis la pag. 723 jusques à la page 753, où cet auteur a approfondi cette matière dans les ppes du droit civil & dans les ppes du droit canonique.

l'adultère commis par le mari est tout aussi hideux, mais comme il n'entraîne point après lui d'aussi graves conséquences que celui de la femme, le code pour autoriser la femme à demander le divorce sur ce moyen a voulu que le mari eût dans sa propre maison la complice de son incontinence, en quoi il n'a fait que copier les dispoons du droit romain, en la loi 8, §. 2, cod. de repu.

les excès, les sévices, les injures graves de l'un des époux envers l'autre, peuvent aussi donner ouverture à l'action en divorce, tel est le ppe; mais jusques à quel point cette gravité peut-elle se porter? c'est ce que la loi laisse à l'arbitrage du juge.

C'est à lui de peser dans sa sagesse, si ce que l'on doit regarder comme injures graves entre personnes d'un certain état, peut être envisagé sous le même point de vue entre personnes d'un état différent, et qui n'ont pas reçu une certaine éducation.

tout ce qu'on peut dire avec vérité, c'est que le divorce ne doit pas être légèrement admis entre quelques personnes que ce soit, à quelque classe de citoyens qu'elles appartiennent. Pour être dans le cas de la loi la femme doit prouver que son mari est dans l'usage presque habituel de la maltraiter en fait, ou en paroles, que sa conduite de ce côté est, à son égard, un système d'oppression, pour lequel elle gémit.

il en est de même de la condamnation de l'un des époux à une peine infamante: l'homme qui préside à toute la action en françois a été, sans doute le moteur de cette disposition; le mariage étant une société qui rend tout commun entre ceux qui l'ont contracté, on a pensé qu'il fallait laisser à celui des époux qui n'a point encouru une condamnation de cette espèce la faculté de rompre un lien qui lui fait, en quelque sorte, partager l'opprobre dont son conjoint a été couvert: mais ce n'est là qu'une faculté dont on peut ne pas user.

telles sont les causes ou les motifs qui peuvent donner lieu à l'action en divorce pour cause déterminée, mais il y en a encore une d'une nature différente, c'est celle prise du consentement mutuel, sous les conditions et les épreuves que la loi détermine, nous aurons à en parler dans la discussion des divers articles qui y sont relatifs, — et qui font partie de notre titre.

chap. II.

Du divorce pour cause déterminée.

Section 1ère

Des formes du divorce pour cause déterminée.

art. 234 et suivans jusques et compris l'art. 266.

Nous avons peu d'observations à faire sur les 33 articles dont notre section est composée, parce qu'ils sont presque tous indicatifs de la forme en laquelle il doit être procédé, et non pas déclaratifs de quelque point de droit: ces articles exigent une étude particulière de la part de ceux qui par état pourront se trouver chargés de la poursuite des actions en divorce, pour ne pas s'exposer à faire une procédure nulle, elle le sera aussi

Et Lorsque leur mauvaise étoile les force de recourir à ce moyen pour rompre leur union conjugale, mais il faut croire que ce sera de très petit nombre.

nous remarquerons 1.° que c'est au tribunal civil de l'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile à connaître de l'action en divorce, quoique ce soit l'officier de l'état civil qui prononce la dissolution du mariage.

2.° que si parmi les faits allégués par l'un des époux pour obtenir le divorce, il y en a qui soient d'une telle gravité que la partie publique croie pouvoir en faire le sujet d'une poursuite criminelle, quel que soit l'événement de cette poursuite, l'arrêt dont elle pourra être suivie, ne formera pas une fin de non-recevoir contre l'époux demandeur.

3.° nous devons observer que les faits qui sont de nature à donner lieu au divorce pour cause déterminée, se passant ordinairement dans l'intérieur du ménage, doivent néanmoins être prouvés; il a fallu nécessairement faire une brèche au droit commun qui exclud les parents de la faculté de porter témoignage dans les causes où ils sont intéressés, des personnes desquelles ils tiennent par les liens du sang. cependant la loi n'a pas voulu que cette nature de témoignage fut non plus reçu en toute autre, où le témoignage des parents est prohibé, ce témoignage fut regardé de même s'il eut été porté par des personnes étrangères, elle a remis à la prudence des juges qui doivent peser dans leur sagesse jusqu'à quel point foi doit y être ajoutée; tout ce qu'elle a pu, a été de déclarer que les parents ne sont pas reprochables en cette qualité; la même raison a fait admettre la déposition des domestiques, de là est venu la maxime in domesticis domesticum testimonium non reprobatur. s'il en était autrement il serait à peu près impossible d'être instruit de ce qui se passe dans l'intérieur des ménages.

mais les parents, même les ascendans sont reçus à porter témoignage sur les faits allégués pour parvenir au divorce, s'ils en étoient de même des enfants et descendans, trop de devoirs de respect aux auteurs de leurs jours pour que la justice permette qu'ils s'attaquent quelque soit les motifs de leur conduite, le témoin, en cette occurrence, est juge en quelque sorte, et quoique nécessaire, le motif doit nous rendre de parler sur le fait de tout témoignage.

(1) quoniam non facile quis domi gerentibus alienis possit testibus, propinquis, maxime liberis, fidem denegare. l. 8. §. 5. ff. de test.

* au simple fait de divorce restait à suspendre jusqu'après l'arrêt de la cour criminelle.

4° La loi du 3 Bre an 2, avait défendu d'appeller des jugemens préparatoires: le nouveau code de procédure civile, l'a aussi défendu en l'art. 451, mais cette règle générale n'est point applicable au cas d'une action en divorce. Cette action ne jouit pas d'assez de faveur pour qu'on doive fermer la porte à tous les moyens, qui peuvent en retarder la conclusion.

un arrêté du directoire exécutif du 9 messidor an 4, avait décidé qu'on avait dix ans pour appeller d'un jugement de défaut et que ces 10 années ne commençaient à courir que du jour de la signification: l'art. 156 du code de procédure civile en a autrement ordonné, en bornant à six mois le délai dans lequel doit être exécuté le jugement rendu en défaut, lorsqu'il n'y a point eu de constitution d'avoué, & en ordonnant par l'art. 158 que l'opposition ne sera recevable que jusqu'à l'exécution du jugement; telle est la règle générale; mais elle n'est point applicable au cas où il s'agit d'une action en divorce: on n'a alors que 3 mois pour appeller, même des jugs de défaut.

quant aux demandes en cassation qui pourraient être formées contre des arrêts qui auraient prononcé sur une action en divorce quoique dans le cours ordinaire des choses, le pourvoi en cassation ne porte aucun obstacle à l'exécution des arrêts, cependant on a pensé qu'il devait en être autrement en matière de divorce et rien n'était plus juste: il y aurait eu de trop graves inconvénients à permettre l'exécution d'un pareil jugement, le pourvoi est donc suspensif en ce cas.

nous finirons par observer que la loi du 20 7bre 1792 qui la première admit en france ce moyen de dissolution du mariage, y fut diversement accueillie. les uns y trouvèrent avec plaisir le moyen de rompre un engagement dont ils ne supportaient le poids, qu'avec peine: les autres s'en servirent pour ménager leurs intérêts qui étaient compromis par les circonstances où ils se trouvaient, & cherchèrent ensuite à le faire déclarer nul sous divers prétextes: mais une loi transitoire du 26 germinal an 11, ordonna l'exécution de tous les divorces prononcés avant la publication de notre titre du code.

Les Demandeurs en cassation de Divorce, non-obstant cette loi Crurent trouver un moyen d'en faire prononcer l'annullation sous prétexte d'inobservation des formalités prescrites par la loi du 20 7bre 1792, mais cette ressource leur fut encore enlevée par un avis du conseil d'état du 11 prairial an 12 confirmé par S. M. l'empr. le 18 du même mois. Cette réclamation aurait pû faire naître des guerres intestines que le Législateur a dû étouffer dans leur naissance.

Section 2.

Des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en Divorce pour cause déterminée.

Art. 267 & suivans jusques & compris l'art. 271.

1° La demande en divorce ne rompant pas les liens de la puissance maritale, quel que soit le rôle du mari, qu'il soit demandeur ou défendeur en divorce, il ne doit pas moins avoir, par provision, l'administration de ses enfans: il est chef de sa famille: il a d'ailleurs pour lui la prééminence de son sexe; cependant comme ce n'est que la présomption du mieux pour les enfans qui a déterminé cette préférence en sa faveur, si la mère, ou la famille, ou le procureur-impérial, pensaient que l'intérêt des enfans exige que leur administration soit confiée à tout autre qu'au père, le tribunal pourra l'ordonner ainsi: la moralité du père, sa conduite dans le monde & l'opinion publique sur son compte, doivent présider au jugt qu'il peut y avoir lieu de rendre.

2° Les esprits doivent être bien exaspérés, lorsque les époux en viennent au point de vouloir rompre leur mariage par le divorce: alors il n'est pas possible qu'ils habitent sous le même toit: aussi la loi a-t-elle autorisé la femme à quitter la maison maritale, & comme ses moyens pécuniaires sont communément moindres que ceux du mari, celui-ci sera tenu de lui payer une provision alimentaire dont le taux doit être déterminé par le tribunal, d'après les facultés du mari: mais ce n'est qu'à cette condition qu'elle sera tenue de se retirer dans la maison que le tribunal lui indiquera, & qu'elle y fera sa résidence. Si la femme se permettait de ne pas s'y rendre, ou de l'abandonner pour fixer sa résidence ailleurs, le mari serait autorisé à refuser le payement de la provision; & la femme serait déchue de l'utilité de son action en divorce.

3° cependant comme il serait souverainement injuste que la femme éprouvât quelque préjudice, en ses biens par-

l'action en Divorce, la loi l'a autorisée, lorsqu'elle est commune en Biens à requérir l'apposition des Scellés sur les effets mobiliers de la communauté, Scellés qui ne peuvent être levés qu'en fesant inventaire avec prisée; & par cette démarche le mari n'en est plus que le gardien judiciaire, obligé, comme tel, de les représenter, ou de répondre de leur valeur.

Le même motif a fait déclarer nulles toutes les aliénations que pourrait faire le mari des Biens immeubles entrés en communauté, quoiqu'il en soit le Seigneur & le maître: mais afin que cette nullité soit encourue, il doit être prouvé que l'aliénation de l'immeuble, ou les obligations contractées par le mari ont été faites en fraude et dans la vue d'évacuer les fonds de la communauté.

Section 3.

Des fins de non-recevoir contre l'action en Divorce pour cause déterminée

Art. 272, 273 & 274.

Ces trois articles sont consacrés à nous faire connaître les faits qui sont de nature à empêcher l'exercice de l'action en Divorce. La loi n'indique que le moyen pris de la réconciliation, et ce moyen légal ne présente de difficulté qu'en ce qu'il n'est pas toujours bien aisé de juger si les pièces remises à l'appui de cette prétention doivent opérer l'effet qu'on en attend: au fonds, il est incontestable que la réconciliation opère une fin de non-recevoir contre l'action en Divorce, parce qu'une injure remise ne peut plus fournir matière à aucune poursuite; on sent aisément que les nouveaux torts de l'un des époux envers l'autre, ne sauraient être couverts par des preuves d'une réconciliation antérieure, mais ces nouveaux torts font, pour ainsi dire, revivre les anciens, & le juge peut les prendre en considération, quand il s'agit de statuer sur les nouveaux.

Au reste les preuves des faits dont on prétend induire la réconciliation, peuvent être faites par actes ou par témoins, en la forme prescrite par notre titre. nous ajouterons qu'il est des faits de réconciliation qui portent avec eux-mêmes des preuves de leur existence: qu'une femme, par exemple, devienne enceinte

il est Bien évident qu'il y a eu Réconciliation entre les conjoints, Et la grossesse seule en fournit la preuve, à moins que le mari ne passe à l'accusation d'adultère contre sa femme.

Chap. 3

Du Divorce par consentement Mutuel.

art. 275 jusques & compris l'art. 294.

on reconnait dans les 20 articles dont se compose notre section diverses dispoons; les unes sont relatives aux procédés qui doivent être observés pour obtenir le Divorce par consentement mutuel les autres sont déclaratoires des qualités dont doivent être revêtus les demandeurs en Divorce, & des conditions sans lesquelles le Divorce ne saurait être prononcé.

Celles qui se rapportent aux procédés, qui appartiennent aux formes à remplir, ne sont susceptibles d'aucune explication: tout ce qu'on peut en dire, c'est qu'elles doivent être rigoureusement remplies à peine de nullité.

il n'en est point de même des autres, c'est-à-dire, de celles qui sont déclaratoires des qualités & des conditions qui doivent accompagner les demandes en Divorce par consentement mutuel

1° les conjoints doivent être majeurs, de la majorité requise pour le mariage: on n'a pas voulu que la légèreté qui est la compagne ordinaire d'un âge moindre, pût être le ppal motif d'une démarche qui tire à de si grandes conséquences

2° il faut avoir passé deux ans en ménage pour être reçu à former cette demande.

3° elle ne pourra l'être après 20 ans de mariage, quel que soit l'âge des conjoints, en sorte qu'une femme âgée de 36 ans seulement serait non-recevable à le demander, quoiqu'son mari y donnât son consentement, si elle s'était mariée avant le complément de sa 16e année. il en doit être de même si la femme a déja 45 ans révolus, quoiqu'elle n'ait pas été 20 ans en ménage. il n'est pas difficile de pénétrer le motif qui a fait déclarer le divorce inadmissible, lorsque le mariage remonte à plus de 20 ans; il est pris de ce qu'on ne peut imputer qu'à légèreté une pareille démarche, lorsque des époux ont vécu 20 ans ensemble & qu'ils sont passés par toutes les épreuves qu'offre le lien du mariage: mais il n'est pas aussi aisé d'assigner la cause qui a engagé le législateur à ne pas permettre le divorce par consentement mutuel, lorsque la femme a complété sa 45e année

quoiqu'il en soit, la loi a parlé, & c'en est assez pour qu'elle doive être exécutée.

4.° Les engagemens que l'on a contractés ne peuvent être dissous que avec le concours de toutes les personnes qui ont contribué à les former. or le consentement des pères & mères, & à leur défaut, celui de l'ayeul et de l'ayeule ou autres ascendans vivans, étant absolument nécessaire pour la validité du mariage, il était nécessaire que ce même consentement intervint pour sa dissolution.

il y a néanmoins cette différence, que pour la validité du mariage la loi n'exige des mâles majeurs de 25 ans, & des filles ou veuves majeures de 21 an, que de requérir le consentement des ascendans pour pouvoir le contracter, au lieu qu'à tout âge ce consentement doit être obtenu par ceux qui veulent le rompre.

5.° Les époux qui veulent opérer le divorce par consentement mutuel, doivent faire inventaire avec estimation de tous leurs biens meubles & immeubles, nous verrons en expliquant le chapitre suivant les motifs de cette injonction: ils doivent aussi convenir préalablement & par écrit de trois points essentiels:

Le premier de celui d'entr'eux ou des tierces personnes à qui leurs enfans seront confiés, pendant les épreuves, & après la prononciation du divorce; le second de la maison où la femme doit résider pendant le tems des épreuves; & le 3me de la somme que le mari devra payer à la femme durant ce même tems, si elle n'a point de revenus suffisants pour fournir à ses besoins.

nous termineront ce que nous avions à dire sur cette section par cette remarque que le jugement qui admet le divorce, ce jugement émanât-il d'une cour souveraine, perd toute son efficacité, si les parties qui l'ont fait rendre ne se présentent dans les 20 jours de sa date, ensemble & en personne, devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer: de là cette conséquence qu'il n'y a aucun moyen d'exécution de ce jugement, si l'une des parties changeant d'opinion, au moment de faire prononcer l'officier de l'état civil, se refuse de comparaître devant lui pour cela. il est bien évident que le divorce par consentement mutuel n'étant que le fruit de la volonté réciproque des deux époux pour le faire prononcer, la manifestation d'une

volonté contraire est un obstacle invincible à ce qu'il le soit. Ainsi en pareille circonstance, le jugement n'est autre chose qu'une sorte de déclaration faite à l'officier de l'état civil qu'il peut prononcer le divorce, bien entendu néanmoins que les parties persistent l'une & l'autre dans l'intention de rompre leur union.

il n'est pas douteux que que le divorce une fois prononcé par l'officier de l'état civil, le mariage ne soit dissous, quel sera donc l'état de la femme qui continuerait de co-habiter avec son mari, & celui des enfans qui pourraient naître d'eux? la femme sera concubine, & les enfans bâtards. il n'y a qu'illégitimité pour la femme et pour les enfans hors du mariage.

mais il n'en serait pas de même vis-à-vis de tierces personnes qui auraient été témoins de cette co-habitation ce serait un moyen de tromper la foi publique: c'est ainsi que la question fut jugée par un arrêt que rendit la cour d'appel de Limoges, le 26 messidor an 9, arrêt qui fut confirmé par la cour de cassation, le 1er messidor an 11.

chap. 4.

Des effets du divorce.

art. 295 & suivans jusques & compris l'art. 305.

Les divers articles qui forment notre chapitre présentent le plus grand intérêt, soit du côté des mœurs, soit du côté de la fortune: les brièves observations que nous allons faire, vous en convaincront.

1° toute réunion est prohibée aux époux qui auront cru devoir faire rompre leur union par la voie du divorce: la loi du 20 7bre 1792 en avait autrement ordonné, et c'est avec raison qu'on a décidé le contraire.

2° on doit distinguer le cas du divorce pour cause déterminée d'avec celui où il a lieu par consentement mutuel: dans le premier cas, il est permis à la femme de contracter de nouveaux liens, dix mois après la prononciation du divorce au contraire dans le second les époux doivent laisser trois ans, avant de se remarier à compter de la même époque.

On demande à ce propos si un mariage contracté avant le terme dont nous venons de parler serait nul, s'il pourrait être attaqué comme tel : c'est ce que nous verrons dans notre explication orale.

3° parmi les causes qui peuvent donner lieu à l'action en divorce, se trouve l'adultère : vous savez déjà que ce crime est le premier motif d'admission du divorce. La loi, à titre d'exception au droit commun, n'a pas voulu que dans ce cas l'époux qui a été convaincu de s'en être rendu coupable, lorsque a été condamné comme tel, pût se marier en aucun temps avec son complice. cette prohibition est infiniment sage : on ne devait pas laisser à des êtres assez pervers pour commettre ce crime, l'espoir de s'unir par des nœuds légitimes.

On peut demander ici quelles peine doit encourir la femme condamnée pour fait d'adultère. elle est citée dans toutes les lettres dans le code. c'est celle de la réclusion dans une maison de correction pour un temps déterminé qui ne pourra être moindre de trois mois, ni qui ne pourra point excéder deux années.

Autrefois il en était tout autrement : vous en apprendrez le détail dans nos explications orales. Nous vous indiquerons les sources dans lesquelles vous pourrez puiser toutes les connaissances que on peut désirer d'acquérir sur cette matière.

4° il était parfaitement juste que l'époux qui, par son inconduite, força son conjoint à rompre le lien du mariage par la voie du divorce, ne pût jamais rien prétendre sur les biens de celui dont il a fait sa victime pendant leur co-habitation : il est possible que cette disposition écarte la multiplicité des divorces, car les hommes n'écoutent guères que leur intérêt.

par la même raison on a dû conserver à l'époux qui a obtenu le divorce pour cause déterminée, tous les avantages stipulés en sa faveur dans le contrat de mariage, c'est une vraie punition que la loi inflige et cette punition ne saurait atteindre que celui dont la conduite a été déclarée répréhensible. il doit en être de même des avantages que les époux peuvent s'être faits pendant le cours du mariage. celui qui a rendu le divorce nécessaire perd tout, l'autre conserve tout, même dans le cas où il y aurait eu stipulation de réciprocité dans ces avantages.

5.° on n'a jamais douté que le mariage ne fût dissous par le divorce, mais comme en s'unissant par ce lien, les époux avaient contracté l'obligation de se fournir réciproquement tout ce dont ils pouvaient avoir besoin, il ne serait pas supportable que celui des deux qui a rendu le divorce nécessaire, fût trouvé dans sa propre inconduite le moyen de s'affranchir d'une charge qui était la suite inévitable des engagements qu'il avait contractés.

Le législateur est allé encore plus loin, il a voulu que celui des époux qui a obtenu le divorce pût réclamer une pension sur les biens de l'autre, sous cette condition néanmoins que la pension ne pourrait point excéder le tiers des revenus, & qu'elle serait nécessaire à celui à qui elle est accordée, car elle cesserait si l'époux divorcé obtenait quelque accroissement dans sa fortune.

6.° Sans doute, on a dû s'occuper du sort des enfans non seulement pendant le cours des épreuves ordonnées par la loi, mais encore pour le tems postérieur à la prononciation du divorce pour cause déterminée. La loi a donné la préférence au père dans le premier cas, à moins qu'il n'y eût des raisons probablement bonnes pour en agir autrement; mais dans le second cas, elle a prononcé en faveur de celui qui a obtenu le divorce; toutes les probabilités sont en sa faveur. cependant si le tribunal pensait le contraire d'après les observations de la famille ou du procureur impérial la loi lui laisse toute la latitude possible, & il peut dans sa sagesse en ordonner tout autrement en les confiant à celui des époux qui a rendu le divorce nécessaire, ou à de tierces personnes.

mais dans quelques mains que les enfans soient placés chacun des conjoints doit contribuer à leur entretien & à leur éducation dans la proportion de leurs facultés, ils peuvent même exercer une surveillance dont l'exactitude ne peut tourner qu'au bien de ces mêmes enfans.

Enfin, les enfans ne doivent pas être les victimes des dissensions domestiques qui ont fini par le divorce, & quoique le mariage soit dissous par cette voie, il n'en conserve pas moins toute son efficacité dans l'intérêt des enfans qui peuvent réclamer tous les avantages que leur avait assuré le contrat de mariage de leurs père & mère, mais l'utilité qui leur en est conservée est renvoyée à la même époque à laquelle ils en auraient joui, s'il n'était point intervenu de divorce

7° Ce que nous avons dit jusqu'ici ne doit être appliqué qu'au cas du Divorce pour cause déterminée, car les époux ont encore bien mieux traités lorsqu'il s'agit d'un divorce par consentement mutuel. En effet, dans ce dernier cas, les enfans acquièrent de plein droit la propriété de la moitié des biens de leurs père et mère à compter du jour de leur première déclaration, de telle manière que à partir de ce jour, ceux-ci n'y ont plus que l'usufruit qu'ils conservent jusqu'à la majorité de leurs enfans, le tout sans préjudice des autres avantages que les conventions matrimoniales de leurs père et mère peuvent leur assurer.

Chap. 5.

De la séparation de Corps.

art. 306 à 311 inclusivement.

1° Dans aucun temps les lois n'ont admis la séparation de Corps uniquement fondée sur le consentement respectif des époux; on peut en juger par l'arrêt qui est rapporté par Perrin, en son institutes du Droit français, liv. 1er, tit. 9. cependant si une séparation de ce genre avait reçu son exécution pendant quelque temps, les arrêts déclaraient non recevable la réclamation dirigée contre un accord portant séparation volontaire: on trouve ces arrêts dans le journal des audiences, tom. 1er liv. 2, chap. 92, dans Bardet, tom. 1er, pag. 281, et dans le recueil de Mr. Granville: ce dernier arrêt qui fut rendu au parlement de Paris le 20 août 1721, déclara le comte de Rochefort non-recevable à quereller l'acte de séparation d'avec sa femme, sous prétexte que cet accord avait reçu son exécution pendant plusieurs années.

Il serait inutile de vous indiquer ici les causes de séparation vous les connaissez déjà par la connaissance que vous avez acquise des causes de divorce pour motif déterminé; car la loi ne permet l'action en séparation de corps que dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée: il n'y a à faire sur ce point d'autre observation, que lorsque la séparation de corps est obtenue pour cause d'adultère, le jugement qui la prononce doit prononcer aussi la peine qui encourt la femme pour être rendue coupable de ce crime, cependant cette peine peut être arrêtée dans ses effets, si le mari consent à reprendre cette femme coupable.

2°. on a cru devoir laisser à l'époux défendeur à la demande en séparation de corps la faculté de demander le divorce, à l'expiration des trois années qui suivent l'obtention de cette séparation, pour que la séparation ait été prononcée pour toute autre cause que l'adultère on a pensé que l'état des citoyens ne devait pas rester plus longtemps dans cet état d'incertitude où le place la séparation de corps, il fallait ou que les époux restassent unis, ou que les liens qui les attachaient l'un à l'autre fussent entièrement rompus. Voila pourquoi on a déclaré qu'au bout de 3 années, à dater de la séparation de corps, celui qui aurait obtenu cette séparation, serait obligé de se réunir à l'époux contre qui elle aurait été prononcée, faute de quoi celui-ci pourrait former l'action en divorce demande qui serait accueillie sans autre examen, à moins que le demandeur en séparation ne consente immédiatement à la faire cesser.

3°. enfin il était naturel que la séparation de biens fût la suite de la séparation de corps, mais dans ce cas la séparation de biens cesse sans autre procédure, au moment où les époux se réunissent, au lieu que lorsqu'il est intervenu séparation de biens entre les époux, sans qu'ils aient cessé de co-habiter ensemble; il faut un acte public pour rétablir la communauté. Vous pouvez voir ce qu'en dit rousseau de lacombe en sa jurisprudence civile sous le mot séparation n°. 20.

Tit. 7me

De la paternité & de la filiation.

Chap. 1er

De la filiation des enfans légitimes ou nés dans le mariage

Art. 312. art. 312.

Le titre que nous allons expliquer présente le plus grand intérêt. après avoir réglé la forme du mariage, il était naturel que la loi en déterminât les effets. voici comment elle y a pourvu.

La conception est couverte d'un voile si impénétrable qu'il a fallu se livrer à des présomptions pour établir la paternité mais comme la société entière est intéressée à ce que l'état des enfans ne soit pas incertain & ne dépende point du caprice de ceux qui leur ont donné le jour, la loi a voulu que celui qui fut réputé le père, qui a contracté le mariage duquel ils sont nés, pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant.

121 Dit la loi 5, ff. de in jus vocan. à moins qu'il n'y ait une impossibilité phisique à ce qu'il le soit. on trouve dans nos livres une quantité prodigieuse d'arrêts qui ont consacré cette maxime notamment dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 3, chap. 7 et tom. 4, liv. 10, chap. 16, dans Boniface tom. 4, liv. 9, tit. 4, chap. 2, dans les causes célèbres tom. 17, pag. 187 & suivantes dans Dupinot sur l'art. 222 de la coutume d'anjou &c. &c.

La difficulté consiste à savoir comment on doit entendre ces mots impossibilité phisique de cohabiter avec sa femme, qu'on lit dans notre article. Les auteurs sont assez d'accord sur ce point qu'il faut que le mari ait quitté la maison, et qu'il se soit absenté pendant longtems ou qu'il lui soit survenu un accident tel qu'il soit devenu impropre à la génération; & ce sont ces motifs que le code a adoptés pour écarter les effets de la maxime Pater is est &a.

ainsi donc, le mari qui veut désavouer l'enfant dont sa femme est accouchée, rapportant la preuve qu'il était absent, mais d'une absence telle qu'il ne fût point en son pouvoir de co-habiter avec elle pendant le cours des 120 jours qui ont précédé les 180 qui forment la plus courte durée de la gestation du part, ce mari, disons-nous, est fondé à soutenir qu'il n'est point le père de l'enfant que sa femme voudra mettre sur son compte.

il ne faut pas croire que le calcul dont nous venons de parler soit dépourvu de bases, il est fondé sur la décision expresse de la loi 3, §. 92, ff. de suis & leg. hæred, qui porte que l'enfant né 182 jours après la conception, est réputé n'être au bout d'un terme, sinon ordinaire, du moins légitime, & qui, par cela même, décide qu'un enfant venu à bon port avant ce terme, peut donner lieu à des soupçons d'illégitimité. De eo autem qui centesimo &a

La doctrine des auteurs sur ce point est conforme à la disposition de la loi: on peut voir caranza de partu, chap. 9, n°. 41: mauriceau des maladies des femmes grosses, liv. 2, chap. 1er & plusieurs autres auteurs qui enseignent tous qu'un accouchement au delà du complément du 6me mois et dans le cours du 7me, 8me, 9me & 10me mois ne forme que des variétés dans la nature qui ne portent aucune atteinte aux preuves ordinaires de la paternité;

On voit par là que notre code a sagement fait, lorsqu'il a autorisé le mari à désavouer l'enfant né pendant le mariage, pourvu qu'il prouve qu'il était, à cause de son éloignement, dans l'impossibilité de co-habiter avec sa femme pendant le cours des 120 jours qui ont

précédé les 180 antérieurs à l'époque de l'accouchement

art. 313

celui qui s'est engagé dans les liens du mariage est en présomption de posséder toutes les facultés requises pour en remplir les devoirs. inutilement prétendrait-il que l'enfant dont sa femme est accouchée, ne lui appartient pas sous prétexte qu'il n'a jamais été propre à la génération on lui répondrait avec succès qu'il est sur ce point en opposition avec lui-même, qu'il a nettement déclaré le contraire, en se mariant et que par cela même, il ne doit point en être cru dans son assertion voilà pourquoi l'article précédent ne parle point d'impuissance naturelle, mais seulement de quelque accident qui peut mettre le mari dans l'impossibilité de co-habiter avec sa femme. nous vous ferons connaître dans le cours de l'explication un fameux arrêt qui statua sur cette matière par la proscription d'un système qui jusqu'alors avait été mis en pratique, en fait d'accusation d'impuissance naturelle.

notre article décide encore une question que la loi Romaine avait décidée avant lui, & de la même manière, savoir que l'enfant né d'une femme condamnée pour cause d'adultère ne pouvait pas par cela même être désavoué par le mari. c'est la disposition précise de la loi 11, ff. ad leg. jul. de adulter.; à laquelle les arrêts s'étaient ponctuellement conformés, quod mulieri objicitur, infanti non praejudicat, quin possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse. il est cependant telle circonstance qui peut faire présumer que l'enfant n'est point du mari, comme si sa naissance lui avait été cachée: ce n'est pas sans raison que la loi a voulu alors que le mari pût désavouer l'enfant né de sa femme ~~aqua~~ il accuse d'adultère; le secret gardé en pareille occurrence est, pour ainsi dire, un commencement de preuve de la culpabilité de sa femme, & il n'est pas étonnant que dans ce cas la loi admette le mari à proposer tous les faits qu'il croira propres à justifier qu'il n'est point le père de l'enfant qu'elle veut mettre sur son compte.

art. 314.

n'est arrêt est du 18 février 1677 rendu par le parl. de paris et qui a défendu à l'avenir le congrès.

art. 314. (1ère année)

après avoir décidé par l'art. 312 que la légitimité de l'enfant pouvait être contestée, s'il était né avant les 180 jours qui ont suivi le mariage, notre code détermine ici les exceptions à cette règle générale : comment en effet pourrait-on admettre le mari à une réclamation de ce genre dans les trois cas dont parle notre article ? nous vous ferons connaître dans notre application les motifs de chacune de ces exceptions.

art. 315.

ce que porte cet article n'est qu'une conséquence de ce qu'on lit dans l'art. 312 ; il résulte de celui-ci qu'une conception qu'on ferait remonter à plus de 300 jours avant la naissance de l'enfant, autoriserait le mari à prétendre qu'il n'en est point le père, d'où il suit que la légitimité de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage peut être contestée. Remarquez que ni dans l'un, ni dans l'autre cas, la loi ne déclare l'enfant illégitime, c'est au juge à peser dans sa sagesse si les circonstances que fait valoir le mari pour le désaveu de sa paternité jointes à la présomption qui résulte de la loi, sont assez fortes pour la faire accueillir mais dans le doute il doit toujours prononcer en faveur de l'enfant in dubio pro libertate respondendum.

art. 316.

on n'a pas voulu que l'action dont il s'agit ici pût être intentée pendant tout le délai des actions ordinaires. la société a un trop grand intérêt à ce qu'elle soit promptement terminée pour la laisser dans les termes du droit commun : il a pourtant fallu fixer diversement le délai dans lequel le mari devrait la former, d'après les circonstances où il peut se trouver, et c'est là justement ce qu'a fait la loi. les divers délais dont elle parle paraissent d'abord bien courts, cependant comme l'injure dont se plaint le mari est d'une nature très poignante, il faut convenir qu'on n'a pas besoin d'une longue réflexion pour se décider à la faire punir en la déférant à la justice.

art. 317.

Nos livres sont remplis d'arrêts qui avaient jugé que les collatéraux étaient non-recevables à contester la légitimité de l'enfant, quand le mari n'avait pas lui-même formé l'action en désaveu de la paternité ; lors surtout que l'enfant était dans la maison et qu'il en était regardé comme le fils. il n'en est point de même aujourd'hui & l'on ne peut plus leur opposer un défaut de qualité pourvu néanmoins qu'ils réclament dans le délai dans lequel le mari aurait dû agir lui-même, en cette occurrence, s'il eût vécu

Art. 318.

Ainsi c'est très inutilement que le mari ferait consigner dans les Registres d'une personne Remplissant des fonctions publiques sa Déclaration qu'il désavoue l'enfant dont sa femme est accouchée et qu'il ferait d'autres démarches pour constater sa volonté sur ce point, tout cela serait inutile si l'action en justice n'était formée ou par le mari lui-même, ou par les héritiers dans le délai d'un mois à compter de cet acte, & si cette action n'était dirigée contre un tuteur ad hoc donné à l'enfant & en présence de sa mère.

Chap. 2.

Des Preuves de la filiation des enfants Légitimes.

art. 319, 320 & 321.

Nous vous avons déja fait connaître, en expliquant l'art. 46 du Code comment se prouvait la filiation, & quels étaient les moyens propres à suppléer au silence des Registres destinés à assurer l'état de citoyens, ainsi il nous suffira de vous y renvoyer pour ne point tomber dans des Répétitions inutiles.

art. 322 & 323.

Il semble d'abord que ces deux articles soient en opposition entre eux en ce que le premier interdit toute réclamation d'un état autre que celui résultant du titre de naissance & de la possession conforme à ce titre. Et que le second admet à la preuve testimoniale du contraire, celui qui a été inscrit sur les registres, sous le faux nom, ou comme né de père & mère inconnus: mais cette opposition disparaît aux yeux de quiconque réfléchit que le premier de ces deux articles ne doit être appliqué qu'au cas où un individu portant d'un titre qui, par exemple, le constituerait fils de jean, & qui aurait été élevé par jean comme son fils, prétendrait qu'il est fils de pierre, il est certain que dans ce cas, sa réclamation devrait être rejettée comme contraire à son titre de naissance, et à la possession d'état conforme à ce titre: mais il n'en est pas de même du second: celui-ci n'est fait que pour le cas où l'individu réclamant n'a ni titre, ni possession, ou bien pour celui à qui on oppose un acte de naissance qui lui donnerait un état, autre que celui qu'il réclame: alors la loi lui permet, sans doute à titre d'exception, de prouver par témoins sa filiation, pourvû néanmoins que sa demande en preuve soit accompagnée des conditions requises par ce même article.

art. 324.

on trouve dans nos auteurs une infinité d'arrêts qui ont eu à statuer sur des questions d'état, et dans la plupart de ces causes, a été agitée celle de savoir ce que c'est qu'un commencement de preuve par écrit : notre article en donne la définition, et elle est à peu près la même que celle qu'en avait déjà donnée l'ordonnance de 1667, au titre des faits qui gisent en preuve : ce qu'il y a de bien vrai, c'est qu'il n'y a point de matière où les circonstances particulières soient d'une plus grande considération : c'est là une vérité d'autant plus constante qu'elle résulte nécessairement de la nature dans laquelle est conçu l'art. précédent.

art. 325.

C'est ici que l'expression du droit commun, en matière de preuve, car tout jugement qui admet le demandeur à une preuve quelconque renferme implicitement au profit du défendeur la concession du droit de faire la preuve contraire. Le devoir du juge est de chercher à découvrir la vérité, et le vrai moyen d'y parvenir, c'est de multiplier les actes qui peuvent amener ce résultat.

art. 326.

En attribuant aux tribunaux civils, à l'exclusion de tous autres la connaissance de la cause où il s'agit de statuer sur les réclamations d'état, on a voulu empêcher l'admission de la preuve testimoniale en cette matière, lorsque cette preuve n'est point d'ailleurs accompagnée des circonstances dont parle l'art. 323. cependant ce but aurait été infailliblement manqué, s'il eut été permis de s'adresser aux tribunaux criminels : car au lieu de prendre la voie civile on aurait directement pris la voie criminelle. Et s'on aurait prétendu ensuite trouver la preuve du fait allégué dans l'information à laquelle il aurait été procédé par où aurait été éludée la condition requise par la loi pour l'admission de la preuve vocale en cette matière.

art. 327.

Le cas de notre article est celui-ci : Pierre réclame la qualité de fils d'un tel ou d'une telle, et à l'appui de sa réclamation il prétend qu'on s'est rendu coupable à son égard du délit de suppression d'état, à raison de quoi il forme une plainte contre ceux qu'il accuse de ce délit ; on voit clairement

que cette plainte est incidente à l'action formée auparavant civilement en réclamation d'état : comment doit-il être procédé ? pourrait-on faire entendre des témoins sur cette plainte ? on ne le pourrait point jusqu'à ce qu'il soit intervenu un jugement définitif sur la question d'état.

Cette question a été décidée par un arrêt rendu par la cour de cassation le 20 prairial an 12, en la cause des Srs de Saudoas père & fils contre le Sr François St-armand. Celui-ci âgé d'environ 17 ans, entra au service sous le nom de Saudoas, quoique dans son acte de naissance, on lui eut donné le nom de St-armand. Les Srs de Saudoas le citèrent devant le tribunal de première instance de Paris, pour se voir condamner à quitter le nom de Saudoas. St-armand imagina alors de s'inscrire en faux contre son acte de naissance, & de porter plainte contre un certain prêtre qu'il accusait de l'avoir fait inscrire sous un faux nom : sur cette plainte, intervint jugement, le 11 fructidor an 10, par lequel le tribunal spécial déclara n'y avoir lieu, quant à présent, à l'instruire sur la plainte de St-armand. Le tribunal civil n'ayant pas encore statué sur la question d'état : St-armand s'étant pourvu en cassation contre ce jugement, son pourvoi fut rejeté.

art. 328 & 329.

En règle générale toute action est sujette à la loi de la prescription : mais il est des cas où la faveur dont elle est accompagnée la place au-dessus des règles ordinaires : de ce nombre est l'action en réclamation d'état : on a cru avec raison que le silence en cette matière gardé pendant 30 ans & plus, ne devait pas être un obstacle à ce qu'un individu pût être admis à justifier qu'il n'occupait point dans la société, le rang auquel il avait été appelé par la nature, & le code est sur ce point d'accord avec les lois romaines ; mais il ne l'est point quant aux héritiers de cet individu. Aux termes du droit romain, les héritiers jouissaient de la même faveur que le réclamant personnellement intéressé : il n'en est point de même aujourd'hui ; les héritiers de l'enfant ne sont admis à réclamer de son chef, qu'autant que cet enfant est mort en minorité ou dans les cinq années après sa majorité : c'est là une exception à la règle générale, d'après laquelle les héritiers peuvent exercer toutes les actions du défunt : cette exception est raisonnable & très juste. Elle est commandée par l'intérêt général qui inspire la tranquillité des familles ; d'ailleurs les héritiers sont bien loin du degré d'intérêt

que fait naître personnellement celui qui se prétend privé de l'état qui lui était destiné, & l'on doit regarder le silence qu'il a gardé jusqu'à ce qu'il a eu complété la 26me année, comme une sorte de préjugé puissant de fondement de l'action de ses héritiers.

art. 330.

Lorsque le défunt a commencé une action de cette nature, le droit d'en continuer la poursuite passe à ses héritiers, mais ils ne le peuvent que sur les erremens de l'ancienne instance, en sorte que si cette instance n'est plus dans le cas de pouvoir être poursuivie, soit parce que celui qui l'avait formée n'en est formellement désisté, soit parce qu'il a laissé passer trois années sans poursuites, ce qui donne lieu à la péremption, les héritiers restent sans action pour en reprendre la poursuite.

Il est cependant essentiel de remarquer que dans le cas où l'on suppose que le réclamant est mort après les cinq années écoulées depuis la majorité accomplie, car s'il était décédé dans le cours de ces cinq années, on ne pourrait pas avec fondement opposer à ses héritiers comme fin de non-recevoir la cessation de poursuites de l'instance pendant trois années, puisqu'ils se trouveraient encore dans le délai que leur donne le précédent article pour former cette action, même dans le cas où l'enfant n'en a lui-même intenté aucune: entendre autrement cet article, ce serait le mettre évidemment en opposition avec le précédent.

Chap. 3.

Des enfans Naturels

Sect. 1ère

de la légitimation des enfans naturels.

art. 331.

Nous connaissons en France deux sortes de légitimation, celle par mariage subséquent, & celle par lettres du prince: cette dernière espèce n'était guères obtenue que pour habiliter les enfans nés hors du mariage à posséder des emplois, des charges, des dignités; cependant celui qui les avait obtenues, & jouissait de cette même dignité devenait capable de disposition testamentaire de la part de celui qui l'avait fait légitimer, devenait aussi capable de succéder ab intestat, lorsque les lettres de légitimation contenaient la clause expresse qu'il pourrait succéder.

Il est vrai que l'on distinguait à cet égard les pays coutumiers d'avec les pays de droit écrit. comme dans la première, les coutumes destinaient aux parens collatéraux une portion des propres de celui qui décédait sans enfans légitimes, les lettres de légitimation

par Rescrit du prince n'étaient utiles au légitimé, quant à la faculté de succéder, qu'autant que les hers naturels de son père y consentaient: il n'en était point de même dans les autres, c'est-à-dire dans ceux appellés de droit écrit, quand même les legs auraient renfermé cette condition, parceque dans le ressort des parlemens qui se régissaient par ce droit, chacun avait la liberté de disposer de ses biens à son gré, sans que l'intérêt des collatéraux pût y mettre obstacle: il a été rendu plusieurs arrêts qui ont consacré cette distinction, & notamment celui du 6 7bre 1736, que l'on trouve rapporté dans le traité des testamens de mr furgole mon père, tom. 1er, chap. 6, sect. 2, No. 214 & suivans.

notre code ne parle point de cette espèce de légitimation, & par cela même, il paraît que ce n'est plus aujourd'hui un moyen d'investir les enfans nés hors du mariage, des avantages de la légitimité. il ne s'occupe que de la légitimation par mariage subséquent qui présente une infinité de questions diverses.

l'article que nous expliquons, commence par déclarer que les enfans nés ex adulterino vel nefario coitu, ne peuvent être légitimés par le mariage subséquent; cela résulte évidemment de ces mots, „autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin.„ ici vient bien naturellement cette question, l'enfant né d'une femme libre et d'un homme qui était engagé dans les liens du mariage, lors de la conception, mais qui était libre aussi lors de la naissance de cet enfant, est-il légitimé par le mariage subséquent? nous résoudrons cette difficulté dans notre explication orale.

notre article décide encore que le mariage subséquent ne légitime que les enfans qui auront été reconnus avant le mariage, ou qui le seront dans l'acte même de célébration: ce que prescrit ici le code était observé dans l'ancienne jurisprudence, mais elle avait changé depuis, & l'on jugeait que le fait du mariage était suffisant pour opérer la légitimation, ce qui obligeait les enfans à justifier qu'ils étaient nés du commerce de telle & de telle personne qui s'étaient depuis mariées ensemble. on a sagement fait de revenir sur ce point à l'ancienne jurisp. & mr furgole parlant de l'usage où l'on était dans certains pays, de mettre sous le poêle les enfans nés lors de la célébration du mariage, observe avec raison que cette précaution est très utile pour assurer par ce moyen l'état des enfans, comme étant une reconnaissance qu'ils sont nés des mariés.

de là il suit que les enfans non-reconnus en la forme prescrite par le code, ne devront pas désormais être admis à prouver qu'ils sont

Nés de deux personnes libres qui se sont depuis mariées ensemble, par où la juriſp. antérieure à la publication n'est trouvée abrogée.

Nous verrons dans l'explication quel est le sort d'un enfant né de parents au degré prohibé, qui se sont mariés depuis.

art. 332.

La décision renfermée dans cet article, est fondée sur le §. 2, #61. De hæred. quæ ab intest. defer. Voir la doctrine des auteurs, notamment Deſerière sur la coutume de Paris, tom. 4, pag. 729, nº. 11, De Prétommer sur henrys, tom. 3, pag. 796, De Lebrun, des Successions, liv. 1er, chap. 2, sect. 1, nº. 21, d'autres; il serait inutile de rapporter ici les raisons qui servent d'appui à cette décision, on les trouve amplement discutées dans ces divers auteurs.

art. 333.

L'ordre actuel des successions et l'abrogation des diverses coutumes qui attribuaient à l'aîné dans plusieurs pays une portion de succession, indépendamment de la volonté de l'homme, semblaient d'abord avoir rendu inutile l'examen d'une question qui avait partagé les auteurs: Lemaître, Soefve, Bretonnier, Ricard, Furgole, Boucheul, Pothier, Merlin, Delaporte, Toullier, Duranton, Proudhon, Vazeille, Marcadé, Demolombe, Aubry et Rau, Laurent, Colmet de Santerre, Huc, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, Planiol, Ripert et Boulanger, Colin et Capitant, Josserand, Beudant et Lerebours-Pigeonnière, Hamel et Lagarde, Carbonnier, Mazeaud et Mazeaud, Weill et Terré, Aubry et Rau, Loussouarn et Bredin, Foyer, Vincent et Penaud, Gobert, Malaurie et Aynès, Flour et Aubert, Savatier, Batiffol et Lagarde, Ghestin et Goubeaux, Terré et Simler, Lequette, Grimaldi, Gaudemet, Gaudemet et Huet-Weiller, Rochfeld, Cornu, Leveneur, Fenouillet, Hauser et Huet-Weiller, Revillard, Bénabent, Chénedé, Fulchiron, Sériaux, Lamarche, Barrière, Sirinelli, Dekeuwer-Défossez, Rémy-Corlay, Fenet, Revet, Lefebvre-Teillard, Le Bars, Le Boursicot, Etévenard, Mathieu, Bourdelois de La Mothe, Gauthier, Morel, Darbellay, Wicky, Piotet, Schnyder et Murer, Vischer, Von Overbeck, Rumo-Jungo, Bucher, Eigenmann, Hausheer, Reusser, Walter, Jäggi et Gauch, Guhl, Merz, Vogel et Spühler, Deschenaux et Steinauer, Tercier, Bovet et Fontannaz, Eggenberger Jotterand, Bohnet, Carron, Grossen, Piguet, Bolla, Knapp, Vouilloz, Gauch, Steinauer et Fountoulakis, Wolf, Stampfli et Oser, Gonzenbach, Hrubesch-Millauer, Stauffer et Schaetzle, Scyboz et Monnet, Gilliéron, Moor, Bettschart, Steck, Guinand et Stettler, Druey, Druey, Eitel, Hasenböhler, Wolf et Genna, Rusch, Hohl, Haldy, Piaget, Steinauer, Pichonnaz et Foëx, Bauer, Stöckli, Koller, Werro, Piotet, Berthoud et Gyger, Perritaz et Grossen, Haas, Moser-Szeless, Reich, Escher, Hürlimann-Kaup, Zobl, Fankhauser, Caroni, Gächter, Egger, Zäch, Roberto, Kurer, Marti, Kostkiewicz, Wolf, Gerber et Schwander, Pra, Wolf et Wirth, Dessemontet, Gabus, Wessner, Rumo-Jungo, Gasser, Emmenegger, Wiegand, Mooser, Amstutz et Arnet, Pärli, Leuba, Heinzmann et Wildhaber, Perrin, Portmann, Widmer Lüchinger et Wullschleger, Wullschleger, Fischer, Tuor, Schnyder, Liatowitsch, Dike, Weber, Thévenoz et Werro, Bühler, Bühler et Pfammatter, Schumacher, Hrubesch-Millauer, Frei, Steiger-Sackmann, Reusser, Moser-Szeless, Amstutz, Arnet et Veuillet, Hausheer, Jaun, Eitel, Hausheer et Reusser, Walter, Wolf et Genna, Bräm et Hasenböhler, Aebi-Müller, Breitschmid, Rumo-Jungo, Matter, Schwander, Hausheer, Jaun et Mösch, Breitschmid, Rusch, Hrubesch-Millauer, Frei et Wolf, Steiger-Sackmann, Wirz et Stettler, Roth, Abt, Weibel, Ammann et Wolf, Schmid, Hürlimann-Kaup et Zobl, Fankhauser, Reusser, Kieser, Ahnert, Zihlmann et Leimgruber, Steinauer, Fountoulakis et Bregnard, Forni et Piatti, Piotet, Schaer, Ait-Sidhoum et Foëx, Mona, Wolf, Stampfli et Oser, Bernasconi, Guyaz, Stettler et Emmenegger, Wiegand, Affolter et Wolf, Reusser, Schaer, Roth et Sandoz, Bigler-Eggenberger, Schwenzer et Fountoulakis, Meier-Hayoz et Schluep-Walter, Eigenmann, Rumo-Jungo et Bühler, Pichonnaz et Foëx, Baddeley, Steinauer, Fountoulakis et Foëx, Abt et Weibel, Wolf et Wirth, Piotet, Schaer et Ait-Sidhoum

Annoncent & prouvent en divers endroits combien le Gouvernement
Est Ami des mœurs, ait entendu que les enfans nés hors du mariage
jouissent du même degré de faveur dont sont investis les enfans
légitimes, mais il a adouci cette grande rigueur, dont on avait cru
devoir se faire un mérite contre les êtres infortunés qui ne doivent
leur existence qu'à une faute commise par les auteurs de leurs jours.

Ces enfans peuvent maintenant être reconnus par ceux qui
leur ont donné la vie, mais cette reconnaissance doit être faite
par acte authentique, c'est-à-dire, par une déclaration reçue par
un notaire, ou par un juge de paix, ou par un officier de l'état civil;
de là il suit que l'enfant ne pourrait prendre aucun avantage
d'un écrit privé qui renfermerait sa reconnaissance; c'est là
une conséquence nécessaire de la contexture de notre article.

art. 335.

malgré la sévérité qu'on exerçait à l'égard des enfans nés
hors du mariage, on distinguait au part de toulouse ceux nés
de deux personnes libres ex soluto et soluta, de ceux qui
provenaient d'un commerce incestueux ou adultérin, ex incesto
vel nefario coitu. Ceux-ci étaient regardés de si mauvais oeil,
qu'il n'était permis de leur laisser que de simples aliments
et il faut convenir que cette rigueur n'était point déplacée comme
ayant son ppe dans l'horreur que doivent inspirer des conjonctions
aussi illégitimes.

Le code civil est parti des mêmes bases, lorsqu'il a
rangé dans une classe particulière les enfans nés d'un commerce
incestueux, ou adultérin, & qu'il a privés de toute participation
aux avantages d'une reconnaissance légalement faite, de là
cette conséquence que l'enfant né d'un pareil commerce, ne
saurait prendre droit de la reconnaissance que ses père ou
mère auraient pû faire de lui: il doit en être ainsi pour les
reconnaissances faites même avant la publication du code, si
l'auteur de cette reconnaissance n'était mort qu'après cette
époque, parceque l'utilité que cet enfant aurait pû en
retirer, ne s'ouvrant qu'au moment du décès, & sous l'empire
d'une loi qui ne permet aucune reconnaissance en sa faveur,
celle faite auparavant ne peut être comptée pour rien.

art. 336.

il était naturel de penser que la reconnaissance faite par l'une
des deux personnes qui ont eu entr'elles un commerce illicite

ne pourraient par-là former un engagement pour l'autre ; la place n'étant que le fruit de la volonté générale et particulière de chacun d'eux, d'un ne pourrait rien faire pour l'autre, et encore moins l'engager à son insçu.

art. 337.

Cet article est rempli de sagesse, et l'on ne peut qu'applaudir au dispositions qu'il renferme : la paix du ménage n'aurait pu qu'être troublée par l'introduction dans la famille d'un enfant que l'un des époux aurait eu avant son mariage, s'il n'était pas juste que les conjoints eux-mêmes ou leurs enfans eussent à souffrir de cette découverte. n'est-il pas raisonnable de penser que celui qui a contracté mariage ne l'aurait point fait, s'il eut su qu'il existait déjà un enfant dont les droits pourraient, dans la suite, faire brèche aux avantages qu'il s'en promettait ? C'est là, sans doute, le motif qui a engagé le législateur à déclarer que la reconnaissance faite, pendente matrimonio, ne pourrait nuire, ni aux époux, ni aux enfans nés de ce mariage, et rien, encore une fois, n'est plus juste.

Ce n'est pas que une pareille reconnaissance soit nulle et incapable de produire aucun effet, mais ces effets sont renvoyés après la dissolution du mariage, dans le cas seulement où il n'en reste point d'enfant. De là il suit que la condition d'un tel enfant ainsi reconnu pendant le cours du mariage, peut être la même que s'il ne l'eut point été, puisque l'existence d'un seul de ces enfans nés du mariage, mettrait obstacle à ce que l'enfant reconnu eut sur les biens de son père ou de sa mère la portion que la loi assigne aux enfans nés hors le mariage.

Un arrêt de la cour de cassation du 18 floréal an 13, a, s'il est possible, ajouté un nouveau degré de force à ces principes, que la reconnaissance faite, constant matrimonio, ne nuisent pas aux droits des enfans nés de ce mariage ; il fut rendu en faveur du sr de Richon fils légitime, contre les enfans naturels que son père avait eu d'une telle Labonde, avant son mariage. celle-ci soutenaient que la loi transitoire du 14 floréal an 11, dont nous aurons occasion de parler en expliquant la partie du titre des successions irrégulières relative aux enfans nés hors le mariage leur assurait l'utilité des dispositions faites en leur faveur par leur père naturel à la suite de la reconnaissance qu'il avait fait d'eux ou leur répondit que cette reconnaissance ne pouvait aucunement nuire à l'enfant légitime aux termes de notre Article auquel la nouvelle

loi n'avait pas dû encore déroger.

Quant à la transaction par laquelle avaient été réglés les droits de ces enfans naturels, on l'écarte en décidant que les art. 283 de la loi du 14 floréal an 11, devaient être entendus des transactions passées entre les enfans naturels & les hers légitimes du défunt, & non de celles que le père naturel aurait pû passer avec ses propres enfans.

art. 338.

La reconnaissance des enfans nés hors du mariage, faite par leur père ou mère, est, sans doute, un acte qui améliore leur condition, mais elle n'est point attributive en leur faveur des droits de famille qui n'appartiennent qu'aux enfans légitimes : nous verrons en expliquant le titre des successions, en quoi consistent les avantages qui y sont attachés. ce serait anticiper sur cette explication que de vous en parler ici.

art. 339.

L'intérêt étant la mesure de toutes les actions, il était naturel de ne point élever d'obstacle aux réclamations que pourraient vouloir faire les enfans contre la reconnaissance qu'on aurait fait d'eux : car il peut souvent leur importer de ne point appartenir à ceux qui prétendraient leur avoir donné la vie : ainsi en supposant que pierre ait reconnu jean pour son fils, cette reconnaissance ne formera aucune fin de non-recevoir contre jean qui pourrait prétendre être le fils de tout autre que de pierre ; & non-obstant cette reconnaissance, il sera admis à le prouver, pourvû qu'il soit dans quelqu'un des cas où la preuve d'un tel fait est admissible : tous autres qui peuvent avoir quelque intérêt à contester la reconnaissance peuvent aussi l'attaquer & la faire renverser.

art. 340.

Avant le nouvel ordre des choses, on voyait s'élever des contestations judiciaires qui avaient pour but d'établir la paternité : il y a environ 25 ans que dans un procès de cette nature, je fus chargé de défendre une delle dont je tairai le nom contre un jeune homme qui prétendait n'être point le père de l'enfant dont cette delle était accouchée : des procès de ce genre étaient vraiment scandaleux, & c'est pour en casser le moule que la loi a interdit toute recherche de la paternité : le retour aux bonnes mœurs a dû commander cette mesure, & les personnes du sexe

privées de cette ressource qu'elles regardaient comme une planche dans leur naufrage, opposeront désormais une plus forte résistance à leur franchise ou à la séduction.

mais dans le cas de l'enlèvement lorsque cette époque se trouvera coïncider avec celle de la conception, il sera permis aux parties intéressées de demander que le ravisseur soit déclaré père de l'enfant: alors toutes les probabilités de paternité vont contre l'auteur de l'enlèvement; mais comme les probabilités ne sont pas une certitude, le conseil pensa dans la discussion de cet article (qui d'abord était conçu de manière à fixer la paternité sur la tête du ravisseur par ce mot, sera déclaré père de l'enfant) que c'était punir le ravisseur que de donner aux parties intéressées la faculté de rechercher la paternité vis-à-vis de lui, quoique dans tout autre cas cette recherche soit interdite.

art. 341.

cet article qui est passé sans discussion au conseil d'état, était nécessaire de nature à en promouvoir une bien sérieuse: cette recherche peut-elle avoir lieu lorsque la personne que le réclamant désigne pour son père est engagée dans les liens du mariage? c'est ce que nous examinerons dans l'application.

art. 342.

nous avons vu en appliquant l'art. 340 que la recherche de la paternité n'est admise que dans le cas où il y a eu enlèvement, et où la conception de la femme coïncide avec l'époque où cet enlèvement a eu lieu. mais si un homme marié en était l'auteur, pourrait-on dans ce cas permettre la recherche de la paternité? nous pensons que cela fut permis parce que l'enfant provenu de cette conjonction serait adultère, et que l'art. 336 prohibe toute reconnaissance au profit des enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux: et la recherche de la paternité ne pouvant produire d'autre effet que celui qu'on attend de la reconnaissance, il est naturel que là où il ne peut point y avoir de reconnaissance, il ne puisse pas y avoir non plus recherche de la paternité.

Tit. 8.

De l'adoption et de la tutelle officieuse.

chap. 1er

De l'adoption et de ses effets.

Décret du 18 janvier 1792.
Constitution de 1795.
Loi du 16 fre an 3.
Loi du 23 mars 1803. an 11 de cod.

Sect. 1ère

De l'adoption et de ses effets.

art. 343.

On trouve dans le digeste, dans le code de Justinien divers titres relatifs à l'adoption. nous avions pû vous faire connaître aisément les divers rapports qui existent entre l'adoption nouvellement introduite en France, et celle qui était pratiquée chez les romains; si les auteurs du prand. franc. dans leurs ouvrages, mr. de malleville dans le cit. Cependant les autres récents n'en avaient parlé d'une manière propre à satisfaire la curiosité, mais ce procédé dépasserait les bornes que nous avons dû nous prescrire. voilà pourquoi nous nous en tiendrons à vous donner un apperçu général de l'adoption.

à Rome il était permis aux individus mâles d'adopter qui ils jugeaient à propos, pourvû qu'ils eussent 60 ans, qu'ils fussent mariés ou veufs, et que l'adopté eût dix-huit ans de moins qu'eux; après avoir vivement agité au Conseil d'état la question de savoir si l'on devait admettre l'adoption en France, l'affirmative ayant été long-temps partagée sur ce point, il fut décidé qu'elle serait admise: mais on s'écarta en plusieurs points des conditions requises par le droit romain. d'abord la faculté d'adopter a été accordée aux personnes de l'un ou l'autre sexe: 2°. elle peut être exercée à 50 ans au lieu de 60: 3°. elle peut s'être par des personnes qui ont gardé le célibat: 4°. il suffit que l'adopté ait 15 ans de moins que l'adoptant: le tribunat insista longtems pour obtenir que les célibataires fussent exclus de la faculté d'adopter, mais ses efforts furent inutiles; on lui répondit que dans le cas ordinaire des choses, peu de personnes attendent d'avoir dépassé l'âge de 50 ans pour s'établir, et qu'il ne fallait pas priver ceux qui se trouveraient dans ce cas de la faculté de s'attacher des individus qui leur tinssent lieu d'enfans, sur-tout qu'on avait été éloigné du mariage par des infirmités.

art. 344.

l'adoption étant une imitation de la nature, il n'était pas possible d'admettre que plusieurs personnes pussent adopter le même individu: ce serait supposer qu'un enfant peut avoir plusieurs pères, mais lorsque celui qui veut adopter (ce qu'il ne peut faire qu'autant qu'il n'a pas d'enfans légitimes, lors de l'adoption) se trouve engagé dans les liens du mariage, il doit en obtenir le consentement de son conjoint. cette mesure étant commandée par la nécessité de conserver l'union dans le ménage, car elle serait infailliblement rompue s'il

dépendait de l'un d'eux pour l'introduire dans la famille un individu contre lequel on aurait des préventions bien ou mal fondées. cependant cette condition n'est pas requise dans le cas dont parle l'art. 366.

art. 345.

Deux membres composent cet article: le 1er exige, comme condition de la faculté d'adopter que celui qui veut s'opérer ait, pendant dix ans au moins, l'âge de minorité, donné de loin non-interrompu à l'individu qu'il veut s'attacher par l'adoption.

on peut demander respectivement à ce chef, si la parenté, surtout en un degré rapproché peut dispenser de la nécessité de rapporter la preuve de laquelle il est parlé dans l'article. nous ne pensons pas qu'elle puisse produire cet effet, et si elle eut été dans l'intention du législateur il est très probable qu'il en aurait fait la matière d'une exception à la disposition générale contenue dans l'article, car elle se présente très naturellement.

mais comment cette preuve devra-t-elle être faite? faudra-t-il une enquête pour s'établir, ou bien doit-on exiger des preuves écrites, ou bien enfin suffira-t-il d'énoncer ces moyens dans l'acte d'adoption? la loi ne détermine par une forme particulière pour l'apport de cette preuve, nous pensons qu'elle doit être faite en la forme ordinaire, et que le témoignage des personnes qui en auront eu connaissance suffira pour s'établir.

le second membre déroge au principe général qui ne permet l'adoption qu'aux personnes âgées de 50 ans, et qui exige que l'adopté ait 15 ans de moins que l'adoptant dans le cas où l'adopté aurait sauvé la vie à l'adoptant, en conséquence à cause de la faveur que commande un service aussi signalé, il suffit que l'adoptant soit majeur, et qu'il soit plus âgé que l'adopté, il doit d'ailleurs remplir les autres conditions requises par le droit commun.

art. 346.

ainsi donc un individu agé de 50 ans seulement, ne peut pas être adopté, en supposant néanmoins qu'il eut plus de 21 ans, mais moins de 25 ans, et que son père et mère fussent encore en vie, il sera tenu de rapporter leur consentement à l'adoption, ou celui des survivants d'eux, et l'apport de ce consentement ne sera point nécessaire si l'individu a plus de 25 ans, et alors il lui suffira de justifier par acte qu'il a requis leur conseil.

on peut demander si l'adoptant est le maître de disposer de tout son bien en faveur de l'adopté, au préjudice de ses ascendants. si son attache à l'adoption les mêmes effets qu'à la nature, il est bien clair que les ascendants ne pourront réclamer aucune portion de ces mêmes biens

il paraît même que telle est l'intention du Législateur, si l'on en juge par le silence qu'il a gardé sur ce point, & par la disposition renfermée dans l'art. 350.

art. 347, 348, 349 & 350.

il suffit de lire ces divers articles pour se fixer sur les points dont ils renferment la décision; il convient néanmoins d'examiner une question importante, qui s'offre bien naturellement & qui consiste à savoir si l'adoption est capable d'opérer la révocation d'une donation précédemment faite; nous avons déjà vû que l'adoption n'était qu'une imitation de la nature, & c'est sur ce fondement qu'il a été décidé par l'art. 35 que l'adopté a, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits que s'il était né du mariage. jusques là il concourt avec les enfans légitimes que l'adoptant a eus depuis. de là il semble qu'on soit autorisé à conclure que l'adoption doit produire les mêmes effets que le mariage contracté avec une personne libre dont on avait eu déjà un enfant. or chacun sait qu'aux termes du droit romain qui a été suivi par le code, l'enfant ainsi légitimé donne lieu à la révocation de la donation. pourquoi n'en dirait-on pas autant de la personne adoptée à qui la loi attribue les mêmes droits que si elle était née dans le mariage, lors même qu'elle se trouve en concours avec des enfans légitimes nés depuis?

cependant nous ne pensons pas que l'adoption opère la révocation des donations antérieures, & cette opinion a pour base le texte même du code, qui, parlant en l'art. 960 de la révocation des donations n'attribue cet effet qu'à la survenance d'un enfant légitime & à la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent. si le législateur eût entendu que l'adoption produisit le même effet, il s'en serait exprimé, en rappellant cette cause de révocation, comme il a rappellé celle prise de la légitimation d'un enfant par mariage subséquent. d'ailleurs on ne peut pas se dissimuler qu'il y aura toujours une grande différence entre l'enfant né ex proprio corpore, & ~~l'enfant né~~ celui qu'on s'est donné par l'adoption: la fiction n'a jamais valu la réalité, et s'il est permis de s'exprimer ainsi, il y aura toujours entre un enfant adopté, & celui à qui on a donné la vie, la même différence qu'on apperçoit, en matière de peinture entre un original & une copie.

il se présente encore une autre question non moins importante elle consiste à savoir si l'on peut adopter un enfant qu'on a eu

hors du mariage, & que l'on a déjà reconnu. Les tribunaux ont eu à prononcer sur cette question: la cour d'appel de Paris & celle de Nîmes ont rendu des arrêts qui ont décidé que l'adoption n'était pas praticable dans ce cas: ces cours se sont fondées sur cette raison qu'on ne pouvait pas faire d'un individu ~~un sujet qui pût jouir des avantages~~ que la loi a déjà rangé dans la classe de ceux qu'elle a déclarés ne pouvoir pas être héritier, un sujet qui pût jouir des avantages qui ne sont faits que pour l'enfant légitime. La cour d'appel de Bruxelles en avait pensé tout autrement, ~~elle tenait~~ et telle est aussi l'opinion de Mr Locré dans son ouvrage connu sous le nom d'esprit de code napoléon.

La cour d'appel de Toulouse a embrassé la première de ces deux opinions par un arrêt qu'elle rendit dans le mois de juin 1808, ensorte que la solution de cette difficulté n'est rien moins que facile dans l'état actuel de la jurisprudence de ces diverses cours.

Dans ce conflit d'opinions, il doit nous être permis d'émettre franchement la nôtre; nous croyons donc que la question doit être décidée par cette distinction: ou le père est dans une position telle qu'il lui soit permis d'épouser la personne de laquelle il a eu cet enfant, ou il est dans l'impuissance de s'unir à elle par les liens du mariage. Dans le premier cas, nous pensons que l'adoption doit lui être interdite. cette opinion nous paraît fondée sur les bonnes mœurs: permettre au célibataire d'adopter un enfant qu'il a eu hors du mariage, & de l'investir par là de tous les droits attachés à la légitimité, ce serait en quelque sorte inviter les hommes à vivre dans le célibat et à s'éloigner de l'état du mariage. Loin de favoriser un tel ordre de choses, on doit prendre toutes les voies possible pour rentrer dans le droit commun, & si le père naturel est désireux de transmettre ses biens entiers à son enfant, la loi lui en fournit les moyens sans recourir à l'adoption: il les trouve dans la légitimation résultant du mariage contracté avec la personne de qui il a eu cet enfant & s'il se procure par cette voie la faculté de disposer de ses biens entiers en faveur de son enfant, il l'acquiert en quelque sorte, à titre onéreux en partageant les peines & les inquiétudes qui sont la compagne ordinaire de l'état du mariage.

mais si ce père naturel se trouve dans l'impuissance de légitimer son enfant par le mariage dont nous venons de parler, ce qui forme le second cas, il ne paraît pas juste de le punir d'une faute qu'il n'est pas en son pouvoir de réparer, & nous pensons qu'alors la voie de l'adoption ne doit pas lui être interdite.

Cette distinction nous paraît raisonnable, cependant si l'on ne croit pas devoir l'admettre, nous penserions volontiers que l'adoption ne doit pas être permise dans l'hypothèse proposée.

art. 351.

Le droit romain par diverses lois, & notamment par la loi 6, ff. de jur. dot. avait introduit un droit de retour en faveur du père donateur, lorsque son donataire venait à le prédécéder sans enfans. on peut voir dans le traité des donations de mr. furgole en sa 4e question sur les donations, quelle fut la cause qui amena ce droit de retour, & l'extension que les cours souveraines lui avaient donnée en faveur de certaines personnes, indépendamment de toute stipulation. Les dispoons que renferme notre article tiennent de ce droit, mais elles en diffèrent en ce que le droit de retour opérait la résolution des aliénations que le donataire en avait faites, & donnait à celui qui en avait l'exercice la faculté de reprendre les biens aliénés, comme s'ils étaient encore dans les mains du donataire au lieu que notre article n'autorise l'adoptant à les réclamer, qu'autant qu'ils sont actuellement en nature, lors du décès de l'adopté.

on trouve une dispoon à peu près semblable dans l'art. 747 du code, dans la section relative aux successions déférées aux ascendans il y a néanmoins cette différence que dans ce dernier article, l'ascendant est autorisé à poursuivre le payement du prix de la vente ou de ce qui en reste dû, & qu'on ne trouve point cette dispoon dans notre article, ce qui pourrait mener à penser qu'il n'en doit pas être de même en faveur de l'adoptant. nous croirions néanmoins qu'on devrait l'y sous-entendre par parité de raison.

Vous devez remarquer que la reprise des choses données par l'adoptant, ne compète que lui personnellement ou ses descendans. En sorte que ses héritiers étrangers ne seraient point admis à jouir du bénéfice de cet article au préjudice des propres parents de l'adopté lesquels, en recueillant sa succession, y comprendraient les choses données par l'adoptant, si ce dernier ou ses descendans n'y mettaient obstacle par leur existence.

art. 352.

Notre article n'est qu'une modification du précédent qui donne aux enfans ou descendans de l'adoptant les mêmes droits qu'il a lui-même quant à la faculté de réclamer les choses données à l'adopté, qui existent encore en nature, lors du décès de ce dernier; ainsi dans le cas où l'adopté meurt laissant des enfans ou descendans, l'adoptant étant encore en vie, si ces enfans ou descendans viennent à mourir à la survivance de l'adoptant, celui-ci fera la reprise des choses par lui données

mais si l'adoptant meurt avant eux, les enfants naturels ou descendans de l'adopté recueilleront son entière succession, même les choses données à l'adopté, au préjudice des enfans ou descendans de l'adoptant, auxquels ce dernier ne transmet point dans ce cas le droit qu'il aurait exercé lui-même, s'il eut vécu à l'époque du décès des enfans ou descendans de l'adopté.

Sect. 2.

Des formes de l'adoption.

art. 353 & suivans jusques & inclus le 360.

L'art. 353 & tous ceux qui le suivent jusqu'au 360e inclusivement, ne sont relatifs qu'aux formes à observer pour parvenir à l'adoption: parmi ces formes, il en est qui doivent être remplies à peine de nullité de l'adoption, d'autres dont l'omission n'entraîne point cette nullité: ce n'est pas qu'en règle générale, toutes contraventions à ce que prescrit la loi, ne doit être punie, cependant il faut distinguer le cas où elle s'est opposée en termes négatifs prohibitifs d'avec celui où elle se sert de termes purement injonctifs. Dans le premier cas il n'est pas douteux que la nullité ne soit encourue en vertu de la maxime: que contra legem prohibitionem fiunt, irrita sunt: dans le second cas, il faut distinguer, ou la déclaration de nullité a été attachée à l'injonction, ou elle n'y a point été attachée. Si elle l'a été, il n'est point de doute que la contravention n'opère la nullité. Mais elle ne l'opère point dans le cas contraire à moins que la formalité prescrite ne tombât sur la substance de l'acte, & ne fut absolument nécessaire pour sa confection.

Au reste il n'y a rien en cela que de juste, car ce n'est pas toujours que le législateur a déclaré la nullité dans certains cas qu'il ne l'ait pas déclarée dans d'autres.

après avoir fait connaître cette distinction, nous observerons que la contravention à ce que prescrivent les art. 354 & 355 n'entraînerait point la nullité de l'adoption, mais il en serait tout autrement de la contravention à ce que prescrit l'art. 357 relativement à la nécessité de faire insérer le jugement sur les registres de l'état civil dans les trois mois de sa date, parceque la loi a ajouté ce motif, l'adoption restera

„sans effet, si elle n'a été inscrite dans le délai."

Enfin vous devez remarquer que si la personne qui se proposait d'adopter, qui aurait déjà fait sa déclaration devant le juge de paix en la forme prescrite par l'art. 363, vient à mourir, l'instruction sera continuée, pourvu néanmoins que l'acte reçu par le juge de paix ait été déjà porté devant les tribunaux pour en obtenir l'homologation. Car si cette démarche n'avait point été faite encore, l'instruction ne pourrait pas être continuée, par conséquent il serait impossible d'admettre l'adoption: au reste il serait nécessaire que la déclaration d'adoption faite devant le juge de paix, eut été déjà portée devant les tribunaux de première instance ou d'appel, on peut dire que les tribunaux sont saisis, lorsque l'un d'eux l'est déjà: ainsi la mort de celui qui se proposait d'adopter ne mettrait aucun obstacle à ce que l'instruction fut continuée, si le tribunal de première instance était déjà saisi à l'époque de ce décès.

Chap. 2.

De la Tutèle officieuse.

art. 361.

La tutèle officieuse est une institution absolument neuve, & jusqu'à ce que le droit n'en avait fourni aucun exemple: elle est un moyen de s'attacher par un titre légal un individu auquel on veut du bien, vis-à-vis de qui on contracte des engagemens dont il sera parlé dans les divers articles dont est composé ce chapitre: mais ce n'est qu'à de certaines conditions: la première que l'individu soit mineur de quinze ans: tel est le vœu de l'art. 361 du chapitre: la deuxième que celui qui veut se rendre tuteur officieux ait plus de 50 ans: la loi a requis cet âge, parce qu'on a pensé qu'après cette époque il était rare qu'on s'engageât dans les liens du mariage, que l'on ne devait pas détourner les hommes de suivre l'impulsion de la nature avant cet âge: cependant cela aurait pû arriver, si l'on n'eût point déterminé l'époque à laquelle il serait permis de prendre tuteur officieux, & si on ne l'avait point fixée à un terme éloigné: la 3me condition est que celui qui veut se rendre tuteur officieux n'ait ni enfans, ni descendans légitimes: en sorte que cette faculté est refusée à tous ceux qui ne se trouvent point dans cette position: enfin la quatrième condition consiste dans l'obtention du consentement des père & mère de l'enfant, ou du survivant d'entr'eux, ou à leur défaut, de ceux énoncés dans notre article.

La tutèle officieuse n'est point l'adoption, mais elle est indicative du désir d'adopter, il n'est par conséquent pas étonnant qu'on ait placé ce chapitre à la suite de celui qui parle de l'adoption. Tous les moyens d'opérer des actes de bienfaisance sont, sans doute, précieux pour l'humanité, mais il nous semble qu'il n'était pas nécessaire pour cela d'introduire la tutèle officieuse: on voit tous les jours des hommes

qui n'ont pas attendu cette nouvelle institution pour adopter, comme s'ils étoient leurs enfans légitimes, des individus que leur choix avoient placé sur leur affection : nous craignons que la crainte de voir sur le berceau de l'enfant naturel reconnu la main de la bienfaisance ne le refroidisse : il est de l'essence d'un bienfait d'être libre, tout ce qui resent la contrainte peut les éloigner, et pour le point de vue le but de la loi serait manqué.

art. 362, 363 & 364.

on procède en matière de tutèle officieuse à peu près comme en matière d'adoption ; dans l'un & dans l'autre cas, c'est le juge de paix qui reçoit acte et qui dresse procès-verbal des opérations qui se font devant lui : dès ce moment, toutes les stipulations contractées forment autant d'engagemens à l'exécution desquels il n'est plus possible de se soustraire, & dans le cas où l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever, & de le mettre en état de gagner sa vie, ne fait point partie de ces stipulations, cette obligation qui serait sous-entendue comme étant de l'essence de la tutèle officieuse.

art. 365.

tel est l'avantage de la tutèle officieuse sur la tutèle ordinaire, que la première fait cesser l'autre, en sorte que les biens de la personne du mineur quant à leur administration, passe au tuteur officieux : de là il résulte que celui-ci peut demander au précédent tuteur, compte de son administration pour connaître la situation dans laquelle se trouve alors le mineur auquel il doit lui-même rendre un compte. cette préférence lui était incontestablement due dans l'intérêt de ce mineur à qui il doit fournir gratuitement, tout ce qui est nécessaire à son entretien & à son éducation, tandis que s'il eut été permis à l'administration d'un autre tuteur, celui-ci aurait été bien fondé à porter dans son compte tous les frais qu'il aurait exposés pour l'un et l'autre objet.

mais la tutèle officieuse ne doit pas faire cesser de droit que la loi a accordé au père de jouir des biens dont la propriété appartient à l'enfant, jusqu'au terme déterminé par elle : l'article ne parle que du cas où l'enfant se trouve en tutèle ordinaire. lorsque la tutèle officieuse commence, & ce n'est pas comme tuteur que le père jouit des biens de ses enfans, il en jouit en vertu de la puissance que la loi lui a attribuée, et ce cas est étranger à notre article.

art. 366.

le mineur est traité ici plus favorablement que celui qui veut adopter sans passer par la tutèle officieuse : nous avons déjà vu que la tutèle n'a pour objet que l'adoption qui elle ne peut avoir lieu qu'en faveur d'individu à qui l'on a donné des soins en minorité pendant six ans. la loi par cet article n'exige que cinq ans de tutèle officieuse pour conférer à celui qui l'a exercée le droit d'adopter son mineur par acte testamentaire ?

mais c'est à condition que le tuteur officieux ne laissera pas d'enfants légitimes à son décès.

Si l'adoption était faite par un tuteur officieux qui eut des enfants ou s'il ne s'était point passé cinq ans à partir du commencement de la tutèle, l'adoption serait comme non avenue, mais ces cinq années ne pourraient point être comptées du jour de la date du testament, à moins que le tuteur ne fut mort avant le complément des cinq années, parce qu'en matière de testament, quant à l'exécution des clauses qui y sont renfermées, on ne considère que l'époque du décès des testateurs, et non pas leur date.

art. 367.

Il était dans l'ordre que, cas advenant du décès de l'individu qui est devenu tuteur officieux, il fût pourvu aux intérêts du mineur qui avait la perspective d'être adopté par son tuteur; mais quelles mesures commandent ces intérêts? faudra-t-il lui fournir ce qui sera nécessaire pour continuer le genre d'éducation qu'il avait commencé de recevoir, ou devra-t-on se borner à dépenser pour lui ce qui est absolument indispensable pour le faire subsister? Cette question longtemps agitée, lors de la discussion de ce titre au conseil d'état et la forme en laquelle notre article a été conçu, semblent clairement que s'il n'y a point été pourvu par une convention formelle, le mineur ne peut réclamer, pendant le cours de sa minorité, ce qui lui est nécessaire pour subsister. Sans doute, il sera pénible pour le mineur de devoir par la mort de son tuteur déchu de l'espérance qu'il avait pu concevoir par suite de la tutèle officieuse; mais d'un autre côté, il n'était pas juste de traiter rigoureusement les héritiers de ce tuteur, en grévant son hérédité d'une charge qui n'était peut-être pas dans l'intention de s'imposer à lui-même.

art. 368.

Nous avons déjà vu que l'adoption ne pouvait être faite qu'au profit d'un majeur, ainsi le tuteur officieux ne peut s'attacher le mineur par ce lien, tant que celui-ci est parvenu à sa majorité, qu'il y consente, car sans cela l'adoption ne peut point avoir lieu: au surplus, il faut encore remplir toutes les autres formalités prescrites par le titre de l'adoption.

art. 369.

Cet article suppose d'une part que le tuteur ne se prononce pour ou l'adoption, qu'il est en présomption de vouloir faire par cela même qu'il s'est chargé de la tutèle officieuse, et de l'autre, que le mino

qui a fait des actes pour les donner des pas à son adoption; lorsque ces actes auront resté sans effet. Dans ce cas il est dû au mineur une indemnité. mais en quoi consiste cette indemnité? l'article ne le dit pas lui même, elle se résoudra en secours propres à lui donner un métier, parce que ce métier le met En état de gagner sa vie, ce qui il résulte de la contexture de l'article que le mineur n'a droit à une indemnité, qu'autant qu'il se trouve hors l'état de pouvoir à sa subsistance.

De là cette conséquence que si le mineur possédait des biens dont les produits le mit au dessus du besoin, il ne pourrait réclamer aucune indemnité, à moins que les parties n'eussent prévu le cas où le tuteur se refusait, ou ne pourrait point l'adopter, et qui à raison de cela se fait assujettir à quelque indemnité, auquel cas cette indemnité devrait être payée in rem pacti, et non par la raison de la situation où il se trouverait, puisque nous avons supposé que le mineur a des moyens pour pourvoir à sa subsistance.

art. 370.

ainsi, dans tous les cas, soit que le tuteur ait passé à l'adoption de son mineur, soit qu'il n'y ait point passé, il doit toujours compte de son administration qu'il aura faite de ses biens, il ne faut point oublier que le tuteur ne pourra jamais imputer sur les revenus du mineur certains qu'il a exposés pour son entretien et son éducation.

comme l'assemblée législative se borna à décréter le principe de l'adoption, sans en régler la forme, ni les bases, plusieurs individus ont usé de la faculté d'adopter, et ils n'ont pas tous suivi la même forme: cette diversité de moyens d'adopter a donné lieu à des réclamations et à des dissensions sur le mérite de ces adoptions antérieures à la publication du code sur ce point, il est très certain que si on eut voulu appliquer à ces adoptions les principes qui doivent y présider désormais, beaucoup d'entre elles auraient échappé à la nullité.

il a donc fallu une loi particulière pour en régler les effets, et il y a été pourvu par celle du 25 Germinal an 11, elle se trouve dans le recueil de lois, voilà pourquoi nous n'entrerons ici dans aucun détail relatif aux dispositions qu'elle renferme. cependant nous devons remarquer que si l'adoption faite avant la publication du code pêchait dans son essence et non pas dans la forme seulement, elle serait nulle. la question fut ainsi décidée par la cour de cassation, le 17 vendémiaire an 6. cet arrêt déclare nulle l'adoption faite par le nommé Buffet de la fille d'un nommé vernet, parce que celui-ci en contractant à l'adoption de sa fille

s'était réservé qu'elle ne pourrait point se marier sans son consentement, réservation qui détruisait l'adoption dans son essence mais il n'en est pas de même, lorsqu'il ne s'agit que des formes de l'adoption, & c'est encore là une question qui a été ainsi décidée par la même cour le 1er fructidor an 12. Par cet arrêt fut cassé un jugement de la cour d'appel de Dijon qui avait prononcé la cassation d'une adoption, sous prétexte que le père de la personne adoptée n'y avait point donné son consentement, comme l'exige le code napoléon: en prononçant ainsi, la cour d'appel de Dijon avait contrevenu à la loi du 25 germinal an 11, dont l'art. 1er conserve les adoptions antérieurement faites, „quand elles n'auraient été „accompagnées d'aucune des conditions depuis imposées pour adopter „ou pour être adopté, ce qui doit être entendu des formes seulement

(11) Loi du 28 août 1792 - abolitive de la puiss. patern.

Tit. 9.

De la puissance paternelle.

(Loi du 20 7bre 1792) qui fixe la maj. à 21 an

art. 371.

La puissance paternelle a toujours été un des plus puissants leviers de cette autorité domestique qui est si nécessaire dans les ménages pour y entretenir l'ordre & la tranquillité: nous vous donnerions ici la connaissance de l'origine des progrès & des variations qu'a éprouvées cette puissance dans l'ancienne & dans la nouvelle rome, si l'on ne trouvait tout cela parfaitement ramené dans l'analyse raisonnée de la discussion du code napoléon au conseil d'état par m. de malléville, sous le titre de la puissance paternelle. on lit aussi dans le même ouvrage tout ce qu'il importe de savoir pour connaître la différence qui existait sur ce point, entre les pays coutumiers et les pays de droit écrit: il nous suffit de vous indiquer cette source, pour nous dispenser de vous en parler, & pour nous borner à vous donner l'explication des divers articles dont ce titre est composé.

D'abord rien n'égale l'utilité du précepte que renferme notre article. En effet, quoi de plus raisonnable que de rappeller aux enfans les obligations dont ils sont redevables envers les auteurs de leurs jours: à peine venus dans ce monde, ils reçoivent d'eux les premières caresses, tous les secours propres à conserver leur existence physique, ils sont pressés sur leur sein, & ils s'éveillent dans l'ame de leurs pères & mères un sentiment tel, qu'il se dérobe à toute définition, un sentiment qui n'est bien éprouvé que par ceux qui ont le bonheur d'être pères. Combien ce sentiment ne s'accroît-il pas par les soins donnés à l'adolescence? un cœur à former, en le tournant vers le bien,

une éducation à donner, & qui doit être la base du bonheur de la vie entière de ceux qui en est l'objet, tels sont les soins d'un bon père, & ils sont à peu près tous les mêmes : de motifs de reconnaissance, d'amour et de respect envers ceux qui ont consacré leur vie à chercher les moyens de nous rendre heureux ! à la vérité, la nature a gravé ce sentiment dans nos cœurs, & sous ce rapport, il pouvait paraître inutile d'en faire le sujet d'une loi : mais s'il se trouvait des êtres assez malheureusement nés pour le méconnaître, la loi, en leur présentant le tableau de leurs obligations, les rappellerait à leur devoir, & fournirait aux juges la mesure de la conduite qu'ils auraient à tenir à leur égard, pour les y rappeller.

nous avons vu, il y a peu d'années, un jugement souverain, qui, en statuant sur un différend qui s'était élevé entre une mère & un fils, enjoignit à ce dernier de revenir au sentiment de respect qu'il devait à sa mère, & qui consigna ainsi dans ses registres l'expression d'un devoir que la nature avait déja commandé à ce fils ingrat qui s'en était écarté.

ce que nous avons dit des pères, la loi le commande aussi à l'égard des mères : pietas parentibus, et si inæqualis est eorum potestas, æquâ debetur, dit la loi 4. ff. de curat. & comment pourrait-on se refuser vis-à-vis d'elles un sentiment inépuisable de tendresse & de reconnaissance ? longtems avant de naître, les enfans sont pour leur mère un sujet d'angoisse & de maladie : elles les mettent au monde avec douleur et si la plupart d'entre elles méritent des reproches vis-à-vis de leurs enfans, c'est celui de les aimer avec une tendresse qui souvent excède les bornes de la faiblesse, & qui va jusques à l'aveuglement : faut-il les en punir par l'ingratitude ? (valer. max. lib. 5, cap. 1)

art. 372.

Les lois romaines qui étaient observées dans les pays de france appellés de droit écrit, donnaient à la puissance paternelle une durée qui ne finissait qu'avec la vie de ceux à qui l'exercice en appartenait, elle s'étendait même sur tous les descendans, en sorte que l'ayeul avait sous sa puissance son propre fils, ainsi que les enfans de ce fils, & tous ses autres descendans : c'était là le droit commun, mais si le père avait émancipé son fils, les enfans de ce dernier n'étaient pas sous la puissance de leur ayeul, à moins qu'ils ne fussent nés avant l'émancipation de leur père : de là il résultait que dans une même famille, & parmi les enfans du même père, les uns étaient

sous sa puissance, & les autres sous la puissance de leur ayeul on a cru devoir limiter un pouvoir aussi étendu: on a pensé que s'il était juste d'accorder aux pères des droits sur la personne de leurs enfans il était juste aussi que ces droits fussent un terme du vivant de ceux qui les exerçaient, & celui qui se présentait le plus naturellement était l'époque de la majorité ou celle de l'émancipation.

art. 373.

c'est ici une nouvelle preuve de la prééminence que la loi accorde aux pères dans les ménages: vous en avez déja vû des exemples dans le titre du mariage, lorsqu'elle a décidé qu'en matière de consentement, l'avis du père l'emportait sur celui de la mère, en cas de dissentiment entre eux; au reste les femmes auraient d'autant plus de tort de se plaindre à cet égard, que notre code a fait pour elles ce que le droit romain leur avait constamment refusé: il a mis les enfans sous la puissance des mères, elles en exercent tous les droits après la mort de leurs mari, & même avant leur mort en cas d'absence.

art. 374.

Notre article est composé de deux membres: par le premier il décide que l'enfant ne peut quitter la maison paternelle qu'avec la permission de son père: par le second, il décide qu'il peut la quitter sans sa permission, après l'âge de 18 ans révolu, mais seulement pour cause d'enrolement volontaire: il ne faut pourtant pas croire qu'un père soit le maître de retenir dans sa maison son fils malgré lui, à quelque âge que ce fils soit parvenu; il ne pourrait le faire qu'en vertu de son autorité, & nous venons de voir que cette autorité prend fin en la personne du père, au moment où le fils devient majeur, ou par son émancipation.

art. 375 & suivans jusques & compris l'art. 379.

ces divers articles sont consacrés à indiquer les moyens de correction qu'il est permis au père d'employer pour ramener les enfans à leur devoir: on y voit une distinction bien raisonnable entre les enfans qui ont moins de 16 ans commencés, & ceux qui ont dépassé cet âge: dans le premier cas, c'est-à-dire, lorsque les enfans ont moins de 16 ans commencés le père est le seul arbitre de leur sort, en matière de correction pourvû néanmoins que la détention n'excède pas un mois

De Durée, Lorsque cette Détention n'ait par l'avis d'un acte arbitraire, la loi a assujettit le père à demander l'ordre d'arrestation auprès du Tribunal D'arrondissement, qui ne pourra par le refuser : Cela résulte évidemment du mot Devra qui est employé dans l'art. 376. V. la loi 3, cod. de patriâ potest.

Il n'en est pas de même lorsque des enfans ont dépassé l'âge de 16 ans, dans le cas le père n'a que la voie de la réquisition pour obtenir du président l'ordre D'arrestation de leur enfant : Ce mot annonce assez qu'il dépend du président d'accueillir ou de rejetter cette Réquisition, car il est de l'essence de toute Demande d'être accueillie, rejettée ou modifiée : aussi l'art. 377 ne dit-il en toutes Lettres pour devoir seulement remarquer que la Détention ne peut pas être requise au plus tard 6 mois, et qu'il n'est point permis au président de la porter plus loin, quoique il doit le maître de l'abréger.

Au surplus, dans le cas où l'ordre d'arrestation est délivré, il est défendu d'y énoncer les motifs qui l'ont déterminé : la loi a bien voulu que l'enfant ne fut pas impuni, mais elle n'a pas voulu qu'il restât des traces de son inconduite : un moment d'oubli de son devoir peut avoir provoqué contre un enfant la correction dont parle la loi, mais il n'auroit pas été juste qu'on eut pû mettre sous ses yeux dans un tems reculé la preuve qu'il n'avait point été toujours dans la voie dans laquelle il étoit rentré.

Vous devez remarquer enfin que le père est toujours le maître d'abréger la durée de la Détention, il a sur ce point toute la licence possible, et à cet égard, il est en quelque sorte supérieur au président qui a délivré l'ordre d'arrestation sur sa réquisition : la majorité ou l'émancipation mettent seules des bornes à l'exercice de ce moyen indiqué par la loi pour réprimer les écarts des enfans : on a supposé que parvenus à leur majorité, ils auroient assez de réflexion pour ne point s'en rendre coupables, tout comme on a présumé qu'n'ayant été émancipés avant leur majorité, ils s'étoient comportés de manière à se rendre dignes de cet avantage, ce qui écarte toute idée de manquement de leur part vis-à-vis de leur père.

art. 380.

Un second mariage fait quelquefois oublier aux pères les sentimens que la nature a gravés dans leurs cœurs, leur affection est divisée, et des fruits d'un second hymen obtiennent souvent la préférence sur ceux du premier. une marâtre communément anéantit tous les droits de

ses propres enfans, & aggrave ceux d'un enfant qui n'est pas le sien. (novercalibus delinimentis pictus est). un père reçoit involontairement ces impressions, et peut devenir injuste sans s'en apercevoir c'est ce que la loi a voulu empêcher en lui ôtant la faculté d'ordonner avec l'autorité du président la détention de son enfant du premier lit, quoique âgé de moins de seize ans commencés, il ne peut user pour cela que de la voie de la réquisition, & vous savez déjà que le président est le maître de l'accueillir ou de la rejetter.

art. 381.

La manière dont cet article est conçu, annonce clairement que la mère remariée ne peut en aucun tems, ordonner, ni faire ordonner la détention de son enfant du premier lit: on a cru que le second mariage avait éteint en elle les sentimens d'affection qui doivent présider même à la correction, & l'on peut compter la privation de cette faculté au nombre des peines que la femme encourt par son second mariage: quant à celle qui n'est point passée à de secondes nôces, on a pensé que n'ayant point ordinairement cette solidité de jugement & cette impartialité si nécessaires pour allier la force à la justice, on devait lui adjoindre deux parents paternels, & que c'était seulement avec leur concours qu'elle pourrait par voie de réquisition faire ordonner la détention de son fils, dans le cas même où l'enfant serait âgé de moins de 16 ans commencés.

art. 382.

vous connaissez déjà la différence qu'il y a pour l'obtention de l'ordre de détention entre le cas où l'enfant a moins de 16 ans commencés, & celui où il a dépassé cet âge. notre article nous fournit la preuve que la loi a suspecté de partialité le père dont l'enfant est propriétaire de quelques biens, ou qui exerce un état: il n'est pas probable qu'un enfant exerce avant le commencement de sa 16me année, un état qui puisse exciter la cupidité du père ou sa malignité. cependant la chose est possible; aussi la loi a-t-elle voulu que dans ce cas le père ne pût obtenir la détention de son fils qu'en la forme prescrite par l'art. 377, c'est-à-dire, par la voie de la réquisition, par où le président du tribunal est mis à portée de connaître & d'apprécier les motifs qui engagent le père à former cette demande: quoique les pères soient en général ce qu'ils doivent être, il peut néanmoins s'en trouver de capables d'écouter d'autres sentimens que ceux de la nature; celui de la haine, celui de l'avarice pourraient se faire entendre dans leurs cœurs & les entraîner à de fausses

Démarches; c'est pour cela que la loi n'a pas voulu, dans les deux cas dont parle l'article, qu'il fût au pouvoir des pères de disposer arbitrairement du sort de leurs enfans quoique âgés de moins de 16 ans commencés, & qu'elle les a assujettis à user de la voie de la réquisition pour obtenir leur détention.

art. 383.

quoique la reconnaissance légale des enfans nés hors du mariage, ne range point ces enfans dans la même classe que ceux issus d'une union légitime, cependant comme ils appartiennent par les liens du sang à ceux dont ils ont reçu le jour, il ne paraissait pas juste qu'ils leur fussent étrangers relativement aux effets de la puissance paternelle, il faut cependant convenir que si notre article a éprouvé quelques difficultés, ce n'était pas sans raison, parceque la puissance paternelle étant un des effets civils du mariage, il était naturel de ne point l'admettre là où il n'y a pas de mariage.

quel est donc le motif qui a pû la faire admettre? il ne peut y en avoir d'autre que celui pris de ceque la reconnaissance forme une sorte de légitimation imparfaite, dont l'effet n'est pas, à la vérité, d'attribuer aux enfans naturels les mêmes droits qu'aux enfans légitimes, mais qui néanmoins leur procure des droits réglés par le code au titre des successions, & c'en était assez pour qu'on dût leur appliquer les dispoons de la loi relative à la puissance paternelle.

Le droit romain en la loi 6. ff. de in jus vocando prescrit aux enfans naturels le même respect & les mêmes égards vis-à-vis des pères & des mères, qu'aux enfans nés d'un légitime mariage. mais cette seule raison n'aurait point suffi pour faire admettre ce pp̃e en France, parce que les enfans naturels ne sont pas dans la france ce qu'ils étaient dans rome. ceux qui étaient nés d'une concubine étaient à rome, pour ainsi dire, égaux à ceux nés d'un légitime mariage; & sous ce rapport, il n'était pas étonnant que la loi exigeât d'eux, comme des autres, les mêmes égards envers les auteurs de leurs jours: quoi qu'il en soit, le code l'a ainsi déterminé, & cette décision devait être la conséquence du motif que nous en avons déjà donné.

art. 384.

une reflexion fort simple se présente bien naturellement: le code a fait ici pour les mères, ceque le droit romain n'avait jamais fait pour elles il leur a donné la jouissance des biens de leurs enfans jusqu'à ce qu'ils aient accompli leur 18me année, et quoique notre article soit introductif en leur faveur d'un droit absolument nouveau, on ne peut qu'applaudir aux dispoons qu'il renferme. mais on ne peut pas se défendre d'un certain étonnement, lorsqu'on voit la jouissance des biens de leurs enfans qui n'est attribuée aux pères & ~~aux~~ mères qu'en vertu de la puissance paternelle, bornée à une époque bien antérieure à celle où finit cette même puissance.

art. 385.

nous venons en expliquant le titre du code qui traite De l'usufruit quelles sont les dépenses qui sont à la charge de l'usufruitier : ce sont les dépenses auxquelles doivent pourvoir les pères & mères, tant qui ils jouissent du bien de leurs enfans : ils sont aussi obligés de leur pourvoir la nourriture & l'entretien & l'éducation suivant leur fortune : ils sont encore obligés au payement des intérêts des capitaux, ainsi que des frais funéraires & de ceux de dernière maladie.

Au reste il était naturel que l'émancipation fit cesser les effets de la puissance paternelle, & tous les rapports que les pères ont jugé leurs enfans capables de se comporter en pères de famille, & il était juste de les investir de tous les attributs de cette qualité.

art. 386.

Comme la loi n'a pas voulu que le divorce fut admis, à moins qu'il n'existât des causes graves pour le faire prononcer, il est naturel de penser que celui qui a été mauvais mari, & dont la conduite a rendu le divorce nécessaire, n'est pas un meilleur père, & sous ce point de vue il n'est pas plus raisonnable que cette disposition de la loi par laquelle un tel père est privé de celui des effets de la puissance paternelle qui lui attribuait la jouissance des biens de ses enfants.

Que nous disions un père, il faut le dire aussi de la mère lorsque c'est elle qui a donné lieu au divorce. notre article le décide d'une manière expresse ; mais il y a contre la mère une peine que la loi ne prononce point contre le père, c'est la déchéance du droit de jouir des biens de ses enfans jusqu'à l'époque déterminée par la loi, lorsqu'elle passe à de secondes noces. ces dispositions sont remplies de justice : une expérience journalière nous apprend qu'il est peu de mères qui conservent pour leurs enfans du premier lit l'affection qu'elles leur portaient, avant de contracter un nouvel engagement, & comme il n'est ni juste, ni raisonnable que des enfans du second lit soient enrichis des dépouilles de ceux du premier, lorsque d'un autre côté la femme qui passe à de secondes noces, ne mérite pas la même faveur que celle qui reste fidelle à la mémoire de son mari, la loi a prononcé contre elle la déchéance dont parle l'article.

art. 387.

Si l'on consulte les lois romaines sur les effets de la puissance paternelle, on trouve des décisions qui ont les apparences de la contrariété elles seraient véritablement contradictoires, si on ne distinguait l'état de différentes où elles ont été portées.

Dans l'ancienne rome, le père devenait propriétaire de tout

ce qu'acquerraient ses enfans, car l'enfant lui-même était une propriété paternelle; mais depuis qu'il ne fût plus permis au père de disposer de ses enfans, comme de sa propriété, il n'y eût plus la même facilité à prononcer sur le sort des biens qui étaient advenus à ces mêmes enfans, soit par leur industrie, soit par succession, soit à titre de libéralité.

Le dernier état des choses relativement à cette question, était celui-ci: 1° lorsque l'enfant acquérait avec l'argent de son père, sans industrie ou presque point d'industrie de sa part, la chose acquise appartenait au père, tant en propriété, qu'usufruit: 2° si l'industrie ou le travail du fils était entré pour beaucoup dans l'acquisition, quoique faite avec l'argent du père, chacun d'eux en avait la moitié en propriété, mais le père conservait l'usufruit de la portion qu'avait le fils: 3° si l'enfant sans l'argent de son père, & par son propre travail & industrie fesait quelque gain, ce gain, quant à la propriété, tournait tout entier au profit du fils, & l'usufruit en était réservé au père; il faut néanmoins remarquer que si les fonds employés pour se procurer ce gain provenaient du pécule castrense ou quasi-castrense, le père n'avait absolument rien à y prétendre. 4° Enfin tout ce qui advenait au fils par succession, donation ou autrement de quelque part que ces biens lui advinssent, soit de ses parents, soit de personnes étrangères, la propriété de ces objets lui était incontestablement acquise, mais le père retenait l'usufruit aux termes de la loi, cum oportet, cod. de bon. quæ liber. attrib. et telle était sur ces diverses hypothèses le sentiment du parl. de toulouse, comme on peut le voir dans Catellan, liv. 2, chap. 46.

à propos de pécule castrense ou quasi-castrense, vous devez savoir qu'on donne le nom de pécule castrense à tous les gains que fait le fils de famille à la guerre ou à l'occasion de la guerre, dérivé du mot latin castrum (camp) et qu'on appelle pécule quasi-castrense, le gain que fait le fils de famille dans différentes fonctions civiles, par exemple, ce que gagneut un avocat, un médecin, un juge, dans l'exercice de leur profession, voila ce qu'on appelle pécule quasi-castrense.

notre article décide que la puissance paternelle ne s'étend pas aux biens que les enfans pourront acquérir par un travail & une industrie séparée, ce qui consacre le pp̃e dont nous venons de parler; il ajoute qu'elle ne s'étend pas non plus aux biens qui lui seront donnés ou légués, sous

la condition expresse que le père & la mère n'en jouiront pas: Cette Dispoon est puisée dans le Droit romain en l'authentique excipitur, cod. De Bon. qua Lib. & il n'y a en cela rien que de Bien naturel; car chacun Etant le maître d'attacher à sa Libéralité telle condition qu'il juge à propos, pourvu qu'elle ne soit point contraire aux Bonnes mœurs, ou en oppoon avec le Droit public, il paraissait ne devoir s'élever aucun doute sur cette question.

cependant Dupérier, en ses questions de Droit, liv. 1er, quest. 10, a soutenu que lorsqu'une femme qui s'était constitué ses Biens présents & à venir, Recevait quelque Libéralité faite sous la condition que le mari n'en aurait pas la jouissance, cette jouissance devait néanmoins lui appartenir, en vertu de la clause de son contrat de mariage; & son opinion, qui depuis a été adoptée par Serres en ses institutes liv. 2, tit. 9, pag. 216, est étayée d'un Arrêt du parl. de provence: mais depuis, le même parl. en a rendu un Contraire le 13 mars 1700, par lequel il fut décidé que la femme qui s'était mariée sous une constitution Générale de ses Biens présents & à venir n'était point empêchée de jouir des Biens qui lui avaient été laissés sous la condition que son mari n'en pourrait pas prétendre l'usufruit: on trouve cet arrêt dans mr. Désieux, président du parl. d'aix, Continuateur de Boniface, pag. 366, avec toutes les raisons qui lui servirent de fondement.

il faut s'en tenir à ce dernier arrêt comme plus conforme aux règles, et c'est aussi pour cela que le code en a adopté les dispositions, en prononçant, comme il le fait sur cette question qui ne peut plus aujourd'hui faire la matière d'un doute.

C'est là une exception au ppe Général, d'après lequel la puissance paternelle donne à ceux qui en ont l'exercice, le Droit de jouir, jusqu'à l'époque déterminée par la loi des Biens dont les enfans ont la propriété. Dans l'ancien Droit, il en existait encore une autre dont le code ne parle point: il ne peut pas en être de même aujourd'hui parceque la loi n'appelle plus les ascendans à concourir dans la succession de leurs descendans, avec les frères ou sœurs d'un enfant prédécédé. Elle leur assigne une portion de cette hérédité. Cette portion ne varie jamais, elle est toujours la même. il n'y a donc pas de Raison pour priver le père, pendant le tems déterminé par la loi, de l'usufruit des Biens advenus à ses enfans par la mort de quelqu'un d'eux, attendu que le motif qui avait fait introduire cette privation n'existe plus & que la loi a laissé à cet égard les choses aux termes du Droit commun.

Enfin, les arrêts rapportés par d'olive, liv. 3, chap. 38, & par catellan, liv. 4, chap. 8, avaient décidé que la mère instituant son fils héritier sous la condition que son mari n'aurait point l'usufruit de son hérédité, Cvid. inf. ad notam ##

Tit. 10.

De la minorité, de la tutelle & de l'émancipation.

Chap. 1er

De la minorité.

Art. 388.

Avant le nouvel ordre des choses, il y avait de la variété dans la fixation de l'âge qu'il fallait atteindre pour parvenir à la majorité : tous les pays appellés de droit écrit, s'étaient conformés sur ce point aux dispoons du droit romain qui l'avait fixée à l'âge de 25 ans révolus. ce n'est pas qu'avant cet âge, la plupart des hommes n'aient acquis des connaissances assez étendues pour veiller à leurs intérêts & pour administrer leurs biens, mais on avait pensé que l'effervescence des passions ne pouvait être tempérée que par la reflexion, & que la réflexion chez le plus grand nombre des hommes n'était pas la compagne ordinaire d'un âge moindre de 25 ans : on avait cru qu'il n'était pas possible d'échapper aux dangers qui environnent la jeunesse, qu'avec le secours d'une maturité de jugement qui fait éviter les innombrables écueils dont la vie est semée, & qu'on n'acquiert guères avant l'âge de 25 ans. — il faut convenir que ces motifs pleins de sagesse & de prévoyance, étaient bien faits pour être adoptés sans répugnance, cependant plusieurs coutumes particulières s'en étaient écartées, & dans l'étendue de leur territoire, la majorité y était acquise à un âge moins avancée : nous ne vous parlerons point ici des résultats de cette bigarrure, vous les connaissez déja par tout ce que nous vous avons dit sur la différence qu'il y avait entre les coutumes personnelles & les coutumes réelles, dans l'explication du titre preliminaire du code napoléon.

notre nouveau droit a fait disparaître toutes ces différences, en fixant à une époque déterminée l'âge de la majorité ; on a cru devoir la fixer à l'âge de 21 ans révolus pour la faire co-incider avec la majorité politique, c'est-à-dire, avec l'époque à laquelle il est permis aux citoyens qui n'en sont pas d'ailleurs exclus de concourir à la formation de la puissance publique : la loi du 20 7bre 1792, a été la première qui l'a ainsi déterminé, & notre article en a adopté les dispoons. l'époque à laquelle cette loi fut portée semblait répandre sur elle quelque défaveur : cependant on a pensé devoir s'y conformer relativement à cet objet, & depuis la publication de cette partie du code napoléon, on ne connaît dans l'empire français d'autre mineur que l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore accompli sa vingt-unième année.

(12)

Chap. 2.

De la Tutèlle.

(12) Sect. 1ère

De la tutèlle des père & mère.

art. 389

La tutelle est tout-à-la-fois du droit naturel & du droit civil. elle est du droit naturel dans ce sens que la nature seule nous fait un devoir de venir au secours de ceux que la faiblesse de leur âge met dans l'impuissance de veiller eux-mêmes à leur propre conservation & à leurs intérêts; mais elle est du droit civil, sous ce rapport que c'est le droit civil qui en règle les attributs & les effets: cette matière a été très longuement traitée dans le droit romain, plusieurs titres du digeste & du code y ont été consacrés; les institutes de justinien & diverses novelles s'en sont aussi occupées: notre code y a apporté plusieurs changements, & désormais ce sera d'après les décisions qu'il renferme sur ce point qu'on devra prononcer sur les questions qui pourront se présenter.

Ce n'est pas comme tuteur que le père régit & administre les biens qui appartiennent personnellement à ses enfants non parvenus à leur majorité, il les régit comme revêtu de la puissance attachée à sa qualité de père: si parmi ces biens il en existe sur lesquels la jouissance n'appartienne pas au père, comme par exemple, si la personne du chef de laquelle ces biens sont parvenus à l'enfant âgé de moins de 18 ans, avait ajouté à sa libéralité la condition que le père n'en jouirait pas, cette condition devra être exécutée comme nous l'avons vû sur le titre de la puissance paternelle: il est clair que le père est comptable envers son fils, non seulement des capitaux de cette succession, mais encore des fruits, parce qu'il est étranger aux uns & aux autres.

art. 390.

Cet article fait un très grand changement à ce qui se pratiquait anciennement chez les romains, à la mort du père qui laissait des enfans pupilles, c'est-à-dire, agés moins de 12 ans pour les filles, & de moins de 14 ans pour les mâles: les parens les plus proches du côté paternel étaient investis par la loi de la tutelle de ces enfans à l'exclusion des parens maternels, quoique ceux-ci leur appartinssent par les liens du sang en un dégré moins éloigné. c'était une préférence qu'avaient les agnats sur les cognats, dans l'ancienne Rome; mais dans la suite tout cela fût changé, & par le nouveau droit consigné dans la novelle 118, les parens les plus proches sont

Distinguer De quel chef provenoit leur parenté, furent appellés à la tutelle des pupilles, parce que la tutelle est réellement une charge et qu'il était juste que les parents qui, En cas de mort du pupille, devait recueillir la succession, comme le plus proche parent, se trouvant chargé de l'administration de sa personne et de ses Biens pendant tout le temps qu'il était incapable d'y veiller lui-même. Ubi est successionis Emolumentum, ibi onus tutelæ esse debet.

quoique dans l'ancien droit, les femmes fussent exclues de la tutelle sur ce fondement que la tutelle est un office public, et que les femmes sont inhabiles à l'exercer, comme le décide la loi 2 ff. de Div. Reg. jur. on a cru devoir déroger à cette règle générale et déférer la tutelle à la mère et à l'aïeule: telle est la décision renfermée dans l'authentique Matri d'avia, et cette tutelle fut préféré à toute autre légitime, jusques là que la mère, même mineure, obtint cette préférence, pourvu néanmoins que son mari l'eut désignée pour tutrice. Ce qui a déplu à quelques auteurs, notamment au président Faber, En son code, liv. 5, tit. 21.

notre code a bien fait davantage pour les femmes, puisque il les a déféré la tutelle de leurs enfants mineurs d'non émancipés, lorsqu'elles survivent à leurs maris, et comme il ne distingue pas le cas où la femme est mineure d'avec celui où elle ne l'est pas, on doit dire qu'il n'y a point en elle d'incapacité d'exercer la tutelle, sous prétexte de sa minorité.

Cette décision doit d'abord bien surprendre, car il semble très peu convenable qu'une personne que la loi déclare incapable de régler ses propres affaires, soit désignée par elle pour administrer celles d'autrui: cependant la surprise doit cesser, lorsque on jette les yeux sur les précautions que le code a prises, pour que les pupilles n'éprouvent aucun dommage de cette gestion. Il y a pourvu par la disposition que renferme l'article suivant, et par cette autre disposition générale dont nous aurons bientôt occasion de parler, qui, dans toute tutelle, donne un subrogé tuteur, dont les fonctions consistent spécialement à surveiller toutes les opérations du tuteur.

part. 309.

C'est ici une faculté que la loi donne au père de nommer à la femme survivante et tutrice un conseil sans l'avis duquel elle ne peut rien faire de relatif à la tutelle. il peut en user, ou n'en point user; s'il ne l'a pas fait, c'est une preuve qu'il a reconnu en sa femme toute l'aptitude requise pour bien administrer la personne et les Biens de leurs enfants communs.

Ce jugement marital est d'un très grand poids, parce que s'il est des hommes aveuglés sur le compte de leurs femmes, & qui leur supposent des qualités qu'elles n'ont réellement pas, on doit convenir cependant que ce n'est pas la manière de voir de la plupart des hommes: ils ont appris à connaître leurs femmes dans le cours de la vie commune, & le plus souvent les femmes sont jugées sévèrement par leurs maris.

art. 392.

Suivant le droit romain en la loi 3, ff. de testam. tut. la dénomination du tuteur devait être faite par testament: celle faite par un codicille n'était valable qu'autant que le codicille avait été confirmé par un testament. il y a plus encore, car si l'hérédité déférée par ce testament était répudiée, ou s'il renfermait quelque vice, qui en entraînât la nullité, la nomination du tuteur était emportée aux termes de la loi 9, & de la loi 31 du ff. il en est tout autrement aujourd'hui, puisque le code accorde au père de la faculté de donner à la femme tutrice légale de ses enfans, le conseil dont parle l'article précédent, non seulement par acte de dernière volonté, mais encore par une déclaration faite devant notaire, ou devant le juge de paix assisté de son greffier.

art. 393.

Tout ce que l'on peut dire sur cet article, c'est que la première dispoon qu'il renferme est puisée dans les lois romaines, auxquelles la jurisp. de tous les tribunaux s'était conformée: mais la seconde est toute nouvelle avant le code, on ne connaissait pas dans le droit, de subrogé tuteur, il n'était donc pas possible de revêtir le curateur au ventre de cette qualité.

au reste, le ppal motif de la dation d'un curateur au ventre, a été d'empêcher la soustraction, ou la supposition du part.

art. 394.

c'est la loi qui a appellé les mères à la tutelle de leurs enfans mineurs, mais elle ne leur a pas fait un devoir de l'accepter, & hors même qu'elles l'ont acceptée, elles ne sont point obligées d'en remplir les fonctions, malgré elles, il est en leur pouvoir de se débarrasser de ce fardeau, en provoquant la nomination d'un tuteur à leur place, mais jusqu'à cette nomination, elles doivent remplir les fonctions de tutrices pour que les pupilles ne se trouvent point un instant sans défense.

art. 395.

Les dispoons de cet article sont conformes à ce qu'avait décidé le droit romain: il imposait à la femme qui voulait passer à des secondes noces, l'obligation de faire nommer un tuteur à ses enfans,

De rendre compte de son administration, & de payer le reliquat : faute par elle de le faire, la femme encourait la même peine que celle qui se remariait dans l'an du deuil, aux termes de l'authentique ~~cod.~~ ~~de secund. nupt.~~ en peines constituant 1° en la privation de l'augment lorsque les enfans mouraient en pupillarité : voyez sur cet article Catellan, liv. 4, chap. 21, Cambolas, liv. 6, chap. 36. 2° en la perte de toutes les libéralités qu'elle pouvait avoir reçues de son mari, soit en propriété, soit en usufruit : voyez sur cela Dolive, liv. 3, chap. 31, 3° enfin c'est qu'elle était privée de la succession des enfans décédés en pupillarité, aux termes de la novelle 22, cap. 40. quand même elle leur aurait substitué le bien de son fils, comme le décide la loi 1ere cod. de secund. nupt.

telle était sur cette question la jurisp. du parl. de toulouse : c'était une suite de son attachement particulier aux loix du droit romain : ces loix n'étaient pas également adoptées dans les autres parlemens : même dans ceux de Bordeaux, d'aix & de grenoble, qui, comme celui de toulouse, étaient connus sous la dénomination de parlement de pays de droit écrit, sans doute, dans le ressort de ce dernier parl. la femme éprouvait de la peine, lorsqu'elle passait à de secondes noces, sans avoir fait nommer un tuteur à ses enfans pupilles, mais elles étaient si bien moins sévères que celles dont nous venons de parler.

il résulte de la contexture de notre article que la femme qui s'est remariée, sans avoir convoqué le conseil de famille pour décider si elle doit conserver la tutelle de ses enfans mineurs, ou si elle doit en être écartée, n'encourt maintenant d'autre peine, que celle de la perte de la tutelle, & par conséquent elle de la jouissance des biens dont la propriété appartient à ses enfans mineurs, comme le décide l'art. 386 de notre code.

mais si elle n'en éprouve seule aucune personnellement, elle imprime sur la tête de son nouveau mari, de cachet de la responsabilité de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indument conservée de telle manière que, lorsque le mineur se fera rendre compte de la gestion faite par sa mère il pourra, ~~devant~~ pendant le paiement du reliquat dont il se trouvera ~~créancier~~, par une action directe intentée tant contre sa mère, que contre son nouveau mari solidairement. c'est un moyen que lui fournit le code de parvenir à se faire restituer tout ce qu'il peut avoir souffert d'une administration qu'il n'était pas libre à sa mère de continuer, en quoi il est parfaitement d'accord avec la novell. 22, chap. 40me

il est donc certain qu'aux termes de la jurisp. le second mari était responsable 1° de la gestion des biens des enfans du 1er lit faite par la femme qui était passée à des secondes nôces, sans les faire pourvoir de tuteur, à compter du nouveau mariage. 2° qu'il répondait même de la gestion antérieure, lorsque les biens de la femme étaient insuffisants pour le payement du réliquat.

on demande maintenant s'il en est de même aujourd'hui: il faut répondre oui; parce que la loi déclare le mari responsable des suites de la tutelle que la femme aura indûment conservée. cette dispoon générale doit être entendue de toute la comptabilité qu'entraîne la qualité de tutrice dont la femme était revêtue: notre article a même ajouté à ce qu'avaient déjà décidé les arrêts, puisque ceux-ci n'obligeaient les seconds maris vis-à-vis des enfans du premier lit de leurs femmes, qu'autant que les femmes ne laissaient pas des biens suffisans pour répondre de leur gestion, au lieu que le code donne aux enfans l'action solidaire tant contre la femme que contre le second mari.

nous émettons cette opinion, d'autant plus volontiers que, lorsque le code a voulu affranchir le second mari de toute comptabilité pour l'administration antérieure au mariage, il s'en est entièrement expliqué dans l'article suivant.

art. 396.

nous venons de voir que c'est au conseil de famille dûment convoqué par la mère tutrice qui veut passer à des secondes nôces, à décider si elle doit, ou ne doit pas conserver la tutelle, & vous connaissez déjà les peines qu'elle encourt dans le cas où elle manquerait de faire cette convocation. notre article suppose au contraire que la convocation prescrite par la loi a été faite, & que le conseil de famille a cru avantageux pour le mineur, de maintenir la mère dans l'exercice de cette tutelle, comme on le pratiqua dans l'espèce sur laquelle intervint l'arrêt rapporté par Duranti en sa 65me question. dans ce cas, le conseil de famille doit donner au mari la qualité de co-tuteur; nous disons doit, parce qu'il ne dépend pas de lui d'en nommer un autre; c'est un choix forcé dont le résultat doit être d'assujettir le mari à l'action que la loi défère au mineur pour se faire payer le réliquat de l'administration tutélaire solidairement par sa mère & par son nouveau mari. au surplus c'était ainsi qu'il en était usé dans toute la france en pareille occurrence.

Sect. 2me

De la tutelle Déférée par le père ou la mère.

art. 397 & 398.

Dans l'ancien Droit Romain le Droit de nommer un tuteur appartenait Exclusivement au Père, à son Défaut aux ascendans paternels, parceque cette faculté était un des attributs de la puissance paternelle que le père seul pouvait exercer: Les Rois des empereurs apportèrent un changement à cet ordre des choses, en conférant à la mère le Droit de nommer un tuteur à ses enfans impubères, quoiqu'elle n'eût point l'exercice de la puissance paternelle, mais ce n'était que sous la condition qu'elle ne nommerait pas un enfant prêtre.

notre code a non seulement abrogé cette condition, mais encore il a implicitement donné au père le droit de nommer un tuteur, lorsque sa femme lui survit, puisqu'il ne l'attribue qu'au survivant des père & mère. La mère est donc tutrice légale, & l'on peut dire, nécessaire, puisque à cet elle déclare qu'elle ne veut point se charger de la tutelle, comme le lui permet l'art. 394, Et le Droit établi par la loi ne peut souffrir aucune atteinte des dispositions contraires de la part du père.

Cependant comme la loi a investi la mère de la qualité de tutrice Et que le sort des enfans aurait pû tomber en de meilleures mains par le choix que le père aurait fait d'une personne plus propre à les regarder fonctions de la tutelle, le Législateur a, comme vous l'avez vû déjà dans l'application de l'art. 391, modifié cet investissement légal En donnant au père le Droit de nommer à la mère tutrice un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne peut exercer aucun acte relatif à la tutelle: par là il a pourvu aux intérêts du pupille, & ménagé le respect dû à la mère.

L'art. 392 a, comme vous le savez, indiqué la nature de celui par lequel doit être fait le choix du tuteur parent ou étranger: Supposons maintenant qu'il soit fait par testament, & que ce testament se trouve nul par quelque défaut de forme, cette nullité entraînera-t-elle la nullité de la nomination du tuteur? c'est ce que nous verrons dans l'application ci-après.

art. 399.

La décision renfermée dans cet article, est remplie de raison - comment concevoir en effet qu'une mère qui a passé à des secondes noces, & que le Conseil de famille n'a écarté de la tutelle, que parce qu'il a cru que ses enfans mineurs auraient à souffrir de ce nouvel établissement, peut faire un choix dicté par sa tendresse pour ces mêmes enfans? si elle a été

déjà jugée par propos à remplir elle-même les fonctions de la tutelle de soi a dû présumer qu'elle ferait le choix d'un tuteur qui n'aurait pas plus qu'elle les qualités requises pour une bonne administration. D'ailleurs il est bien juste de priver la mère qui a abandonné ses enfans pour contracter un nouveau lien, d'un droit dont l'exercice doit également servir à l'opinion que le conseil de famille a conçue d'elle, et cette opinion est bien loin de lui être favorable, puisque son résultat a été de l'exclure de la tutelle.

art. 400.

nous venons de voir que la mère remariée qui a été exclue de la tutelle par le conseil de famille, ne pourrait point nommer un tuteur à ses enfans, l'article que nous expliquons s'applique au cas où malgré son exclusion de la seconde noce, la mère a été jugée par le conseil de famille digne de continuer les fonctions de la tutelle: malgré le préjugé résultant de ce jugement, la loi n'a voulu maintenir la nomination d'un tuteur, faite par cette mère remariée qu'autant que le choix par elle fait, aura été confirmé par le même conseil: c'est là une suite de la sorte de défaveur que fait naître un second mariage qui, chez les femmes, est en présomption, s'il ne va pas anéantir du moins de diminuer considérablement les sentimens d'affection que les mères ont ordinairement pour leurs enfans. Si la nature semble leur commander un sentiment contraire, il est aussi en quelque sorte dans la nature que les enfans d'un second hymen prennent dans le cœur de leur mère, la place que les enfans du premier y avaient occupée jusqu'à l'époque du second mariage. Et c'est à cette différence que sont basées les dispositions de notre article.

art. 401.

il faut distinguer deux cas dans cet article: le premier est celui où le choix fait par la mère du mineur tombe sur un étranger, et le second au contraire, est celui où il tombe sur quelque parent. dans le premier cas, le tuteur nommé n'a pas besoin de se trouver dans aucun des cas prévus par la loi pour prouver cet affranchissement: il suffit de manifester qu'il ne veut point se charger, ne tenant au mineur par aucun lien, il a dû rester le maître de se charger des fonctions de la tutelle ou de s'y refuser, la loi ne l'y autorise.

mais il n'en est point de même dans le second cas: les mineurs ne peuvent jamais rester sans défense, et cette défense dans l'ordre de la nature doit être dans la main de ceux

qui tiennent au mineur par les liens du sang; cependant comme la loi n'est que prévoyante & non pas tyrannique, elle a fait un nombre des motifs capables d'autoriser les parens à s'affranchir du fardeau de la tutelle, & si le tuteur nommé par le père ou la mère, se trouve dans une position telle qu'il puisse invoquer quelqu'un de ces motifs, il est sûr, quoique parent, d'être affranchi des suites de cette nomination.

Sect. 3
De la tutelle des ascendans.

art. 402.

on dirait, à la lecture de cet article, que les ascendans mâles sont les seuls habiles à remplir les fonctions de la tutelle, lorsque le survivant des père & mère n'a point fait de nomination de tuteur, puisqu'il ne parle que des ayeuls paternels ou maternels, ou autres ascendans de ces deux lignes. il est cependant vrai qu'il n'y a point d'exclusion proprement dite pour les ascendans du sexe féminin: la preuve en est dans l'art. 442 de ce titre qui, parlant des personnes qui ne peuvent être ni tuteurs, ni membres du conseil de famille, déclare comprendre dans cette exclusion les femmes autres que la mère & les ascendans, ce qui est dire bien formellement que la mère & les ascendans peuvent l'être.

mais vous devez faire attention qu'il existe diverses qualités de tutelles, la testamentaire qui fait la matière de la précédente section, la légitime qui est celle dont nous nous occupons dans ce moment, et la dative qui fait le sujet de la quatrième section; ainsi après s'être fixés sur ces divers genres de tutelles, on doit dire que les ascendans du sexe féminin peuvent être nommés tuteurs, soit par testament, soit par le conseil de famille, mais qu'ils ne peuvent point exercer la tutelle légitime, parceque, en défaut de la testamentaire, la loi ne la défère qu'aux ascendans mâles; cette vérité résulte avec évidence des termes de l'art. 405 ci après qui autorise le conseil de famille à nommer un tuteur, lorsque les père & mère du mineur sont morts sans lui en donner un, & qu'il se trouve n'avoir point d'ascendant mâle; de là il suit incontestablement que les ascendans du sexe féminin sont exclus de la tutelle légitime.

art. 403.

cet article a pour base la préférence dont nous vous parlerons dans l'explication, & qui en égalité de degrés, est toujours donnée à l'ascendant du côté paternel; il ne présente à faire aucune autre observation particulière.

Art. 404.

Dans le cas de cet article, il ne peut y avoir lieu à aucune préférence, puisque les deux Bisayeuls appartiennent l'un & l'autre à la ligne maternelle, voila pourquoi y ayant égalité de Droits pour l'un & pour l'autre, le choix à faire entre eux a été donné au Conseil de famille, mais son pouvoir ne s'étend pour tant pas jusqu'à la faculté de nommer quelqu'autre personne que l'un de ces bisayeuls il n'a que le choix entre eux deux, & pour le faire dans les vües de la loi, il doit donner la préférence à celui qui est le plus propre à remplir les fonctions de la tutelle.

Section 4.

De la tutelle déférée par le conseil de famille.

art. 405.

nous n'avons à faire ici d'autre observation, si ce n'est qu'il ne s'agit dans cette section que de la tutelle dative qui, dans l'ordre des tutelles, n'a lieu qu'au défaut de la tutelle testamentaire & de la tutelle légitime, & qu'au lieu d'agir dans les ppes du droit romain qui exigeaient que la tutelle dative fut confirmée par le juge; on n'a plus besoin aujourd'hui de cette confirmation, parce que le droit de la déférer appartient au conseil de famille qui n'a nul besoin de l'autorité du juge, attendu que la loi l'investit de tous les pouvoirs à ce nécessaires.

art. 406.

cette dispoon est puisée dans la loi 2, ff. qui petu. tut. qui elle-même a pour base les ppes du droit naturel: en effet, il est tout naturel que ceux qui doivent prendre intérêt au mineur s'occupent des moyens de lui être utiles, & comme il est lui-même incapable de vacquer à ses affaires, il a bien fallu y suppléer par le choix d'une personne à laquelle ce soin est confié; et déterminer sont quels peuvent ceux qui doivent prendre intérêt au mineur? ce sont les parents qui se trouvent appellés eux mêmes à la succession du mineur, & qui ont un intérêt éventuel à la conservation de ses biens: ce sont ses créanciers, qui peuvent ne trouver les moyens de se faire payer ce qui leur est dû que dans la conservation des divers objets dont la fortune du mineur est composée. ils ont donc l'un & l'autre un intérêt personnel quoique individuel, à ce que la fortune de leur parent soit bien administrée, & par conséquent c'est à eux à provoquer la

 nomination d'un tuteur.

mais dans le cas où les uns & les autres vinssent à négliger ce devoir, la loi y a supplée, en chargeant de ce soin le juge de paix du domicile du mineur, & toute personne, quelle qu'elle soit, est autorisée à lui dénoncer le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur, comme par exemple, la mort du survivant des père & mère, son absence &c.

S'il est du devoir des parents de mineur de requérir qu'il lui soit nommé un tuteur, l'omission de remplir ce devoir rempli leur fait-elle encourir quelque peine? c'est ce que nous verrons en expliquant notre article, nous verrons aussi s'il appartient au procureur-impérial de provoquer la nomination d'un tuteur.

art. 407, 408, 409 & 410.

Ces quatre articles sont uniquement relatifs à la manière dont doivent être formés les conseils de famille; ils doivent l'être de six parents pris moitié dans la ligne paternelle, & moitié dans la ligne maternelle, les plus proches sont préférés aux plus éloignés en degré, & pour éviter les frais, ils doivent être pris autant que possible parmi ceux qui résident dans la commune où la tutelle sera ouverte, ou dans la distance de deux myriamètres; il était aussi naturel de préférer les parents aux alliés, & les plus âgés à ceux qui le sont le moins, on a toujours en pareille circonstance plus à attendre des liens du sang & de la maturité du jugement.

La loi a dû, sans doute, borner le nombre des individus appellés à former le conseil de famille pour éviter la confusion qui aurait pû s'immiscer, mais il n'était pas juste d'écarter, sous prétexte de cette ~~[illegible]~~ limitation, des parens qui tiennent au mineur d'aussi près que le sont ses propres frères & les maris de leurs sœurs germaines; voilà pourquoi ils y sont tous appellés: mais vous devez remarquer que les veuves d'ascendans sont aussi appellées à leur formation, ce qui prouve davantage, comme nous l'avons déja observé, que les femmes, quoique exclues de la tutelle légitime, ne le sont pas de la tutelle dative: car si elles étaient incapables de ce dernier genre de tutelle, elles ne devraient pas être habiles à entrer dans la formation du conseil de famille.

Au reste, les frères du mineur ainsi que les Beau-frères & les Veuves d'ascendant, s'ils sont en assez grand nombre, donnent exclusion à tous les autres parens, puisque ceux-ci n'y sont appellés qu'autant que les premiers ne sont pas en nombre suffisant pour compléter le conseil; enfin quoique pour la formation du conseil de famille, la loi paraisse donner la préférence à ceux des parens qui se trouvent dans le lieu où s'ouvre la tutelle, ou dans la distance prescrite par l'art. 407, cela n'empêche pas le juge de paix de permettre de citer des parens quoique domiciliés à une plus grande distance, lorsqu'ils sont parens plus proches ou à un degré égal, s'il croit que la présence de ces parens puisse être plus utile au mineur, mais ce doit être toujours sans préjudice des droits des frères & des Veuves d'ascendants du mineur, parce que ces derniers entrent de plein droit dans la formation du conseil de famille, en quelque nombre qu'il soit.

art. 411.

il n'y a à faire sur cet article aucune observation, si ce n'est qu'il y aurait nullité dans la procédure, si au préjudice des délais qui y sont fixés, on fesait la nomination du tuteur avant leur échéance, quoique les délibérans se trouvassent au nombre requis par la loi, parce que cette précipitation pourrait écarter des juges dont la présence serait peut-être infiniment utile au mineur; ce n'est donc pas sans raison que la loi a fixé les délais dont elle parle.

art. 412 & suivans jusques & compris l'art. 416.

Nous observerons sur ces cinq articles 1.° que c'est contrairement aux dispoons du droit romain qu'un parent convoqué peut se faire représenter: il paraissait naturel qu'il n'en fût point ainsi, car l'affection pour le mineur qu'on doit supposer en la personne du parent, n'étant pas dans la classe des choses qui peuvent se déléguer, nul autre que lui-même ne peut éprouver ce sentiment qui doit seul présider à son vœu. 2.° si le parent convoqué ne comparait pas, quoiqu'il n'ait point d'excuse légitime, il encourt la peine d'une amende que le juge de paix doit décerner, & qui ne pourra point excéder la

somme de 60tt. 3° Dans le cas où tous les convoqués ne se rendent point dans le local désigné par le juge de paix pour délibérer, l'assemblée devra-t-elle être nécessairement renvoyée? non; Et la délibération pourra être prise par les membres présents, pourvu que les trois quarts au moins des convoqués s'y trouvent: ce sont les membres convoqués qu'on lit dans la loi, d'où il suit clairement à entendre que le juge de paix n'entre pas dans la computation nécessaire pour la fixation.

4° enfin que le juge de paix qui préside l'assemblée y a voix délibérative, & qu'en cas de partage d'opinion entre les membres convoqués cette voix est prépondérante.

art. 417.

Il ne faut point oublier qu'il ne s'agit ici d'une tutelle testamentaire ou légitime, mais bien d'une tutelle dative: Lors donc que l'assemblée convoquée pour nommer un tuteur au mineur qui a des possessions en europe et dans les colonies, s'occupe de cet objet, elle doit nommer tout à la fois et le tuteur qui a la double fonction de régir la personne du mineur & d'administrer les biens qu'il possède en europe, & le pro-tuteur auquel est confiée l'administration des biens qu'il a dans les colonies.

Il en serait autrement si le survivant des père & mère avait nommé un tuteur à son enfant mineur, celui-ci en vertu de la mission qu'il aurait reçue du testateur, devrait avec l'autorisation du conseil de famille nommer un administrateur des biens qu'il ne pourrait régir lui-même, & dans ce cas le tuteur serait responsable, ainsi que le conseil de famille, des suites de l'administration faite par celui à qui ces soins auraient été confiés, parce qu'il ne serait que son délégué & que tout délégué doit répondre de la faute de son délégué.

Le second membre de notre article ne doit s'entendre que du cas où le conseil de famille a à nommer un tuteur & un pro-tuteur. Cette nomination une fois faite, chacun d'eux n'est responsable que de l'administration à laquelle il a vaqué, parce que leur pouvoir est distinct et séparé; qu'ils le tiennent l'un & l'autre de la même source, il serait injuste d'rendre l'un d'eux responsable de ce que l'autre aurait fait tandis qu'il n'avait sur lui aucun pouvoir, ni aucune inspection. Au surplus cette doctrine est conforme à celle de Vinnius dans son commentaire de institutes tom. 1er pag. 133, 134 & 136. on peut consulter encore deux déclarations, l'une du 15 8bre 1721 & l'autre du 1er février 1743, qui règlent la forme de l'élection des fonctions des tuteurs

des mineurs qui ont des biens situés en france & dans les colonies.

art. 418 & 419.

on suppose dans le premier de ces deux articles que le tuteur nommé n'a point d'excuse, ou qu'il n'en a pas de valable; & il était bien naturel qu'il ne commençât d'agir en la nouvelle qualité qui lui est déférée, que du moment de sa nomination, dans le cas où il est présent à cette nomination, ou du jour de la notification qui lui en est faite, dans le cas contraire; car nul n'est tenu d'agir en une qualité dont il ne se connaît pas revêtu.

Quant au second de ces articles, il a érigé en principe un point qui a pour base les lumières de la raison naturelle. nous vous les détaillerons dans l'explication orale.

Sect. 5.

Du subrogé tuteur. refragator tutoris.

art. 420.

On ne connaissait pas dans le droit romain ce que le code appelle un subrogé tuteur; les fonctions qui lui sont attribuées sont précisément celles qui étaient exercées par un individu auquel était décernée la qualité de curateur, mais cette qualité finissait en lui au moment même où se terminait l'affaire pour laquelle il avait été nommé; il n'en est pas de même aujourd'hui; le subrogé tuteur est d'une partie si fort intégrante de toute tutelle, qu'il ne peut pas exister de tutelle sans subrogé tuteur. c'est une sentinelle que la loi a placée pour surveiller le tuteur, & l'on sent aisément combien cette institution, peut être utile au mineur: ce subrogé tuteur remplit momentanément les fonctions de la tutelle lorsque le tuteur se trouve accidentellement dans l'impuissance de les remplir lui-même; mais si cet accident était de nature à durer longtems, le tuteur devrait être remplacé par un autre, afin que la tutelle demeurât organisée en la forme prescrite par la loi.

art. 421.

Vous venez de voir qu'il était de l'essence de toute tutelle d'avoir un subrogé tuteur; la présomption d'attachement qu'ont pour leurs enfans les pères & mères, les ayeuls & ayeule, & ceux qui ont été désignés par eux pour exercer la tutelle, aurait pu faire douter qu'il dût y avoir de subrogé tuteur dans les tutelles testamentaires & dans les tutelles légitimes; c'est pour aller au devant de cette difficulté qui ne devait

pas paraître dépourvue de raison que la loi en a fait ici une mention particulière, en les y assujettissant tout aussi bien que lorsqu'il ne s'agit que d'une tutelle dative; elle a aussi déterminé les peines auxquelles s'exposerait un tuteur testamentaire ou légitime qui s'immiscerait dans l'administration de la tutelle, avant d'avoir convoqué le conseil de famille pour la nomination du subrogé tuteur; il n'y a cependant lieu à prononcer la déchéance de la tutelle contre le tuteur, & des indemnités en faveur du mineur, qu'autant que le conseil de famille a reconnu qu'il y avait du dol dans la conduite du tuteur; car s'il ne peut pas être inculpé de dol, la gestion qu'il aurait dû faire de la tutelle avant la nomination du subrogé tuteur, ne lui ferait encourir aucune peine.

art. 422.

Telle est donc la différence entre les autres tutelle testamentaire, légitime & la tutelle dative, que dans les deux premières on peut différer la nomination du subrogé tuteur, jusqu'à ce que le tuteur entre en fonction, au lieu que dans la tutelle dative la nomination du tuteur et du subrogé tuteur doit être faite uno ictu. au reste cette différence ne peut pas aboutir à grande chose, comme nous vous le ferons sentir dans l'explication.

art. 423.

C'est pour éviter la concurrence qui pourrait s'établir entre le tuteur & son subrogé, que la loi a consigné dans cet article les dispoons qu'on y lit: l'un et l'autre devant être pris dans les lignes différentes, il est naturel de penser qu'il n'y aura point entr'eux un concert frauduleux capable de nuire aux intérêts du mineur; il a cependant fallu faire une exception à la règle générale pour le cas où les parens d'une seule ligne forment le conseil de famille, & ce cas se vérifie, lorsque les frères germains du mineur sont appellés à le composer, & qu'ils sont en nombre suffisant.

art. 424, 425 & 426.

1° Dès que la loi a voulu qu'en toute tutelle il y eût un tuteur & un subrogé tuteur, il n'était pas possible de concevoir que le subrogé tuteur devînt tuteur par la survenance de quelqu'une des excuses valables en la personne de ce dernier, ou par sa destitution, ou par son absence. Ce procédé aurait fait cesser les fonctions du subrogé tuteur, tandis que celui-ci n'aurait éprouvé en sa personne aucun changement qui eût pu amener un tel résultat. Le subrogé tuteur doit donc conserver la qualité dont il se trouve revêtu, & c'est précisément en cette qualité que la loi le charge de provoquer la nomination d'un autre tuteur.

2° La qualité de subrogé tuteur n'étant qu'un accessoire à la nomination du tuteur, il fallait bien qu'elle cessât au même moment où finit la tutelle.

3° Enfin lorsqu'il a été défendu au tuteur de provoquer la destitution du subrogé tuteur, le motif a été pris de ce qu'il ne fallait point laisser au tuteur la faculté d'écarter celui que la loi a chargé de surveiller ses opérations; voila pourquoi il lui est défendu aussi de voter dans les conseils de famille qui peuvent être convoqués pour cet objet.

Sect. 6.

Des causes qui dispensent de la tutelle.

art. 427.

En s'exprimant, comme il le fait, cet article désigne clairement comme affranchis de la tutelle les membres du sénat conservateur, ceux du corps législatif & ceux du gouvernement, puisque c'est d'eux qu'il est parlé dans les tit. 2, 3 & 4 de l'acte constitutionnel. notre article prononce le même affranchissement en faveur des juges de la cour de cassation, du procureur-général impérial, près la même cour & de ses substituts: la même faveur est accordée aux commissaires de la comptabilité, aux préfets; &c.

Le motif de cette dispense est pris de la gravité, de l'urgence & de la multiplicité des affaires dont se trouvent chargées ces diverses personnes dont tout le tems est employé au service public. Sous ce rapport, il semble que les juges, notamment ceux des cours souveraines, les procureurs impériaux & leurs substituts, & même les avocats devraient jouir de la même exemption; car tous leurs moments sont consacrés aussi au service de la chose publique directement ou indirectement: il en est néanmoins autrement et ceux qui exercent une fonction publique n'en sont dispensés qu'autant que la tutelle s'exerce dans un département autre que ~~l'exercice~~ celui de l'exercice de ces fonctions; ce qui, d'après un avis du conseil d'état en date du 4 novembre & approuvé le 20 du même mois par S. M. l'empereur, en l'an 1806, est applicable non seulement aux ecclésiastiques desservant des cures et des succursales, mais à toute personne exerçant des fonctions qui exigent résidence.

art. 428.

il était bien juste que les militaires qui servent leur patrie dans le métier des armes, & qui sont en activité de service fussent affranchis du fardeau de la tutelle; aux termes du droit romain, les militaires étaient non seulement dispensés de la tutelle, mais encore ils en étaient nominativement exclus. Cette différence n'en a même aucune dans les résultats car dès que

ut, nec volens, ad tutelas omnes admittatur.

Les articles subséquents donnent aux militaires la faculté de s'excuser avant d'accepter la tutelle, s'ils usent de cette faculté, il en est tout de même que s'ils en étaient exclus.

notre article parle aussi de l'excuse que peuvent proposer tous autres citoyens qui remplissent hors du territoire de l'empire une mission du Gouvernement; la raison n'aurait pas pû s'accommoder d'une décision contraire, car la gestion d'une tutelle exigeant dans une infinité de cas la présence de celui qui l'exerce, il y aurait une impossibilité physique à remplir tout à la fois les devoirs attachés à la mission, & ceux attachés à l'exercice de la tutelle.

art. 429, 430 & 431.

1° nous venons de voir que les individus chargés par le Gouvernement de quelque mission trouvaient dans cette mission une excuse valable pour s'affranchir de la tutelle, mais si elle était d'une bien courte durée, devrait-on y attacher cet effet? doit-on aussi en croire à l'allégation de cette mission, lorsqu'elle n'est point d'ailleurs justifiée? nous vous donnerons la solution de ces deux questions dans notre explication orale.

2° en règle générale, l'acceptation des fonctions de tuteur faite postérieurement à l'acceptation d'une mission qui dispense des fonctions de la tutelle, forme contre celui qui l'a faite une fin de non-recevoir qui s'oppose à toute réclamation qui aurait pour base l'excuse légale attachée à ~~cette~~ sa qualité.

3° Enfin, dans le cas où le gouvernement ferait choix d'un individu déjà chargé d'une tutelle pour remplir une mission hors du territoire de l'empire, ou lui ordonnerait de prendre les armes contre les ennemis de la patrie, la loi défère à cet individu la faculté de convoquer dans le mois le conseil de famille, à l'effet d'être procédé à son remplacement: & ce remplacement ne peut pas être refusé, il devient dans ce moment étranger à la tutelle, & celui qui est nommé à sa place en remplit toutes les fonctions.

art. 432.

il est dans l'ordre naturel que ceux qui doivent profiter de la succession du mineur, s'il vient à mourir, soient chargés de la tutelle cubi est successionis emolumentum, ibi onus tutelae esse debet; cependant comme le mineur ne doit pas rester sans défense, & qu'il ne doit pas non plus être ruiné en frais, ce qui arriverait cependant si on nommait tuteur un parent dont le domicile serait à une grande

Distance, notre article, tout en déclarant que les citoyens non parents ni alliés du mineur, ne peuvent être forcés à accepter la tutelle, borne cette règle générale au cas où il ne se trouverait aucun parent ni allié dans la distance de quatre myriamètres (ou 8 lieues) du lieu où s'ouvre la tutelle, auquel cas le conseil de famille peut choisir un ami pour l'exercer, quoiqu'il ne tienne au mineur par aucun lien de parenté, pas même par alliance.

art. 433.

notre article fait deux changemens à ce qui se pratiquait sur ce point chez les romains; le premier en ce que l'excuse prise de l'âge, ne pouvait chez eux être proposée qu'autant que le tuteur nommé avait accompli sa 70me année. Le second en ce que l'adoption de cet âge ne fournissait point matière à excuse; la décision adoptée renfermée dans le code est préférable sous l'un & l'autre de ces rapports. un homme parvenu à 65 ans accomplis commence à ressentir les infirmités de l'âge, & c'en est assez pour qu'il doive demeurer affranchi du fardeau d'une tutelle, d'un autre côté, plus il avance en âge, plus il devient inhabile à remplir les fonctions qui y sont attachées, il était donc naturel que parvenu à 70 ans accomplis il fût déchargé de la tutelle, s'il en forme la demande, mais la 70me année doit être révolue, car ce n'est qu'alors qu'on peut dire que l'on a 70 ans.

art. 434

il ne s'agit point ici d'une maladie passagère qui peut, pendant quelque tems, empêcher le tuteur de vaquer aux fonctions qui lui ont été confiées, mais bien d'une infirmité soutenue qui, à chaque instant, peut le faire regarder comme valétudinaire. il existe une infinité de causes d'exemptions de ce genre: un homme atteint d'une forte surdité, celui qui est retenu chez lui par la goutte dont il est travaillé presque habituellement; celui qui est sujet à de fréquentes attaques d'épilepsie; & un grand nombre d'autres personnes que des infirmités de cette espèce mettent dans l'impuissance de vaquer à leurs propres affaires, sont nécessairement incapables de régir celles des autres, on peut donc dire avec vérité que ces sortes d'excuses ne sont que trop légitimes, & telle est la faveur dont ces personnes doivent jouir que si l'infirmité survient après leur nomination à la tutelle, ils peuvent s'en faire affranchir.

art. 435.

Le droit romain n'accordait d'excuse prise du nombre des tutelles dont on est déjà chargé qu'autant qu'il y en avait

 trois sur une même tête; le Législateur a pensé qu'il suffisait d'être chargé de deux pour acquérir une excuse valable de toute nomination à une troisième; mais ce qu'il y a de remarquable dans cet article, c'est qu'un homme qui a des enfans, ou qui s'est mis dans le cas d'en avoir par un mariage, peut s'excuser, quoiqu'il ne soit chargé que d'une seule tutelle; la raison de cette précision n'est pas prise dans les soins qu'un père est tenu de donner à ses enfans, puisque celui-là même qui n'en a pas, jouit du même avantage. Elle a son principe dans les vues sages & politiques de multiplier les mariages, & de diminuer le nombre des célibataires qui sont infiniment moins utiles à l'état: ces individus trompent le vœu de la nature, & quoiqu'il soit très vrai qu'une volonté libre doit être la base de tous les mariages, on ne peut pas se dissimuler que ceux qui paraissent ne vouloir vivre que pour eux-mêmes, ne méritent pas le même degré de faveur que les autres.

art. 436.

Dans la république romaine le nombre d'enfans donnait lieu à excuse légitime, mais ce nombre devait être plus ou moins considérable, suivant la qualité des lieux où s'ouvrait la tutelle: si, c'était à rome, même, trois enfans suffisaient, il en fallait quatre dans toute l'italie, mais le nombre de cinq était absolument nécessaire pour opérer l'excuse dans toutes les autres provinces: notre nouveau code a fixé à ce dernier nombre celui des enfans que devait avoir un père pour s'affranchir de toute tutelle: mais n'oubliez pas de remarquer que le code a voulu que les enfans fussent légitimes; c'eût été favoriser le désordre, & détourner les hommes du mariage, que de faire participer à cette faveur les pères des enfans nés hors du lien conjugal, & la perte des mœurs aurait été la suite inévitable d'une loi qui aurait décidé le contraire.

La seconde partie de l'article relative à l'excuse prise du nombre des enfans, lors même qu'ils ont péri en défendant la patrie, a sa base dans les institutes de justinien au titre de excus. tut. et la raison en est si sublime que l'on doit toujours en conserver la mémoire, c'est, dit l'empereur justinien, parce que ceux qui perdent la vie pour leur patrie, vivent glorieusement dans tous les siècles; hi enim qui pro republicâ ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

Mais faut-il, afin de compter utilement pour excuse de tutelle, que l'enfant ait péri dans le combat, ou qu'il soit mort des suites de ses blessures? cette difficulté fut agitée lors des conférences qui précédèrent le code napoléon, & il fut résolu qu'il suffisait que l'enfant eût trouvé la mort dans un service militaire quelconque pour la république: ainsi les avantages attachés à cet article, doivent être communs à tous ceux qui font partie de l'armée, même aux individus qui n'y sont pas appellés pour se battre. Ces derniers jouissent des mêmes avantages que ceux qui figurent activement dans l'action; on peut s'en convaincre par les dispoons de l'art. 981 du code qui règle la forme particulière des testamens des militaires, & qui y fait participer tous les individus employés dans les armées.

art. 437.

La loi 2, ff. de excus. tut. avait décidé que l'enfant déjà conçu ne fesait point nombre pour fournir à son père une excuse légitime de tutelle, & que pour opérer cet effet il devait être né; cependant on trouve dans Catellan, liv. 8, chap. 7, un arrêt du 12 mars 1641 qui juge précisément le contraire, & qui décide que l'excuse prise du nombre de cinq enfans pouvait être utilement invoquée par un père qui avait déjà quatre enfans vivants, pourvu que sa femme fût enceinte. Les raisons qu'en donne ce magistrat sont tellement pressantes, qu'il n'est pas étonnant qu'elles l'aient emporté sur l'autorité de la loi.

art. 438 & 439.

après avoir développé les motifs qui peuvent servir d'excuse, la loi s'est occupée des fins de non-recevoir qui pourraient rendre l'excuse inutile, la première est prise du silence que garderait l'individu nommé, lorsqu'il est présent à la nomination; la loi lui fait un devoir d'en réclamer sur le champ, & si les nominateurs se séparent, sans qu'il ait fait entendre sa réclamation, il n'est plus à tems de le faire par la suite.

il n'en était pas de même chez les romains qui donnaient pour celle-là un délai de 50 jours, comme on le voit dans les institutes au tit. de excus. tut. §. 16.

Si l'individu nommé aux fonctions de la tutelle n'est pas présent à la nomination qui a été faite de sa personne, il est sensible qu'on ne peut point lui imputer de n'en avoir pas réclamé alors; mais comme ses fonctions ne peuvent commencer

qu'après qu'il a été légalement instruit de sa nomination, & qu'il n'acquiert cette connaissance que par la notification qui lui en a été faite, la loi a voulu qu'il proposât son excuse dans le délai de 3 jours à compter de cette notification, & qu'à cet effet il assemblât le conseil de famille pour l'entendre sur sa réclamation, & juger du mérite de son excuse; s'il n'est point dans le lieu de l'ouverture de la tutelle ce délai est augmenté d'un jour par trois miryamètres, (environ 6 lieues ancien) et faute par lui de se pourvoir en la forme indiquée par la loi, elle le déclare non recevable; telle est la seconde force de la fin de non-recevoir.

art. 440.

Par la manière dont s'explique notre article, le code a abrogé la jurisp. d'après laquelle l'individu nommé tuteur, sans comparaître devant les nominateurs, pouvait déférer leurs opérations aux tribunaux: cette jurisp. s'était ainsi introduite au mépris du §. 6 du tit. de excus. tut. aux instit. qui indiquait au tuteur nommé la voie qu'il devait prendre pour faire statuer sur son excuse. c'était précisément la même dont parle le code; il doit convoquer le conseil de famille, lui exposer les motifs d'excuse et si le conseil les rejette, il lui reste le recours aux tribunaux pour les faire admettre.

mais comme les intérêts du mineur ne doivent pas être compromis par un défaut de défense, ce qui arriverait, si le tuteur l'abandonnait, jusqu'à ce qu'il eût été statué sur sa prétention, la loi lui fait un devoir d'administrer provisoirement: on sent aisément que cette administration provisoire est incapable d'élever contre lui aucune sorte de fin de non-recevoir qui le prive de l'utilité qu'il attend du succès de sa réclamation.

art. 441.

les dispoons de notre article ne sont que l'expression du droit commun d'après lequel tous ceux qui élèvent ou qui soutiennent de mauvaises contestations, doivent être condamnés aux frais de l'instance; cependant il peut y avoir telle apparence de raison qui ne permet pas de regarder le conseil de famille comme guidé par une justice réfléchie, lorsqu'il a refusé d'admettre les excuses proposées: c'est au juge à peser dans sa sagesse le mérite des raisons qu'il a pu avoir pour refuser de les admettre; & c'est d'après cet examen qu'il doit se décider à prononcer contre lui la condamnaon aux dépens, ou à l'en affranchir: la loi lui laisse toute la latitude possible à cet égard.

Mais il n'en est pas de même lorsque le tuteur succombe

dans sa réclamation; dans ce cas, il ne dépend pas du juge de ne pas prononcer contre lui la condamnation aux dépens: la loi lui fait un devoir de la prononcer; la contexture du texte ne permet pas d'en douter.

Sect. 7me

De l'incapacité, des exclusions & destitution de la tutelle

art. 442.

1° Les mineurs sont les premiers que la loi s'est empressée de les exclure des fonctions de la tutelle: sans doute, rien n'est plus sage, il eût été bien étonnant qu'on eût pû charger de l'administration des biens d'autrui, ceux là mêmes que la loi déclare incapables de régir les leurs propres.

La loi a cependant fait une exception en faveur des pères & mères des mineurs, & c'est encore bien sage, parce qu'il n'est pas d'affection égale à celle qu'éprouvent les pères & mères pour leurs enfans: il n'en était pas entièrement de même chez les romains: on y distinguait la tutelle dative de la tutelle légitime; dans la premiere la minorité produisait l'incapacité, mais non pas dans la seconde et pendant toute la durée de la minorité du tuteur, c'était un curateur qui régissait la personne & les biens du pupille: cette distinction ne peut plus avoir lieu maintenant, parce que le code ne l'a point admise, & que tous les mineurs quelqu'ils soient à l'exception des pères & mères, en sont indistinctement exclus par une disposon générale.

2° Les interdits en sont encore exclus, & rien n'était plus naturel, car celui que la loi déclare incapable de régir ses propres biens, n'a pas à ses yeux, plus d'aptitude pour régir les biens des autres: on peut demander à cette occasion si pour produire l'incapacité, il faut qu'il ait été rendu une sentence d'interdiction; la loi le suppose nécessairement ainsi, car il ne peut point y avoir d'interdit là où il n'y a point de jugt d'interdiction: mais cela n'empêche pas qu'il ne puisse exister des motifs légitimes de cessation des fonctions de tuteur en la personne de certains individus, quoiqu'il n'ait été prononcé contre eux aucun jugement d'interdiction; celui, par exemple qui serait tombé dans un égarement de raison, & qui serait des folies, serait prohibé par le fait de remplir les fonctions de tuteur, quoiqu'il n'eût pas encore été rendu contre lui une sentence d'interdiction pour cause de folie; mais en règle générale, chacun étant présumé mentis compos jusqu'à ce qu'il

y ait eu preuve du contraire, tous les actes faits par un tuteur contre lequel il n'aurait point été prononcé de sentence d'interdiction, seraient valables; telle est la décision de Furgole en son traité des testamens, tom. 1er pag. 269, de l'édition de 1779.

3° Les femmes forment la troisième classe des personnes à qui l'exercice de la tutelle est prohibé; cet exercice est de droit public, il n'en faut pas savoir davantage, pour n'être pas surpris de l'exclusion qui a été prononcée contre elles en cette matière, fœminæ à muneribus publicis removentur, leg. 2, ff. de reg. jur. Les romains avaient cru devoir faire une exception en faveur des mères, lorsqu'elles étaient majeures, & des ayeules, à cause de la tendresse singulière qu'elles ont pour leurs enfans & petits-enfans. Cette exception est consignée dans l'authentique matri & aviæ cod. quando mulier off. tut. fung. poss. notre code a adopté cette exception même avec cet avantage pour les mères, qu'elles sont appellées à la tutelle de leurs enfans, quoiqu'elles se trouvent en état de minorité au décès de leurs maris; elles avaient déja reçu de lui en quelque sorte une association à la puissance paternelle, & ç'aurait été faire un pas rétrograde à leur préjudice, que de les exclure de la tutelle à cause de leur minorité.

4° Enfin la quatrième classe des personnes à qui les fonctions de la tutelle sont interdites, sont tous ceux qui ont avec le mineur un procès dans lequel se trouvent compromis l'état, la fortune ou une partie notable de la fortune de ce mineur; il en est de même de celui dont les père ou mère auraient un procès de ce genre avec le mineur.

remarquons d'abord que par la généralité de ses expressions, la loi écarte de la tutelle tous ceux qui se trouvent dans le cas de l'article, même les père & mère du mineur; cette qualité ne leur donne aucun avantage sur les autres tuteurs, quelque faveur dont ils soient environnés, à cause de la tendresse qu'ils sont présumés avoir pour leurs enfans; ils doivent donc, comme les autres, être exclus de la tutelle dans le cas prévu par notre article.

on a douté autrefois si le créancier ou le débiteur du pupille ou du mineur pouvaient être exclus de la tutelle à cause de cette qualité. — l'ancien droit décidait nettement qu'ils ne le pouvaient pas, & qu'ils devaient remplir les fonctions auxquelles ils étaient appellés; mais la novelle 72 les écartait l'un & l'autre: par la jurisp. du parl. de toulouse dont rend compte Catellan liv. 8, chap. 1er, la qualité de créancier du mineur, non plus que celle de son débiteur n'excluait pas le tuteur des fonctions de la tutelle, soit que le père l'eût nommé lui-même, soit qu'il l'eût été seulement dans une assemblée de parens.

notre article exclud aussi de la tutelle celui dont le père ou la mère aurait avec le mineur un procès de conséquence; le motif de cette dispoon-

Est pris de l'affection que les enfans ont pour leur père & mère, & la ha
a supposé que cette affection pourrait être portée à un tel point que les
intérêts du mineur en éprouveraient du préjudice ; il faut donc en dire
autant par assimilation, et peut-être même avec plus de raison, de celui
dont la femme & les enfans auraient un procès du même genre avec le
mineur : ubi eadem ratio, ibi idem jus dicendum.

Art. 443.

on ne saurait voir de bon œil remplir les fonctions de la tutelle un
homme que la justice aurait frappé de son glaive, en le condamnant à
quelque peine afflictive ou infamante ; c'est principalement à la probité
qu'est confié un pareil emploi, & les gens probes n'ont point de démêlé
avec la justice.

art. 444.

Le mot inconduite dont se sert notre article, peut être pris sous
divers points de vue : il peut être pris sous le rapport des mœurs, il
peut l'être aussi sous le rapport de l'administration des biens. on
voit tous les jours des hommes très capables de régir leurs propriétés
en gens de bon sens, mais qui sont sans mœurs & sans principes ; ceux-
sont évidemment dans le cas de l'article ; car il n'importe pas moins au
mineur de recevoir de son tuteur l'exemple d'une bonne conduite, qu'il
lui importe d'avoir ses propriétés bien administrées ; les mœurs sont
la base de la société, & le mineur aurait tout à perdre, s'il était élevé
par son tuteur dans des principes d'immoralité qui pourraient faire le
malheur de sa vie entière.

D'autre côté, on voit des hommes emportés par diverses passions &
notamment par celle du jeu : cette passion est peut-être de toutes
la plus funeste ; les mœurs, la fortune, l'honneur, la délicatesse, la
probité ; tout disparaît en la personne de ceux qui font du jeu une
profession. serait-ce à des hommes de cette espèce que pourrait être confié
l'exercice de la tutelle ? il n'est aucun de vous qui hésite à répondre
qu'ils en seraient indignes. voilà donc un autre exemple d'inconduite capable
d'écarter des fonctions de la tutelle tout homme qui aurait le malheur
d'être atteint de cette funeste passion. au reste, la loi n'a point
déterminé les divers genres d'inconduite qui peuvent produire
l'exclusion en pareille matière : elle a laissé au juge la liberté d'y statuer
suivant l'exigence des divers cas qui peuvent s'y présenter.

art. 445.

il semble qu'on aurait dû distinguer, comme le fesait le droit
romain dans le §. 6 du titre de susp. tut. aux institutes, la destitution
pour cause de dol d'avec celle qui aurait été promue par quelque
imprudence ou pour cause d'incapacité : car il y a bien loin de l'

De cas en cas à l'autre: cependant quelle que soit la cause de la destitution, la loi les exclut tous également de la faculté d'être membres d'un conseil de famille, et quoiqu'il soit très possible qu'un mauvais administrateur soit capable de faire un bon choix, néanmoins c'est une sorte de tache qu'une destitution, quel qu'en soit le motif, & c'en est assez pour qu'il doive être écarté du Conseil de famille.

art. 446, 447, 448 & 449

Ces quatre articles sont purement réglementaires & ne présentent à faire aucune réflexion sur la décision qu'ils renferment: nous devons remarquer seulement qu'il n'en est point en France comme à Rome, où l'accusation du tuteur était permise cuilibet de populo; les femmes même n'étaient point exclues de l'exercice de cette action, mais elles devaient être revêtues de la qualité de mères, d'ayeules ou de sœurs du pupille. Les actions populaires ne sont point admises parmi nous; le vengeur public est seul admis à agir dans certains cas qui intéressent la société prise collectivement, mais il ne paraît pas qu'il lui appartienne de provoquer la destitution du tuteur: cela résulte assez clairement de l'art. 446, qui ne fait au juge de paix un devoir de convoquer le conseil de famille à cet effet, qu'autant que cette convocation est formellement requise par des parens ou alliés du mineur au degré de cousin germain ou autre plus proche; par cette manière de s'exprimer la loi a refusé cette même faculté aux parents qui sont à un degré plus éloigné, & par conséquent aux étrangers. Le procureur-impérial lui-même doit être compté dans le nombre de ceux exclus de cette faculté, puisque la loi ne lui en accorde point nominativement l'exercice.

Sect. 8.

De l'administration du tuteur.

art. 450. (53)

C'est également à la personne qui est donné le tuteur, & c'est en qu'accessoirement qu'il est chargé de l'administration des biens du mineur: il n'en était pas de même autrefois dans les pays de droit écrit où l'on distinguait la tutelle de la curatelle: la tutelle était exclusivement décernée à la personne du pupille, & celle-ci finissait à 12 ans pour les filles & à 14 ans pour les garçons; jusqu'alors le tuteur régissait la personne et les biens du pupille; mais lorsque, suivant la différence des sexes à 12 ou 14 ans, il se choisissait lui-même un curateur pour l'administration de ses biens: dès ce moment il formait en son nom toutes les actions où il défendait assisté de son curateur, [aujourd'hui dans toute l'étendue de l'empire, la minorité est assimilée à ce qu'on appellait auparavant

la pupillarité. Les enfans sont sous la puissance de leur père, de leur mère, de leur tuteur jusqu'à l'âge de 21 ans accomplis, époque de leur majorité. ne peut par conséquent plus y avoir lieu à la distinction dont nous venons de parler. voilà pourquoi notre article réunit sur la tête du tuteur qui représente le mineur la double obligation de soigner la personne & d'administrer ses biens.

mais par cela même qu'il est chargé de sa défense, il devait lui être prohibé d'acheter ses biens, de les prendre à ferme & d'accepter la cession d'aucune créance sur lui. sans cette prohibition il pourrait arriver qu'un tuteur infidelle mettrait de côté des pièces propres à repousser l'action dirigée contre le mineur, & que loin de le défendre, il concourrait à le dépouiller : le droit romain avait prévu ce cas dans l'authentique minoris Cod. Qui dare tut. vel curat. Poss. & cette sage prévoyance ne pouvait qu'être adoptée par nos sages législateurs.

art. 451.

Cet article renferme la décision d'un point de droit sur lequel les auteurs n'étaient pas d'accord, un père ou autre ascendant pouvait-il dispenser le tuteur qu'il donnait à ses enfans pupilles de l'obligation de faire inventaire? la jurisp. avait fort varié sur cette question, & la doctrine des auteurs n'était pas plus uniforme. quoi qu'il en soit de ce qui se passait ou paravant à cet égard, le code a embrassé l'opinion de ceux qui pensaient que dans tous les cas le tuteur était obligé de faire inventaire : cela résulte clairement de ces mots « le tuteur » après la levée des scellés, fera procéder immédiatement à l'inventaire » des biens du mineur » : l'article ne distingue point les tuteurs ascendans de ceux qui n'ont point cette qualité ; la décision s'applique donc à tous également.

il est bien vrai que les lois insérées dans le titre du code de bonis quæ liberis, ont donné naissance à la maxime administrâo patris est penitus impunita, & sous ce rapport il semble que le père doit être distingué des autres tuteurs ; cependant le code ne faisant point de distinction, nous ne pensons pas qu'il doive nous être permis d'en faire, & nous croyons que le père est, comme les autres, assujetti à l'observation de tout ce que prescrit la loi.

quant à la deuxième partie de l'article qui est relative à la déclaration que doit faire le tuteur de ce qui peut lui être dû par le mineur, à peine d'encourir la déchéance, nous ne partageons point l'opinion de certains auteurs qui ont cru que cette obligation ne pouvait regarder ni les pères, ni les mères, ni les autres ascendans, sous prétexte que leur tendresse pour leurs enfans ou petits-enfans ne permet pas de penser

qu'ils se rendent coupables de fraude ou de déguisement envers eux : nous croyons au contraire que la loi ayant fait de cette déclaration une loi générale tous les tuteurs, quelqu'ils soient, doivent s'y conformer, & quelque tendresse qu'on doive leur supposer pour leurs enfans ou petits-enfans, ce n'est pas trop exiger d'eux que de vouloir qu'ils fassent cette déclaration qui n'a certainement rien de contraire à cette tendresse présumée & qui ne compromet aucunement leur délicatesse.

art. 452 & 453.

Les lois romaines répandues dans le titre du ff. de adm. & per. tut. dont les dispoons avaient été adoptées par l'art. 102 de l'ordce d'orléans et par l'ordce de 1747, concernant les substitutions, faisaient au tuteur un devoir de procéder à la vente du mobilier dont la conservation pouvait nuire aux intérêts du pupille ; le produit de cette vente devait être employé au payement des dettes, si la succession s'en trouvait grévée, & celles portant intérêt devaient être acquittées les premières, parceque le pupille se trouvait allégé d'autant. Le nouveau code a adopté cette dispoon des anciennes ordces comme la plus propre à améliorer la condition du mineur : au reste cequi prouve que nous avons eu raison de soutenir qu'il en était des pères & mères & autres ascendans tuteurs, comme de tous autres relativement à la nécessité de faire inventaire, & de l'obligation imposée à tous les tuteurs de déclarer leurs créances sur le mineur, c'est que l'art. 453 n'affranchit les pères & mères de la nécessité de vendre les meubles que le conseil de famille n'aura pas désignés dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, comme devant être conservés en nature, qu'autant que le mineur ne serait point parvenu à sa 18me année accomplie : il doit donc hors de ce cas particulier, appliquer aux pères & mères tout ce qu'on dit des autres tuteurs non ascendans.

art 454.

On trouverait difficilement des personnes qui voulussent se charger du fardeau de la tutelle, si ce fardeau s'étendait jusqu'à obliger le tuteur de nourrir le mineur à ses dépens : ce n'est donc point ainsi que la loi l'a entendu : on convoquait autrefois les parens pour déterminer la quotité de la somme qu'on jugeait être annuellement nécessaire au tuteur pour fournir à l'entretien & à l'éducation du pupille & cette fixation était faite proportionnellement aux revenus des biens & aux dépenses que son éducation pouvait faire regarder comme indispensables : aujourd'hui c'est au conseil de famille qu'il appartient de faire ce réglement, dans toute tutelle autre que celle des pères & mères ; s'il n'en est point de même à l'égard de ceux-ci, c'est parcequ'ils ont jure proprio la jouissance des biens de leurs enfans mineurs jusqu'à la majorité, sauf la comptabilité dont ils sont tenus envers eux pour les trois dernières années ; cequi met un obstacle évident à cequ'ils puisse en être usé désormais, comme il en était usé auparavant à leur égard.

Sans doute il arrive souvent que le revenu du mineur soit insuffisant pour fournir à sa nourriture & à son entretien; mais ce n'est pas une raison qui autorise le tuteur à vendre, & à employer le produit de cette vente à l'entretien et à la nourriture du mineur: tout ce que il faut faire en pareille circonstance c'est d'assembler le conseil de famille, pour obtenir l'autorisation de vendre si le mineur est d'une condition à recevoir une certaine éducation, & lorsque permettre de le faire prendre un métier, ou de le mettre en service: si le tuteur ne prenait pas cette précaution, il allégueroit vainement l'insuffisance du revenu du mineur, il lui seroit alloué au retour le montant de toutes les dépenses qu'il auroit faites dessus; c'était là un point incontestable de jurisp. auquel il n'est point douteux qu'on ne se conformerait encore aujourd'hui.

art. 455 & 456.

après avoir remarqué sur l'art. 454 quelle est la conduite que doit tenir un tuteur, lorsque les revenus du bien du mineur sont insuffisans pour fournir à la nourriture, à son entretien, & à son éducation, nous avons à nous occuper des opérations que doit faire le tuteur, lorsque les biens du mineur donnent un revenu supérieur à la somme que le conseil de famille aura déterminée être nécessaire pour la dépense annuelle du mineur.

Les Lois romaines avaient traité le tuteur avec une extrême sévérité. Elles avaient exigé d'eux qu'ils fissent dans deux mois le placement des sommes qu'ils retiraient après la première année de leur gestion, & des sommes qu'ils retiraient à compter de leur entrée en exercice pour les sommes qui se trouvaient en nature au décès, ou qui étaient dûes dans le cours de la première année; faute par le tuteur de le faire, ils étaient comptables de l'intérêt de ces sommes, tout comme s'ils en avaient fait emploi, en la forme indiquée, c'est-à-dire, à l'acquisition de fonds immeubles ou en payement de dettes dont la succession pouvait être grevée.

quant à l'excédant du revenu du pupille sur la dépense dont l'assemblée de famille avait déterminé le taux, suivant l'ancien droit Romain & la loi 38, §. 1er ff. de administ. & peric. tut. il produisait intérêt en faveur du pupille comme s'il eut formé originairement un capital; la nov. 72, chap. 6, avait apporté quelque adoucissement à la condition du tuteur sur ce point, s'il était autorisé par le juge à garder cet excédant, à cause de la difficulté à trouver un placement solide, auquel cas le tuteur n'employait pas en intérêts: mais s'il ne prenait pas cette précaution justifiée par les circonstances, ou si l'excédant dont nous parlons, était employé par le tuteur à ses propres usages, il était comptable des intérêts envers son pupille.

Le mineur jouit, sans doute, d'une très grande faveur, mais cette faveur ne doit pas aller jusqu'à porter atteinte à la fortune du tuteur; c'est bien assez que celui-ci donne à l'administration des biens du mineur les mêmes soins qu'un père de famille attentif donne à ses propres affaires; & comme l'on n'a jamais cru qu'un père de famille dût placer chaque année en augmentation de sa fortune l'excédant de son revenu sur sa dépense, de même on n'a pas cru en général que le tuteur fût obligé de payer les intérêts de cet excédant, à moins qu'il ne fût très considérable.

En conséquence lors de la clôture, on formait un chapitre particulier de l'excédant qu'il y avait eu chaque année; on en fesait ensuite l'ablotation, et la somme totale à laquelle se portait ce chapitre particulier, était réunie au montant des capitaux dont le tuteur était chargé, & après cette réunion, le tout portait intérêt au pupille du jour de la clôture du compte. telle était la jurisp. de la plupart des tribunaux, même de ceux établis dans les provinces appellées pays de droit écrit, comme l'attestent une infinité d'auteurs dont il serait trop long de faire ici l'énumération.

par la manière en laquelle sont conçus les deux articles dont nous nous occupons, toutes les difficultés se trouvent tranchées; le tuteur n'est comptable des intérêts de l'excédant des revenus sur la dépense, qu'après le délai de six mois, à moins que le conseil de famille n'ait déterminé & fixé à un plus long ou plus court délai l'obligation où il est d'en faire emploi: si le tuteur a manqué de faire fixer ce délai par le conseil de famille, il demeurera comptable même des intérêts des sommes les plus modiques après 6 mois.

art. 457, 458 & 459.

La loi a dans ~~avant~~ tous les tems, accordé une protection spéciale aux mineurs, & a veillé d'une manière toute particulière, à la conservation de leurs propriétés; jamais les tuteurs n'ont eu le droit d'en disposer arbitrairement, même sous prétexte qu'il était nécessaire de les aliéner pour le payement des dettes, ou pour rendre meilleure la condition des mineurs. Les lois Romaines sous la rubrique du ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt avaient introduit plusieurs formalités dont l'inobservation entraînait la nullité des actes que le tuteur aurait pû consentir: tous les auteurs, soit des pays coutumiers, soit des pays de droit écrit, attestent cette vérité.

On n'a élevé de difficulté que dans le cas où le père par son testament avait donné au tuteur la faculté de vendre pour le payement de ses dettes un immeuble par lui désigné avec cette clause

qu'il le dispensait des formalités requises en pareille occurrence.
Certains auteurs avaient pensé sur le fondement de diverses lois
répandues dans le titre du code quand à décreto ogni nonnulli, que dans
cette circonstance la vente pouvait être consentie par le tuteur sans
observation solennelles. parce qu'on devait présumer que le père
n'avait donné un pouvoir aussi étendu à ce tuteur que parce qu'il
connaissait à sa droiture, ses talents & sa probité: que la volonté du
mourant doit être respectée, surtout que c'est un père qui connaît
quelque mieux que lui ne peut avoir égard convenant aux intérêts
du pupille, d'où l'on ne peut se permettre de s'écarter de ce qu'il a
ordonné, sans manquer à la déférence & au respect qui lui est dû.

D'autres avaient pensé au contraire d'après la maxime remo cavis
potest ne leges in testamento suo locum habeant qu'il ne dépendait
du père d'affranchir le tuteur de la nécessité d'observer les formalités
requises par le droit pour rendre valables les aliénations des biens du pupille
que ces formalités tenaient en quelque sorte au droit public auquel
la volonté de l'homme ne peut porter aucune atteinte, & que le vœu
du père devait être borné à tenir lieu de l'ordre du juge, que pour
cela il aurait fallu obtenir pour pouvoir vendre.

Le parl. de toulouse avait sur cette question adopté la dernière
ces opinions, & il jugeait constamment depuis plus d'un siècle, que les
aliénations faites par le tuteur, en conséquence du pouvoir qu'il en
avait reçu du testateur, étaient nulles, si elles n'avaient point été
précédées des publications & des enchères: qu'on ne devait voir dans
la manifestation de la volonté du père à cet égard, qu'une dispense
d'obligation où aurait été sans cela le tuteur d'obtenir du juge la
permission de vendre, après avoir mis sous ses yeux l'état des affaires
du pupille: mais que rien ne pouvait suppléer aux formalités
dont ces ventes devaient être précédées, comme uniquement propres
à rendre meilleure la condition du pupille: on en trouve un arrêt
rendu le 28 mai 1705, dans le journal du palais de toulouse, tom.
page 192 & suivantes; celui-ci a été depuis suivi de plusieurs autres
que ont jugé la question de la même manière, & notamment le 9
septembre 1782, en la première chambre des enquêtes, en faveur
d'hélène Girmay contre le Sr Guitard, & le 2 août 1785, en la
seconde chambre des enquêtes en faveur du Sr Poitevin contre la dlle
Ste Suriat: cette jurisp. est aussi conforme à la doctrine de
Mornac, de Rebuf, de Catellan, de Boniface, de Vanneau, de
Lacombe & a.

une pareille question ne pourra plus se présenter à l'avenir
parce que d'un côté les articles dont nous parlons ont réglé la forme
en laquelle il doit être procédé à la vente des biens des mineurs,
lorsqu'elle a été permise par le conseil de famille dont la
délibération doit être autorisée par le tribunal civil,

Après avoir entendu le procureur-impérial : Ligne d'autre côté, aucun d'eux n'a distingué le cas où la permission d'aliéner a été donnée au tuteur d'avec celui où il ne l'a point reçue.

On ne pourra plus s'aider désormais de la maxime administrator patriæ est pro tutore impunitus, prise de la loi 8, § 4 Cod. De Bon. quæ lib. pour soutenir que le père a sur ce point des avantages que n'ont point les autres tuteurs : l'art. 457 range le père et la mère dans la même classe et les confond dans la prohibition générale qui il fait à tous les tuteurs d'emprunter pour le mineur et d'aliéner ou d'hypothéquer ses immeubles, sans y être autorisé par le conseil de famille : il exige même que ce conseil ait sous les yeux le compte dressé par le tuteur pour constater l'insuffisance du produit de la vente des meubles ou des deniers trouvés dans la succession, même elle pour les revenus pour faire face au payement des dettes, dont l'urgence peut rendre l'aliénation absolument nécessaire.

Toutes ces précautions sont infiniment sages. Elles assurent autant que possible aux mineurs la conservation de leur patrimoine, et on y est parfaitement entré dans l'esprit de la loi qui fait un devoir de veiller sur leurs intérêts, et illis unus est tutor eorum patrimonium.

Art. 460.

C'est un principe général que nul n'est forcé de rester malgré lui dans l'indivision : nemo invitus in societate coitur et remanere eam tenetur. Cette cessation de l'indivision est une sorte d'aliénation, et que toute espèce d'aliénation est interdite au mineur, aussi bien qu'au tuteur, il s'ensuit qu'ils ne peuvent provoquer ni l'un ni l'autre la cessation de cette indivision, mais ils doivent y consentir dans le cas où un majeur co-propriétaire la réclame. Celui est conforme aux dispositions de la loi 17 Cod. De quæ res & alii. reb. minor. il est aisé de sentir que dans cette hypothèse il n'est pas possible de remplir les formalités prescrites par les articles 457 & 458, mais rien n'empêche qu'on ne se conforme aux dispositions de l'art. 459 : en conséquence, lorsque le majeur a obtenu un jugement qui ordonne la licitation qui n'est autre chose qu'une vente faite d'autorité de justice : il est procédé à cette vente publiquement en présence du subrogé tuteur, dans enchères : celui qui fait la plus forte enchère demeure adjudicataire, et rien de ce qui peut contribuer à attirer le meilleur parti n'est oublié, puisque les étrangers sont admis à surenchérir, aussi bien que les co-propriétaires.

Art. 461, 462 & 463.

Le code en statuant comme il l'a fait par le premier de ces articles a tranché une infinité de contestations qu'on voyait s'élever tous les jours : avant le nouvel ordre des choses, le mineur assisté de son tuteur, pouvait accepter ou répudier lui-même une succession, mais par la suite il reconnaissait que cette succession

acceptée, lui était plutôt onéreuse que profitable, il avait la ressource de demander d'être restitué envers l'adition, ou bien d'être restitué envers sa répudiation, s'il découvrait quelque avantage à l'accepter. on peut voir ce que dit là-dessus mr Furgole, mon p. en son traité des testamens, tom. 3, chap. 10, sect. 1re

En assimilant le mineur au pupille, ou à mieux dire, en ne reconnaissant aujourd'hui que la minorité qui est basée sur les mêmes ppes que l'était la pupillarité, le code a ôté au mineur la faculté d'accepter ou de répudier une succession, c'est au tuteur seul qu'il appartient de faire cette acceptation ou répudiation, encore même le tuteur ne peut-il la faire qu'ans y être préalablement autorisé par le conseil de famille; il est aisé de sentir combien cette précaution fait disparaître de difficultés: plus de restitution envers l'acceptation ou la répudiation d'une hérédité faite par un mineur. Encore moins pourra-t-il désormais être question de restitution envers une précédente restitution déjà obtenue, ce qui avait partagé une infinité d'auteurs. Et c'est, sans doute, un bien grand avantage que d'avoir statué à cet égard de manière à écarter pour jamais des difficultés d'un intérêt majeur, en ajoutant que l'acceptation ne pourrait jamais être faite que sous bénéfice d'inventaire.

En s'exprimant, comme il le fait dans l'art. 462, le code consacre un ppe déjà établi par le droit romain en la loi 6, ff. §. 1, ff. ad S.C. treb. savoir que celui qui a répudié, même le ne peut plus être admis à reprendre, mais cette loi romaine n'entend parler que des majeurs; il en était tout autrement, lorsque la répudiation avait été faite par un mineur: celui-ci pouvait reprendre la succession répudiée par la voie de la restitution en entier, quand même les biens auraient été aliénés, pourvû que ces biens eussent été vendus pendant sa minorité, & il avait le droit de les revendiquer des mains des possesseurs; telle est la décision renfermée dans la loi dernière au code de repud. hered.

il n'en est pas de même aujourd'hui lorsque le tuteur autorisé par le conseil de famille, a répudié une succession, tout regret est interdit au mineur; à moins qu'un seul autre n'eût accepté cette succession, dans le cas de non acceptation de la part de tout autre le tuteur autorisé par le conseil de famille, ou le mineur devenu majeur, ne peuvent la reprendre qu'en l'état où elle se trouve. Les aliénations faites sur la tête du curateur, pendant la vacance, sont maintenues.

quant aux donations, il est certain qu'aux termes du droit romain, le pupille pouvait accepter seul une donation, à la différ

d'une succession dont l'adition lui était interdite ne ore alieno prægravaretur. pothier, en son traité des obligations avait pensé que l'art. 7 de l'ordce de 1731, n'avait apporté sur ce point aucun changement au droit romain: furgole, en sa question 2, sur les donations, avait cru au contraire que depuis la publicaon de cette ordce, le pupille avait perdu le droit que lui donnaient les lois romaines d'accepter une donation, & ce dernier avis a été adopté par le code, en refusant cette faculté même au mineur, & vous savez que la minorité ne prend fin qu'à l'âge de 21 ans accomplis.

art. 464.

En matière d'instances relatives aux droits immobiliers des mineurs, le tuteur ne peut rien faire absolument, sans y avoir été préalablement autorisé par le conseil de famille, lorsqu'il s'agit d'introduire une action, ou d'acquiescer à une demande relative aux mêmes droits. C'est là une dispoon nouvelle jusqu'à présent inconnue dans le droit, et il faut convenir qu'elle est infiniment sage. Quelques précautions que l'on puisse prendre pour la nomination d'un tuteur, on n'est point à l'abri de se tromper, & le choix peut tomber sur une personne ou mal-intentionnée, ou incapable de remplir le but qu'on se propose dans cette nomination.

Les pères & mères sont-ils assujettis à la même règle? En est-il de même lorsque l'action est formée contre le mineur? C'est ce que nous verrons dans l'explicaon.

art. 465 & 466.

Avant le code les personnes qui avaient des propriétés indivises avec des mineurs, ne pouvaient jamais parvenir pendant la minorité à acquérir la propriété incommutable de la portion qu'ils étaient en droit de prétendre; les partages n'étaient jamais que provisoires, & le mineur conservait la faculté d'en réclamer: d'un autre côté, le mineur ne pouvait point provoquer au partage, quoiqu'il pût y être provoqué.

il n'en est point de même aujourd'hui, le tuteur peut tout aussi bien en former la demande, qu'il défendre, pourvu qu'il y trouve de l'utilité, mais ce n'est pas à lui d'en juger, & il ne peut provoquer le partage qu'autant qu'il y est autorisé par le conseil de famille, autorisation qui n'est point nécessaire, lorsqu'il s'agit d'y défendre.

il ne faut pourtant pas croire que les actes de partage, pour obtenir toute stabilité, puissent être faits de gré à gré, il doivent l'être d'autorité de justice, estimation préalablement faite de ceux qui jusques là étaient restés dans l'indivision, & c'est au tribunal civil du lieu de l'ouverture de la succession qu'il appartient exclusivement de nommer les experts à qui cette opération est confiée: ce procédé écarte tout soupçon de partialité dont on n'était trop souvent fondé à accuser les experts en faveur des parties qui les avaient respectivement choisis. Ces experts doivent prêter serment entre les mains de quelqu'un membre de ce même tribunal, & la loi leur attribue l'opération du partage en autant de lots qu'il y a de co-partageants. Enfin tout se termine par le tirage au sort: ce qui se passe ou devant un des magistrats de ce tribunal, ou devant un notaire commis à cet effet. Si ce procédé n'est pas rigoureusement observé, les partages dans lesquels un mineur a intérêt ne sont considérés que comme provisoires; c'est l'intervention de la justice, & l'observation des formalités prescrites qui les rendent irrévocables; on ne peut que se féliciter de ce que les législateurs ont trouvé le moyen de concilier les intérêts du mineur, & la protection spéciale que la loi leur accorde, avec celui de ne pas laisser dans l'indivision une propriété qui, divisée, pourrait être plus utile aux uns & autres.

art. 467.

Les lois romaines ne défendaient pas aux mineurs de transiger mais c'était en quelque sorte le défendre, que de leur laisser l'action en restitution contre l'acte de transaction: on a pensé & avec raison qu'il est suffisamment pourvu à l'intérêt du mineur par l'observation des formalités que prescrit notre article: le conseil de famille doit être assemblé pour décider si l'intérêt du mineur commande que le tuteur transige; car celui-ci ne peut le faire qu'autant qu'il y est autorisé: cette autorisation n'est pas la seule mesure qu'on doive prendre pour cela, le conseil de famille ne doit lui-même donner l'autorisation qu'après avoir pris connaissance de l'avis de trois jurisconsultes dont le choix doit être fait par le procureur impérial près le tribunal civil: enfin la transaction n'est valable qu'autant qu'elle est homologuée par le tribunal, & que le procureur-impérial a été entendu dans ses conclusions. On voit par là qu'on ne pouvait pas en exiger davantage

de la prudence humaine, & que le code a su, sans s'écarter des ppes de la loi romaine, en modifier la rigueur, qui, souvent donnait des résultats plus nuisibles aux mineurs, qu'ils ne lui étaient profitables.

art. 468.

Cet article n'exige aucune explication particulière, après ce que nous avons dit sur le titre de la puissance paternelle auquel il nous suffira de vous renvoyer.

Sect. 9.

Des comptes de la tutelle.

art. 469.

Ce n'est là que l'expression du droit commun qui assujettit la comptabilité tout individu qui gère & administre les affaires d'autrui, plusieurs lois romaines sur le fait des tutelles, l'avaient ainsi ordonné, & nos ordces tant anciennes que modernes, en avaient adopté les dispoons; le code les consacre aujourd'hui par cet article.

mais peut-on employer la contrainte personnelle pour forcer le tuteur à rendre compte de sa gestion? l'art. 8 du tit. 29 de l'ordce de 1667 décide l'affirmative en termes exprès, ce que ne fait pas notre article: nous ne doutons pourtant pas qu'il ne fût permis d'employer cette voie, après avoir inutilement fait usage de toutes les autres pour parvenir: en gérant la tutelle, celui qui en est chargé remplit en quelque sorte un ministère public; d'ailleurs la société entière est intéressée à ce que les mineurs ne soient point dépouillés par un agent infidelle, & c'en est assez pour autoriser le mineur, devenu majeur, à user de tous les moyens possibles pour obtenir l'exécution des dispoons de la loi.

vous devez remarquer ici que par la généralité de ses expressions, notre article comprend les pères & mères tuteurs comme les autres, sauf qu'ils ne sont assujettis à aucune comptabilité pour le temps pendant la durée duquel la loi leur adjuge la jouissance des biens de leurs enfans.

Suivant la loi 55 ff. de pericu. & adminis. tut. un pupille devenu adulte, avait le droit de se faire rendre compte par le dernier de ses tuteurs, de l'administration faite par les précédens, parceque le dernier était lui-même en droit de réclamer de ses prédécesseurs le compte de leur administration, & les arrêts du parlement de toulouse rapportés par rodier sur l'art. 1er du tit. 29 de l'ordce de 1667 s'étaient sur ce point conformés aux dispoons de la loi: il en serait sans doute, de même aujourd'hui, cependant si le dernier tuteur justifiait qu'il n'avait pas été en son pouvoir d'obtenir de ses prédécesseurs le compte de leur gestion, quelque démarche qu'il eût faite pour cela, il ne serait comptable que de sa propre gestion: c'est ainsi que la question fut

jugée au parl. de toulouse le 19 février 1783, en la première chambre des enquêtes au rapport de mr. de rigaud en faveur du sr. delort contre le sr. paul qui lui demandait compte de la gestion faite par ses anciens tuteurs.

Enfin il ne faut pas croire qu'il dépende du père qui donne un tuteur à ses enfans de dispenser ce tuteur de rendre compte de son administration. La loi ne le permet dans langueda et conçu notre article ne permettant pas aux pères de donner quelle n'introduise sur ce point une législation contraire à celle du droit romain qui admettait cette dispense.

art. 470.

Le législateur tient à cœur que les intérêts du mineur ne soient pas négligés, qu'il a exigé du tuteur à l'opération dont il parle, sous peine de destitution tuteur soit à portée de juger de la situation des affaires du mineur, sans il n'en manque que cette opération puisse avoir lieu plus d'une fois chaque année. on sent aisément que s'il résultait de l'examen de la situation, que les affaires du mineur étaient en désordre, il y serait pourvu par la nomination d'un autre tuteur et la mauvaise administration qui aurait pu être faite jusques là n'aurait point de suites funestes que si elle eut embrassé plusieurs années.

art. 471.

Les auteurs avaient fort varié sur la question de savoir auquel des deux, du tuteur ou du mineur, devait être rendu le compte: on pensait assez généralement que c'était au dépens du mineur, lequel tuteur devait en faire l'avance, notre article a adopté cette opinion qui est remplie de justice. quant aux divers articles dont le compte est composé, il en est sans doute beaucoup qui sont de nature à être justifiés par écrit, beaucoup ne représentent aucun doute, on doit que si d'on n'en remet point de quittance, ils doivent être rejettés. mais il en est aussi beaucoup d'autres qui ne sauraient être justifiés de la même manière, eu égard à ces cas notre article laisse au juge la plus grande latitude, comme déterminant par la forme en laquelle chacun d'eux doit être établi.

art. 472.

Le tuteur pendant l'exercice de ses fonctions acquiert incontestablement de l'ascendant sur l'esprit du mineur, et cet ascendant pourrait être tel qu'il ne devait pas craindre que le mineur fut induit à passer avec lui des traités qui nuisaient à ses intérêts: pour obvier à cet inconvénient, on a cru devoir prononcer la France l'annulation de tous les traités intervenus entre le tuteur et le mineur devenu majeur, si celui-ci n'a préalablement fourni à son tuteur un récépissé de pièces justificatives sur le fondement desquelles a porté le compte détaillé que il a dû rendre de son administration, et le récépissé doit

Porter une date antérieure au moins de dix jours à celui du traité; c'est la précaution la plus sage qu'on peut prendre, sans néanmoins qu'on puisse se promettre d'avoir infailliblement atteint le but qu'on se proposait. on peut voir ce que dit l'adessus Catellan, Liv. 8, chap. 6.

Art. 473 & 474.

Le premier de ces deux articles ne présente à faire aucune réflexion, & le second ~~entre~~ tranche une difficulté qui avait été diversement jugée par les tribunaux: on était assez d'accord sur le point de savoir de quel jour les intérêts du réliquat étaient dûs au pupille, & sur cet autre, si ce réliquat portait intérêt sans interpellation. on décidait que les intérêts étaient dûs du jour de la clôture du compte, & qu'ils couraient de plein droit: il y avait même des arrêts qui avaient jugé que les intérêts étaient alloués du jour de la décernation de la tutelle, comme on peut le voir dans catellan, Liv. 8, chap. 5. mais il y avait plus de difficulté à savoir de quel jour le tuteur qui avait fait des avances pour son pupille pouvait en réclamer les intérêts: Catellan, au lieu cité, rapporte un arrêt qui décida que le tuteur pouvait réclamer ces intérêts, non seulement depuis la clôture du compte, mais encore depuis la fin de la tutelle, & du jour qu'il avait fait au pupille devenu adulte la remise des biens dont il avait eu l'administration, conformément à la loi 3, §. 1 & 4, ff. de cont. tut. act.

il n'en sera point de même à l'avenir, le mineur sera fondé à demander les intérêts du réliquat, du jour de la clôture du compte, quoiqu'il n'en ait point formé la demande: & quant au tuteur qui se trouverait créancier, les intérêts de ses avances ne pourront désormais être par lui réclamées, qu'après la clôture du compte, suivie d'une sommation à ces fins.

Cette décision est très raisonnable, car rien ne forçant le tuteur à faire des avances pour le mineur, il n'était pas juste qu'on lui payât les intérêts des sommes dont il n'a été reconnu créancier que par la clôture de son compte, encore même faut-il qu'il manifeste l'intention de se faire payer ces intérêts.

art. 475.

il n'en était pas de même autrefois dans le ressort du parl. de toulouse: on y jugeait constamment que le pupille devenu adulte avait 30 ans pour faire annuller la transaction qu'il avait passée avec son tuteur, telle est la doctrine de maynard, Liv. 2, chap. 99, de d'olive Liv. 4, chap. 16 & de Catellan, Liv. 8, chap. 6, quoique aux termes de l'ord.ces de Louis XII & de françois I.er des années 1510 & 1539, le délai des actions rescisoires fut de dix années seulement: on avait cru devoir attacher cette faveur à l'action du mineur qui était en présomption d'avoir été suborné par son ancien tuteur; mais notre article a

Ramené les choses aux termes du droit commun, le délai pour se pourvoir contre le tuteur relativement au fait de la tutelle se prescrit par 10 ans, & ce délai ne commence à courir qu'à compter de la Majorité.

Il y a plus; car la manière dont cet article est conçu, annonce assez clairement que l'action en reddition de compte de tutelle est prescrite par le laps de dix années, ensorte qu'après l'échéance de ce délai, il s'élève contre le mineur devenu majeur, une fin de non-recevoir qui lui interdirait toute réclamation à cet égard.

On pourrait en douter en réfléchissant que l'action en reddition de compte est personnelle, et qu'il est de la nature des actions personnelles de durer 30 ans: cependant il n'est pas possible de se dissimuler que l'intention du législateur a été de borner au délai de 10 années à compter de la majorité toute espèce d'action de la part du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle; il l'a dit d'une manière expresse: or l'action en reddition de compte étant incontestablement une suite de la tutelle, on doit dire qu'elle est sujette à la prescription décennale, comme le serait l'action en récision du traité que le tuteur & le mineur devenu majeur ~~auraient pu~~ passer ensemble: mais dans ce dernier cas, il faudrait supposer que le traité ne fut point fait en contravention à l'art. 472, car alors il y aurait nullité, parceque cet article la prononce de la manière la plus formelle.

Nous termineront ce chapitre en observant que dans le projet du code on avait inséré quelques articles qui avaient pour objet des garanties relatives à la tutelle: on y ~~avait~~ détermine dans quels cas les nominateurs étaient responsables de l'insolvabilité du tuteur; comment & dans quels cas le subrogé tuteur se trouvait responsable envers le mineur des suites de l'administration du tuteur, & beaucoup d'autres questions qui y avaient du rapport: mais lors de la rédaction définitive du code, ces divers articles furent supprimés, ce qui nous autorise à penser qu'à moins d'un dol bien caractérisé qui forme une exception à toutes les règles, cette responsabilité qui, aux termes du droit romain, pouvait peser sur les nominateurs, lorsque le tuteur gérait mal la tutelle, n'est pas dans le cas d'être réclamée par le mineur, sans néanmoins qu'il lui soit interdit d'agir contre le subrogé tuteur dans le cas où il n'aurait point rempli toutes les obligations que lui impose le code.

chap. 3.

De l'émancipation.

art. 476.

Cet article apporte un grand changement à ce qui se pratiquait dans

pays de Droit Ecrit. Dans les pays où le Droit Romain était une loi dont les dispoons étaient constitutives du Droit Commun, l'émancipation n'était point une suite nécessaire du mariage, & les pères conservaient sur leurs enfans quoique mariés tous les attributs de la puissance paternelle; on en trouve une infinité de textes, soit dans le ff, soit dans le code: il n'en était point de même dans les pays coutumiers. Dans ceux-ci les enfans étaient émancipés par le mariage, et notre code a cru devoir préférer les ppes du droit coutumier à ceux du pays du Droit écrit; de là il résulte que les ayeuls paternels ne peuvent plus avoir sous leur puissance les enfans de leurs enfans mâles, même dans le cas où ceux-ci viendraient à perdre leur père, in potestatem avi recasuri non sunt.

Sans doute, il existait dans les pays de Droit écrit quelques coutumes particulières où le mariage émancipait, mais c'était autant d'exceptions au Droit Commun: à toulouse, par exemple, le mariage émancipait tacitement les filles que leur père avait dotées, lors de leur établissement, ou les garçons à qui ils avaient fait une donation par contrat de mariage: ce n'était néanmoins qu'à condition qu'ils eussent vécu seorsim à patre, ou que vivant dans la maison paternelle ils s'y fussent comportés comme pères de famille, en fournissant la dépense au père donateur. on peut voir dans Catellan, Liv. 4, chap. 51, plusieurs arrêts rendus en interprétation de cette coutume, & l'application qui en fut faite à divers cas qui en étaient une suite. maynard, Liv. 5, chap. 2, & Cambolas, Liv. 1er, chap. 27, parlent aussi de cette coutume comme régulièrement observée.

art. 477.

Suivant les ppes du Droit romain, ceux qui avaient leurs enfans et petits-enfans sous leur puissance, pouvaient les en affranchir à quelque âge qu'ils fussent; le père ne peut aujourd'hui émanciper son fils, qu'autant que celui-ci à 15 ans révolus.

Cette émancipation pouvait être faite devant notaires; plusieurs arrêts l'avaient ainsi jugé, pourvu qu'elle le fût en personne par celui qui avait le droit de la faire. maintenant ce n'est point à un notaire qu'il faut s'adresser pour en retenir acte, elle doit résulter de la déclaration qu'en font le père ou la mère devant le juge de paix assisté de son greffier, et quoi qu'en disent certains auteurs modernes, nous ne pensons pas que l'émancipation fût valable, si elle était faite par un fondé de pouvoir à cet effet.

L'émancipation est rangée dans la classe des actes dont parle la loi 77 ff. de reg. jur. ces actes ne peuvent pas ne valoir que pour un tems; on ne peut y attacher aucun terme qui en dénature la substance; ainsi une émancipation qui serait faite pour ne valoir que pendant

un terme limité, ne devrait au moins valable : le terme ne devrait seulement être retranché ; & il en devrait tout de même que s'il n'eût jamais été attaché à la Déclaration d'émancipation.

Notre article ne réservant à l'émancipant aucune portion d'usufruit sur les Biens propres de l'émancipé, on sent bien que cet usufruit qui n'était qu'un des effets de la puissance paternelle, cesse avec sa cause, & que on ne peut plus aujourd'hui s'aider des dispositions de la loi 6, Cod. de bon. quæ lib. Cette loi avait, en pareil cas, conservé à l'émancipant l'usufruit de la moitié des Biens dont sa propriété était ôtée alors sur la tête de l'émancipé : mais cette loi ne saurait obtenir de dispositions de cette loi rien ne l'empêche de l'avoir, & même au delà, par la réservation qu'il peut en faire dans la Déclaration d'émancipation : il n'est pas douteux que si un père en émancipant son fils après l'âge de 15 ans, réservait en tout ou en partie l'usufruit des Biens propres à ce fils, cette réservation ne dût être exécutée, parce que c'était une condition attachée à la libéralité, & que cette condition n'altère point telle que la Déclaration d'émancipation ne soit altérée dans sa substance.

Enfin il est aisé de sentir qu'il ne peut plus être question désormais de ce genre d'émancipation qui dans l'esprit de droit écrit résultait de l'investiture donnée par le prince à des filles de famille, de certains offices à l'exercice desquels était attachée une émancipation tacite. L'adoption de l'âge de 21 ans produisant l'émancipation, en donnant la majorité, et n'étant permis à personne de remplir des fonctions publiques avant cette époque, il est clair qu'il ne peut point exister de cas où l'émancipation résulte de l'exercice d'un office quelconque.

art. 478 & 479.

Ce n'est qu'aux pères & mères qui appartient le droit d'émanciper leurs enfans, lorsqu'ils ont atteint l'âge de 15 ans révolus : à leur défaut, le conseil de famille peut les émanciper, mais il faut pour cela que les enfans soient âgés de 18 ans ; on n'a pas cru devoir donner au conseil de famille la même latitude qu'aux pères & mères. observons ici qu'il y avait dans le conseil d'état des avis à prononcer l'émancipation comme résultante de l'adoption de 18 ans, mais ces avis ne furent point adoptés. Et les enfans restent sous la surveillance de leurs tuteurs, jusqu'à ce qu'ils aient atteint la majorité, dans le cas où le Conseil de famille ne juge pas à propos de les émanciper après leur 18me Année.

Art. 480.

Lorsque le conseil de famille a cru devoir émanciper un mineur après la 18me année, ce mineur acquiert l'exercice de toutes les actions dont jouit un majeur, au moins quant à l'administration de ses biens: voilà pourquoi il est fondé à demander à son tuteur, compte de la tutelle qu'il a géré; mais quoique jugé digne du bienfait de l'émancipation par le conseil de famille, le mineur n'étant pas encore parvenu au degré de maturité que donne un âge plus avancé, la loi a cru que le mineur ne pouvait être autorisé à recevoir le compte de la gestion antérieure à son émancipation, qu'autant qu'il serait assisté d'un curateur choisi par le conseil de famille. S'il fait un acte de majeur en recevant le compte qui lui est rendu, la loi ne l'abandonne pourtant pas aux dangers qui forment presque inséparablement l'escorte de son âge: elle lui donne un curateur qui veille pour lui, & dans ce cas, il n'est pas en son pouvoir de compromettre à des arbitres les difficultés que peut présenter la clôture du compte, quoique le mineur devenu majeur puisse le faire, & les contestations ne peuvent être vidées que par les tribunaux.

Art. 481 & 482.

La décision que renferme le premier de ces deux articles, est parfaitement conforme à la jurisp. des anciens tribunaux: suivant cette jurisp. le mineur n'était point restitué, sous prétexte de sa minorité envers le bail à ferme qu'il avait consenti de ses biens, quoique par événement il se trouvât lésé. on peut voir ce qu'en disent Boniface, tom. 1er, liv. 4, chap. 5, pag. 301, Laroche, liv. 6, tit. 3, art. 2, maynard, liv. 3, chap. 6. Pourvu néanmoins que le bail n'excédât pas neuf années, car s'il était porté à un terme plus éloigné, le bail était considéré comme aliénation, & non comme un acte de pure administration.

Quant au deuxième, comme en général les actions qui ont pour objet un immeuble, sont de plus grande conséquence que celles qui ne portent que sur des choses mobilières, la loi n'a permis au mineur d'intenter une action de ce genre, même d'y défendre, qu'avec l'assistance de son curateur.

Vous devez remarquer que malgré la différence dont nous venons de parler, entre les actions mobiliaires & les immobilières, les dernières peuvent porter sur un capital, & dans ce cas l'assistance du curateur n'est pas moins nécessaire, puisque la loi lui fait un devoir d'en surveiller l'emploi. on appelle capital tout ce qui contribue à la formation du patrimoine, autre que les fruits, quand même ces objets n'auraient point produit d'intérêt dans la main du défunt.

Art. 483 & 484.

Suivant l'adage vulgaire minor non restituitur tanquam minor sed tanquam laesus, il semble qu'on eût dû toujours examiner le point de savoir si le mineur avait été lésé, avant de prononcer sur sa demande en restitution pour cause de minorité, lors même que le traité aurait renfermé aliénation de quelque immeuble. Cependant par un usage constamment observé dans tous les tribunaux, le mineur était sans autre examen, restitué envers une pareille aliénation, comme présumé lésé par cela même qu'il avait aliéné un immeuble, & l'acquéreur n'obtenait la restitution des sommes qu'il avait comptées, qu'autant qu'il prouvait qu'elles avaient tourné au profit du mineur. Cette

Cette jurisp. est confirmée par le second de ces deux articles qui ne laisse aucune ressource à ces hommes avantageux, toujours occupés à chercher les moyens de se revêtir des dépouilles des faibles; tout acte qui excède les bornes d'une simple administration, est prohibé au mineur émancipé, à moins qu'on ne remplisse vis-à-vis de lui, toutes les formalités prescrites au mineur non émancipé.

il n'est pas plus permis au mineur émancipé d'emprunter, qu'il ne lui est permis d'aliéner, ce qui doit néanmoins être entendu d'emprunts considérables, & qui, par exemple, dépassent le taux auquel peuvent s'élever les revenus du mineur dans le cours d'une année; c'est là une mesure que nous vous donnons par apperçu, sans entendre en former une règle; car ce parti fût proposé, lors de la rédaction de l'article, & l'on ne s'y arrêta point. on crut devoir tout laisser à la prudence des juges, & se borner à leur recommander de prendre en considération la fortune du mineur, la bonne ~~foi~~ ou mauvaise foi de ceux qui ont contracté avec lui, et l'utilité ou inutilité des dépenses. C'est d'après les circonst. qui peuvent varier à l'infini, que des questions de cette nature doivent être décidées, & il n'appartient qu'aux juges de les apprécier.

tout ce qu'il vous importe de savoir, c'est qu'en règle générale l'emprunt fait par le mineur est nul, s'il n'est préalablement revêtu d'une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal civil, après avoir entendu le procureur-impérial.

art. 485 & 486.

on peut supposer au mineur assez de sagesse & de réflexion pour faire une bonne administration de ses biens; mais il est possible aussi que le conseil de famille ait eu de lui une opinion bien supérieure à celle qu'il aurait dû en avoir, ou même que le mineur ait changé depuis son émancipation. Dans ces circonstances, comme il n'est pas juste que le mineur trouve dans le bienfait de —

l'émancipation, qui n'a été faite que pour son plus grand avantage, le moyen d'anéantir sa fortune. La loi a conservé au conseil de famille la faculté de retirer ce bienfait, en faisant cesser cette émancipation qui lui devenait funeste; cette prévoyance peut être de la plus grande utilité pour le mineur, que la crainte de retomber dans les liens de la tutelle peut empêcher de se livrer à des dissipations qui ne sont que trop ordinaires à cet âge: on ne peut qu'applaudir à une aussi sage mesure.

Ce second jugement sur le sort du mineur une fois porté, la loi ne permet plus au conseil de famille de l'émanciper de nouveau. Le mineur ne peut plus être affranchi de la tutelle, qu'à sa majorité seulement qu'il aura l'exercice de tous ses droits.

art. 487.

Des auteurs modernes qui ont donné au public un commentaire de notre code, ont pensé qu'il fallait lire cet article, comme si le mot émancipé ne s'y trouvait point; cette opinion nous paraît un peu bizarre, car avec un procédé de cette espèce, il n'est point de difficulté qui ne parvienne à éviter facilement; nous pensons au contraire que l'article doit être lu tel qu'il est écrit, et qu'on ne doit réputer majeur, pour les affaires de commerce, que les mineurs qui ont été émancipés: nous le croyons d'autant plus que notre article a été placé dans ce titre, à la suite de tous ceux qui ont été consacrés à déclarer quelles étaient les actes dont étaient capables les mineurs émancipés: ce n'est donc pas pour rien que cette qualification a été donnée aux mineurs dont parle cet article.

nous n'ignorons pas que l'ord.ce de 1673, tit. 1er, art. 6, parlant des mineurs en pareille circonstance, ne plus que la jurisprudence des arrêts sur cette question ne distinguaient point le mineur émancipé, de celui qui était encore dans les liens de la puissance paternelle, et qu'ils étaient tous également compris dans les dispositions de la loi; mais il ne s'ensuit point de là qu'il faille supprimer une partie de l'article, pour faire concorder la nouvelle loi avec l'ancienne.

nous disons donc que le mineur, lorsqu'il est émancipé, est reputé majeur pour tous les faits relatifs au commerce dont il se mêle; nous devons surtout nous bien fixer sur ce dernier mot; car si le mineur émancipé endossait une lettre de change pour une autre négociant, si cet engagement n'avait aucun rapport avec son propre commerce, il n'est pas douteux qu'il serait bien fondé à demander d'être restitué envers cet engagement comme étranger au fait de son commerce: les arrêts ont constamment jugé la question d'après ce principe. on peut voir ce qu'en dit Boutaric sur son commentaire de l'ord.ce de 1673, tit. 1, art. 6, d'après plusieurs autres auteurs.

tit. 11.

De la majorité, De l'interdiction & Du conseil judiciaire.

chap. 1er

De la majorité.

art. 488.

Nous n'avons point de réflexion particulière à faire sur cet article il nous suffira de nous renvoyer à ce que nous avons dit sur l'art. 388 qui donne la définition de la minorité.

chap. 2.

De l'interdiction.

art. 489, 490 & 491.

L'intérêt de la société commande qu'on donne à tous ceux qui sont incapables de régir leurs affaires, des personnes qui y suppléent: de plus efficace est, sans doute, l'interdiction qui les dépouille de l'exercice de leurs droits civils: pendant la durée de cette interdiction, ceux qui en sont frappés, n'ont plus qu'une existence physique, mais ce moyen est indispensablement nécessaire pour les en priver, parce que le bon sens étant naturel à l'homme, & l'imbécillité ainsi que la fureur & toutes infirmités de l'esprit, n'étant que des accidents, la présomption de droit est pour le bon sens: c'est là le vœu de la loi 3, cod. de cur. et la doctrine de Furgole en son traité des testaments, tom. 1er, chap. 4, sect. 2, nº 209.

Les romains avaient pensé que l'interdiction n'était pas un obstacle à ce que celui qui en était frappé, ne pût faire des actes dont l'exercice appartient au droit civil, lorsque ces actes portaient eux mêmes leur preuve de la sagesse, & cela, sous prétexte qu'ils étaient présumés avoir été faits dans un intervalle lucide: les auteurs du code en ont pensé autrement, en quoi ils se sont écartés de la juris. de presque tous les tribunaux qui avaient adopté sur ce point la décision des lois romaines.

Malgré cela, on ne saurait qu'applaudir à l'article qui étend les dispositions, même au cas où l'état de démence, d'imbécillité ou de fureur, présente des intervalles lucides: il est aisé de sentir dans la discussion pourrait donner lieu la question de savoir, si l'imbécille, l'état ou n'était pas dans un intervalle lucide: si l'on répond à cette difficulté que la preuve de cet fait résulte de l'acte lui-même, on peut répliquer que rien n'est moins rassurant que cette exception, puisqu'il est très possible qu'on abuse de l'état où se trouvent l'imbécille ou le furieux, pour mettre sur son compte, après lui avoir surpris une signature, un ouvrage qui lui est étranger.

Il faut donner au furieux ou à l'imbécille par les liens du sang ou par ceux du mariage, pour pouvoir provoquer son interdiction: il faut

Néanmoins cette différence que, si les parents ou l'époux du furieux gardent le silence sur son état, le procureur-impérial peut faire ce qu'ils ne font pas eux-mêmes, parce que ce genre de maladie intéresse plus essentiellement la société qui pourrait avoir à souffrir, en la personne de quelqu'un de ses membres des actes de folie qu'il commettrait.

Ce n'est pas que le procureur-impérial ne puisse aussi provoquer l'interdiction d'un imbécille, mais il n'a qualité pour le faire, qu'autant que l'individu en démence n'a ni époux, ni parens connus.

art. 492, 493 & 494.

il était naturel que la demande en interdiction ne pût être portée que devant les tribunaux ordinaires; une demande de cette nature est trop importante pour pouvoir être remise à des arbitres: on ne transige point sur l'état d'un citoyen, & les ministres de la loi sont les seuls qui doivent en connaître: mais avant de donner des suites à une instance de cette nature la loi a voulu que le tribunal de première instance ordonnât au conseil de famille formé selon le mode déterminé au titre de la minorité, de donner son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée; ainsi le conseil de famille a l'initiative sur le sort de l'individu taxé de folie ou d'imbécillité, & l'on doit croire que cet avis est d'un grand poids, parce que les membres dont il est composé, doivent, plus que personne, avoir été à portée de connaître les divers faits sur lesquels la demande en interdiction doit être basée.

au reste, la loi exige que ces faits soient articulés par écrit, & que le demandeur en interdiction présente les témoins & les pièces; elle ne fait en cela que ce qui était d'un usage constant, car les mots présenteront les témoins qu'on lit dans l'art. 493, prouvent évidemment qu'il doit être ordonné une enquête, comme on a toujours été dans l'usage d'en ordonner en pareille matière: vous devez néanmoins remarquer que le code ne prescrit point l'obligation de faire visiter par des médecins & des chirurgiens l'individu dont on poursuit l'interdiction, quoique ce fût un usage assez généralement observé: aurait-on cru que cet usage, qui ne tendait qu'à donner des renseignemens sur l'état du malade, était suffisamment remplacé par l'avis du conseil de famille qu'on n'était point dans l'usage de prendre? Cela peut être, mais comme ce préliminaire ne peut produire d'autre effet que d'ajouter aux preuves qu'on attend du langage des témoins, nous pensons qu'on peut l'employer encore sans inconvénient.

art. 495, 496, 497 & 498.

Ces quatre articles ne présentent à faire aucune observation essentielle. nous dirons seulement que la personne & les biens de l'individu dont l'interdiction est demandée, ne pouvant point rester à la merci de ceux qui l'entourent, si le tribunal, après l'avoir entendu dans le premier

interrogatoire qu'on lui a fait subir, juge qu'il est dans un tel état de démence ou de folie qu'il ne peut par vacquer lui-même à cette administration, il doit nommer un administrateur provisoire qui se charge de ce soin. au reste, la loi a fait très sagement d'écarter du conseil de famille ceux à la demande de qui l'interdit est prononcé: ce motif est pris de l'intérêt qu'ils auroient à la faire prononcer, & cet intérêt pourrait être tel, qu'il y aurait lieu de craindre son influence dans l'avis que le Conseil de famille a à porter.

Art. 499.

Il y a un milieu entre ne pas jouir de la plénitude de sa raison, & se trouver en état de démence; c'est de ceux qui appartiennent à la première classe que parle notre article, & c'est aussi aux juges, après avoir entendu celui dont l'interdiction est poursuivie, ainsi que les témoins, à décider s'il y a lieu de prononcer cette interdiction: il suffit de lui donner un Conseil, sans l'assistance duquel il ne puisse rien faire.

Art. 500, 501 & 502.

Lorsque la loi a exigé que le jugement d'interdiction fut inscrit sur des tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'audience, & dans les études des notaires, elle l'a fait pour mettre ceux qui pourroient avoir à contracter, & jusqu'à ce moment de connaître l'état de ceux avec qui ils contractent, & jusqu'à ce moment chacun est, comme nous l'avons déjà observé, en présomption de pouvoir contracter: de là nous paraissons autorisés à conclure que si on négligeoit de faire cette inscription dans les lieux indiqués, les personnes qui auraient contracté de bonne foi avec l'interdit, seraient bien fondées à faire déclarer valables les traités qu'elles auraient passés avec lui, à moins qu'il ne résultât des circonstances qu'elles étaient informées de l'interdiction.

Il n'en est pas de même par ainsi; le jugement d'interdiction, de la loi, doit avoir son effet du jour qu'il est prononcé: de là cette conséquence que tous les traités postérieurement faits sont nuls, pourvu qu'en cas d'appel, le jugement ait été confirmé; car s'il était infirmé, il est sensible qu'il en serait tout de même que si le jugement de première instance n'eut point été rendu, & que tous les actes postérieurs à sa date, seraient valables.

Art. 503.

Il ne peut point exister d'acte valable, de ceux qui y sont dénommés sont incapables de tout consentement: les furieux, les imbécilles sont dans cette classe, parce que se trouvant privés de l'usage de la raison, il n'est pas en leur pouvoir de donner un consentement qui lui-même n'est que le fruit de la raison.

Voilà pourquoi il est très raisonnable que des actes émanés de personnes non saines d'esprit, soient déclarés nuls, quoiqu'ils soient d'une date antérieure à l'interdiction qui a depuis été prononcée contr'elles; mais il faut pour cela que la fureur ou la démence existassent notoirement à l'époque où ces actes ont été passés: ainsi le sort de pareils actes dépend entièrement de la notoriété publique sur ce point; on sent aisément combien la question est hypothétique tout ce qu'il importe de savoir, c'est que le défaut d'interdiction ne met aujourd'hui, non plus qu'auparavant, aucun obstacle à ce que de pareils actes soient déclarés nuls, lorsqu'on rapporte une preuve complette de la démence ou de la fureur de l'individu auquel on attribue cette infirmité.

art. 504.

Dans l'ancienne jurisp. les personnes intéressées à faire annuller une disposition, ou à faire casser des contrats, sous prétexte de démence, ne trouvaient dans la mort de ceux à qui elle était attribuée, aucun obstacle à l'exercice de leur prétention, pourvû qu'il ne se fût point passé assez de temps pour prescrire contre cette action; il n'en est point de même aujourd'hui, à moins qu'il ne résulte de l'acte même dont l'annullation est demandée, que son auteur était réellement en démence.

Cette disposition est très sage, car chacun étant présumé mentis compos on ne doit point livrer à l'incertitude d'un témoignage contraire, le sort d'un acte qui repose sous l'égide de la foi publique, lorsqu'on ne peut point s'assurer soi-même que son auteur était incapable de contracter: parmi les moyens qu'indique la loi pour constater si la démence alléguée est réelle, se trouve l'interrogatoire à faire subir à celui qu'on dénonce pour cause d'imbécillité, & c'est peut-être de tous les moyens d'y parvenir, celui qui présente le moins d'inconvénients; or comment l'employer après la mort d'un prétendu imbécille.

Au reste, notre article ne fait en cela qu'adopter la nouvelle jurisp. sur ce point, car les anciens tribunaux, pénétrés du mérite de cette observation, décidaient déja que la preuve de la démence d'un individu qui n'existait plus, n'était point admissible, à moins que l'acte ne portât avec lui-même la preuve que son auteur ne jouissait point de la plénitude de sa raison, ce qui pouvait être regardé comme un commencement de preuve par écrit de la démence. [voir une addition à la fin (4)

art. 505 & suivans jusques & compris l'art. 509.

Ces divers articles ne présentent à faire aucune observation essentielle ils prescrivent certains procédés dont il n'est point permis de s'écarter,

Et Décident quelques questions autrement que ne l'avait fait le Droit Romain. nous placerons ici une réflexion sur un point de droit qui a partagé les autres : l'interdit pour cause de prodigalité, de démence ou de fureur, reprend-il de plein droit l'administration de ses biens, et rentre-t-il dans tous ses droits, sans avoir besoin de jugement déclaratoire, lorsque, pendant un certain tems, il s'est comporté comme aurait pû le faire une personne raisonnable ou bien, faut-il qu'un jugement postérieur anéantisse celui qui avait prononcé l'interdiction ? la loi 1ère, ff. de curat. furios. dand. semble favoriser la première de ces opinions qui avait de nombreux partisans, entr'autres Cambolas, liv. 5, chap. 50, & le parl. de toulouse lui-même, comme on peut en juger par la réponse qu'il fit à la 14e question sur les incapacités, que lui adressa mr le Chancelier d'aguesseau.

Cependant l'opinion contraire était la meilleure, comme l'observe furgole, en son traité des testamens, tom. 1er, chap. 4, sect. 2, no 21, où il en donne les raisons ; celle-ci fut adoptée par un arrêt rendu le 13 7bre 1784, en la première des enquêtes au rapport de mr de firmy, en faveur du sr pellet dont le père, après son interdiction avait baillé au sr cessenal, à titre de locaterie perpétuelle, certains biens dont le sr pellet fils demandait le délaissement : quoique le bail ne fût point désavantageux, il fut cassé, & le délaissement prononcé, sur cet unique moyen, qu'il n'y avait point de jugement postérieur qui eût rapporté celui portant interdiction.

Ainsi nous devons tenir pour certain que le jugement d'interdiction doit subsister, jusqu'à ce que les dispoons qu'il renferme, aient été emportées juridiquement, sans qu'en matière de testament, on puisse s'arrêter à la faveur des héritiers institués, parce que lorsqu'il s'agit de décider de la validité d'un testament, on ne doit considérer que la capacité du testateur, & non la faveur des héritiers ou des légataires, comme nous l'apprend la loi 3, ff. qui testam. fac. poss.

Vous devez d'autant moins douter du mérite de cette opinion qu'elle a été consacrée de la manière la plus expresse par l'art. 512 du code, dont nous venons de vous donner l'explication d'avance

art. 510, 511 & 512.

On ne peut, sans doute faire un meilleur emploi des revenus d'un interdit pour cause de fureur ou d'imbécillité, que de les

faire servir à la guérison de cet infirmité. il résulte de cette disposition que le tuteur donné à l'interdit n'est pas, comme dans le cas de la minorité, tenu de restreindre sa dépense: il ne faut pourtant pas croire qu'il soit le maître de disposer à son gré des revenus de l'interdit, nous entendons seulement qu'on ne peut point l'inculper, s'il ne forme point des capitaux de l'excédant des revenus sur la dépense que comporterait l'état d'un homme sain d'esprit; mais si les médecins & chirurgiens jugeaient convenable de faire des remèdes dont la plus absorberait les entiers revenus de l'interdit, il ne peut point s'y refuser, sous prétexte d'économie, & de meilleure administration.

D'autre part, les enfans ne devant point souffrir, quant à leur établissement, de l'état d'interdiction où se trouve leur père, il était naturel que la loi y pourvut, et elle ne pouvait le faire plus sagement qu'en autorisant le conseil de famille à donner son avis sur un point aussi important; nul ne peut le donner avec plus de sureté que lui, puisqu'il a une pleine connaissance des facultés de l'interdit, & la loi ajoute encore à cette précaution, en ordonnant que cet avis sera homologué par le tribunal sur les conclusions du procureur-impérial.

Quant aux dispositions renfermées dans l'art. 512, vous avez déjà vû qu'elle était l'opinion des auteurs sur la question y citée présente, & ce qui doit en être désormais d'après le code.

chap. 3.

Du conseil judiciaire.

art. 513.

La prodigalité est sans doute, une espèce de folie, mais elle n'est pas d'un genre qui enlève à celui qui en est atteint, les facultés de l'ame nécessaires au consentement, il ne peut donc y avoir en lui de prohibition d'aliéner ou de contracter, qui autant que la loi l'en a déclaré incapable; & c'est là justement en quoi consiste la différence d'un furieux ou imbécille avec un prodigue, c'est aussi le motif qui a fait proscrire l'interdiction pour fait de prodigalité.

Cependant il n'était point naturel de laisser à un prodigue l'administration libre de ses biens, tout abusif & répréhensible, & s'il est possible de le faire cesser, sans porter atteinte à l'état d'un citoyen, c'est le parti le plus sage que l'on puisse prendre, & c'est aussi—

celui qui ont adopté les auteurs du code : ce n'est pas qu'il n'y eût dans le conseil d'état plusieurs avis à rejetter ce titre comme n'étant d'aucun intérêt dans la société, & cela est vrai sous un certain rapport. Cependant la majorité crut devoir l'adopter, & avec raison.

En effet, quoique la société ne soit point intéressée à ce que tel ou tel autre particulier conserve ou dilapide la fortune qu'il tient de ses pères il n'est pas moins vrai que l'abus des richesses est un abus comme ~~tous~~ les autres, & que le gouvernement ne doit pas le tolérer; il est d'ailleurs d'un mauvais exemple, & si cet abus n'était point réprimé, nous verrions tous les jours des personnes parvenues à l'âge où l'on réfléchit, déplorer leur sort, & accuser les lois d'injustice pour ne leur avoir point soustrait les moyens de courir à leur ruine.

L'un de ces moyens, & le plus efficace, sans doute, c'est de défendre au prodigue de faire, sans l'assistance d'un conseil, les divers actes dont parle notre article : ce conseil doit être nommé par le tribunal, comme l'est celui que l'on donne, en exécution de l'art. 499 à l'individu qu'on ne croit devoir interdire, quoiqu'on le juge incapable de bien administrer ses affaires, & c'est ainsi qu'on parvient à mettre un terme à la prodigalité.

art. 514.

il faut appliquer au prodigue, lorsqu'il lui a été donné un conseil tout ce que nous avons dit de celui contre qui l'interdiction a été prononcée : il faut prendre les mêmes mesures pour faire cesser les fonctions de ce conseil, ainsi que pour en provoquer la nomination et lorsqu'elle a été faite, on doit en faire l'affiche, tant en l'auditoire que dans les études des notaires; sans cette précaution, la bonne foi de ceux qui traiteraient avec le prodigue serait trompée, et le but de la loi serait manqué.

art. 515.

La partie publique doit être entendue dans toutes les matières qui intéressent la société, voilà le principe. or, rien n'est d'un plus grand intérêt que l'état des hommes, lors surtout qu'il s'agit de les déclarer déchus d'une faculté qu'ils tiennent de la nature au moment de leur naissance.

Fin du 1er livre du code Napoléon.

Et du cours de l'année scolaire 1808-1809 —

Le 21 juillet 1809 —

(Cart. 387 - ++)
cette Prohibition, quelque Expresse qu'elle fût, ne pouvait pas s'étendre à la Légitime, duë au fils sur cette même hérédité, Et qu'elle ne pouvait être appliquée qu'à tout ce qui excédait cette Légitime.

On serait d'abord tenté de croire qu'il n'en doit pas être de même aujourd'hui, sous prétexte que la réserve Légale est plus forte que ne l'était autrefois ce qu'on appelait la Légitime. cependant comme la condition attachée à l'institution, ne porte que sur les biens donnés ou Légués, & qu'on ne peut réputer ni ~~Légués ni~~ donnés, ni Légués les biens qui constituent la réserve Légale, que ces biens passent aux enfans par la toute-puissance de la loi, & non par le pur effet de la volonté de l'homme, nous pensons qu'il en serait aujourd'hui de la réserve Légale comme il en était autrefois de la légitime proprement dite.

(Cart. 504. (4))

En est-il de même de la demande en déclaration de nullité de testament ou de donation? mr chabot de l'allier, en ses questions transitoires, & mr de malleville, sur l'art. 901 du code napoléon, ont cru que l'art. 504 était applicable aux donations & aux testaments. cependant nous embrassons avec la plus grande confiance l'opinion contraire. il est bien vrai que plusieurs arrêts avaient récemment décidé que l'allégation de la démence ne pouvait être d'aucune utilité, en matière de testaments ou de donations, lorsqu'on ne la faisait valoir qu'après la mort de l'individu auquel on l'imputait. mais nous pensons que les principes contraires n'ont reçu aucune atteinte des dispositions de l'art. 504 du code napoléon qui ne doit être appliqué qu'aux actes ordinaires de la vie, ou contrats onéreux, & non à ceux à titre gratuit qui sont régis par des principes particuliers et notamment par l'art. 901 de notre code. nous partageons cette opinion avec mr grénier sur l'art. 901, & mr merlin en son rép. univ. de jurisp. verbo testament, sect. 1, §. 1.

où vous pourrez prendre connaissance de la différence qu'il y a entre l'art 504 & l'art. 901. vous pourrez voir au surplus ce qui en a été dit sur l'art. 1047, inf. dans notre commentaire. Cette opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de Cassation du 22 9bre 1810, qu'on trouve dans cette date dans le recueil de d'enevers, An 1811, 2e cah. pag. 49.

(9) art. 151. arrêt de Réglement rendu par le parl. de paris le 27 aout 1692, rapp. dans le dict. des arrêts de Brillon, pag. 320, n°. 182.

" La cour fesant droit sur les ~~conclusions~~ réquisitions du procureur général du roi, a ordonné & ordonne qu'en attendant qu'il plut au roi d'y pourvoir, les fils & les filles, même les veuves qui voudront faire sommer leurs pères & mères aux termes de l'ordce, de consentir à leurs mariages, seront tenus à l'avenir d'en demander permission aux juges royaux des lieux des domiciles des pères & mères, qui seront tenus de la leur accorder sur requête, & que les sommations seront faites en cette ville de paris par deux notaires, & partout ailleurs par deux notaires royaux, ou un notaire royal et deux témoins domiciliés qui signeront avec le notaire, le tout à peine de nullité. "

(10) art. 159. mr Portalis, exposé des motifs de la loi relative au mariage, Pag. 228 du tom. 2, s'exprime ainsi sur les enfans naturels.

" Le consentement des pères au mariage de leurs enfans, " n'était qu'un effet de leur puissance, & ~~comme il~~ qui ne " dérivait pas originairement de l'intérêt des enfans, mais " d'un droit inouï de propriété concédé à ce qui leur " avaient donné le jour. or, comme la puissance " paternelle ne pouvait être produite que par un mariage " légitime, les enfans naturels étaient hors de cette puissance. —

« Le projet de loi consacre des idées plus équitables. La raison
« indique que c'est, non une vaine puissance accordée au père, mais
« l'intérêt de l'Enfant qui doit motiver la nécessité du consentement
« paternel. en conséquence, nous avons cru que l'intérêt des enfans
« naturels, lorsque ces enfans sont reconnus & peuvent nommer un
« père certain, n'était pas indigne de fixer la sollicitude du Législateur.

.....

« D'autre part, on ne doute pas que les pères naturels ne soient obligés
« d'élever leurs enfans; de les entretenir & de les nourrir; la loi positive
« Elle-même a placé ce devoir parmi les obligations premières que la
« nature, indépendamment de toute loi, impose à tous les pères.
« or, le consentement paternel au mariage des enfans ne fait-il —
« pas partie de la tendre sollicitude que l'on doit apporter à leur
« Entretien, à leur éducation, à leur Etablissement? La nécessité de ce
« Consentement, qui est fondée sur des Raisons naturelles, ne saurait
« donc être plus étrangère aux enfans naturels qu'aux enfans Légitimes;
« de là nous avons appliqué aux uns & aux autres les dispositions relatives
« à la nécessité de ce consentement. »

faillite = déconfiture.

articles du code qui Etablissent une différence Entre ces deux mots.

(1446. 1613. 1276. 1913. 2032)

La mère naturelle est la tutrice de droit de son fils :
authent. ad hæc, cod. quand. mul. off. tut. fung. pot.
ferrière, trait. des tut. Pag. 24.
Résulte de la combinaison des dispoons des art. 158, 383,
756, 757, 758 & 765 – ubi est success. &.

Arrêt de la C. d'app. de toulouse rendu le 1er 7bre 1809,
dans la cause de la dame desnoyers, agissant comme
tutrice de sa fille naturelle contre le Sr du prat
pharmacien – = jugt du trib. civil de toulouse du 26 août 1811.
(arrêt conforme le 19 janvier 1813 – Cause de la dlle darnaud C. Lafite)

L'enfant naturel peut être valablement reconnu avant
sa naissance. (l. 7, & 26, ff. de stat. hom.) (art. 906)

Mr chabot de l'allier, dans ses questions transitoires,
sur le code Napoléon, sous les mots enfans naturels
pag. 438 & suiv. cite 4 arrêts : l'un rendu le 25
prairial an 13, par la cour d'appel de paris ; le
2ond le 10 février 1806, par la C. d'app. d'aix, le 3me
le 3 xbre 1807, par la cour d'app. d'aix, & le 4me
par celle de bruxelles le 12 janvier 1808.

Sirey, supp. an 13, Pag. 118. Rapp. un arr. de la
C. d'app. de bordeaux, le 18 floréal an 13.

164

— Baux à ferme, à loyers — Tribunaux de commerce.

une déclaration du 28bre 1610, concernant la juridiction des trib. de commerce, fesait expresse inhibition à ces tribunaux de prendre connaissance des procès et différend pour loyers de maisons, fermes, locations & autres objets de cette nature.

un arrêt de Réglement du parl. de Toul. du 27 juillet 1753, rendu en exécution de la loi citée & de l'ordce de 1673, fesait en conséquence ~~inhibitions~~ défenses aux tribunaux de commerce „de connaître des différends naissant des sociétés contractées „à raison des baux à ferme entre les cofermiers, ou leurs „préposés.„

un autre arrêt de la même cour du 14 xbre 1762, déclara de plus que le tribunal de commerce n'était pas compétent pour connaître d'une société contractée à raison d'un bail à ferme, quoique les deux parties fussent marchands. (ces arrêts sont rapportés au Recueil judiciaire tom. 6. p. 194 & suiv.

DOT.

La loi 14, §. 1, code de non num. pecun. dispose que cette exception n'est pas admise contre la teneur des actes postérieurs même au contrat de mariage qui attestent le paiement de la dot.

Vid. la loi 3, cod. de dote cautâ non numeratâ où il s'agit du cas de la simple promesse de la dot, & cujas sur cette loi.

Bacquet, traité des droits de justice, chap. 15, apprend que ce dr titre n'est point pratiqué en france „ pour dire que la femme soit „ tenue de vérifier le paiement de sa dot au cas où le paiement „ est porté par son contrat de mariage. Statur instrumento, „ ajoute cet auteur, et ei creditur, & la femme n'est aucunement „ tenue de vérifier le paiement de sa dot. „

Vid. le repert. univ. de jurisp. verb. dot où l'on trouve divers préjugés & notamment un rendu dans l'espèce suivante.

un Gentilhomme âgé de 62 ans épousa une jeune dlle et reconnut avoir reçu d'elle une grosse somme. il mourut 15 jours après, et on ne trouva aucun d'éniers dans sa succession. ses hers attaquèrent la reconnaissance comme simulée, mais ils furent démis de leur prétention.

Autre arrêt pareil contre les filles hoës de do blancard. Celui-ci avait épousé jeanne misardy en secondes noces. il avait reconnu avoir reçu d'elle une somme de 800 ᵗᵒˢ. En mobilier : ses filles ~~soulevé~~ du 1er lit demandèrent l'annullation de cette reconnaissance comme contenant à leur préjudice une libéralité déguisée. Elles furent déboutées de cette demande par arrêt du 4 mars 1634.

„ a qu'il n'avait été fait ni invent. ni prisée du mobilier,

faber, dans son code, Liv. 7, tit. def. 1.

„Sententia per quam pronuntiatum est hæredem quem esse cum Beneficio Legis et inventarii, cum afficiat Statum & conditionem personæ, (facit enim ut persona denominetur talis[1]) nocet creditoribus etiam non auditis, nec vocatis[2], nisi probetur lata per collusionem, aut per sordes, vel gratiam[3]. neque enim fieri potest ut pro parte quis ~~qui~~ hæres sit pure, pro parte autem cum Beneficio Legis, non magis quam ut sit hæres pro parte, & pro parte non ~~hæ~~ sit.[4]

1. hoc est, ut dicatur quis hæres cum beneficio Legis & inventarii.

2. quia Sententia quæ afficit Statum personæ, facit jus quod ad omnes. Leg. 8, ff. de postul. & l. 43. ff. de minor.

3. quo casu non est ferendum ut ex unius facto alius lædatur. Leg. 1, ff. de alien. jud. mut. caus. fact.

4. Leg. 1 & 2, ff. de acquir. hæred. Leg. 18, in fin. de rei vindicat.

(autorisation – femme – art. 215.)

Encore que dans une instance, une femme ait des intérêts distincts de ceux de son mari, elle est suffisamment autorisée à ester en jugement par cela seul qu'elle procède ou qu'elle fait des actes conjointement avec lui.

arrêt de la cour de Cassation du 10 juillet 1811. (Sirey - 1811 - pag. 364.

— adoption – enfant naturel. —

une adoption faite avant la publication du code napoléon est valable, encore qu'à l'époque où elle a eu lieu, l'adoptant eut déjà un enfant légitime, il qu'il eut reconnu l'adopté pour son fils naturel, si d'ailleurs elle a été faite par un acte authentique. dans ce cas l'enfant naturel doit jouir de tous les avantages accordés aux enfans adoptifs. (art. 338 = loi du 25 germinal an 11.)

arrêt de la cour de Cassation du 24 juillet 1811 – qui casse un arrêt de la cour d'app. de toulouse du 9 août 1809. (Sirey, 1811 — pag. 329 —)

(5) (art. 450)

ferrière, traité des tuteles, part. 4, sect. 12, n° 677.

» le tuteur est responsable de tout dommage causé, sans sa négligence » à son pupille. du reste, ce n'est point sans raison qu'on » le rend responsable, puisque une grande négligence est comptée » pour une faute: magna negligentia culpa est, leg. 226, ff. de » verb. sign.: et qu'elle tombe même dans le crime de dol. – » magnam negligentiam placuit in dolo crimine cadere. leg. 1, §. 5, » de obl. et act. »

166 (+3) art. 228.

Le nouveau mariage contracté par la femme avant les dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent, n'est pas nul. Carrêt de la cour de Cassation du 29 8bre 1811 — Confirmatif d'un arrêt de la cour impériale de dijon du 3 juillet 1807, qui avait infirmé un jugt du tribunal civil de charolles; dans la cause de marie Berry veuve en secondes noces de Louis Verchères, contre les hers naturels de ce dernier, Denevers, 1812, pag. 22 & suiv.

Le tribunal de charolles ~~s'était~~ fondé sur ce que "l'art. 228 du C. n. est rédigé en termes négatifs, & dès lors prohibitifs, ce qui emporte la peine de nullité; que s'il en était autrement, la loi serait illusoire, & qu'il en résulterait les plus grands troubles dans les familles & dans la société; que le mariage de marie Berry étant déclaré nul, il n'a pû produire aucun effet, & que dès lors le contrat de mariage qui contient des libéralités doit être annullé, parcequ'il est de ppe qu'un acte fait contre la loi & les bonnes mœurs ne doit jamais avoir d'exécution."

La cour de Cassation a considéré au contraire "que l'art. 228 du C. n. n'a pas attaché à cette prohibition la peine de nullité du mariage; que cette prohibition n'est pas rangée parmi les causes des demandes en nullité de mariage dont il est traité au chap. 4, tit. 5, liv. 1 du code; = attendu qu'en effet il y aurait une rigueur exagérée à annuller l'acte le plus important ~~de la vie~~ & le plus favorable de la vie civile, un mariage, par l'application trop étendue de cet art. du code, qui ne crée qu'un empêchement temporaire, qui n'est que de précaution & de police, tandisque pour en remplir le vœu, pour en assurer l'exécution & pour prévenir les ~~précipitations~~ inconvénients possibles de la précipitation des secondes noces il est des moyens suffisans dans l'attention plus exacte des

officiers de l'état civil, & dans la surveillance ~~plus~~ active des Magistrats exerçant le ministère public.

Mr Locré, dans son esprit du Cod. n. 5 exprime ainsi sur l'art. 228 « à l'égard de la sanction pénale, l'art. n'en porte aucune; mais « quelle peine imposer? la nullité du mariage? C'était trop pour « la contravention à une loi de simple précaution, & qui ne tendait « ni directement, ni indirectement, comme les dispoons du chap. 4, à « réprimer des désordres graves; il suffisait donc de faire la défense, « et de s'en rapporter à la fidélité de l'officier de l'état civil du « soin de la faire observer. »

Telle est l'opinion de Mr Merlin, dans le nouv. Rép. de jurisp. Art. Secondes noces, §. 2. n°. 1.

Vid. Leg. 1, Cod. de secund. nupt.

Mr Portalis, dans son discours au Corps Législatif sur le tit. du mariage, s'exprime ainsi

« après un premier mariage dissous, on peut en contracter un second. Cette liberté compète au mari qui a perdu sa femme comme à la femme qui a perdu son mari. mais les bonnes Mœurs & l'honnêteté publique ne permettant pas que la femme puisse convoler à des secondes noces, avant qu'on ne se soit assuré par un délai suffisant que le premier mariage demeure sans aucune suite pour elle & que sa situation ne saurait plus gêner les actes de sa volonté. Ce délai était autrefois d'un an; on l'appellait l'an de deuil. Nous avons cru que dix mois suffiraient pour nous rassurer contre ~~toute~~ présomption capable d'allarmer la décence & l'honnêteté

167

(11) Loi du 28 août 1792.

» l'assemblée nationale décrète que les majeurs ne seront plus soumis
» à la puissance paternelle;
» elle ne s'étendra que sur les personnes des mineurs. »

Loi du 20 7bre 1792, tit. 4, Sect. 1, art. 2.

» toute personne sera majeure à vingt-un ans accomplis. »

(T) Ferrière, sur l'art. 223 de la Cout. de Paris.
art. 226.

» la femme peut tester sans l'autorisation de son mari; la raison
» est que le mari n'a aucun droit sur les biens de sa femme après la mort
» d'icelle, il n'a aucun intérêt d'empêcher qu'elle en dispose par
» testament, puisque le testament n'a effet qu'après la mort du
» testateur,(1) comme il a été jugé par arrêt du 12 mai 1576, remarqué
» par Charondas en ses réponses, Liv. 5. Rép. 5. »

(1) Leg. 1, ff. qui testam. fac. poss. . Leg. 10, ff. de donat. int. vir. & ux.

(A-M) art. 217.

Ferrière sur l'~~art.~~ Même art. 223 de la cout. de paris.

» l'autorité & le consentement du mari doit ordinairement précéder le
» contrat passé par la femme, ainsi que celui des tuteurs est nécessaire ab
» initio, ~~ainsi que celui des tuteurs est nécessaire~~ pour les contrats passés par
» les pupilles, toutefois la ratification du mari a effet rétroactif au jour
» du contrat, tant pour elle que pour lui, comme il a été jugé par arrêt
» du 5 juin 1557, & du 17 juin 1598. »

Lapeirère, dans ses questions de droit, 2me Cent. chap. 16, pag. 437,
cite un arrêt qui le jugea de la même manière. cet arrêt est du
27 mai 1606, rendu dans la cause de dame Claude d'interville épouse
du Sr d'egremont, contre le Sr Cardon Baron d'anglure.

La dame d'egremont invoquait à l'appui de sa demande en nullité
de son engagement, le §. 9, ff. de acat. & cons. tut. — suite

Suite
Un arrêt de la cour d'app. de Turin du 17 Xbre 1810 a décidé que l'autorisation du mari devait précéder ou accompagner immédiatement l'engagement de la femme. (Dénevers 1811, S. pag. 187)

Droits civils, droits politiques.

„ il y a entre ces deux espèces de droit, une différence essentielle.

„ Les droits politiques, que l'on appelle encore droit de cité, sont en france ceux que les lois constitutionnelles attachent à la qualité de Citoyen. ils consistent dans la faculté de voter & d'être élu dans les assemblées de canton, ainsi que dans les collèges électoraux, et dans l'habileté à être nommé aux fonctions publiques.

„ Les droits civils sont ceux qui dérivent des lois communes à tous les français, citoyens ou non. (art. 8 C.n.)

„ Ainsi, quoique nul ne puisse jouir en france des droits politiques s'il n'y jouit en même tems des droits civils, on peut cependant y jouir des droits civils, sans y jouir en même tems des droits politiques, & c'est ce que fait entendre très clairement l'art. 7 du code cité: l'exercice &c.

„ Les droits civils étant attachés à la qualité de français il est clair qu'on les acquiert et qu'on les perd par les mêmes moyens que l'on acquiert & que l'on perd cette qualité.

„ il n'est pourtant pas d'une nécessité absolue d'être français, pour jouir en france, pour jouir en france des droits civils.

art. 11, 12 & 13. C.N.

„ à l'égard des droits politiques, comme ils sont inséparables de la qualité de citoyen, on les acquiert avec cette qualité, et on les perd avec elle. (vid. Const. du 22 fre an 8, art. 2, 3, 4 & 5)

Code de Procédure (art. 397) vid. un arrêt de la Cour d'appel de toulouse du 23 août 1810 —

Code de P. art (734) arrêt de la cour d'appel de toulouse du 28 mars 1811, qui débouta d'une demande en rejet d'appel fondée sur ce que d'après l'art. 734 l'exploit d'appel aurait dû être signifié au domicile de la partie et non à celui de l'avoué. en concluant au dé[illegible] de la demande en rejet, mr le pr. gal [illegible] que son opinion était que l'exploit d'appel devait être seulement signifié au domicile de l'avoué, parce qu'il arriverait autrement plus infinité de cas où cette signification ne pourrait pas être faite au domicile de la partie. Cause de la dame de méritens & de St foulq plaid. flottes pour l'app. Dubernard pour l'[illegible]

(Solutiones non infringunt sed temperant rem judicatam)

(1338) L'acte ratifié est régi non par la loi qui existait lors de sa confection mais par celle sous l'empire de laquelle la ratification a eu lieu parce que la ratification d'un acte nul dans son principe, n'a point d'effet qui remonte à l'époque où cet acte a été passé. (arrêt de la Cour de Cassation du 12 xbre 1810) dénevers 1811 — (vid. Brillon, & mr merlin.)

Brillon. „si c'est le mari qui ait vendu l'héritage de sa femme „et qu'il ait promis de la faire ratifier, la ratification n'a point „un effet rétroactif; en ce cas, l'hypothèque n'est que du jour de la „ratification.“

Sictions des arrêts

Domat, lois civiles, liv. 3, tit. 5, sect. 2, n° 1,

„on appelle dommages & intérêts le désintéressement ou le „dédommagement que doivent ceux qui sont tenus de quelque „dommage.“

Code Napoléon. 3me année

Livre Second

Des biens & des différentes modifications de la propriété

Tit. 1er

De la Distinction des Biens.

art. 516.

Les principes adoptés dans les pays de Droit écrit, n'étaient pas sur ce point d'accord avec les ppes des pays coutumiers : Sans Doute, dans les uns & dans les autres, on reconnaissait des Biens meubles et des biens immeubles, mais quant aux actions, chacun de ces pays avait ses ppes particuliers. Dans les pays de Droit écrit, les actions formaient une 3me espèce de Biens, tertium genus Bonorum, d'après la manière dont la plupart des auteurs avaient entendu le §. 4 de la loi 7, ff. De pecul. & quelques autres lois qu'ils employaient à l'appui de cette opinion. inutilement, mais furgole, mon père, avait-il poussé jusqu'à la démonstration dans sa 31me question sur les donations, la preuve que ces lois bien entendues décidaient précisément tout le contraire, on n'en jugea pas moins la question comme elle l'avait été jusqu'alors, la force de l'habitude l'emportait sur la vérité, & l'on avait constamment refusé d'adopter les ppes consignés dans l'art. 5 de la coutume de paris qui déclaraient les actions meubles & immeubles, suivant la nature de la chose qu'elles avaient pour objet. tel est maintenant le vœu de notre article qui a ainsi fait disparaître cette prétendue troisième espèce de biens, en sorte que désormais la donation des meubles & immeubles renfermera incontestablement les contrats ou dettes actives.

chap. 1er

Des immeubles.

art. 517, 518 & 519.

à [illegible] la plus étroite signification

on serait fondé à dire qu'il n'y a d'immeubles par leur nature que les fonds de terre, cependant il était bien naturel de regarder sous ce point de vüe les édifices & moulins dont il est parlé de ces articles, par cette raison que, quoique composés d'objets essentiellement meubles, tels que les matériaux, avant qu'ils ne soient mis en œuvre, ils deviennent immeubles, puisqu'ils ne peuvent redevenir meubles, qu'en dénaturant l'édifice à la construction duquel ils ont été employés, & que cet édifice ne peut pas se mouvoir plus que les fonds de terre.

art. 520.

La loi 44, ff. De rei vindicat. avait décidé cette question de la même manière, mais la qualité d'immeuble attachée aux fruits non coupés, ou pendants aux arbres, par opposition aux fruits cueillis ou séparés du sol, ne fait pas que dans la saisie qui peut en être faite, on doive observer les formalités prescrites pour la saisie des biens immeubles. quant à la manière dont il doit être procédé à leur saisie, il faudra observer les formalités prescrites par le code de procédure civile; mais il en est autrement s'il s'agit d'un legs ou d'une succession, & dans ces cas, il y a une grande différence entre des fruits récoltés & ceux qui ne sont point séparés du sol.

Si un testateur lègue tous ses meubles, les fruits cueillis séparés du sol feront partie de ce legs, au lieu que le légataire n'aura rien à y prétendre, s'ils sont encore sur l'arbre, ou tiennent au fonds par les racines.

Si le testateur qui a la jouissance d'un domaine dont la propriété appartient à autrui, vient à décéder, ses hers ne pourraient en réclamer les fruits, qu'autant que ces fruits auraient été coupés ou cueillis, car s'ils sont encore sur pied ils appartiendront au propriétaire du fonds, comme en faisant une partie intégrante, au moment de la consolidation de l'usufruit à la propriété. voilà sous quel rapport les fruits sont réputés meubles ou immeubles.

art. 521.

jusqu'ici on avait toujours décidé que les bois de futaye faisaient partie du fonds d'après la maxime, grandes arbores partem fundi faciunt. notre art. déroge à cette maxime, lorsque ces bois ont [illegible] réglées; car les gros arbres

Deviennent & sont reputés meubles, du moment qu'ils sont abattus; quant aux Bois taillis, ils ont toujours été regardés comme fruits. Silva cædua est in fructu; mais un fruit de plusieurs années. Dit la Loi 7, §. 7, ff. Sol. matr. ce qui a fait douter s'il n'y avait pas lieu au partage de ce fruit entre l'Her. de l'usufruitier & le propriétaire, à concurrence de la vue qu'ont fait les arbres pendant le cours de cette jouissance; mornac, Sur la Loi 13, ff. quib. mod. usuf. amittit. rapporte un arrêt du parl. de paris qui jugea que l'Her. de l'usufruitier ne pouvait y rien prétendre. nous aurons occasion de nous en parler dans l'application de l'art. 590 de notre code.

mais qu'en serait-il, si l'usufruitier, au lieu de faire exploiter lui-même les Bois, lorsque le terme ordinaire en est arrivé, en avait consenti la vente, & si l'acquéreur ne les avait point encore abattus. nous pensons que le prix de ces Bois serait partie de la succession de l'usufruitier, & que le propriétaire n'en pourrait rien réclamer, quoiqu'ils fussent encore sur pied, parce que la vente dans cette hypothèse tiendrait lieu de l'exploitation réelle & effective.

art. 522.

il arrivait assez souvent que le Donataire ou le légataire d'un Domaine, était fort embarrassé pour en faire suite d'exploitation, lorsque le Donateur ou le testateur n'avait pas ajouté à sa disposition, qu'il y comprenait des bestiaux; car on jugeait constamment que ces bestiaux n'étaient compris, ni dans le Legs, ni dans la donation, lorsqu'il n'en était point fait une donation particulière; il en était de même de la vente; & cette juris. était fondée sur les deux Romains cités par mr. furgole sur l'art. 6, tit. 1er, de l'ord. de 1747, concernant les substitutions.

il n'en sera pas de même à l'avenir, car notre article dit que les bestiaux seront censés immeubles, tant qu'ils demeureront attachés au fonds: ainsi les legs, la vente ou la donation du Domaine, les comprendraient, quoiqu'il n'en fût point fait une mention particulière; en quoi le code déroge de la manière la plus expresse à ce qui se pratiquait d'après les deux romains.

mais vous devez remarquer que ces bestiaux ne sont rép[illegible] immeubles, hors le cas du legs ou de la donation, qu'autant que la tradition en est faite par le propriétaire du fonds à celui qui est chargé d'en faire la culture.

art. 523.

Le §. 31 de la loi 13, ff. de action. empt. & la loi 15 du m[illegible] titre, avait décidé la question de la même manière : ædium su[illegible] quamvis longè excurrant extra ædificium.

art. 524.

cet art. fait l'énumération de plusieurs objets qui sont tellement meubles de leur nature, qu'ils se meuvent eux-m[illegible] comme le dit la loi 93, ff. de verb. signif. qui les appel[illegible] moventia. cependant comme ils concourent au complément de la production d'un fonds qui est immeuble de sa nature; la loi les considère sous le même rapport par destination nous ne ferons sur cet art. d'autre observation, si ce n'est que ses dispoons sont puisées dans les tit. du ff. de actio[illegible] empt. & vend. et de instruct. instrum. leg. dont les diverses décisions ont précédé celles du code.

art. 525.

Les dispoons de cet art. ne sont à peu près que la répétition du contenu en diverses lois répandues dans les tit. du ff. dont nous venons de parler, & que la coutume de paris avait adoptées : ainsi, à cet égard, les pays coutumiers et les pays de droit écrit étaient parfaitement d'accord. vous avez seulement à remarquer, quant aux statues, que l'intention bien [illegible]quée du propriétaire de les laisser dans le lieu où elles ont été placées, ne suffit point pour les faire déclarer parties d'immeubles, à moins qu'il n'ait été pratiqué des niches pour les recevoir; & ce que décide notre art. ne fait que consacrer l'ancienne jurisp. sur ce point.

art. 526.

L'usufruit d'un immeuble n'en étant que l'accessoire doit nécessairement être immeuble, comme l'objet sur lequ[illegible] il repose; il en est de même des servitudes ou services fonciers : quant aux actions, nous avons déjà vû qu'elles prenn[illegible] la nature de l'objet auquel elles se rapportent : ainsi l'action en réclamation d'une chose mobiliaire, est meuble; l'action est au contraire immeuble, lorsqu'elle se rapporte à un objet immobilier. de là il suit que l'action en rescision pour cause de lésion, est immobiliaire, puisque la lésion ne peu[illegible]

avoir lieu que respectivement à des immeubles; il suit encore du même type que, si un homme vendait la faculté de rachat par lui reservée, en faisant l'aliénation de quelqu'un de ses immeubles, la vente de cette faculté de rachat pourrait être rescindée pour cause de lésion, parce que l'exercice de cette action, tomberait sur un objet immobilier, & cela, quoique des actions n'ayent, par elles-mêmes, aucune assiette particulière. La raison en est prise de ce que, dans le fait, le propriétaire d'une pareille propriété, ne se dépouille entièrement de l'immeuble, qu'au moment où il consent la vente de cette même faculté qui lui conservait le droit d'y rentrer. cette question se présenta, il n'y a pas longtemps, au parl. de toulouse, où elle fut jugée, le 29 août 1778, en la seconde chambre des enquêtes, au rapport de mr. de juin, en faveur de marie lafarque demanderesse en rescision de la vente d'une faculté de rachat stipulée dans la vente de la terre de toujune, contre le s.r joseph malartic, acquéreur de cette faculté de rachat.

on trouve néanmoins dans la jurisp. du code civil par Favard, tom. 7, pag. 137, un arrêt du 14 mai 1806, rendu par la cour de cassation, qui a décidé que l'action en rescision pour cause de lésion, ne pouvait pas faire la matière d'une expropriation forcée: quoi qu'il en soit, nous persistons à dire qu'il en est de même de toutes les autres actions qui ont pour objet un effet immobilier; parce qu'encore une fois les actions prennent la nature de l'objet auquel elles se rapportent, actio judicatur secundum qualitatem rei ad quam competit, dit Dumoulin, sur la cout. de paris, §. 20, glos. 3, n.° 8.

Chap. 2.

Des Meubles.

art. 527, 528 & 529.

il suffit de lire ces trois art. pour sentir toute l'étendue de la décision qu'ils renferment, surtout lorsqu'on ne perd point de vue que les actions prennent le caractère & la nature de l'objet auquel elles se rapportent.

Vous devez seulement remarquer qu'en acquérant l'hypoth
sur un immeuble, on n'acquiert aucun droit de propriété
ce même immeuble; mais lorsqu'il y a lieu à l'exercice
de cette hypothèque, l'action devient immobiliaire, parce
qu'elle a un immeuble pour objet.

quant aux rentes perpétuelles, ou viagères, en les déclar
meubles par la détermination de la loi, le code a consac
la jurisp. du parl. de toulouse sur ce point; un arrêt de
Réglement du 15 mai 1706, l'avait ainsi décidé, soit que le
rentes appartinssent à de simples particuliers, ou à des commun
ou à des gens de main-morte; la cour des aides de montpellie
avait déja rendu, le 3 avril précédent, d'après le même ppe,
un arrêt qui ordonna que les sommes dües par la province d
languedoc, par constitution de rente, ou par obligation, qui
auraient été cédées, ne pourraient être saisies par les créan
de ceux qui auraient fait lesdites cessions ou transpor
après qu'ils auraient été signifiés à la province.

il n'en était pas de même dans les pays coutumie
dans presque tous ces pays, les rentes constituées étaient
réputées immeubles: mais il ne sera plus possible
désormais d'élever des doutes sur la nature de ce genre de prop

art. 530.

il est, sans doute, permis à tout propriétaire d'insérer
telle clause, qu'il juge à propos, dans l'acte par lequel
se dépouille: ces clauses se résolvent en autant de conditio
qui doivent être exécutées, à moins qu'elles ne blessent
l'ordre public.

malgré cette latitude, qui paraît d'abord illimité
il est certain que nul ne peut faire de stipulation
opposée à ce que la loi a déterminé d'une manière bi
précise: ainsi, en matière de rentes établies à perpétui
et représentative du prix de la vente d'un immeuble,
le vendeur aurait beau stipuler que cette rente ne
pourrait jamais être rachetée, la loi la déclarant
essentiellement rachetable, le rachat pourrait en être
exercé, malgré la stipulation contraire.

vous devez observer que cette décision est diamétralement opposée à ce qui se pratiquait en cette matière avant le nouvel ordre des choses. jusqu'alors les rentes foncières, c'est-à-dire celles créées in traditione fundi, étaient non rachetables de leur nature, & l'on ne pouvait se dispenser de les payer, qu'en prenant la voie du déguerpissement qui n'était point admise dans tous les cas, & qui, lors même qu'elle était admise, exigeait bien des préalables, — dont il serait trop long de faire ici le détail.

on n'a pas cru devoir maintenir l'usage des baux à rente foncière, & moins encore conserver à celles qui n'ont pour base que le prix de la vente d'un immeuble le caractère d'irrachétable qui formait une partie de leur essence; ainsi le vendeur ne pourra plus désormais se soustraire à l'exercice de ce rachat, quelque stipulation qu'il puisse faire pour s'en affranchir. à la vérité, il lui est permis de régler les clauses & les conditions du rachat, et par cela même il peut le rendre à peu près impossible, en y attachant des conditions capables de détourner le preneur, de l'envie qu'il pourrait avoir de l'exercer. en sorte que ce qu'on ne peut pas obtenir d'une main, il est très possible qu'on l'obtienne d'une autre; quant à la durée de la prohibition du rachat, elle ne peut pas excéder 30 ans, & toute clause qui le porterait à un plus long terme, est d'hors & déjà déclarée nulle.

art. 531.

Les divers objets énumérés dans cet art. sont déclarés meubles; en quoi le code a adopté la jurisp. de presque tous les anciens tribunaux qui les jugeaient tels. on peut voir graverol sur laroche, verb. hypothèque arrêt 5, catellan, liv. 5, chap. 33, Louet & Brodeau lett. N, somm. 10, &a voilà pourquoi il n'était dû dans l'ancien régime aucuns lods pour vente de bateaux, pour les moulins à nef, d'après une déclaration

Du mois d'octobre 1666 rapportée par Boniface, tom. 1 pag. 691. cependant comme ces divers objets peuvent être d'une valeur considérable, on a cru qu'il devait être observé certaines formalités dans les cas où la saisie en devait faire. notre art. avait annoncé qu'il serait pourvu à cet effet d'une formalité particulière, lors de l'édition du code de procédure civile, ce qui a été réellement fait depuis. déjà le tit. 14 du liv. 1 de l'ord. de la marine de l'année 1681 avait déterminé la forme en laquelle devaient être faites ces saisies.

art. 532.

La loi 17, ff. de act. empt. vend. en avait autrement ordonné lorsque les matériaux provenant d'une démolition, étaient destinés à entrer dans une nouvelle construction; car cette loi regardait alors ces matériaux comme immeubles. notre article ne fait point cette précision, il déclare ces matériaux meubles, jusqu'à ce qu'ils soient employés par l'ouvrier. l'emploi, auquel on les destine, n'en change pas la nature, qu'au moment même où se fait cet emploi. Et c'est sans fondement que des auteurs modernes ont pensé le contraire, d'après les dispositions de la loi romaine.

art. 533, 534, 535 & 536.

il y a eu dans le droit, peu de questions qui aient été aussi controversées & aussi diversement décidées que celles qui font la matière de ces quatre articles, quoique le droit romain ait fixé sur la plupart d'entr'elles. pour vous donner une exacte connaissance de la manière dont il était prononcé sur les diverses questions que présente cette matière, il nous suffira de vous indiquer les lois romaines & les auteurs qui les ont agitées. vous pourrez consulter entre autres la loi 70, §. 1, & la loi 101, ff. de leg. 3°. la loi 92, §. 1, du même tit. & la loi 86 du tit. de legat. 2°.

Ricard, tom. 1, part. 2, n° 180, & suiv. Graverol sur Laroche Liv. 2, verb. meubles, art. 1er. D'olive, Liv. 5, chap. 21, maynard, Liv. 6, chap. 7; Joëffe, tom. 2, cent. 1, chap. 53. et une infinité d'autres dont la nomenclature menerait trop loin.

mais vous avez à faire une observation bien essentielle, c'est qu'il n'en est point de la langue française comme de la langue latine: celle-ci a sa richesse avec des termes propres à la désignation de presque tous les objets particuliers, en sorte que l'emploi qu'un testateur fesait d'un terme approprié à la chose, servait tout à la fois à désigner la chose dont il disposait, & à exclure de sa disposon tout ce qui n'était pas compris sous cette désignation: chez les romains par exemple, les provisions de bouche étaient désignées par ce mot Penus: l'ameublement était appellé Suppellex les ornemens d'une femme, mundus muliebris; un fonds legué tout garni, était appellé instructum vel instrumentum legatum &c. &c. avec un pareil moyen il était bien aisé de s'expliquer, de manière à ne point donner lieu à des interprétations.

La langue française étant au contraire très pauvre, le même mot a, dans cette langue, plusieurs significations, ce qui s'oppose à ce que l'étendue de chacune d'elles y soit déterminée d'une manière précise. il n'est par conséquent pas étonnant qu'il y ait plus de difficulté à fixer dans notre langue, l'étendue du mot meuble, qu'il n'y en avait à le faire dans la langue latine. un ppe dont vous devez vous rappeller encore, c'est qu'en cette matière, peut-être plus qu'en toute autre, on doit chercher à découvrir l'intention du donateur ou du testateur; & ce qui peut le mieux contribuer à la faire découvrir, c'est de prendre l'ensemble de la disposon, & de rapprocher les unes des autres les diverses parties dont elle est composée.

Domo Legatâ neque instrumentum ejus, neque supplex aliter legato cedit, quam si idipsum nomination expressum à testatore fuerit. Leg. ult. ff. de supp. leg. leg. 93, §. 4, ff. de leg. 3°. Leg. 2, §. 1, & Leg. 18, §. 12, ff. de inst. vel instrum. leg.

En voici un exemple : supposons que le testateur fa un legs de ses meubles, aux termes de l'art. 533 de notre code, c légataire ne devrait avoir aucun des effets mobiliers dont il renferme l'énumération : cependant s'il désigne quelques effets mobiliers, à titre de reserve, soit en faveur de son h[illegible] soit en faveur de quelque autre légataire, celui à qui a été fait le legs des meubles, sera fondé à réclamer généra tout ce qui peut se mouvoir, ou être mû, quoique la part de la disposon qui le concerne, semble devoir proscrire sa prétention : pourquoi ? parce que, en désignant d'un manière expresse ce qu'il a entendu ne pas comprendr dans le legs, le testateur a, par cela même, clairement manifesté l'intention où il était d'y comprendre tout ce qu'il n'a point reservé, en vertu de la maxime inclusio unius est caeterorum exclusio. telle est l'espèce de l'arrêt rapporté par graverol sur laroche, liv. 2, verb. meubl art. 1er. cet exemple est seul capable de vous convainc combien il est nécessaire de se fixer sur l'intention présumée du testateur pour juger de l'étendue de sa disposon, & qu'on ne peut y parvenir, qu'en rapproch les unes des autres les diverses clauses qui entrent dans sa contexture.

Chap. 3.

Des Biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent

art. 537.

1° Leg. 21, cod. mandati.

unusquisque rei suae moderator est et arbiter, ont dit les romains, & c'est justement la faculté de disposer arbitrairement de ses biens, qui constitue un des principa attributs de la propriété : cependant, il est des cas où l'inter public commande des modifications de cette règle généra et qui en forment autant d'exceptions ; la prohibition de couper les bois avant un âge déterminé, celle de les défricher, lorsqu'ils sont d'une certaine contenance, sans en avoir préalablement obtenu la permission, sont auta de preuves incontestables de cette vérité, & c'est à cela que se rapportent les derniers mots de la première partie de notre article.

La seconde partie a du rapport aux Biens, autre que ceux qui appartiennent aux particuliers : ceux-ci sont soumis à une administration qui leur est propre, à laquelle les loix ont pourvu par des réglemens généraux, ou spéciaux, à l'exécution desquels on ne peut pas se soustraire, sans encourir la peine de nullité. nous devez seulement remarquer qu'il ne peut être établi dans l'empire aucun corps, college &a sans avoir obtenu la permission du gouvernement, & que lorsqu'ils sont établis, ils ne peuvent faire l'acquisition d'aucun Bien, sans y avoir été autorisés, en quoi les nouvelles loix se sont conformées à l'édit du mois de décembre 1666, & à celui du mois d'août 1749 — concernant les gens de main-morte.

art. 538.

C'est le genre d'entretien auquel ces Biens objets domentiés, qui détermine s'ils sont, ou ne sont pas du domaine national : si le trésor public y fournit, ils sont nationaux, dans le cas contraire, ils ne le sont pas. nous aurons occasion d'en parler ailleurs, le surplus de l'art. ne présente aucune espèce de difficulté.

art. 539.

Serres, en ses institutes au Droit français, sur le §. 46 du tit. de rer. divis. remarque qu'il existait autrefois diverses espèces de Biens vacants; les uns provenant du Droit de déshérence, ou de confiscation, & ceux-ci appartenaient aux seigneurs haute-justiciers; les autres étoient vacants par l'abandon ou le déguerpissement qu'en avait fait le propriétaire, & ceux-ci appartenaient aux seigneurs fonciers de tout le territoire, conformément à la doctrine de Dumoulin, traité des fiefs, §. 68, glos. 2, nos. 8 & 9. cette distinction avait été adoptée par la juris. du parl. de toulouse, comme on peut en juger par l'arrêt du 28 juillet 1738, rapporté, pour cette date, dans le journal du palais, & j'en ai moi-même fait rendre un semblable, le 28 août 1777, en la 1ere chambre —

Des enquêtes, au rapport de mr Lafont-Rouis. j'écrivai
Dans ce procès pour la communauté de St Sévère contre
mr De nogués, abbé commandataire de l'abbaye de St
Sévère, qui, en qualité de Seigneur haut-justicier, réclama
la propriété d'un certain terrein qu'il qualifiait de vacant
Cet arrêt rejetta sa prétention par fin de non-valoir.

n'y ayant aujourd'hui ni Seigneur haut-justicier, ni
Seigneur Direct, il était naturel que la nation fût investie
De ces Biens : Ce n'est pas que l'on puisse indiquer un mot
Légal qui autorise l'être moral, appellé la nation, à
se Déclarer propriétaire de tous les Biens qui se trouvent
sans maître ; mais comme elle renferme tous les membres
De la société, & qu'aucun d'eux n'a le Droit de
s'emparer De ces sortes Biens à l'exclusion des autres
il a fallu Déterminer qu'ils appartiendraient au
Corps qui constitue cette même société.

art. 540 & 541.

un arrêt du conseil du 24 7bre 1678 qui fut rendu
motu proprio, Décida que les murailles & portes des
villes, les remparts, fossés, & tous les lieux &
Emplacemens servant aux clotures & fortifications des
villes, étaient hors du commerce & de la nature de ceux
qui n'appartiennent à personne, sur lesquels aucun
particulier, ni communauté n'a De Droit, & dont la
propriété est réservée au souverain.

nos art. Décident la question de la même manière,
Déclarant que tous ces objets font partie du Domaine
public, car ce n'est point au roi que l'arrêt de 167
avait jugé qu'ils appartenaient, mais au roi comme
possesseur d'un Domaine qu'il ne pouvait point aliéner.
vous Devez cependant remarquer que, si des locaux de
cette nature ne servent plus à leurs usages primitifs,
ils conservent leur qualité, à moins qu'ils n'aient été
aliénés, ou que des particuliers ne s'en soient emparés depuis
assez de tems, pour en avoir prescrit la propriété. —

art. 542.

La Définition que notre article Donne de cette espèce de biens est conforme à celle qu'en avait déjà Donné Boucheux sur l'art. 193 de la coutume de poitou, n.° 4. Cet auteur ajoutait seulement que les habitans tenaient ces Biens d'un ou de plusieurs seigneurs, par où il avait entendu en faire Connaître l'origine.

ces biens étaient spécialement protégés par la loi, & ils jouissent encore de la même faveur: l'art. 284 de l'ordce de Blois déclare nulle toute transaction, accord ou arbitrage, qui font perdre ou diminuent les biens communaux. l'art. 206 de l'ordce de 1629 défend aux seigneurs de les usurper, de les défricher, & bailler à cens, & il enjoint au procureur du roi de faire les diligences nécessaires pour faire rentrer les Biens de cette espèce qui auraient été usurpés, l'édit du mois d'avril 1697 rapporté par Gatron tom. 2, pag. 257 & par boniface, tom. 2, pag. 379, accorde aux communautés la faculté de rentrer dans les communaux aliénés depuis 1620, à la charge de rembourser seulement la partie du prix qui aurait été bien employée. Ce même édit fait défense d'aliéner les communaux pour quelque cause que ce soit. on peut encore voir là dessus henrys, liv. 4, chap. 81.

La prohibition d'aliéner les biens communaux est si formelle que les Bientenants, contre le gré même de la Communauté ont qualité pour en réclamer le délaissement. c'est ainsi que la question fut décidée, le 6 décembre 1740, par un arrêt du Conseil des finances qui autorisa quatre particuliers Bientenants dans le lieu de clermont, à réclamer des communaux dont le comte de clermont s'était emparé, & ce, au préjudice de l'oppoon que la Communauté avait formée à cette réclamation.

art. 543.

Ceci n'a besoin d'aucune explication, car il n'est personne qui ne sache que la propriété est toute autre chose que l'usufruit, & qu'on ne peut réclamer de servitude, qu'autant qu'on n'est point propriétaire du fonds sur lequel on prétend l'exercer, de là la maxime Res sua nemini servit.

Tit. 2.

De la propriété

nous aurions à dire ici des choses du plus grand intérêt sur la propriété & les avantages qui en dérivent pour la Société, mais ce serait dépasser les bornes que nous nous sommes prescrites, & il suffira pour vous bien fixer sur les ppes de cette matière, de vous indiquer le discours que prononça mr portalis, lorsqu'il présenta ce titre au corps législatif: ce discours, si l'on peut s'exprimer ainsi, est la sagesse même il est rempli de maximes parfaitement saines, & il a porté un coup mortel à ces systèmes erronés que nous avons vus pendant le cours de quelques années, obtenir l'assentiment des philosophes du jour; c'est dire assez quel était leur mérite

art. 544.

Cet article est la traduction littérale de la loi 21, cod. mandat qui s'exprime en ces termes. Dominium est jus utendi et abutendi re suâ; il ne faut pas croire que le mot abutendi présente l'idée d'un abus de sa chose propre, il s'en faut bien que ce soit là le sens de la loi, ce mot n'y est employé que par oppoon au mot uti, qui, dans sa signification propre, est déclaratif du droit d'user de la propriété d'autrui, salvâ rerum substantiâ, tel que l'usufruit: le propriétaire peut au contraire abuti re suâ, c'est-à-dire, en user au point d'anéantir même son existence. mais cette faculté, quelque illimitée qu'elle soit de sa nature, est néanmoins subordonnée à la volonté de la loi qui n'est que l'expression de la raison, & qui n'a jamais permis que l'homme se mît en contradiction avec elle.

art. 545.

Le respect dû aux propriétés est la base de cet article et il est sensible que pour peu qu'on s'écartât de ce sentiment, le corps social tomberait en dissolution par l'effet de l'anarchie qui serait le résultat inévitable d'une conduite opposée: mais il est des cas où l'utilité publique commande des mesures contraires, & comme tout particulier doit céder le pas à l'intérêt général, le propriétaire

n'a par à se plaindre s'il est dépouillé de sa propriété pour cause d'utilité publique, lorsqu'il est préalablement pourvu à son indemnité.

art. 546.

Cet art. établit une règle générale qui a beaucoup d'exceptions comme nous le verrons dans la suite.

Chap. 1er.

Du Droit d'accession sur ce qui est produit par la chose.

art. 547.

nous devons d'abord nous fixer sur la différence qu'il y a entre les diverses qualités de fruits; les fruits appellés naturels sont ceux que la terre nous donne spontanément comme l'herbe, le fruit des arbres &c.a ceux comme sous la dénomination d'industriels, sont le produit de tout ce que l'on donne pour la culture de la terre, et qui sont vraiment le résultat de notre industrie, comme les moissons; enfin les fruits civils sont de deux espèces, l'une est le produit d'une chose naturellement stérile qu'on loue ou que l'on prête, tel que les loyers des maisons, ou des intérêts d'une somme d'argent, et l'autre est le produit des fruits cédés à bail, comme le prix des fermages. il est aisé de sentir que tous ces objets sont autant d'accessoires de la chose qui les a produit, ainsi que le croît des animaux, puisqu'ils ne peuvent exister que par l'existence de la chose elle-même: ils doivent donc appartenir au propriétaire de cette même chose.

art. 548.

l. 1, cod. de petit. hared. Telle est la règle générale fondée sur divers lois du titre du Digeste de hereditatis petitione; mais il ne faut pas croire que elle soit applicable à tous les cas indistinctement. l'usufruitier par exemple, qui prend les biens en l'état où ils se trouvent à l'époque où commence l'usufruit, en perçoit les fruits sans rembourser aucuns frais de semences, labours et travaux. mais aussi lorsque l'usufruit prend fin avant la perception des fruits, et après que les travaux ont été faits par

hers ne peuvent, à raison de ces travaux, exercer aucune répétition contre le propriétaire du fonds; il y en a dans le droit quelques autres exemples.

art. 549.

il ne suffit pas de posséder pour faire les fruits siens il faut encore posséder de bonne foi; si cette bonne foi manque, le possesseur est tenu non seulement de rendre la chose, mais encore les fruits qu'elle a produits.

En un mot, il n'y a que la bonne foi qui puisse affranchir le possesseur de la comptabilité des fruits, de là la maxime Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum rei veritas quoties lex impedimento non est.

art. 550.

La décision renfermée dans cet article est en accord parfait avec les ppes de la justice qui n'ont jamais permis que le possesseur de mauvaise foi fut traité à l'égal de celui qui a cru sa possession basée sur un titre légitime; jusques là, sans doute, il n'y a nulle difficulté à le décider ainsi; mais à quelle époque commence la mauvaise foi, c'est ce qu'il n'est pas bien facile de déterminer.

à s'en tenir aux derniers mots de notre art., il est clair que la bonne foi cesse au moment où le possesseur a connu les vices du titre sur lequel était fondée sa possession. mais comment cette connaissance doit-elle lui parvenir? faut-il pour cela qu'il ait été interpellé judiciairement, ou suffit-il de justifier de toute autre manière que le possesseur avait connaissance du vice de son titre?

l'art. 94 de l'ordce de françois Ier rendue en 1539 avait décidé qu'il y avait lieu à restitution des fruits par le possesseur de mauvaise foi, non seulement depuis la contestation en cause, mais encore depuis le tems que le condamné a été en demeure et mauvaise foi, avant ladite contestation. il résulte de cette disposn qu'il peut y avoir mauvaise foi en la personne du possesseur avant la contestation en cause, & il paraît que notre art. est basé sur le même ppe, lorsque sans parler

de Contestation en Cause, il déclare que le possesseur cesse d'être de bonne foi du moment où les vices de son titre lui sont connus.

on ne peut point se dissimuler que cette question présente de très grandes difficultés, car, s'il est certain, d'un côté, que la mauvaise foi ne doit pas jouir des avantages faits pour la bonne foi, il est également vrai, de l'autre, qu'il n'est point facile de connaître à quelle époque a commencé la mauvaise foi, autrement que par la contestation en cause. Sera-ce par une enquête composée de témoins dont rien ne garantit la veracité? ce procédé pourrait amener de fâcheuses conséquences. il ne serait donc possible d'y parvenir que par acte, & l'on doit convenir que si le demandeur rapportait la preuve écrite que le possesseur connaissait le vice de son titre il serait juste de le condamner à la restitution des fruits, à partir de l'époque à laquelle se rapporterait cette preuve écrite.

il paraît que c'est là l'intention du législateur, car s'il l'eût entendu autrement, il n'aurait pas manqué de faire ici ce qu'il a fait dans plusieurs autres articles du code, c'est-à-dire que le demandeur ne pourrait réclamer les fruits que du jour de la contestation en cause, mais hors de cette circonstance particulière on doit s'en tenir à l'usage général, d'après lequel un possesseur n'est tenu à aucune restitution des fruits, qu'autant qu'il a été constitué en demeure par une interpellation judiciaire; c'est ainsi qu'on le pratique en matière de cassation de testament; à la vérité, la jurisp. a varié sur cette question. il a été un tems où, sous prétexte de la maxime fructus augent hæreditatem, le demandeur en cassation obtenait les fruits des biens compris dans la disposition, à compter du jour de l'indue occupation, savoir, par état pour tout le tems antérieur à sa demande, & par experts, depuis cette époque. on appuyait cette distinction sur l'interprétation qu'on donnait au mot præde qui se trouve dans le §. 6 de la loi 25, ff. de hæred. petit. mais enfin après une quantité prodigieuse d'arrêts dont quelques-uns ont été rendus sur mes écrits, le parl. de toulouse fixa définitivement sa jurisp. par un arrêt

rendu après partage le 20 juillet 1776, En la 1ère chambre des enquêtes, mr. de Lafont-rouis rapporteur, & mr. de mourlens compartiteur. Cet arrêt décida que les fruits antérieurs à l'introduction de l'instance, ne pouvaient pas être réclamés, même par état, & depuis lors il en avait été rendu plusieurs conformes, dans les diverses chambres du palais.

nous observerons en passant qu'un arrêt du 7-7bre 1780, rendu en la seconde chambre des enquêtes, au rapport de mr. de célès, en faveur du Sr. Duillé contre la Delle Déville épouse marseillan (qui jugea la question relative à la restitution des fruits de la même manière qu'elle l'avait été le 20 juillet 1776), décida aussi une autre question bien importante: il s'agissait de savoir si les aliénations que le Sr. Duillé avait consenties dans l'intervalle de l'institution faite en sa faveur, à l'attaque dirigée contre le testament, étaient valables, ou si elles devaient être revoquées comme faites à non domino. L'arrêt les déclara valables, en conséquence les tiers-acquéreurs furent maintenus contre la Delle déville épouse marseillan qui voulait les évincer, et le Sr. Duillé fut condamné seulement à rendre le prix qu'il en avait reçu: on peut voir sur cette question la loi 25, §. 17, ff. de petit hæred. & la loi 2, eod. eodem.

chap. 2.

Du droit d'accession sur ce qui s'unit & s'incorpore à la chose.

art. 551.

il n'y a point d'observation particulière à faire sur cet art.

Sect. 1ère

Du droit d'accession relativement aux choses immobiliaires

art. 552.

quia habet solum, habet cœlum, c'est un adage pris du droit romain. la conséquence qui en résulte c'est que le propriétaire du sol, peut faire au dessus de sa superficie tout ce qu'il juge à propos, pourvu

qu'il ne porte aucune atteinte aux Droits précédemment acquis à des tiers : il en est de même de ce qui est au dessous de la superficie, & le propriétaire peut y faire telles fouilles qu'il croit utiles à ses intérêts ; tel est le ppe général consacré par l'ancien Droit romain ; mais ce Droit éprouva dans la suite quelques changemens, les empereurs, & après eux, les Rois de France, leurs successeurs dans les gaules, après qu'ils en eurent fait la conquête, s'arrogèrent la propriété de quelques mines, notamment de celles d'or ou d'argent, même dans les fonds des particuliers ; ce fut là une première atteinte portée au Droit de propriété, & tel était l'état des choses, lorsque les premiers jours de la révolution.

L'assemblée constituante rendit le 27 mars 1791, sur le fait des mines, un décret dont il serait trop long de faire connaître ici toutes les dispoons ; ce qu'il importe de savoir, c'est que tout en modifiant les lois antérieures relatives à cet objet, elle n'en borne pas moins l'exercice d'une propriété pleine & entière, en mettant les mines à la dispoon de la nation, dans ce sens qu'elles ne peuvent être exploitées que de son consentement.

Au reste, l'intérêt public a commandé des mesures dont il n'est pas permis de s'écarter, & qui ont été prises pour fixer les limites, au delà desquelles on ne peut point pousser l'exploitation des carrières de marbre, de pierre, de plâtre &c. et c'est ce que notre code indique par les mots, Lois & Réglemens de police ; & rien n'est plus sage, car s'il était permis de faire cette exploitation dans tous les lieux indistinctement, il pourrait en résulter des événemens funestes qu'il est du devoir de l'administration de prévenir.

art. 553.

il est, sans doute, à présumer que tout ce qui se trouve en construction, ou plantation sur mon sol, doit m'appartenir, comme étant une suite, ou une dépendance de ma propriété. Cependant il est possible qu'il en soit autrement, mais il faut que la preuve contraire en soit rapportée, car jusques là, on doit attacher à la présomption le même effet qu'à la réalité.

art. 554.

cet art. renferme une modification du droit de propriété et cependant il est infiniment sage : on doit toujours présumer la bonne foi, jusqu'à ce qu'il y ait preuve du contraire : cela posé, il faut établir que le propriétaire du sol qui a fait faire quelques constructions sur ce même sol, a cru que les matériaux qu'il y a employés, lui appartenaient : il a même du le croire d'autant plus volontiers que le propriétaire de ces matériaux ne s'en a point réclamés pendant qu'on les mettait en œuvre : dans ces circonstances, s'il n'était pas juste de faire perdre ces matériaux à celui à qui ils appartenaient, il n'était pas juste non plus de l'autoriser à faire démolir l'édifice à la construction duquel ils avaient servi : voilà pourquoi, sans lui donner le droit de les enlever, la loi a voulu qu'il put en réclamer la valeur, & même des dommages-intérêts, s'il y a lieu.

art. 555.

Superficies solo cedit, le propriétaire du sol est donc fondé à retenir tout ce qui y est fait, & dans le cas où il ne voudrait point le conserver, le même propriétaire peut obliger l'auteur de la construction à en enlever ses matériaux : c'est ainsi qu'on le jugeait au parl. de toulouse, comme on peut le voir dans Catellan, liv. 3 chap. 59, & c'est sur cette doctrine que fut basé un arrêt rendu en faveur de mr. furgole, mon père, contre le sr. bruguier, le 3 7bre 1760, en la première chambre des enquêtes, dont le rapport fut mr. perez.

cependant comme nul ne peut s'enrichir des dépouilles d'autrui, s'il prend le parti de conserver la chose pratiquée sur son fonds, il doit rembourser la valeur des matériaux & le prix de la main d'œuvre.

il n'y a qu'une exception à ce principe, et cette exception est fondée sur la bonne foi du constructeur, qui, à raison de ce n'est point condamné à la restitution des fruits, & dans ce cas, le propriétaire du sol n'a que le choix de rembourser la valeur des matériaux & le montant de la main-d'œuvre ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur.

art. 556.

l'empereur justinien en ses institutes au tit. de rerum divisione, nous a donné la définition de l'alluvion. elle est la même que celle qu'on trouve ici ; mais notre

Maynard, liv. 10, chap. 3; Loy. 34, ff. de acq. rer. dom.

Arrêt du 17 août 1784, en faveur du Sr. Pichar procureur de Nismes à Tarascon contre la communauté de Tarascon.

art. renferme une décision contraire à la jurisp. du parl. de toulouse
En ce qu'il déclare qu'il y a lieu à alluvion, lors même qu'il s'agit
d'une rivière qui n'est ni navigable, ni flottable: cette cour
n'admettait l'alluvion qu'autant que la rivière, le long de laquelle
se formaient les relais, était navigable, d'après l'avis de Barthol.
en son traité de alluvion. n.° 1.

art. 557.

Le code a adopté ici les ppes du droit romain consignés
dans la loi 7, §. 1, ff. de acq. rer. dom., dans le §. 20, instit.
de rer. divis. & dans la loi 1ère, cod. de alluvion; quoiqu'on s'en
fût écarté dans presque tous les trib. de france; en effet, on y
jugeait, en exécution des lettres-patentes de françois Ier, de
l'année 1539, & de la déclaration de charles IX, du 7 juillet
1572, que les îles, islots, atterissemens, &a formés sur les
rivières navigables, dans toute l'étendue du royaume, appartenaient
au roi: quant aux fonds de cette nature qui se trouvaient dans
la main des particuliers, qui justifieraient de leur possession
avant l'ordce de 1566, deux déclarations, l'une du mois d'avril
1668, & l'autre aussi du mois d'avril 1683, confirmèrent ces
particuliers dans leur possession, à la charge par eux de payer
au roi le 20me denier du revenu de ces isles; & faute par eux
de justifier cette possession, il fut ordonné que ces fonds seraient
réunis au domaine, ce qui était diamétralement en oppoon
avec la loi 3, cod. de alluvion.

Tel était le droit commun de la france, en vertu des édits
dont nous venons de parler; mais comme cette décision était
évidemment contraire aux dispoons du droit romain qui était
scrupuleusement suivi dans le ressort du parl. de toulouse
il s'éleva beaucoup de réclamations dans la province de
languedoc, de la part des propriétaires riverains sur les rivières
de garonne, de l'aude & du rhône; & ces réclamations furent
accueillies par l'édit du mois de 7bre 1697: cet édit porte
que les taxes faites en exécution des lois précédentes, ne pourraient
nuire, ni préjudicier à la dispoon du droit écrit, & aux usages
de la province de languedoc, ni aux titres de propriété des
particuliers qui jouissent desdits biens & droits qui demeureront
en leur force & vertu.

Dès ce moment, le Droit Romain sur cette question reprit tout son empire, & notre article en a adopté les dispositions.

art. 358.

cette disposition est conforme à la Doctrine de Laglose sur la Loi 12, ff. De acq. rerum dom. & cela doit avoir lieu, quoique les Lacs ou les étangs séchent ou augmentent, suivant les diverses saisons de l'année, Leg. 24, §. 1°, ff. De acq. plur. accend.

art. 359.

la décision renfermée dans cet art. est encore fondée sur le droit Romain qui, en la Loi 30, §. 3, ff. De acq. rer. dom. déclare que le propriétaire de fonds, dont il a été privé par irruption ne perd point la propriété de ce fonds; l'alluvion ou l'accroissement qui se fait insensiblement & peu à peu, est seul capable d'opérer le changement de propriété. cette propriété est donc intégralement conservée à celui qui a été dépouillé de ce fonds d'une toute autre manière, & la privation n'est que momentanée, mais le propriétaire dépouillé par irruption n'a qu'une année pour former son action en réclamation, & après ce délai, il n'y est plus recevable, à moins que le propriétaire du champ auquel la partie de terrain enlevé a été unie, n'eût par encore prescription de celle-ci: l'exception prise du delay d'une année ne peut donc être utilement opposée par le propriétaire du fol, auquel la partie enlevée a été unie, qu'autant qu'il a lui-même prescription de cette partie de terrein détaché, & ce n'est que dans ce cas seulement qu'il pourroit s'opposer avec succès à la réclamation de l'ancien possesseur de ce terrein.

art. 360.

la Loi 7, §. 3, ff. De acq. rer. dom. & le §. 22 aux instit. De rerum Div. avoient tout autrement prononcé sur la propriété des Islets nés dans une rivière navigable. Ces divers Exception du droit R. en avoient disposé de telle manière, que si l'isle étoit placée au milieu du lit, elle appartenoit par égales portions aux propriétaires des deux rives opposées, en égard à la largeur du front de leurs champs placés sur les rives, pro modo latitudinis cujusque agri, extenduntur ad ripam, pro modo latitudinis cujusque agri, extenduntur ad ripam, pro modo latitudinis cujusque agri, extenduntur ad ripam

Elles naissaient plus près d'une rive que de l'autre, l'isle appartenait toute entière aux propriétaires des fonds placés sur la rive qui en était le plus rapprochée.

il n'en est point de même aujourd'hui, & sous prétexte que le lit d'une rivière navigable ou flottable, fait partie du domaine national, on a cru devoir décider que tout ce qui se formait dans son sein, devait aussi en faire partie; par là le code s'est éloigné de l'opinion des auteurs qui avaient pensé que le lit d'une rivière, même navigable, ayant été formé aux dépens des fonds qui le longent, les isles devaient appartenir aux propriétaire de ces mêmes fonds; mais en décidant la question, comme l'a fait le code, il a réservé les droits résultans des titres particuliers, & les avantages attachés à la possession trentenaire qui fait supposer le titre.

art. 561.

ici le code revient aux ppes du droit romain, en attribuant la propriété des isles formées dans une rivière non-navigable ni flottable, aux propriétaires riverains du côté où elles se sont formées.

art. 562.

Voici une exception au ppe général, d'après lequel une isle formée dans le lit d'une rivière navigable, est une propriété nationale, le cas qui y est prévu, est décidé de la même manière que celui qui fait la matière de l'art. 559: l'ancien propriétaire conserve sur cette isle tous les attributs de la propriété, comme les conserve celui à qui le fonds a été enlevé par irruption, & c'est encore conforme au droit romain.

art. 563.

un abus qui s'était introduit dans la majeure partie de la France, où l'on s'était écarté du droit romain, a, pour ainsi dire, autorisé les auteurs du code à s'éloigner par un ppe d'équité de la décision des lois romaines dans le cas prévu par notre art.

Dans les pays de droit écrit, on jugeait constamment

que le lit abandonné d'une rivière navigable, ou non, appartenait aux propriétaires riverains; on peut voir ladessus Vedel sur Catellan, liv. 3, chap. 40; au contraire dans les pays coutumiers, on adjugeait le lit abandonné par une rivière, au roi, si elle était navigable, & aux seigneurs justiciers si elle ne l'était point. c'est pour réformer cet abus que le code attribue la propriété du lit abandonné, à ceux au préjudice desquels la rivière s'est tracé son nouveau lit; ce qui est véritablement contraire au droit romain: cependant la justice s'accommode parfaitement de cette décision, car il est vraiment juste que celui dont les fonds sont occupés par le nouveau lit de la rivière, en soit dédommagé par la possession de celui qu'elle vient d'abandonner.

art. 564.

il résulte de cet art. qu'on a adopté sur ce point les ppes du droit romain, d'après lesquels on regardait ces animaux comme sauvages, feræ bestiæ, puisque la propriété en est acquise au propriétaire du colombier, de la garenne, ou de l'étang où ils se rendent.

Sect. 2.

Du droit d'accession relativement aux choses mobilières.

art. 565.

Cet art. ne renferme point de décision proprement dite; il se borne à annoncer que le juge, pour prononcer sur le droit d'accession, doit surtout prendre pour guide les ppes de l'équité naturelle, & d'après ce premier apperçu, il semblait surabondant de donner quelques exemples de ce droit, & même de les décider.

art. 566 & suiv. jusques & compris l'art. 577.

Ces divers art. que nous avons tous réunis, parce qu'ils ne sont que des exemples du droit d'accession, qui étaient pourtant faits pour recevoir des décisions différentes, se réduisent à peu près à ceux-ci; ou l'accession provient du mélange de diverses choses mobilières, qui n'appartiennent pas au même maître, fait à l'insçu de l'un d'eux, mais de bonne foi; ou elle provient de l'ouvrage fait de bonne foi avec une matière appartenant à autrui, sans le consentement de ce dernier,

Dans le 1er cas, c'est-à-dire, celui du mélange, on distingue ou les matières peuvent être séparées sans perte, ou elles ne le peuvent pas: si elles peuvent l'être, la séparation doit en être faite à frais communs, lorsque le mélange a été fait fortuitement, & aux frais de l'auteur du mélange, s'il l'a fait, voulant bien le faire, quoique de bonne foi.

Si, au contraire, les matières ne peuvent pas être séparées, on distingue encore, ou les mises sont à-peu-près égales, ou il y a une grande différence entre les mises; si elles sont à-peu-près égales, la chose demeure commune, si la différence est grande, les choses mêlées appartiennent en entier à celui qui en a la plus grande portion, soit à raison de la qualité, soit à raison de la quantité; mais, comme nul ne doit s'enrichir de la perte d'autrui, celui à qui la chose reste entière, doit indemniser l'autre de la valeur de sa portion.

Dans le second cas, c'est-à-dire, lorsque l'accession procède de l'ouvrage fait de bonne foi, avec une matière appartenant à autrui, & à l'insçu du propriétaire de la matière, ce dernier peut exiger l'ouvrage, en payant à l'ouvrier sa main d'œuvre, & s'il déclare ne point vouloir de la chose, l'ouvrier est autorisé à la conserver, en payant au propriétaire la valeur de la matière qu'il a employée à la confection de son ouvrage.

Au reste, ces diverses décisions ne peuvent avoir lieu que lorsque l'ouvrier a été de bonne foi dans ses opérations, car s'il était prouvé qu'il savait déjà que la matière ne lui appartenait point, il n'en serait point quitte, en payant la valeur de la matière par lui employée, il devrait encore être condamné envers le propriétaire, à des dommages-intérêts, parce que nul ne doit être privé de sa chose, sans son consentement, ou il doit en être dédommagé entièrement.

tit. 3.

De l'usufruit, de l'usage & de l'habitation.

chap. 1er

De l'usufruit.

art. 578 —

Cette définition est calquée sur celle qu'en avait donné l'empereur justinien, dans ses institutes, & que l'on trouve aussi

Dans la loi 1ère ff. De usuf. il en résulte que celui à qui l'usufruit est conféré, jouissant à la perception des fruits, un droit aussi plein & aussi abondant que le propriétaire: c'est dans ce sens qu'il faut entendre ces mots de notre art: comme le propriétaire lui-même, car si on prétendait que l'usufruitier doit en tout être comparé au propriétaire, on donnerait à l'usufruitier une extension dont il n'est pas susceptible; il s'ensuivrait qu'il aurait, comme le propriétaire, le droit de changer la forme de l'objet soumis à l'usufruit, tandis que cette faculté lui est refusée.

Il n'est personne qui ne sente l'extrême différence qui règne sur ce point, entre le propriétaire & l'usufruitier, celui-ci est obligé de conserver la substance de la chose, celui-là au contraire peut la dénaturer: le 1er peut abuser, dans le sens que nous l'avons déjà expliqué, l'autre au contraire ne peut que jouir, & la jouissance est toute autre chose que l'abus dans le sens de la loi.

art. 579, 580 & 581.

à Proprement parler, ces trois art. ne sont qu'une suite des dispositions que l'on trouve dans plusieurs lois, sous le tit. De usuf. soit dans le ff, soit dans le code, il nous suffit de vous l'indiquer pour vous mettre à portée d'en juger, mais aucun d'eux n'est susceptible d'une application particulière.

Sect. 1.

Des Droits de l'usufruitier.

art. 582, 583 & 584.

nous avons déjà fait connaître, en expliquant l'art. 547 du Code, ce que sont ces diverses espèces de fruits, il serait par conséquent inutile d'y revenir.

art. 585.

avant le code, qui a introduit une marche bien simple, sur ce qui fait la matière de notre art. on distinguait entre l'usufruit acquis à titre onéreux, & celui qui l'était à titre gratuit. dans le premier cas, les fruits des immeubles se partageaient entre le propriétaire & les héritiers de l'usufruitier, proportion du tems de jouissance qui s'était passé dans le courant de l'année.

Du Décès, à compter Du 1er janvier; Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque l'usufruit était acquis à titre gratuit, les hers De l'usufruitier, n'avaient rien à prétendre sur les fruits non séparés Du sol, le Droit De les percevoir en entier passait sur la tête Du propriétaire; mais, dans tous les cas, les hers de l'usufruitier Etaient admis à réclamer le remboursement Du prix des Semences & Des frais De culture qu'ils avaient exposés. [il n'en est pas de même aujourd'hui, & à compter Du jour où s'est ouvert le droit De l'usufruitier, celui-ci est autorisé à percevoir tous les fruits naturels & industriels pendants, dans ce moment, par les branches, ou par les racines, sans récompense De part, ni d'autre, Des labours & Des semences, comme nous l'avons déjà dit en expliquant l'art. 548 du code, & sans distinguer l'usufruitier, à titre onéreux, De celui qui l'est à titre gratuit.

art. 586.

Le Droit romain en la loi 7, ff. sol. matrim. & en la loi 26, ff. De usuf. avait déjà décidé ces questions comme le fait notre art. La seule Difficulté qui paraissait pouvoir se présenter était relative au prix Des fermages que la loi a rangés dans la classe des fruits civils: ce prix étant représentatif des fruits, il semblait qu'on dût Dire qu'il ne pouvait appartenir à l'usufruitier, ni en tout, ni en partie, qu'autant que les fruits auraient été séparés du sol, pendant le cours de la jouissance; mais on a cru devoir restreindre l'application De la règle générale portée en l'art. précédent, au cas où il s'agit de la perception Des fruits en nature, et non au cas où il ne s'agit que Du prix De ces mêmes fruits.

Hujusmodi fructus de die in diem adeunt et quotidie deberi incipiunt. — Bacquet, ch. 15. n°. 53

art. 587.

il est sensible que les choses qui sont De nature à être anéanties par l'usage qu'on en fait, ne sont pas susceptibles D'un usufruit proprement Dit, puisqu'il est impossible à l'usufruitier D'en conserver la substance. mais pour ne point rendre inutile & sans effet une disposition de ce genre on a pris un tempérament qui concilie tout à la fois

les intérêts du propriétaire, & ceux de l'usufruitier, en prescrivant à celui-ci la nécessité de rendre, à la fin de l'usufruit, en même quantité, qualité & valeur ou leur estimation, les objets dont l'usufruit lui a été légué.

mais comme l'injonction de rendre faite à l'usufruitier, n'est point une certitude que la restitution en sera faite, les trib. pour parer à cet inconvénient, étaient dans l'usage de l'assujétir à fournir une caution sûre et responsable: & s'ils étaient dans l'impossibilité d'en donner, on ordonnait que la somme d'argent sur laquelle portait l'usufruit, serait placée dans les mains d'une personne solvable qui en payerait les intérêts, ou qu'il serait procédé à la vente des autres choses fungibles, & que le prix en provenant serait placé pour les intérêts en être payés au légataire, pendant la durée de l'usufruit telle est la jurisp. de tous les parl. comme on le voit dans Guy pape, quest. 250, dans papon, liv. 14, tit. 2, art. 11, dans mornac, sur la loi 7, ff. de usuf. Earum Rerum quae usu consumuntur.

notre art. ne parle point du bail de caution, relativement à cet objet, mais il ne renferme aucune dispoon qui en dispense l'usufruitier, nous pensons que cette sage précaution doit être conservée; sans cela, le propriétaire courrait souvent grand risque d'être privé d'une propriété qui lui était destinée, & la volonté du testateur ou du donateur serait frustrée; nous le pensons, avec d'autant plus de raison, que l'art. 603 en a une dispoon expresse.

art. 588

on a douté autrefois si l'usufruitier d'une rente viagère pouvait conserver les sommes qu'il avait reçues à ce titre, ou si les héritiers n'étaient point tenus d'en restituer le montant au propriétaire ou à ses héritiers. cette question ne peut aujourd'hui présenter aucune difficulté; mais vous avez à faire une remarque essentielle sur le mot arrérages employé dans cet art. il ne faut pas croire que l'usufruitier puisse, sous prétexte de cette expression, réclamer du débiteur de la rente, ce qui pouvait en être dû

Antérieurement à l'ouverture de l'usufruit: ici ce mot est synonime de ceux année courante. Les échéances précédentes sont la propriété de celui qui possédait la rente, avant la constitution de l'usufruit.

art. 589.

Les meubles meublants, le linge &.a sont des effets susceptibles d'usufruit; mais il n'est pas possible qu'à la fin de cet usufruit, ils se trouvent dans le même état où ils étaient, lorsqu'il a commencé. Leur dépérissement est-il sur le compte de l'usufruitier, ou bien le propriétaire doit-il les reprendre, finito usufructu, dans l'état où ils se trouvent, sans pouvoir réclamer aucune indemnité? notre art, comme le droit romain, décide cette question en faveur de l'usufruitier et rien n'est plus raisonnable, car il serait vrai de dire qu'il n'y aurait point d'usufruit, si celui, à qui ce droit est conféré, était obligé de rendre ces divers objets dans le même état où ils étaient à l'époque où ils furent livrés: delà il suit que l'usufruitier ou ses héritiers ne sont tenus de les restituer, que, dans l'état où ils se trouvent, sans être soumis à aucune indemnité; mais pour cela, il faut que les effets n'aient servi qu'à leur destination naturelle, car s'il était prouvé qu'ils en eussent été détournés, il n'est pas douteux que les représentans de l'usufruitier seraient passibles de dommages-intérêts envers le propriétaire ou ses héritiers.

art. 590.

Quelques auteurs, mais ce n'est pas le plus grand nombre, avaient décidé que les héritiers de l'usufruitier, comme ceux de l'héritier chargé de rendre, dont parlent Catellan, Liv. 2, chap. 38, et le journal du palais de Toulouse, tom. 6, pag. 13, étaient fondés à réclamer la valeur des bois taillis, quoique non exploités par l'usufruitier, à concurrence de la coupe qu'avaient fait les arbres, pendant le cours de la jouissance, comparativement à l'époque, à laquelle on est dans l'usage d'en faire l'exploitation dans le pays.

mais la jurisp. des arrêts s'était éloignée de cette opinion, témoin l'arrêt rapporté par Mornac sur la loi 13, ff. quib. mod. usuf. amitt. dont je vous ai parlé dans l'explication de l'art. 521 du code. aussi notre art. consacre cette jurisp. en déclarant qu'il n'est dû aucune indemnité, ni à l'usufruitier, ni à ses hers, pour les coupes ordinaires qu'il n'aurait pas voulu faire

pendant sa jouissance. cependant tout en lui accordant la faculté de couper les bois taillis, la loi assujettit l'usufruitier à l'obligation de se conformer à l'aménagement & à l'usage constant des propriétaires, de telle manière que, s'il s'en écartait il courrait risque d'encourir la déchéance de l'usufruit, par argument pris de la loi 30, ff. ad s.c. trebellian. qui est dans le cas de l'héritier chargé de rendre, & qui dégrade les bois en fidéicommissaire.

art. 591.

Ce qui prouve la vérité du principe dont je vous ai déjà parlé, savoir que les grands arbres font partie du fonds, & que, comme tels, ils ne sont point à la disposition de l'usufruitier, c'est que le code donne à celui-ci le droit d'y toucher, qui autant que les anciens propriétaires les ont mis en coupe réglée: ils sont d'ailleurs traités à l'égal des bois taillis, & vous savez que ceux-ci sont un fruit qui est permis à l'usufruitier de prendre, en se conformant aux dispositions de l'art. précédent. on peut voir Basnage, Lebrun, de la communauté liv. 1er, chap. 5, sect. 4, n°. 4, la doctrine a été adoptée par le code, quoique ce ne fut point celle de tous les auteurs sur cette question.

art. 592.

notre art. décide ici, conformément au droit romain, en la loi 13 §. 1, ff. de usuf. et pour la négative, la question savoir si l'usufruitier a le droit d'enlever & de brûler pour son compte les gros arbres morts et ceux de la même qualité qui sont arrachés ou brisés par accident, ces arbres appartiennent au propriétaire du fonds, & il est à lui de les faire enlever à ses dépens, sauf que l'usufruitier soit tenu de les faire remplacer, leg. 39 ff. eod., mais il peut s'en servir pour réparer la chose soumise à l'usufruit, leg. 12, ibid. il peut même en prendre pour le même usage parmi ceux qui sont sur pied, pourvu qu'avant de toucher à ceux-ci il prenne la précaution d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire.

art. 593.

cet art. est, à proprement parler, la traduction de la loi 70, ff. de usuf. qui renferme la même décision.

art. 594.

Comme cette qualité d'arbres peut être facilement remplacée et que ce remplacement est à la charge de l'usufruitier, il est

Art. a prononcé chez Le vent de ces arbres brisés, morts ou arrachés dans la faute de l'usufruitier, tout autrement que ceux des autres arbres de toute autre qualité: il a adjugé les premiers à l'usufruitier, à la charge du remplacement, & il a adjugé les autres aux propriétaires du fond, comme nous l'avons vû dans l'art. 592.

art. 595.

La Loi 67, ff. de usuf. s'exprime en ces termes, cui usufructus Legatus est, etiam invito hærede, cum extraneo vendere potest. La Loi 12, §. 2, du même tit. tient le même langage, qui locat, utitur, et qui vendit, utitur. mais vous devez faire attention que la vente, ou la cession de l'usufruit ne change aucunement la condition de propriétaire; il en est, pour ce qui le concerne, tout de même que si l'usufruitier n'eût traité avec personne. c'est à la mort de ce dernier que l'usufruit doit prendre fin, et non le décès du cessionnaire ou de l'acheteur; & sauf la modification portée en notre art. pour le cas particulier qui y est prévu. (429 & 430)

art. 596.

La raison de cette décision est écrite dans la Loi 4, ff. de jur. dotium. & dans la Loi 9, §. 4, ff. de usuf. elle est prise de ce que l'accroissement par alluvion ne compose qu'un même corps avec l'ancien continent.

art. 597.

L'usufruitier a non seulement le droit de jouir des servitudes acquises au fonds sur lequel porte l'usufruit, mais encore il a qualité pour réclamer celles qu'on lui refuserait, quoique dues; on peut voir là-dessus la Loi 1, ff. si usuf. petat.

art. 598.

Le droit romain ne distinguait point, comme le fait notre art. les mines & carrières ouvertes, de celles qui ne le sont point encore à l'époque de l'ouverture de l'usufruit, pour adjuger les premières à l'usufruitier, & pour lui refuser les autres: il les lui accordait toutes. lorsqu'on examine cette question de bien près, il semble qu'on trouverait de la dureté

des droits sur aucune : nous ne contestons point que le marbre, la pierre, le plâtre ne soient des fruits, & que sous ce rapport on ait pû croire que l'usufruit devait s'étendre sur ces objets mais lorsqu'on réfléchit que ce ne sont point des fruits renaissans, qui en les exploitant, on les anéantit, & que la propriété en est dénaturée, on est tenté de penser qu'il aurait fallu les lui refuser toutes.

Quoi qu'il en soit, les auteurs du code en ont pensé autrement, & sans doute, ils ont eu de bonnes raisons pour le faire : quant au trésor qui pourrait être découvert pendant le cours de l'usufruit, il était bien naturel que l'usufruitier n'y eût aucun droit, puisque le testateur, ou autre qui a conféré l'usufruit, n'a pas pû l'avoir en vüe. aussi le droit romain l'avait-il décidé de même dans la loi 7, §. 12, ff. solut. matrim.

art. 599.

alteri per alterum, dit un adage romain, iniqua conditio inferri non potest : cet adage reçoit son application à la première partie de cet article, & quoique, suivant le droit commun, chacun puisse disposer de sa propriété en la forme qu'il le juge à propos, il en est néanmoins autrement, lorsque cette propriété est soumise à la servitude de l'usufruit en faveur d'un autre personne, c'est là une des modifications de l'exercice d'une propriété pleine & entière. Les lois ont à peu près déterminé l'étendue des droits attachés à la qualité d'usufruitier ; si celui-ci en dépasse les bornes, il tombe dans la contravention, & il doit en être puni il faut en dire autant du propriétaire, à qui il est aussi défendu de porter atteinte à l'exercice des droits de l'usufruit : tel est le principe général, d'après lequel doivent être décidées les contestations qui peuvent s'élever entre le propriétaire & l'usufruitier, sans qu'il soit possible d'indiquer les divers cas qui peuvent y donner lieu.

La seconde partie de ce même article interdit à l'usufruitier ou à ses hers, toute réclamation au remboursement du montant des améliorations, qu'il pourrait avoir faites, encore que la chose

soumise à l'usufruit, en eût reçu un accroissement de valeur. En quoi le droit français s'accorde parfaitement avec le droit romain qui avait décidé la question de la même manière dans la loi 15, ff. de usuf. & quem. admod. Comme rien n'oblige l'usufruitier à faire ces améliorations, même celles qui sont d'utilité, à plus forte raison, celles de pur agrément, on a toujours cru, à pareille raison, que la jouissance devait lui tenir lieu d'indemnité.

mais, si l'usufruitier ne peut exiger aucune indemnité, rien n'empêche qu'il ne puisse enlever tout ce qu'il aura apporté dans l'héritage soumis à l'usufruit, & même détruire ce qu'il y aurait construit pour son usage, ou son agrément. il lui suffit de rétablir les choses dans l'état où elles étaient à l'ouverture de l'usufruit, pour que le propriétaire n'ait aucun prétexte de se plaindre: telle est encore la décision de la loi 15 que nous venons de citer.

Sect. 2. -.

Des obligations de l'usufruitier.

art. 600.

Les deux romains qui ont décidé une si grand nombre de questions, en matière d'usufruit, n'ont parlé nulle part de la nécessité de faire inventaire, pour en imposer l'obligation à l'usufruitier: cette précaution a été introduite par le droit français et elle se trouve consacrée par notre art: de lui même résulter de sa contexture que le propriétaire peut s'opposer à ce que l'usufruitier entre en jouissance, jusqu'à ce qu'il ait satisfait à cette obligation.

on demande, à ce propos, s'il peut être déchargé? nous pensons qu'il peut l'être, par cette raison que le testateur qui a ajouté cette clause à sa libéralité, ayant pu faire plus puisqu'il était le maître de disposer de la propriété en faveur de celui qu'il a gratifié de l'usufruit, a pu faire moins, en se déchargeant d'une obligation qui lui procure bien moins d'avantages qu'il n'en aurait trouvé dans la propriété.

inutilement voudrait-on, pour soutenir l'opinion contraire,

opinion consacrée par un arrêt de la cour impériale de Bruxelles du 20 juin 1811. =

Argumenter du cas où s'agissant d'une institution héréditaire on regarde comme non-écrite la clause par laquelle le testateur prohibe à son héritier toute faction d'inventaire : ce dernier cas ne saurait être comparé à celui dont il s'agit dans la question proposée, il n'en est rien de plus facile que de saisir la différence qui il y a de l'un à l'autre.

Il ne dépend point d'un testateur d'enlever à ses créanciers une partie des biens qui doivent servir à leur payement : ce pourrait néanmoins arriver, si jouissant de la prohibition de faire inventaire, l'héritier était le maître de détourner une partie de ces biens : le testateur ne peut par non plus rendre pire la condition de son héritier, & cependant cela ne manquerait pas d'arriver, si, faute par lui de faire un inventaire, ses créanciers s'en prenaient à lui personnellement et à ses propres biens, pour obtenir le payement de leur dû : il faut donc regarder cette prohibition comme non écrite dans l'intérêt des créanciers du défunt, & dans celui de son héritier.

mais il n'en est pas de même dans l'intérêt des légataires et des fidéicommissaires : vis-à-vis d'eux la prohibition de faire inventaire doit recevoir son exécution, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent point exciper du défaut d'inventaire, pour soutenir qu'il y a dans la succession plus d'effets que ceux déclarés par l'héritier : pourquoi ? parce qu'ils tiennent tout de la libéralité du testateur, & qu'ils sont par conséquent non-recevables à quereller sa volonté.

Aussi Castellan, liv. 2, chap. 43, fait-il mention d'un arrêt rendu au mois de février 1672, qui jugea que le testateur pouvait décharger le légataire de l'universel de tous les biens, de l'obligation de faire inventaire : il est donc certain que l'universel peut être dispensé d'en faire, quoique des auteurs modernes en aient pensé autrement dans le commentaire qu'ils ont fait de notre article.

art. 604.

tel est donc le droit commun de l'empire que tous les universels sont soumis à fournir caution qu'ils conserveront dans leur jouissance en bons pères de famille ; mais il est très certain

aussi qu'ils peuvent en être dispensés par le testateur, & la décision que renferme notre art. à cet égard, fait cesser sur ce point plusieurs difficultés qui avaient partagé les auteurs.

on demande si les père & mère y sont assujettis comme les autres: il faut distinguer: ou l'usufruit leur est acquis en vertu de la loi, ou il leur est conféré par dispoon: dans le premier cas, il n'est pas douteux qu'ils en sont affranchis; le texte de l'art. y est formel. au contraire, dans le second cas, ils y demeurent assujettis, & cette décision ne nous paraît susceptible d'aucun doute, quoiqu'en aient dit les auteurs des pandectes françaises qui ont embrassé l'opinion contraire.

pour s'en convaincre, il suffit de remarquer qu'en énonçant l'exception prononcée en faveur des père & mère, les auteurs du code ont qualifié de légal, l'usufruit, à raison duquel ils entendaient les dispenser du bail de caution, & qu'ils ont fait d'ailleurs de ce bail de caution une dispoon générale. de là il suit que tout autre usufruit que celui de la qualité exprimée dans l'article, n'est pas compris dans l'exception, car il est de la nature des exceptions de ne pouvoir pas être étendues au delà des cas pour lesquels elles sont faites: ainsi on doit dire sans difficulté que l'usufruit acquis aux père & mère par dispoon de l'homme, les assujettit au bail de caution: à la vérité, cette décision est contraire aux dispoons du droit romain qui ne fesait sur ce point aucune précision, comme on le voit dans la loi 50, ff. ad s.c. trebell., dans l'intérêt du père, & dans la loi 6, §. 1, ff. de secund. nupt. dans l'intérêt de la mère non remariée; mais on ne doit plus s'arrêter à ce qu'elles avaient ordonné à cet égard, dès que la manière dont notre article est conçu, commande une décision contraire.

il en est de même du cas où l'usufruit aurait été réservé par un vendeur ou ~~un~~ donateur, la présomption devant être qu'ils n'ont pas entendu s'imposer une obligation dont l'exécution pourrait les gêner dans l'exercice du droit réservé.

art. 602 & 603.

Ce qui est décidé ici, est parfaitement conforme à ce qui se pratiquait au parl. de toulouse sur cette question; on peut voir

Ce que en disent Serres, en ses institutes au droit français, sur le §. 2, du tit. de usuf. aux institut. & les auteurs qu'il cite. il n'y a de différence qu'en ce qui aux termes de la justice. l'usufruitier, quoique ne trouvât pas de caution, pourrait garder tout les meubles sous caution juratoire, au lieu que d'après l'art. 603, il ne peut en réclamer qu'une partie; ce que les juges peuvent même refuser suivant les circonstances; mais, en cas de refus de la part du propriétaire de donner cette délivrance, les meubles qui dépérissent par l'usage, doivent être vendus pour les intérêts du prix en provenant être payés à l'usufruitier. -

Art. 604.

En décidant comme il l'a fait, notre art. a mis fin à une controverse qui consistait à savoir, si l'usufruitier pouvait saisir les fruits qu'il percevait avant le bail de caution; il a adopté l'affirmative, & avec raison, car il y en a un texte formel dans le droit, c'est le §. 1 de la loi 10, ff. de usuf. ear. rer. quæ usu consum. La décision que notre art. renferme, doit même avoir lieu dans le cas où le propriétaire aurait empêché l'usufruitier, comme il en a le droit, d'entrer en jouissance, avant d'avoir fourni caution; cela résulte de ces mots, ibidem dont dû du moment où l'usufruit a été ouvert.

art. 605.

Ce qu'on peut faire de mieux pour vous donner l'explication de cet art., c'est de vous renvoyer à la 45me question de mr. Furgole, mon père, sur les donations; vous trouverez là tout ce qu'on peut désirer pour se fixer sur les vrais principes de la matière et sur les difficultés qui ont partagé un grand nombre d'auteurs nous ajouterons seulement que la plus parfaite équité commande la mesure d'après laquelle l'usufruitier est tenu des grosses réparations, qui sont d'ailleurs à la charge du propriétaire lorsque c'est par son fait que ces réparations deviennent nécessaires supposons, par exemple, que l'usufruitier ait négligé les soins qu'il doit prendre du couvert d'une maison, si tecta non habeat, et que une poutre ait pourri une grosse poutre, ce sera à lui à fournir à l'achat d'une autre poutre de même qualité, pour remplacer celle qui a été mise hors de service, parce que c'est par son fait que cette grosse réparation est devenue nécessaire.

Au surplus, vous devez observer que c'est au propriétaire à justifier que la grosse réparation est devenue nécessaire par ~~l'incurie~~ de l'usufruitier. Le vrai moyen de s'en assurer, c'est de faire procéder, avant l'entrée en jouissance de l'usufruitier et contradictoirement avec lui, à la vérification des lieux, et à la dresse d'un rapport qui en constate l'état: cette précaution une fois prise, rien n'est plus aisé que de connaître par la faute de qui la grosse réparation est devenue d'une nécessité indispensable.

art. 606—

Cet art. ne donne lieu à aucune réflexion: il détermine d'une manière précise et claire, ce en quoi consiste ce qu'on appelle grosses réparations, qui il ne peut désormais y avoir lieu à aucune équivoque. au reste, ces dispositions sont puisées dans l'art. 262 de la coutume de paris qui était à peu près le droit commun de la france.

art. 607.

ces dispositions sont prises du droit romain dans la loi 7, §. 2, et 63, ff. de usuf. mais il faut faire attention que ni l'un ni l'autre ne se trouvent dans le cas de l'art. qu'autant que la chose a été détruite, ou est tombée de vétusté, Leg. 5, §. 2, ff. quib. mod. usuf. amitt. car si la chute ou la destruction ne sont que partielles, l'usufruit est conservé, & les réparations ou reconstructions suivant leur diverse nature & qualité, sont pour le compte du propriétaire ou de l'usufruitier, Leg. 53, ff. de usuf.

Art. 608.

tout ce qui est une charge de fruits doit être acquitté par celui qui les perçoit: dans cette classe doivent être rangées les contributions, les rentes foncières, & autres objets dont l'acquit doit être pris sur les fruits. diverses lois répandues sous le tit. de usuf. dans le ff. s'accordent de même: de là il suit nécessairement que si la quotité des contributions devient plus forte, cette augmentation est à la charge de l'usufruitier.

art. 609.

Cet art. suppose qu'il est imposé sur le fonds, dont entière

à l'usufruit, une somme relative à ce même fonds, & qui, sous ce rapport, intéresse le propriétaire, comme par exemple, un taxe destinée à construire ou à réparer un chemin, une église paroissiale dans ce cas, c'est au propriétaire à payer cette taxe, mais l'usufruitier doit lui faire compte des intérêts de cette taxe. de là il suit que si l'usufruitier la paye, il ne lui reste qu'une action en répétition, à la fin de l'usufruit, on le décidait de même avant le code.

art. 610.

Pour bien entendre cet art. il faut connaître la différence qu'il y a entre le légataire universel de l'usufruit, & le légataire à titre universel de ce même usufruit; le premier est celui à qui est conféré le droit de jouir de l'entière succession: le second est celui à qui le testateur a laissé la jouissance d'une partie de ses biens, par forme de quote, comme le tiers, le quart, ou autre quelconque.

Lors donc que le testateur a laissé à quelqu'un une rente viagère ou alimentaire, cette rente doit être acquittée, savoir, dans toute son intégrité, par le légataire universel de l'usufruit et seulement dans la proportion du legs qui lui a été fait par celui à qui il a été légué une quote de ce même usufruit, à titre universel, c'est-à-dire, que s'il est légataire, à ce titre, du quart de l'usufruit, il ne devra payer que le quart de la rente &a. cette décision est encore prise dans le droit Romain, en la loi dernière §. 4, cod. de Bon. quæ liber.

art. 611.

On appelle titre particulier celui qui ne porte que sur un objet spécialement désigné: ainsi, par exemple, le légataire de l'usufruit d'un domaine, qui lui-même fait partie d'une succession, n'est point tenu des dettes pour lesquelles ce domaine est hypothéqué, c'est à l'her à payer ces dettes, sans que l'usufruitier soit tenu d'y contribuer, & si l'her veut les acquitter, il doit le faire avec son propre argent, sans que l'utilité de l'usufruit en soit aucunement Etréchée, c'est la doctrine de Dupérier tom. 1, liv. 2, quest. 9, & de tous les auteurs. nous verrons en son lieu comment doit être entendue l'exception dont parle notre art.

art. 612.

S'il est juste que l'hr paye les dettes du défunt dont il est l'image, il est juste aussi que l'usufruitier universel, ou à titre universel, contribue au payement de ces dettes, puisque l'un & l'autre de ces titres le constituent son représentant, & en quelque sorte, son successeur.

on demande s'il est obligé de prendre sur ses biens propres & personnels, de quoi faire face au payement de ces dettes? — Ce n'est pas ainsi que la loi l'a entendu; si le légataire universel de l'usufruit veut conserver dans toute leur intégrité les biens qui y sont soumis, il est, sans doute, le maître de payer de suo l'entière dette: s'il n'est légataire que d'une quote de l'usufruit, à titre universel, il est aussi le maître d'acquitter de suo la portion dont il est tenu, mais dans l'un & l'autre cas, le propriétaire n'est obligé envers lui qu'à la restitution des sommes qu'il a avancées pour cela, & cette restitution ne doit avoir lieu qu'à l'époque où l'usufruit prend fin.

mais si de son côté, l'usufruitier n'est point tenu de faire cette avance, le propriétaire n'est pas non plus obligé de la faire aux dépens de son propre patrimoine, voilà pourquoi si le propriétaire en fait l'avance, l'usufruitier doit lui payer les intérêts des sommes employées à cet usage: — Cependant comme les dettes doivent être acquittées, & que chacun doit y contribuer dans les cas dont nous parlons, le propriétaire a le droit de faire vendre des biens de la succession à cet effet: que par ce moyen l'usufruitier y contribue par la privation de la jouissance de la portion de biens vendus, & le propriétaire y contribue aussi par le retranchement qui s'opère sur la masse des biens héréditaires. on procédait autrefois de la même manière, comme on le voit dans plusieurs auteurs et notamment dans ferrière sur la quest. 511 de guy papé.

Art. 613.

La raison naturelle s'accorde parfaitement avec cette disposition. Car nul n'est tenu de défendre que ce qui l'intéresse. Voilà pourquoi si le procès roulait sur la propriété du fonds soumis à l'usufruit; ce serait au propriétaire à y défendre. mais comme les intérêts de l'usufruitier seraient compromis dans cette attaque, puisqu'elle pourrait aller jusqu'à le priver de sa jouissance, il serait autorisé à demander être reçu partie intervenante dans l'instance pour surveiller la défense du propriétaire et éviter toute collusion entre celui-ci & le demandeur, auquel cas il serait juste qu'il contribuât aux frais, surtout si la demande portait tout à la fois sur le fonds et sur les fruits.

art. 614.

L'usufruitier est tenu de veiller en bon père de famille, à la conservation de la chose soumise à l'usufruit; de là la conséquence que si la chose périt par sa faute, ou si elle éprouve des dégradations, c'est lui qui en est responsable. Tel est le principe général dont l'application se fait aisément aux diverses hypothèses qui peuvent se présenter, & dont l'énumération nous mènerait trop loin. Pour sa garantie il suffit qu'il dénonce au propriétaire les attentats ou usurpations commises sur les fonds dont il jouit; sans cela il répond des suites de ces attentats, comme s'il les avait commises lui-même.

art. 615 & 616.

C'est une maxime de droit incontestable que la chose périt pour le compte de celui qui en est le propriétaire, res perit domino; mais cette maxime doit être entendue dans ce sens que la chose n'a point péri par le fait de celui qui l'avait en main, quoique appartenant à autrui. de là il suit que si les animaux périssent par la faute de celui qui en a l'usufruit, celui-ci doit en rendre le prix au propriétaire.

mais s'il n'y a point de sa faute, si la perte est arrivée par un de ces événemens supérieurs à la prudence humaine

qu'il n'est pas au pouvoir de personne de prévoir ou d'empêcher, il faut en revenir à la maxime, res perit domino.

on doit cependant se bien fixer sur la manière dont l'usufruit a été constitué : s'il porte sur des animaux spécialement désignés, dans le cas où ces animaux viennent à périr sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est comptable de rien absolument vis-à-vis du propriétaire : si au contraire l'usufruit porte sur un certain nombre d'animaux pris collectivement, comme un troupeau de bêtes à laine, on doit distinguer encore, ou le troupeau périt tout entier, ou il ne périt qu'en partie, mais toujours sans la faute de l'usufruitier. au premier cas, celui-ci n'est obligé de rendre que les cuirs des bêtes qui ont péri, ou d'en payer la valeur; au contraire, dans le second cas, il est tenu de remplacer les bêtes des animaux qui ont péri, mais seulement à concurrence du croît.

que doit-on dire, s'il n'y a point eu de croît dans l'année ou s'il a été tellement modique qu'il ne puisse point suffire au remplacement? la loi 70, §. 4, ff. de usuf. & quemadmod. a prévu la difficulté, & l'a décidée, en assujettissant l'usufruitier au remplacement des bêtes qui ont péri, par le croît de l'année suivante, en sorte que si l'usufruit cesse avant cette époque, il paraît que l'usufruitier ou ses hers sont tenus à les remplacer à leurs frais.

Sect. 3.

Comment l'usufruit prend fin.

art. 617.

Divers cas produisent l'extinction de l'usufruit : le premier est la mort de celui à qui il appartient; le §. 3 au tit. de usuf. aux instit. y est formel. on a vu ce point attaché à la mort civile, le même effet qu'à la mort naturelle; en quoi on a encore suivi les dispositions du droit romain aux instit. loc. citato.

En est-il de même des alimens, ou des pensions viagères qui en tiennent lieu? Richeren son traité de la mort civile, chap. 12, sect. 2, pag. 227, enseigne que les pensions viagères doivent être payées à un condamné à une peine qui emporte mort civile; que l'humanité exige qu'on lui laisse des alimens, d'autant mieux qu'une pension viagère étant personnelle, ne profiterait ni au confiscataire, ni aux héritiers du mort civilement: au reste, l'art. 1982 du code a confirmé cette opinion.

L'usufruit cesse aussi par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé: la raison le commande ainsi; car s'il en était autrement, l'usufruitier qui voudrait porter l'exercice de son droit au delà de ce terme, agirait contre la teneur de son propre titre.

Il cesse encore par la réunion sur une même tête des deux qualités de propriétaire et d'usufruitier. L'usufruit est une servitude personnelle qui est incompatible avec la qualité de propriétaire. Donc que l'usufruitier devient propriétaire, il fait cesser en lui la qualité dont il était revêtu, parce que res sua nemini servit.

Le non-usage est aussi un moyen d'extinction de l'usufruit, mais ce non-usage doit être de 30 ans, en quoi il a été dérogé au droit romain qui n'exigeait d'abord que le laps de deux années, et puis celui de dix, pour produire cet effet: et déjà la jurisp. française avait fait cette dérogation, car on jugeait que tout ce terme était nécessaire pour opérer l'extinction de l'usufruit, le titre produisant une action personnelle dont la durée est de 30 ans.

Enfin, l'usufruit s'éteint par la perte totale de la chose, sur laquelle il est établi, car il n'est pas possible de concevoir l'idée de l'exercice d'une servitude, sur un objet qui n'existe plus.

Au reste toutes les décisions dont nous venons de parler, sont prises dans le §. 3 du tit. de l'usufruit aux institutes.

art. 618.

Cet art. renferme plusieurs dispositions très intéressantes

sans doute, il n'a jamais été dans l'intention des Législateurs que celui à qui la propriété a été léguée, et qui, sous ce rapport, est en présomption d'avoir été plus cher au testateur que celui à qui il n'a été légué que l'usufruit, pût éprouver quelque préjudice dans sa propriété, par le fait de l'usufruitier. Voilà pourquoi si celui-ci ne se comporte point, en bon père de famille, dans l'administraon de la chose soumise à l'usufruit, il peut en être privé. nous en avons un exemple dans la loi 50, ff. ad S.C. trebell. où il est décidé qu'un père chargé de rendre, lors de son décès, une hérédité à son fils, est obligé d'en faire la restitution tout de suite, s'il dégrade les biens dont elle est composée.

observez que notre art. ne prononce point d'hors & déjà la cessation de l'usufruit, comme dans le précédent, il se sert des mots peut cesser, par où il prouve indubitablement, qu'il laisse aux juges la faculté de péser les diverses circonstances qui peuvent s'offrir, & d'après lesquelles ils doivent décider s'il y a, ou s'il n'y a point lieu à déclarer encourue la déchéance de l'usufruit.

cependant comme des tiers peuvent être intéressés à ce que l'usufruitier conserve sa jouissance, les créanciers, par exemple, qui n'ont pour le payement de leur dû, d'autre gage que les fruits de la chose soumise à l'usufruit, la loi a voulu qu'ils pussent intervenir dans les contestations qui peuvent s'élever entre l'usufruitier & le propriétaire; & si dans le cours de ces contestations, ils donnent au propriétaire des garanties qui lui assurent qu'il ne sera porté aucune atteinte à ses droits dans l'avenir, en réparant le dommage présent, il est au pouvoir des juges de maintenir l'usufruitier dans ses jouissances, non-obstant l'abus qu'il peut en avoir fait jusqu'alors.

En un mot, c'est d'après les circonstances que les juges doivent se décider à prononcer la déchéance de l'usufruit d'une manière absolue, ou à ne permettre au propriétaire d'entrer en jouissance des biens qu'à la charge par lui de payer, chaque année, à l'usufruitier une somme déterminée, jusqu'à l'époque à laquelle l'usufruit aurait pris fin. par ce moyen, on concilie les droits des uns & des autres, sans

Blesser ceux de la justice.

art. 619.

Deux lois du ff. qui avaient diversement statué sur la durée de l'usufruit, accordée à un corps dont l'existence est à peu près perpétuelle avait fait naître une différence d'opinions parmi les auteurs; les un prenant pour règle la loi 56, ff. de usuf. voulaient qu'il durât cent ans; les autres se fondant au contraire sur la loi 68, ff. ad l. falcidiam, soutenaient qu'il devait être borné à 30 ans, pour ne pas rendre inutile dans les mains de l'her. institué, les avantages attachés à la propriété: cette dernière opinion a été adoptée par le code, & déja auparavant elle avait obtenu la préférence dans les traités comme on le voit dans domat, en son traité des lois civiles, & dans dunod, dans son traité des prescriptions. &c.

il n'en serait pas de même s'il était fait un legs annuel à quelque corps: ce legs devrait lui être payé pendant tout le cours de son existence, parce que quot annis renascitur legatum: vous devez observer encore que si on léguait l'usufruit d'une chose à une personne et à ses hers, ces derniers mots ne devraient être entendus que du premier her, & non de ceux qui viendraient après lui, comme l'explique Vinnius sur le tit. de usuf. aux institut. Pag. 253.

art. 620.

ceci est pris dans la loi 12, cod. de usuf. qui ne regarde l'âge du tiers, que comme un terme auquel doit finir l'usufruit, terme tout fait indépendant de l'existence réelle de ce tiers, mais il ne faut point confondre ce cas avec celui où l'usufruitier viendrait à mourir lui-même avant le terme auquel devrait se perdre l'usufruit: cette mort en produit l'extinction tout de suite, & les hers de l'usufruitier seraient malfondés à soutenir qu'ils doivent jouir eux-mêmes jusqu'à l'arrivée du terme auquel seul aurait fini l'usufruit, si mors ei non contigisset.

art. 621.

on voit tous les jours des propriétaires disposer de leurs biens, sans que pour cela, il soit porté la moindre atteinte aux droits de ceux qui ont l'usufruit de ces mêmes biens: & tout comme l'usufruit peut transporter sur la tête d'un tiers le droit de jouir de la chose soumise à l'usufruit, sans que le propriétaire puisse s'en plaindre de même le propriétaire peut disposer de la nuë propriété, sans donner ouverture à aucune réclamation de la part de l'usufruitier. usufructus à proprietate separationem recipit. le titre de

propriétaire & celui d'usufruitier sont indépendans l'un de l'autre, et chacun de ceux qui en sont revêtus, peut en exercer les attributs à son gré. voilà pourquoi il faut une renonciation formelle de leur part, pour qu'ils en demeurent privés.

art. 622.

Les dispoons de cet art. sont prises dans le titre du droit romain De his quæ in fraud. credit. elles ont aussi pour base la maxime alteri per alterum iniqua conditio inferri non potest. l'équité les a dictées, car chacun sent combien il serait injuste de faire perdre à un créancier ce qui lui est légitimement dû, par la rénonciation que ferait un usufruitier à un droit que le prêteur a, sans doute, regardé comme le gage du remboursement de la somme qu'il a prêtée.

art. 623 & 624.

nous ne dirons rien sur ces deux art. avec d'autant plus de raison qu'ils ne sont eux-mêmes que le développement de l'un des § qui forment l'art. 617 du code.

chap. 2.

De l'usage & de l'habitation.

art. 625, 626, 627 & 628.

aucun de ces articles n'offre matière à quelque réflexion particulière il suffit de les lire pour les bien entendre, & quant aux dispoons qu'ils renferment, elles sont à l'instar de celles qui concernent les usufruitiers; il suffit donc de vous renvoyer à ce qui en a été dit sur le titre précédent.

nous observerons seulement à titre d'explication du ppe général consigné dans l'art. 628, qu'on avait cru longtems au parl. de toulouse que la femme, à qui son mari ayant des enfans, avait légué l'usufruit de ses biens, devait être regardée comme une simple administreresse et réduite à la prééminence dans la maison maritale. maynard liv. 5, chap. dernier, & catellan, liv. 2, chap. 39, rapportent les arrêts qui avaient consacré cette opinion.

mais la jurisp. a changé depuis, & avec raison, car elle était contraire à la loi 29, ff. de usuf. & aux lois 24 & 37, ff. de usu et usuf. legat. elle l'était aussi à l'authentique hoc locum

Cod. si secund. nupt. mul. il y a encore plus, car c'est par erreur que catellan, Loco citato, avait indiqué l'arrêt du 9 7bre 1627, comme ayant décidé la question de la manière qu'il ~~les~~ rapporte: c'est là un point de fait qui fut vérifié, lors d'un jug.t d'un procès sur lequel il intervint arrêt, le 19 août 1760, en la deuxième chambre des enquêtes, au rapport de m.r David, entre la d.elle patigne & le s.r marcoult son fils; dans ce procès, chacune des parties invoquait à l'appui de son système, l'arrêt du 9 7bre 1627: le fils, sur le témoignage de catellan, la mère sur la fin d'albert, ancienne édition, verb. usufruit, qui rapporte le même arrêt, comme ayant jugé la question d'une manière toute opposée; la chambre voulut connaître la vérité, & il fut reconnu, après la vérification des registres, que cet arrêt avait décidé la question d'une manière favorable à la mère; en conséquence, celui du 19 août 1760, jugea la question de même, & le s.r marcoult perdit son procès. cette question ne peut plus faire aujourd'hui la matière d'un doute.

art. 629 & 630.

Sans doute, il est naturel que le titre serve de base à l'étendue de la dispoon, parce que tout est subordonnée à la volonté de celui qui dispose; mais s'il ne s'en explique point, comment doit-on l'entendre? ce dernier art. déclare que l'usager ne peut prendre des fruits d'un fonds, que ce qui lui en faut pour ses besoins & ceux de sa famille, quand même il n'aurait eu des enfans, qu'à une époque postérieure au titre constitutif de l'usage, en quoi il diffère de l'usufruitier qui est le maître de tous les fruits & qui peut en disposer à son gré.

art. 631.

cet art. est la traduction littérale du §. 1.er du tit. de usuf. et habit. aux instit. ainsi le droit romain & le droit français sont parfaitement d'accord sur ce point.

art. 632.

que doit-on entendre par le mot famille, dont se sert notre art.? l'acception qui lui est communément attachée embrasse non seulement les enfans propres, mais encore le beau-père

la Belle-mère, le gendre, la bru, &c. c'est parce que ce terme a été ainsi entendu, que les lois romaines ont décidé que le légataire du droit d'habitation dans une maison, pouvait y amener avec lui son beau-père, &c. Les lois 4 & 5, ff. de usu & hab. en ont une disposition expresse, & il me paraît que notre art. doit être entendu de la même manière.

art. 633 & 634.

Le premier de ces deux art. n'offre aucune question; mais le second renferme une dérogation formelle aux dispositions du ff, ff, aux instit. de usu & habit. ce ff permettait à ceux qui avaient le droit d'habitation dans une maison, de louer la partie de cette même maison qui lui aurait été nécessaire pour l'exercice de son droit: le code n'a pas cru devoir permettre qu'il en fut ainsi, & avec raison; car cette faculté ne devait appartenir qu'à l'usufruitier dont le titre est plus abondant.

art. 635.

Il y a ici deux hypothèses qu'il faudrait inutile de retracer. La 1ère y est décidée conformément à la juris: mais la décision de la seconde y est opposée. Sans doute, il était à désirer que celui qui percevait tous les fruits d'un fonds, ou qui occupait une maison entière, en payât toutes les charges, mais il n'avait point paru également juste que celui qui ne jouissait que d'une partie des fruits ou n'habitait qu'une partie de la maison, l'usager ou le légataire de l'habitation contribuât au payement des charges, à concurrence de ce dont il jouit; quoiqu'il en soit, la loi l'a décidé ainsi; c'en est assez pour que désormais, la question soit jugée tout autrement qu'elle ne l'était autrefois.

art. 636.

Des réglements particuliers ont pourvu à cet objet, lorsque les titres de partage ne s'en étaient point expliqués: il faut donc recourir aux uns, en défaut des autres.

Tit. 4.

Des Servitudes ou Services fonciers.

art. 637, 638 & 639.

Ces trois art. consacrés à la définition des servitudes réelles, & à nous fixer sur les causes de leur existence, ne fournissent matière à aucune réflexion; ils renferment des ppes généraux qui recevront leurs développemens dans les art. suivans.

Chap. 1er

Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux.

art. 640.

c'est assez improprement qu'on a qualifié de servitude l'assujettissement imposé par la nature au fonds inférieur de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur: cet assujettissement est bien plutôt une condition du fonds; mais comme il ne dépend point du propriétaire du fonds inférieur de détourner les eaux de leur pente naturelle; c'est cette prohibition qu'on peut regarder comme une servitude, & c'est sous ce rapport qu'elle a été envisagée par notre art. [Leg. 1, §§. 1 et 10, ff. de aqu. et aq. pluv.]

art. 641.

Leg. 21, ff. de aqu. et aqu. pluv. arcend.

L'eau qui surgit dans notre héritage, en fait partie, & nous pouvons en disposer à notre gré, comme de l'héritage même. tel est le ppe consacré par la loi 6, cod. de servitut. & aq. & quelque longue que soit la possession dans laquelle se sont maintenus les propriétaires des fonds inférieurs, de recevoir cette eau & de l'utiliser à leur profit, ils ne pourront point s'aider de cette possession pour empêcher le propriétaire du fonds où cette eau surgit, de la détourner, à moins qu'ils n'en aient acquis le droit par titre ou par prescription.

art. 642.

Le ppe établi dans l'art. précédent a ses exceptions, comme vous venez de le voir; s'il existe un titre qui établisse le droit du propriétaire du fonds inférieur, il n'est pas possible de se refuser à son exécution, mais s'il n'en existe point, le haps du tems peut-il le suppléer? il le peut par une possession de 30 ans, mais à cette condition qu'il se sera passé 30 années à compter du moment où les propriétaires des fonds inférieurs auront terminé les ouvrages apparents destinés à faciliter

le cours de l'eau dans leurs propriétés : jusques là, la possession où ils ont pû être de prendre ces eaux, a été incapable de produire une exception en leur faveur, puisqu'ils n'en ont joui qu'à cause de la situation de leurs fonds, & sans qu'ils eussent rien fait eux-mêmes qui pût annoncer le titre qui leur en tînt lieu. on peut voir ce que dit ladessus dunod, en son traité des prescriptions, pag. 88. (pag. 93, 4e éd. paris. 1786)

art. 643.

Vous venez de voir qu'un titre particulier, où la prescription fesaient brèche au droit commun établi par la loi 6, cod. de serv. & aq. notre art. renferme encore une exception à ce même droit : quoiqu'on ne puisse exciper contre le propriétaire du fonds où est la source, ni d'un titre, ni de la prescription : cette exception a pour base le besoin absolu qu'on peut avoir de cette eau, mais ce n'est pas le besoin d'un particulier qu'est fondée cette dérogation ; elle l'est le besoin d'une commune, d'un village, d'un hameau, qui ne peuvent pas se procurer autrement les moyens d'abreuver leurs bestiaux, ou de fournir à leur propre boisson : encore même le propriétaire de la source a-t-il le droit de réclamer une indemnité à raison de la gêne qu'il éprouve dans l'exercice de sa propriété, lorsque les habitans de la commune ou du village, n'ont pas acquis l'usage des eaux par un des moyens indiqués dans les art. précédens.

il est aisé de sentir le motif de cette décision : ce motif est pris dans l'intérêt général qui doit l'emporter sur l'intérêt particulier et en servant l'un, on ne peut pas dire que la loi desserve l'autre, puisqu'il est pourvu par une indemnité à tout ce que le propriétaire de l'eau peut éprouver de désagrément par l'injonction qui lui est faite de ne point s'opposer au cours naturel de l'eau dans la circonstance particulière prévue par notre art.

art. 644.

il paraîtrait naturel de penser, & même dans le cas où l'eau courante appartiendrait au domaine public, qu'il ne fût pas défendu au propriétaire de la dériver, pour l'irrigation de ses fonds, pourvû toutefois que la navigation & la flottaison n'en fussent pas interceptés : néanmoins la disposition de notre art. étant sans distinction, on doit décider qu'il suffit qu'une

Rivière soit navigable ou flottable, pourque la faculté d'en dériver l'eau soit interdite.

art. 645.

ceci n'est qu'une invitation aux juges de pésendans leur sagesse les raisons propres à concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété; tout est donc hypothétique en cette matière, & c'est d'après les circonstances que les juges doivent se décider, en observant néanmoins qu'ils ne doivent jamais s'écarter des réglemens locaux, s'il en existe.

art. 646.

La faculté de procéder au bornage de ses propriétés est imprescriptible c'est-à-dire, qu'on peut l'exercer, quelque long que soit le tems qui s'est passé avant d'en venir à cette opération qui doit être faite à frais communs.

nous avons dans le droit romain, sous la rubrique du code, de termino moto, plusieurs lois qui statuent sur les peines qu'encourt celui qui se permet de déplacer les bornes indicatives de la distinction des héritages. mais ces peines n'ont pas été admises par le droit français: l'assemblée constituante ne s'était occupée de cet objet, que pour le mettre au nombre de ceux dont la connaissance était attribuée aux juges de paix, mais l'assemblée législative rendit un décret, le 8 9bre 1791, qui rangea le déplacement des bornes au nombre des délits, et qui prononça contre celui qui s'en rendrait coupable, la peine d'une amende & d'une détention de quelques mois, outre les dommages-intérêts de la partie. c'est à cela qu'il faut s'en tenir, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné.

art. 647. Crid. la loi du 6 8bre 1791.

Chacun étant le maître de ses biens, peut les administrer comme il le juge à propos; il peut, à son gré, en permettre ou en défendre l'entrée, il n'a à consulter que sa volonté; c'est là un des attributs de la propriété: il existait cependant en france plusieurs coutumes particulières qui en avaient autrement disposé sous divers prétextes. mais le code a fait disparaître toutes ces bigarrures, & désormais tout propriétaire pourra clorre ses héritages, sans que personne ait le droit de s'en plaindre, pourvû qu'ils ne soient point assujettis à

d'exercice de quelque servitude particulière dont l'existence soit connue.

art. 648.

Ducange a définit le parcours ainsi: parcursus est facultas quædam invita pascendi pecudes suas, et eas pascendi in alterius dominio.

Le parcours est le droit que les habitans de la campagne ont de faire paroître par leurs bestiaux divers territoires pour les faire paître.

Ce droit ne peut avoir lieu que dans deux cas: Le premier, quand il est pratiqué par l'usage des lieux, & le second, quand il est autorisé par des titres qui contiennent une convention réciproque entre deux paroisses: hors de ces deux cas, on ne peut point exercer le droit de parcours, parce qu'il est contraire au droit commun qui veut que chaque propriétaire ne puisse faire paître ses bestiaux que sur son héritage qui lui appartient: ce qu'il y a de plus remarquable c'est que les arrêtés rapportés dans le Répert. univ. de jurisp. Verb. Parcours, ont jugé qu'il fallait être habitant de la commune, & qu'il ne suffisait point d'y avoir des propriétés, pour jouir du droit de parcours. quoi qu'il soit de ce droit, comme nous l'avons déjà été contraire au droit commun, nous n'en parlons ici que relativement à la faculté qu'a le propriétaire de clore son héritage: celui qui exerce cette faculté, soustrait au parcours de sa nature le fonds qui y étaient sujets, & comme il doit y avoir de la réciprocité en cette matière, il n'est point juste que celui qui fait cette soustraction conserve toute l'utilité du droit qu'il avait auparavant: voilà pourquoi notre art. déclare que ce droit éprouve une diminution en proportion du terrain que le propriétaire soustrait au parcours par la clôture qu'il en fait faire: la plupart des Coutumes avaient décidé qu'on pouvait avoir autant de Bêtes, qu'on possédait d'arpens de terre sujets au parcours de là cette conséquence que celui qui soustrait au droit de parcours une partie de son fonds, par exemple, dix arpens de sa terre, doit diminuer son troupeau d'autant de têtes de Bétail.

chap. 2.

Des servitudes établies par la loi.

art. 649, 650, 651 & 652.

Ces quatre art. ne fournissent matière à aucune explication ils sont uniquement déclaratifs de ce que le code appelle

Servitudes Légales, indépendantes de toute Convention.

Sect. 1ère

Du mur & de la fossé mitoyens.

art. 653.

L'art. 201 de la coutume de Paris qui, en matière de servitudes, formait le droit commun de la France, excepté dans les lieux qui étaient régis par une coutume particulière, avait décidé la question de la même manière, & le code ne contient sur ce point, rien de nouveau. mais vous devez savoir que le mot héberge, dont cet article se sert dans notre art. est synonime du mot étage, en sorte que si le mur sépare deux maisons, dont l'une est plus élevée que l'autre, la mitoyenneté résultant de son titre, cesse là où se termine l'élévation de la maison la plus basse; le surplus du mur appartient en toute propriété au maître de la maison la plus élevée.

art. 654.

ceci est une exception à l'art. précédent, & l'on y voit l'indication de la forme en laquelle les murs doivent être construits, pour qu'ils soient réputés mitoyens. nous vous ferons connaître dans l'explication, ce que c'est que le parement d'un mur, ainsi que les corbeaux ou filets de pierre, & le chaperon dont la présence détermine la propriété du mur en faveur de celui du côté duquel on marque qu'ils sont placés.

art. 655.

Le droit commun commandait cette décision: chacun des voisins étant associé pour la portion du mur mitoyen, il doit veiller à sa conservation: les uns & les autres sont par conséquent tenus de la reconstruire, ou de le réparer, & d'y contribuer proportionnellement au droit qu'ils exercent sur la chose commune.

art. 656.

On lit dans cet art. deux dispositions; la première est prise dans la cout. de Paris qui avait décidé la chose de la même manière relativement à la faculté d'abandonner le droit résultant de la mitoyenneté, pour se dispenser de contribuer aux réparations d'un mur mitoyen: la seconde n'a d'autre base que les règles du bon sens, qui n'ont jamais permis de penser qu'il soit possible d'abandonner la mitoyenneté d'un mur dont l'existence contribue à la conservation d'une propriété appartenant à celui qui voudrait faire l'abandon de cette mitoyenneté: on ne pourrait dans ce cas l'admettre à l'abandon de la mitoyenneté, qu'autant qu'il abandonnerait

aussi le Batiment soutenu par le mur mitoyen.

art. 657, 658, 659, 660 & 661.

ces cinq art. à quelques exceptions près, sont basés sur les dispositions de la coutume de paris; ils n'exigent point une discussion particulière. vous devez remarquer seulement qu'il y a été dérogé, en ce que la coutume de paris ne permettait de percer le mur mitoyen qu'à concurrence de la moitié de son épaisseur, au lieu que le code permet de prendre cette épaisseur toute entière, quelle qu'elle soit, à l'exception de deux pouces; mais si le voisin veut placer de son côté une poutre dans la même partie du mur, il est le maître de demander la réduction de celle qui y est déja placée, de telle manière que celle-ci ne porte que sur la moitié de l'épaisseur totale du mur.

art. 662.

Cet art. prononce d'une manière générale, la prohibition de rien pratiquer sur un mur mitoyen, sans le consentement du voisin, mais cela doit s'entendre des enfoncemens & autres opérations qui tendraient à en diminuer la solidité, car s'il n'était question que d'opérations auxquelles les murs mitoyens sont destinés comme d'y asseoir des poutres, on n'aurait nul besoin du consentement du voisin pour les y placer.

Si au préjudice de cette prohibition, l'un des voisins se permettait d'y pratiquer des ouvrages de la nature de ceux dont parle notre art., l'autre pourrait s'y opposer, & l'acte extrajudiciaire qu'il ferait à cette occasion, est appellé dénonce de nouvelle oeuvre; ce procédé n'était pas inconnu chez les romains; c'est à eux au contraire que nous en sommes redevables; les lois qui y sont relatives se trouvent rapportées au ff. liv. 39, tit. 1, sous la rubrique de oper. nov. nunciat. il serait superflu d'entrer dans un plus long détail à ce sujet, mais nous devons vous faire observer qu'il ne faut point attendre que la nouvelle oeuvre soit complétée, pour faire la dénonce ou prohibition: elle serait trop retardée pour opérer l'effet de suspendre l'ouvrage: il en serait de même, si sans être complétée, elle était déja très avancée: néanmoins si l'ouvrage était de nature à ne pouvoir point être différé, comme si le mur menaçait d'une ruine très prochaine, la dénonce n'en empêcherait pas la continuation, mais cette continuation ne

formerait aucune fin de non-recevoir contre la réclamation du voisin qui se prétendrait lésé par cette nouvelle œuvre.

art. 663.

il est de l'intérêt de tous les propriétaires d'avoir leurs maisons closes, de telle manière qu'ils puissent en jouir sans avoir à craindre des démêlés qui sont la suite ordinaire d'une communication trop facile; ce procédé parait d'abord contraire à la liberté naturelle, mais il n'est personne qui n'en sente toute l'utilité, surtout dans les villes qui ont une population considérable: c'est ce motif qui avait présidé aux dispoons de presque toutes les coutumes qui non seulement commandaient la clôture des héritages situés dans les villes, mais qui déterminaient encore la forme & la hauteur de cette clôture. ces coutumes varient à l'infini sur ce point: les unes exigeaient que les murs de séparation eussent dix pieds d'élévation, au dessus du rez-de-chaussée, les autres, huit, les autres, neuf &c. c'est à ces réglemens qu'il faut se conformer encore d'après notre art., & ce n'est qu'à leur défaut qu'il faudra donner désormais au mur de séparation la hauteur dont ils parlent: cette hauteur est diversement reglée suivant la plus ou moins forte population.

art. 664 & 665.

Le premier de ces deux art. n'est susceptible d'aucune explicaon: il n'en est point de même du second, notamment de la partie relative à la prescription dont il parle; mais comme nous aurons occasion d'en parler dans quelques autres art. du présent titre, & entr'autres sur les art. 703 & 704, nous n'en dirons rien ici.

art. 666, 667, 668 & 669.

ces quatre articles nous indiquent à quelle marque on peut reconnaître la mitoyenneté ou non mitoyenneté des fossés; ils sont basés sur les ppes qui jusqu'ici avaient constamment régi cette matière on peut voir mornac, sur la loi 7, §. 1, ff. de peric. & comm. rei vend. Galon, sur l'ordce de 1669, tom. 2, pag. 397. Loysel, en ses institutes coutumières, liv. 2, tit. 3, reg. 7, Lalande, sur l'art. 152 de la coutume d'orléans; Coquille, sur la coutume de Nivernais, et beaucoup d'autres.

art. 670.

cet art. est, pour ainsi dire, une copie de ce que nous avons déja appris Loysel & Lalande aux endroits cités, & leur doctrine est fondée sur les dispoons de la loi 19, ff. de comm. divid.

art. 671.

Le code napoléon a voulu conserver les réglemens & usages locaux relatifs à l'objet dont parle notre art. il a présumé que ces réglemens et usages étaient basés diversement, suivant la diversité des sols, & qu'ils étaient le fruit d'une expérience dont la durée avait prouvé l'utilité. il suit de cette dispoon que, dans les lieux où il existe des réglemens, ou des usages, ~~ont reçu aujourd'hui~~ particuliers sur cette matière, ces réglemens ou ces usages ont reçu aujourd'hui le caractère de loi à laquelle on doit se conformer, quoiqu'elle ne soit point uniforme dans tout l'empire. à toulouse, par exemple, il n'y avait ni réglement, ni coutume qui eût statué sur cet objet, tout autrement que ne l'avait fait la loi dernière, ff. fin. reg. dont le parl. de toulouse suivait la décision; mais le code napoléon y a dérogé par notre art., & désormais on devra se conformer à ce qu'il prescrit; il n'y aura plus de distinction basée sur les divers genres d'arbres, comme le fesait la loi précitée; la seule admise sera celle des arbres à haute tige d'avec ceux d'une espèce différente: les premiers devront être placés à deux mètres de la ligne séparative des héritages, & les autres à un demi mètre.

vid. la Cout. de toulouse par Joulages, 4e part. pag. 138-139.

art. 672.

il n'est pas douteux que le droit commun autorise le voisin à demander, que l'arbre planté à une distance moindre que celle prescrite par les réglemens, ou par le code, à défaut de réglement particulier, soit coupé. Mais il en est autrement, lorsque la plantation de l'arbre remonte à plus de 30 ans; le laps de ce tems, sans réclamation de la part du voisin qui s'en prétend incommodé, opère contre lui une fin de non-recevoir contre la demande qu'il en ferait après ce tems. La jurisp. était certaine sur ce point, & le code n'y a point dérogé.

quant aux branches d'arbres qui s'étendent sur le fond voisin, il paraît résulter assez clairement de la contexture de notre art. que le voisin est le maître de contraindre le propriétaire de l'arbre à couper indistinctement toutes ses branches. le droit romain en la loi 1, §. 7. ff. de arb. cod. autorisait la même action, mais elle en bornait l'exercice aux branches élevées de moins de quinze pieds, toutes celles qui se trouvaient placées au dessus ne pouvaient en recevoir aucune atteinte.

enfin, suivant l'usage le plus généralement observé, le propriétaire du fonds voisin peut disposer des fruits qui y tombent, sans être obligé d'attendre, comme l'exigeait le droit Romain, en la loi unique

ff de gland. Leg. le délai de 3 jours pendant lequel le propriétaire de l'arbre pouvait les réclamer : le code, à la vérité, ne décide point cette question, mais il ne dit rien de contraire ;

vous devez remarquer que certains arbres, dont les racines sont rampantes, tels que l'orme & le prunier & autres, vont prendre une partie de la substance qui leur est nécessaire dans les fonds voisins, quoique plantés à la distance requise : dans ce cas, le propriétaire de ce fonds peut lui-même faire l'amputation de ces racines voraces, sans en prévenir le propriétaire de ces arbres, & à plus forte raison, sans en obtenir le consentement.

art. 673.

cet art. ne fournit matière à aucune observation.

Sect. 2.

de la distance & des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions.

art. 674.

notre art. ne renferme aucune dispoon nouvelle ; il s'en remet entièrement aux réglemens & aux usages locaux préexistants. mais s'il n'existe aucun réglement, ni usage local, qu'en doit-il être ? on doit se conformer aux dispoons de la coutume de paris qui, avant le nouvel ordre de choses, formait en cette matière le droit commun de la france, dans tous les lieux où il n'y avait point de coutume particulière. il faudra donc s'en tenir à ce qu'en disent les art. 188 & suivans de la cout. de Paris, jusqu'au 192e inclusivement.

Sect. 3.

Des Vuës sur la propriété de son voisin.

art. 675.

Ce n'est là que l'expression du droit commun qui n'a jamais permis que l'un des co-propriétaires pût rien faire sur la chose commune, sans l'aveu de son consort, & le droit Romain, ainsi que le droit français, étaient parfaitement d'accord sur ce point : on peut voir la loi 40, ff. de serv. urb. prad. & l'art. 197 de la coutume de paris.

art. 676 & 677.

il n'y a entre ces deux art. & la coutume de paris, aux art.

200 & 201, d'autre différence qu'en ce qu'ils suppriment une partie de la hauteur qui était requise par la coutume pour l'emplacement des jours; au lieu de 9 pieds au rez-de-chaussée, il n'en faudra plus désormais que 8, & au lieu de 7 aux étages supérieurs, il n'en faudra plus que 6: vous pouvez voir dans Ferrière, en son comment. de cette coutume, les diverses questions qu'il y traite, & qu'il serait superflu de rapporter ici.

art. 678, 679 & 680.

C'est encore dans la cout. de paris, art. 202, qu'ont été prises ces dispoons; elles renferment des réglemens, à l'exécution desquels on devra se conformer dans toute l'étendue de l'empire.

Sect. 4.

Des Egouts des toits.

art. 681.

Notre art. consacre la maxime, Prædia censentur libera, nisi probetur servitus. voilà pourquoi nul ne peut, aux termes du droit commun, diriger les eaux de son toit, de telle manière qu'elles soient portées sur le fonds du voisin: mais il est des pays où les eaux sont si rares, qu'on prend les plus grandes précautions pour ramasser celle qui tombe du ciel, & dans ces pays, loin d'être regardée comme une servitude passive, la faculté de les réunir sur son fonds, doit être envisagée comme une servitude active, que les Romains appellaient jus stillicidii non avertendi, & elle s'acquiert par convention, ou par le laps de 30 années consécutives.

Sect. 5.

Du droit de passage.

art. 682.

La raison naturelle a présidé à la rédaction de cet art., voilà pourquoi les auteurs n'avaient pas attendu cette époque, pour enseigner cette doctrine. on peut voir ce qu'en disent le président Bohier, en la quest. 322, liv. 14, tit. 1er des servitudes, art. 3, et maynard, liv. 4, chap. 59.

art. 683, 684 & 685.

dans ces trois arts, ainsi que dans le précédent, il s'agit d'une servitude nécessaire, à cause de l'impossibilité où un propriétaire

se trouve d'aboutir à ses possessions, sans passer sur celles de ses voisins : on a dû d'abord décider que le passage ne pouvait pas être refusé, & puis, déterminer dans quelle partie de ce fond la servitude devait être exercée. c'est ce qu'ont fait les art. 683, Et 684, en déclarant qu'elle devait l'être dans la partie la moins éloignée de la voie publique, avec néanmoins cette restriction que si, en assignant le passage dans cet endroit, le propriétaire éprouvait plus de dommage, qu'en le plaçant ailleurs, celui-ci serait le maître de l'indiquer dans l'endroit le moins onéreux. La jurisp. antérieure à la publication du code, a fourni cette décision comme elle a fourni aussi celle renfermée dans l'art. 685. car, on jugeait qu'en matière de servitude nécessaire, celui qui la devait, était en droit de réclamer une indemnité ; mais que cette indemnité était prescrite par le laps de 30 ans ; il y en a un arrêt dans le journal du palais de toulouse.

Au reste, vous devez remarquer que, en passant sur le fond d'autrui, on exerce un acte de pure familiarité, lorsqu'on a la faculté de passer ailleurs pour son usage, et pour l'exploitation de ses biens, quoiqu'on ne le puisse qu'en fesant un trajet & plus long & moins commode. or, il est de maxime que les actes qui s'exercent, à ce titre, sont incapables de donner lieu à la prescription, quæ sunt meræ familiaritatis non præscribuntur. nous connaissons deux arrêts du parl. de toulouse qui l'ont ainsi décidé ; l'un du 17 août 1775, rendu en la première chambre des Enquêtes, au rapport de mr. Lalo, & l'autre qui le fut sur mes écrits, en la 2me chambre des enquêtes, le 23 août 1783, rapp. mr. de Lasbordes. Par le premier de ces arrêts marguerite expert & jacques son père furent déboutés de leur demande en preuve que depuis un tems immémorial, ils étaient en possession de passer sur un fonds que le Sr. rigaud disait lui appartenir, & cela, par la raison qu'il leur était possible de passer ailleurs, quoique la voie fût plus longue et moins commode. L'espèce du deuxième arrêt, était exactement la même, & le Sr. dardenne fit condamner la prétention du Sr. rouger ; le mérite de ce motif a été consacré par le code, lorsqu'il a déclaré dans un des articles suivans que la servitude de passage était discontinue, & qu'elle ne pouvait être

Etablie que par titres.

chap. 3.

Des Servitudes établies par le fait de l'homme.

Sect. 1re.

Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens.

art. 686.

cet art. ne présente d'autre réflexion à faire, si ce n'est qu'en matière de servitudes, on peut les stipuler telles qu'on le juge à propos, et qu'elles doivent recevoir leur exécution, sauf que les parties puissent s'en défendre: il y a néanmoins deux exceptions: la 1re qu'elles ne soient imposées, ni à la personne, ni en faveur de la personne; ce qui veut dire, assujettir la personne envers une autre abstraction faite de toute possession foncière; et la 2e qu'elles n'aient rien de contraire à l'ordre public, car tout ce qui le blesse est regardé comme non écrit, et n'oblige par conséquent l'art. —

art. 687.

On voit ici la distinction si connue des servitudes urbaines et des servitudes rurales; nous nous en serions fait l'énumération, si nous n'étions à portée d'en prendre connaissance dans l'analyse raisonnée du Code civil sur cet art.; il me suffira de vous y renvoyer pour que ma tâche soit remplie, sauf à ne pouvoir que vous répéter ce qu'a dit le recommandable auteur de cet ouvrage.

art. 688.

La distinction que fait notre art. a toujours été d'un très grand usage, et il était d'autant plus nécessaire de la connaître, qu'elle donnait lieu, dans les pays de droit écrit, à des décisions tout à fait différentes. on jugeait constamment dans ces pays que les servitudes continues étaient acquises par la possession centenaire et qu'il fallait au contraire une possession immémoriale pour acquérir celles qui en appellait discontinues. les auteurs n'étaient pas bien d'accord sur ce qui constituait les unes et les autres. mais l'art. qui nous occupe, a fait disparaître toute incertitude,

BIBLIOTHEQUE TOULOUSE I CAPITOLE ARSENAL

des exemples rendront la chose sensible.

La servitude de passage est-elle continue, ou discontinue? il faut dire qu'elle est discontinue, aussi bien que celle de paccage. Pourquoi? parceque ces servitudes ne s'exercent pas sans interruption, car il n'est pas possible que les bestiaux dépaissent continuellement. il est impossible aussi, dit la loi 14, ff. de servit. qu'on passe sans discontinuité sur le fonds d'autrui; il y a donc de l'interruption dans l'exercice qu'on en fait, & c'est justement cette interruption qui constitue la discontinuité de la servitude.

il n'en est pas de même de cet autre genre de servitude qui ne requiert point le fait actuel de l'homme, & qui, à raison de ce, est appellée continue. La servitude de clarté, par exemple, qu'on appelle en droit, luminum ou celle de prospect, jus prospectus, sont continues. pourquoi? parcequ'il n'y a aucune interruption dans la possession des fenêtres qui servent à prendre le jour, ou à regarder sur le fonds de son voisin: Pourquoi encore? parceque le fait actuel de l'homme n'est point nécessaire pour l'exercice de ces servitudes, les fenêtres qui sont toujours là, en ~~tenant~~ lieu elles-mêmes.

art. 689.

cet art. ne contient, à la vérité que des définitions, mais il est très essentiel de se fixer sur leur essence, car les résultats de chacune d'elles sont bien différens.

Sect. 2.

comment s'établissent les servitudes.

art. 690 & 691.

ces deux art. rapprochés l'un de l'autre, prouvent invinciblement combien il est nécessaire d'être bien fixés sur la différence qu'il y a entre les servitudes continues, & les servitudes discontinues, entre les servitudes continues apparentes, et les servitudes continues non-apparentes: notre code a réduit à des termes bien simples la décision d'une infinité de questions que fesait naître la diversité de la jurisp. en matière de servitudes. celle des pays coutumiers fondée sur l'art. 186 de la coutume de paris n'admettait les servitudes qu'autant qu'elles étaient établies par titre; la possession, quelque longue qu'elle eût été, ne pouvait pas le suppléer: celle des pays de droit écrit admettait au contraire l'adeption des servitudes continues sans titre, & par le seul fait de la possession trentenaire.

Tout sera désormais uniforme sur ce point dans l'étendue de l'empire, & pour juger si la prescription trentenaire sera bien ou mal invoquée, il suffira de connaître l'espèce de servitude sur laquelle il y aura à prononcer. Si elle est de la nature de celles qu'on appelle continues, d'après la définition que la loi en a donnée, ~~[illegible]~~ pourvu d'ailleurs qu'elle soit apparente, point de doute qu'elle ne puisse être acquise par le laps de 30 ans. Si au contraire, la servitude est discontinue, apparente ou non apparente, ou bien, si elle est continue, même non apparente, elle ne pourra être établie que par titres, aucun genre de possession, même celle appellée immémoriale, n'est capable d'en procurer l'établissement.

Cependant, comme il y avait dans l'empire beaucoup de pays, dans lesquels les servitudes continues non-apparentes, ainsi que les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes, se prescrivaient par une possession immémoriale, la loi qui n'a entendu dépouiller personne des droits qui lui étaient déjà acquis, a voulu conserver ceux que la possession avait déjà procurés; mais pour profiter du bénéfice de cette exception, il faudrait établir que la possession requise aux termes des anciennes lois, était complette au moment de la publication de la partie du code napoléon relative aux servitudes, c'est-à-dire, au 20 pluviose an 12: car le tems qui se serait écoulé depuis cette époque ne pourrait pas être utilement compté pour le complément de la prescription.

art. 692, 693 & 694.

ces trois art. réunis déterminent ce que c'est que la destination du père de famille; dans quel cas il peut y avoir lieu, & comment la preuve peut en être faite. d'abord, il est sensible que la destination du père de famille, n'est autre chose que la manière dont il a usé de divers immeubles qu'il avait dans sa main, & qui ont été divisés depuis; mais comment cette propriété & cette possession peuvent-elles être prouvées? faut-il qu'elles le soient par écrit, ou suffit-il d'en rapporter la preuve vocale? ce dernier genre de preuve est suffisant, & c'est justement en cela que le code déroge aux dispositions de l'art. 216 de la coutume de paris qui exigeait que, pour valoir titre, la

destination du père de famille fût par écrit.

cette dérogation devait être la suite nécessaire de l'abrogation des ppes des pays coutumiers, où l'on décidait constamment que nulle servitude ne pouvait être établie sans titre; le code ayant décidé depuis, que dans toute l'étendue de l'empire, les servitudes continues & apparentes pouvaient être acquises par le laps de 30 années, il fallait bien que la destination du père de famille valut titre, quoiqu'elle ne fût point écrite: ainsi l'on doit aujourd'hui tenir pour constant que si le maître de deux héritages met l'un des deux hors de ses mains, sans réserver formellement la servitude à laquelle il avait soumis l'un de ses héritages envers l'autre, cette servitude sera conservée malgré le défaut de réservation, pourvû qu'elle soit continue & apparente.

un exemple rendra la chose plus sensible: supposons que jean, propriétaire des maisons A & B, ait ouvert une fenêtre de prospect dans un mur de la maison A, joignant, sans milieu la cour de la maison B; supposons encore que jean mette hors de ses mains la maison B, sans réserver pour la maison A, la faculté d'user, comme par le passé, de la fenêtre pratiquée dans le mur de cette maison, jean sera-t-il fondé à soutenir que l'acquéreur de la maison B, ne peut point le forcer à fermer cette fenêtre? il le sera; pourquoi? parce que notre art. décide qu'en matière de servitudes continues & apparentes la destination du père de famille vaut titre, & que la servitude prospect est de cette qualité.

art. 695.

Cet art. est uniquement relatif aux servitudes qui sont de nature à ne pouvoir être acquises que par titres, telles que les continues non apparentes, & les discontinues apparentes ou non apparentes: mais si le titre vient à s'égarer, n'y a-t-il aucun moyen de le suppléer? la loi en indique ici un; mais il ne faut pas croire que ce moyen soit unique, & que nul autre ne puisse en tenir lieu, quoique la manière dont l'art. est conçu semble pouvoir autoriser cette opinion. supposons en effet, que il ait été déjà rendu un jugt portant maintenue en l'exercice de quelque servitude de la nature de celle qui ne s'acquiert que par titres, si ce jugt est souverain, ou s'il est devenu tel

parce qu'il n'en aurait point été appellé dans le délai de droit il est incontestable que ce jugt tiendra lieu de titre, puisqu'il en forme un lui-même. il faut en dire autant, s'il y a eu contradiction Enjugement suivie d'une possession trentenaire. Ce n'est parque la possession seule vaille titre, comme dans les servitudes continues apparentes; mais parce que la contradiction judiciaire suivie de 30 ans de possession, forme le titre récognitif de la servitude.

art. 696.

Sans exiger les lumières de la raison suffisent pour se convaincre de la justice de notre art. il est d'ailleurs textuellement fondé sur les dispositions de la Loi 2, ff. de jurisd. qui est conçue en ces mots, Ait jurisdictio data est, ea quoque concessa videntur sine quibus jurisdictio explicari non potuit.

Sect. 3.

Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est dûe.

art. 697 & 698.

Les lois romaines avaient déjà décidé la question contenue en ces deux art.; de la même manière que l'a fait le code; on peut voir là dessus la loi 20, §. 1, ff. de serv. urb. prad. & la loi 15, ff. de serv. mais il a été dérogé à cette décision renfermée dans la loi 6 §. 2, ff. si serv. vind. en ce qu'elle avait déterminé qu'en matière de servitude comme dans le droit pour la dénomination de servitudes, jus tigni immittendi, c'était au propriétaire du mur, sur lequel on voulait l'exercer, à entretenir ce mur dans un tel Etat qu'il put être employé à l'exercice de cette servitude; Ainsi désormais, celui à qui appartiendra la jouissance de la servitude sera tenu de réparer le mur, & de le mettre en état de supporter la charge, à moins que le titre d'établissement ne porte le contraire.

art. 699.

Le code a rendu commune au propriétaire d'un mur assujetti au droit d'appui, la décision qui il a portée en matière de mur mitoyen, en donnant à celui-ci, comme aux autres la faculté de s'affranchir des réparations à faire par l'abandon

de la chose assujettie, l'équité commandait cette disposon; et c'en était assez pour qu'elle fût ordonnée.

art. 700.

Le propriétaire du fond servant ne doit pas voir sa condition aggravée par un changement de choses auxquelles il est étranger.

art. 701.

La justice & l'équité président également aux disposons de notre art. rien de plus juste en effet que la prohibition de porter atteinte à des droits déja acquis en matière de servitude, & de rien faire qui soit capable d'en diminuer l'usage. mais aussi l'équité commande un adoucissement à cette grande rigueur; si, sans nuire aux intérêts de celui à qui la servitude est due, le propriétaire du fonds servant, trouve quelque avantage à assigner l'exercice de la servitude dans un endroit autre que celui où elle avait été exercée jusqu'alors.

on peut demander ici, comment peut agir celui qui est troublé dans l'exercice d'une servitude qu'il prétend lui être duë. peut-il prendre la voie de la complainte? c'est ce que nous examinerons dans notre explicaon orale. vid. dunod, en son trait. des prescriptions, pag. 289 & 290. (311 et 312 edit. p. 1786)

art. 702.

Ceci n'est que l'expression du droit commun qui a établi une juste réciprocité entre les devoirs auxquels sont respectivement assujettis ceux à qui la servitude est duë, & celui qui la doit; il est juste que celui à qui elle est duë, puisse l'exercer; il est juste aussi qu'il ne puisse point l'aggraver. on en trouve plusieurs exemples dans le droit, & n'y en eut-il point, les simples lumières de la raison suffisent pour s'en convaincre; car nul ne peut être obligé de payer plus qu'il ne doit.

il n'est pas hors de propos d'observer ici qu'on appelle Confessoire l'action par laquelle on demande d'être maintenu dans l'exercice d'une servitude, & qu'on appelle action négatoire, celle par laquelle on s'oppose à l'établissement d'une servitude, ou à l'extension de celle que l'on convient être établie.

on connaît en cette matière une maxime qui est d'un grand usage et qui a établi en ppe que tous les fonds sont libres, à moins qu'il n'y ait preuve du contraire. prædia censentur libera, nisi probetur servitus. de là il résulte que celui qui réclame une servitude doit prouver qu'elle lui est réellement duë, & jusque

là le défendeur est en voie de relaps.

Sect. 4.

Comment les servitudes s'éteignent.

art. 703 & 704.

Il est sensible qu'une servitude cesse, lorsque les choses sont dans un tel état, qu'il n'est plus possible de l'exercer; mais la servitude n'est pas éteinte pour cela, & si les choses sont rétablies dans l'état où elles étoient primitivement, elle revit, pour ainsi dire, & l'on peut en reprendre l'exercice, comme s'il n'eut pas été interrompu mais

mais cela peut-il avoir lieu, même quand il s'est passé 30 ans depuis la cessation de l'exercice de cette servitude, quand une cause étrangère & indépendante de toute volonté, a donné lieu à cette cessation? on peut dire, d'un côté, que le laps de temps ne devant être compté pour rien, lorsque celui à qui la servitude est dûe, n'a pas eu la liberté de l'exercer, on ne peut pas regarder comme ayant couru utilement l'espace de temps dont parle l'art. 707, & qui est requis pour faire présumer l'extinction de la servitude.

De là on peut conclure qu'il faut retrancher du délai qui s'est écoulé, depuis la cessation de l'exercice de la servitude, tout celui pendant le cours duquel il n'a pas été possible de l'exercer; qu'en agir autrement, ce seroit contrarier la maxime *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, & fronder la disposition textuelle de la loi 34, *in fine*, & de la loi 38, ff. de Serv. præd. urb.

D'un autre côté, on peut dire que le retour au droit commun étant très favorable, on doit saisir avec empressement tout ce qui peut y ramener, sur-tout qu'il s'agit d'anéantir des servitudes qui, de leur nature, sont odieuses. Les auteurs du pandectes françoises qui ont senti combien il étoit difficile d'échapper à la contexture de l'art. 704, ont cherché à en tourner le sens, en disant que le mot déjà qu'on y lit, doit être reporté à l'époque où l'exercice de la servitude a été interrompu: mais ils auroient dû s'apercevoir que cette interprétation, loin de décider la question proposée, ne fait autre chose que l'éxacerber, sans la résoudre, car il n'y auroit point à l'agiter, si les 30 années étoient déjà passées, lorsque l'exercice de la servitude a été interrompu.

Aussi mr. Berlier, Conseiller d'état & mr. Albisson ex-tribun, qui ont fait leur rapport sur ce tit. du code, ont-ils proclamé comme une vérité incontestable, que la liberté naturelle des héritages réclamerait contre l'effet du retour au premier état s'il pouvait avoir lieu, après une durée de tems indéfinie, & n'avoir d'autre terme que ce retour. il est donc certain que le code a dérogé sur ce point aux dispoons du droit romain.

Au surplus, il n'est pas permis d'en douter pour peu qu'on reflète sur cette partie de l'art. 665 qui parle du rétablissement des servitudes, à l'égard d'un nouveau mur, ou d'une nouvelle maison car la loi n'en permet le rétablissement qu'autant que la réconstruction se fait avant que la prescription soit acquise. cette dernière disposition prouve avec évidence que le cours de la prescription n'est pas interrompu, quoique les choses fussent dans un état tel que celui à qui la servitude était duë ne put pas en user.

art. 705.

La confusion, qui a pour base la maxime, res sua nemini servit s'oppose à toute idée de conservation d'une servitude sur un objet qui est devenu notre propriété; mais il faut pour cela que la réunion soit totale, car il en serait autrement, si elle n'était que partielle.

art. 706.

ce que nous avons dit sur l'art. 704, nous dispense de toute autre explicaon de notre art., car si le laps de 30 années opère l'extinction de la servitude, lors même qu'il n'a pas dépendu de celui à qui elle était duë, d'en user, à plus forte raison doit-il en être ainsi, lorsqu'il a manifesté une intention contraire par le silence pendant le tems requis par l'art. suivant; au surplus la décision que renferme notre art. était consacrée par tous les trib. soit des pays coutumiers, soit des pays de droit écrit.

art. 707.

notre art. fixe à 30 années le délai requis pour opérer l'extinction de la servitude, mais il détermine diversement l'époque où ces 30 années commencent à courir: s'agit-il d'une servitude discontinue? leur cours commencera du jour où l'on a cessé d'en jouir. s'agit-il au contraire d'une servitude continuë, ces trente années ne commenceront leur cours

que du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude. Ainsi, par exemple, supposons qu'il s'agisse d'une servitude de puisage qui est discontinue; il est clair qu'elle sera éteinte par le non-usage pendant 30 ans, & par ce seul fait que la cessation de la jouissance remonte à plus de 30 années. Supposons au contraire qu'il s'agisse d'une servitude de prospect qui est continue; dans ce cas, eût-on passé 30 ans sans entrer dans la maison à laquelle la servitude est due, ce ne sera point une raison pour soutenir qu'elle est éteinte par le non-usage: il faudrait encore qu'il eût été fait un acte contraire à la servitude, comme une contradiction, une protestation contre son exercice &c.a, & les 30 années ne commenceraient à courir que du jour de cette protestation. telle était la jurisp. des pays de droit écrit.

Art. 708.

Si, pendant le cours de 30 années, on a usé d'une servitude d'après un mode différent de celui de son établissement, sa nature est changée, & le droit de l'exercer reste tel qu'il a été pendant le cours de ces 30 années. ainsi, par exemple, si l'on a le droit d'aller prendre de l'eau dans la fontaine de son voisin avec un charriot chargé de tonneaux, & que pendant 30 ans on ne soit allé en prendre qu'avec une cruche & à pied, celui qui doit la servitude sera fondé à soutenir que désormais elle ne pourra plus être exercée qu'en cette forme, parce que le laps de 30 années aura opéré ce changement dans la servitude. il en est de même si, au lieu d'être diminuée, la servitude a été augmentée pendant le cours de 30 ans, comme, par exemple, dans la même hypothèse, si, au lieu d'aller, conformément au titre, ou à la possession antécédente, prendre de l'eau avec une cruche & à pied, on y est allé avec un charriot & des tonneaux, on aura acquis le droit d'y aller à l'avenir dans cette dernière forme.

art. 709.

cet art. présente le cas où le fonds dominant est la propriété indivise de plusieurs personnes, & il décide que si l'une d'elles exerce son droit sur le fonds servant, cet exercice conserve

aux autres l'utilité de leurs droits, comme si elles avaient elles-mêmes exercé la servitude.

Cette décision est basée sur l'indivisibilité des servitudes, indivisibilité qui s'oppose à ce qu'elles puissent être conservées ou perdues en partie seulement; comme le décide la loi 18 §. 1, de serv. praed. rust.

Dumoulin, qui a fait un traité particulier de dividuo et individuo nous apprend au n°. 269 qu'on qualifie de dividu, ce qui peut être rempli en partie, quando debitum seorsim pro parte praestari vel impleri potest; et qu'on appelle individu, ce qui n'est pas susceptible de division dans son exécution: quando non nisi simul vel in totum, sive semel, sive successive ad impleri potest et un peu plus bas, il cite les servitudes comme choses indivisibles.

De ce ppe suit la conséquence que l'un des co-propriétaires du fonds à qui la servitude est due, se maintenant dans son exercice, cette servitude est maintenue en faveur de tous les co-propriétaires par indivis, quoique ceux-ci n'en aient point usé.

Vous devez néanmoins remarquer que, malgré l'indivisibilité des servitudes, si elles sont divisibles dans leur exécution, le propriétaire du fonds servant peut prescrire la liberté pour cette partie, quoiqu'il ne le puisse point pour l'autre. ainsi par exemple, supposons que le titre constitutif de la servitude me donne le droit de prendre du sable & du plâtre dans le fonds d'autrui, & que pendant plus de 30 ans je n'aie pris que du sable, l'exercice de ~~cette~~ la servitude en cette partie, ne me conservera pas le droit que j'avais primitivement d'y prendre du sable & du plâtre: cela retombe alors dans le cas du mode de la servitude qui, comme elle, est sujette à la loi de la prescription trentenaire.

art. 710.

c'est encore là une conséquence de l'individuité des servitudes et de l'état d'indivision où se trouve le fonds dominant, lorsque quelqu'un des propriétaires n'a pas à redouter le cours de la prescription: nous avons déja établi, dans l'examen de l'art. précédent les résultats de cette individuité, il serait par conséquent inutile d'y revenir, mais vous devez observer que si l'indivision du fonds prenait fin par un partage, il en serait tout autrement; car si après ce partage, il s'était passé 30 ans, pendant lesquels les co-partageans n'auraient point usé de la servitude, la

libération serait acquise au propriétaire du fonds servant, Excepté pour la portion qui serait échue au mineur, attendu que le partage forme de chacun des lots, un fonds séparé auquel la servitude est duë en particulier, & qui demeure aussi séparément exposé à la loi de la prescription, lorsqu'il n'y a point de circonstance particulière qui en suspende, ou qui en empêche le cours.

Fin du Second Livre.

Livre 3.

Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

Dispositions Générales.

art. 711 & 712.

Ces deux articles renferment des propositions générales, dont plusieurs titres insérés dans le 3me Livre du code, ne sont que des Corollaires; en nous occupant de chacun de ces titres, nous rendrions inutile tout ce que nous pourrions en dire ici dans ce moment; voilà pourquoi nous en renvoyons la discussion à l'époque où nous expliquerons ces divers titres.

art. 713 & 714.

L'empereur justinien, dans ses institutes, au tit. de rer. divis. a donné des exemples de la décision renfermée dans le second de ces art.s quant au premier, il n'est qu'une répétition de ce que porte l'art. 539, du code: on peut voir ce que nous en avons dit sur cet art.

art. 715.

On n'a pas cru devoir adopter en france les ppes du droit romain qui

avait fait de la pêche un droit commun à tous les hommes; jus piscandi omnibus commune est, dit le §. 2, inst. de rer. divis. la faculté de pêcher & de chasser a été réglée par des lois particulières qui se trouvent presque toutes réunies dans le comment. de l'ordce de 1669 par gal. sous le nom de lois forestières.

|GALON.|

art. 716.

Le §. 39, instit. de rer. divis. avait statué sur la manière dont il devait, en certains cas, être procédé au partage du trésor, & notre code a adopté la décision portée dans ce §. il n'en était pas de même dans les pays coutumiers, où l'on regardait le trésor comme un droit seigneurial. c'est sous ce prétexte qu'on en fesait le partage par tiers, lorsque l'inventeur n'était pas le propriétaire du fonds dans lequel il avait été trouvé; savoir, un tiers pour l'inventeur, un tiers pour le propriétaire du fonds, & un tiers pour le seigneur. on peut voir ce qu'en dit boutaric, en ses instit. au droit français sur le §. 39 que nous venons de citer.

~~Le mari n'est pas~~ le trésor trouvé dans le fonds dotal, n'appartient pas au mari, quamvis sit dominus dotis. Leg. 44, ff. de acq. rer. dom. Leg. 7, §. 12, sol. matrim.

vid. les mêmes lois à l'égard de l'usufruitier.

Au reste, le droit romain, en la loi 3, §. 11, ff. de jur. fisc. parle de la peine qu'encourt celui qui trouve un trésor dans le fonds d'autrui, & qui le cache. la loi unique, cod. de thesaur. en parle aussi et prive l'inventeur de la portion qu'il y aurait eue. une infinité d'auteurs ont écrit sur cette matière. mais ce qu'ils en ont dit, est à peu près inutile à connaître, dès que nous savons que notre droit actuel est entièrement conforme aux lois romaines. nous devons seulement vous faire remarquer que la loi 3, §. 10, ff. de jur. fisc. adjugeait au fisc la moitié du trésor trouvé dans un lieu sacré ou religieux mais cujas soutient que le §. 39, de rer. divis. aux instit. qui adjuge le tout à l'inventeur, doit être suivi de préférence comme étant postérieur à cette loi.

art. 717.

L'ordce de la marine renferme des dispoons relatives aux divers objets dont parle cet art. & l'on doit s'y conformer, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné. quant aux choses perdues & qui ne sont réclamées par aucun ancien maître, il était assez généralement observé en france, qu'elles devenaient la propriété des seigneurs haut-justiciers, lorsqu'il ne se présentait personne pour les réclamer dans le délai que les coutumes avaient diversement réglé, & après trois proclamations par trois dimanches consécutifs au prône des églises on peut voir là dessus Bacquet, des droits de justice, chap. 2, Catellan, liv. 3, chap. 30, Laroche, des droits seigneuriaux, chap. 25, art. 1er

Et une infinité d'autres auteurs dont l'énumération nous mènerait trop loin.

Tit. 1er

Des Successions

Chap. 1er

De l'ouverture des successions & de la saisine des héritiers.

il paraissait naturel qu'avant de vous donner l'explication de chacun des art. dont ce titre est composé, je vous fisse connaître en quel ordre & comment les successions étaient déférées. Pour remplir cet objet d'une manière satisfesante, il eût été indispensable de mettre sous vos yeux les variations que le droit romain avait éprouvées depuis les premiers temps de la république, jusqu'à l'époque où justinien réunit dans ses nov. 118 & 127 les dispoons qui depuis servirent de régle dans cette importante matière. La possession dans laquelle s'étaient maintenus les pays de droit écrit, de régler les successions d'après les ppes du droit romain, semblait rendre ici cette connaissance absolument nécessaire; mais, comme vous pouvez l'acquérir facilement par la lecture de tout ce qu'en ont dit les auteurs des pandectes françaises, & mr de malléville, dans leurs ouvrages, à la tête de ce titre, il nous suffira de vous indiquer ces sources; vous y trouverez aussi tout ce qu'il faut connaître pour vous fixer sur les bases de l'ordre successif dans les pays coutumiers: comme les coutumes n'étaient point par tout les mêmes, on ne pouvait voir dans leur ensemble qu'une bigarrure bien propre à donner une idée des difficultés qu'elle fesait naître. c'est en réfléchissant sur cette diversité de coutumes qu'on sent tout le prix d'une loi générale dont les sages dispoons ont fixé irrévocablement le mode de succéder dans tout l'empire.

art. 718 & 719.

On cesse de posséder les biens de la terre au moment où l'on cesse de vivre: mais comme ces biens ne cessent point d'exister, par la mort de celui qui les possédait, il faut bien qu'ils passent en d'autres mains, et c'est justement ce passage qui constitue ce qu'on appelle, en droit, succession par mort naturelle.

La mort civile produit le même effet, dès le moment qu'elle a été encourue; nous ne pourrions que tomber dans des répétitions, si nous rappellions ici ce que nous en avons dit dans l'explication du titre de la privation des droits civils par suite des condamnations judiciaires il nous suffira donc de vous y renvoyer.

art. 720, 721 & 722.

nous réunissons ces trois art., parcequ'ils ont tous le même objet, celui de déterminer, par des présomptions, l'époque de divers décès. on trouve dans le ff. plusieurs lois qui ont prononcé sur le sort des successions ouvertes par la mort de plusieurs personnes dans le même accident, entre autres la loi 32, §. 14, ff. de donat. int. vir. ux. la loi 17, §. 7, ff. ad s.c. treb. la loi 26, ff. de mort. caus. donat. la loi 26, ff. de pact. dot. & les lois 8, 9, 16, 17, 18, 22 & 23, ff. de reb. d.

une infinité d'auteurs se sont aussi occupés du même objet, et chacun d'eux rapporte des arrêts qui ont prononcé sur des contestations qui avaient fait naître des événemens de ce genre. de ce nombre maynard, liv. 8, chap. 17 charondas, liv. 10, rép. 61, Bouguier, lett. C, n.° 4, Joëfve, tom. 1, Cent. 4, chap. 98, dupérier, tom. 1, liv. 4, quest. 9, ricard, des dispositions conditionnelles, n.° 564 & suivans. &c. &c.

Vous sentez aisément qu'il n'a pas été possible de prononcer par une loi précise sur les divers cas qui peuvent se présenter en pareille matière; aussi le code a-t-il sagement établi que c'était par les circonstances du fait qu'on devait déterminer la présomption de survie, lorsqu'on était dans l'impuissance de connaître lequel des commourants avait le premier perdu la vie. il ne faut donc pas croire que l'âge soit de quelque considération non plus que la force, lorsque dans le fait, il s'offre des circonstances qui ne permettent pas de douter que le plus fort est décédé avant le plus faible; & ce n'est qu'en défaut de ces circonstances particulières, qu'on peut recourir aux probabilités résultant de l'âge, de la force & du sexe.

art. 723.

On voit ici dans quel ordre doivent être recueillies les successions. la loi appelle d'abord les héritiers légitimes. Et on ne doit qualifier ainsi que les individus auxquels le défunt appartenait par les liens du sang:

Mais il ne faut pas croire que par ce mot, lignes de sang, on puisse entendre les personnes nées hors du mariage ou leurs descendants: ceux-ci sont si peu les héritiers légitimes qu'ils ne sont appellés à recueillir la succession qu'en défaut de ceux à qui est donnée la qualification d'héritiers légitimes: tout ce qu'on peut dire, c'est que les enfans nés hors du mariage, ce qui ne peut s'entendre que de ceux qui ont été légalement reconnus, sont droit à la totalité de son bien, mais dans un cas seulement, celui où le défunt ne laisse point d'héritiers légitimes.

après eux, vient l'époux survivant qui n'est, par cette raison, plus qualifié d'héritier légitime, mais à qui la loi accorde la faculté de recueillir le bien, en défaut d'héritiers légitimes & d'enfans naturels: enfin, l'état a été placé le dernier dans l'ordre des successions, ou le dernier pour recueillir le bien; en quoi les auteurs du code ont suivi l'esprit du droit romain qui, dans la loi 10, ff. de jure fisc. décide que dans le doute, on doit prononcer contre le fisc.

art. 724.

Pour l'intelligence de cet art, vous devez savoir que dans tous les pays de France, soit de droit écrit, soit de coutume, on suivait la maxime, le mort saisit le vif, son héritier plus proche habile à lui succéder. — mais elle n'opérait point partout le même effet: dans les pays de droit écrit, la volonté de l'homme était la suprême loi, quant à la disposition du bien; & on n'en reservait aucune portion aux parents, quelque proches qu'ils fussent, à moins qu'ils ne fussent descendans ou ascendans du testateur; il suivait de là que l'héritier institué était investi de la succession par la seule force de l'institution faite en sa faveur, tout aussi parfaitement que s'il eut été héritier légitime du défunt. par où il se trouvait dispensé de demander à qui que ce fut la délivrance du bien compris dans la disposition.

il en était tout autrement dans les pays de coutume; dans ceux-là la loi investissait les plus proches parents de la succession du défunt, au moment de son décès, & l'héritier institué dans la portion du bien dont il était permis au testateur de disposer, était obligé d'en demander la délivrance aux héritiers naturels; aussi l'héritier institué n'était-il qualifié que de légataire universel.

cette différence n'existe plus aujourd'hui; toutes les parties de

l'empire sont soumises au même procédé; mais on n'a pas cru qu'en appellant les enfans naturels, l'époux survivant & l'état à recueillir les biens du défunt, dans le cas prévu par le code, ces appellés dussent jouir du même avantage que les hêrs légitimes, celui d'être investi de plein droit de la succession, en vertu de la maxime, le mort saisit le vif. Voilà pourquoi ils ont été assujettis à demander en justice l'envoi en possession.

L'obligaõn de remplir cette formalité offre des résultats d'une grande conséquence, car en supposant que ceux, à qui la loi fait un devoir de obtenir l'envoi en possession, vinssent à mourir, sans y avoir satisfait, ils ne transmettraient à leurs hêrs aucun droit sur la succession; au lieu que les hêrs légitimes, à qui cette obligaõn n'est pas imposée, et qui, par cela même, sont saisis de plein droit, la feraient passer à leurs successeurs, même dans le cas où ils auraient ignoré que cette succession leur était dévolue.

chap. 2.

des qualités requises pour succéder —

art. 725.

Lex Civilis eos tantum vocat ad successionem, dit la loi 6, ff. de su. et leg. hæred. qui in rerum naturâ fuerunt, moriente eo de cujus bonis agitur. plusieurs autres lois du même titre renferment la même décision; mais vous devez savoir que la conception opère le même effet que la naissance; en sorte que l'enfant conçu succède, tout aussi parfaitement que s'il était né, leg. 7, ff. eodem. Les auteurs se sont conformés à cette décision, comme on peut en juger, par ce qu'en disent le Raymond Liv. 5, chapt. 37, et plusieurs autres dont la doctrine a été adoptée par le code.

art. 726.

cette dispoõn a pour base le même ppe qui a dicté celle que l'on lit dans l'art. 11 du code; il nous suffira de vous renvoyer à ce que nous avons dit sur cet art.

art. 727.

mr. Furgole, mon père, au tom. 1er, chap. 6, sect. 3, de son traité des testamens, discute amplement la matière de l'indignité, & rapporte les divers cas qui la feraient encourir aux termes du droit romain qui, sur ce point, avait été adopté par tous, ou presque tous les tribunaux de France. dans le n.o 42 de la même section, il

Etablit en ppe que l'indignité, pour être encourue, doit être fondée sur quelqu'un des cas dans lesquels la loi déclare les personnes indignes. „ c'est, dit-il, une matière pénale qui n'est pas susceptible „ d'extension d'un cas à l'autre, sous prétexte d'identité de raisons &c.

La conséquence de cette observaon est celle-ci que le code réduisant à trois les causes de la privation de la faculté de succéder pour cause d'indignité, toutes les autres sont étrangères à la nouvelle législation, & que désormais il ne sera plus permis de déclarer frappés d'indignité, que ceux qui se trouveront dans un des trois cas qu'il a déterminés.

c'est dans le §. 4 de la loi 7, ff. de bon. damnat. qu'a été prise la première dispoon portée en cet art. elle est parfaitement d'accord avec les ppes du droit naturel qui ne permettent pas de penser qu'on puisse se revêtir des dépouilles de celui-là même à qui l'on a arraché la vie. mais vous devez remarquer qu'aux termes de notre article, il doit intervenir une condamnaon contre le prévenu du meurtre, pour donner lieu à l'indignité. jusques là, on ne pourrait pas regarder comme indigne celui qui ne serait qu'accusé. —

Le second membre de notre art. déclare que l'indignité peut être encourue par celui qui aurait porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse. par ces mots, accusation capitale, on doit entendre une accusation qui, si elle eût été justifiée, aurait conduit l'accusé à l'échaffaud, & lui aurait fait perdre la vie; c'est alors un véritable assassinat, puisqu'il n'a point tenu à l'accusateur que celui, contre qui elle était dirigée, n'ait passé de sa tête, le délit qui lui était imputé.

enfin, par le troisième membre, est déclaré indigne de la succession l'her. majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice. nous pourrions, à très peu de frais, faire ici une profonde dissertation sur le devoir que les lois anciennes & modernes imposent à l'her. de poursuivre le meurtre du défunt, & sur les peines auxquelles il est soumis, lorsqu'en pareille occurrence, il garde un silence coupable; mais il nous suffira de vous indiquer la source où vous pourrez puiser —

abondamment toutes les connaissances qu'on peut désirer d'acquérir sur cette matière; vous les trouverez dans le traité des testamens de mr. furgole, tom. 1er, chap. 6, sect. 3, No. 293 & suivans. nous ajouterons seulement que cette question se présenta au parl. de toulouse, où elle fut jugée, le 21 août 1747, dans l'espèce suivante.

Le sr. de malherbe, trésorier de france, en la généralité de Montpellier, fit, le 18 avril 1744, un testament olographe, en faveur des pauvres de l'hopital général de montpellier. peu de tems après il mourut d'une mort violente à la campagne. on soupçonna le sr. de fontanés, son frère, d'être l'auteur ou le complice de cette mort et à la suite de l'accusation qui fut portée contre lui, il fut rendu un arrêt qui le mit hors de cour; ce qui est bien autre chose qu'un Relaxe. bientôt après, le sr. fontanés attaqua le testament de son frère, qu'il soutint être nul. il disait que, depuis la publication de l'ordce. de 1735, il n'était plus permis en pays de droit écrit de disposer en faveur de la cause pie, en la forme olographe, & que le testament de son frère étant d'une date postérieure à cette publication, il n'y avait nul doute qu'il ne dût être cassé.

l'instance était ainsi poursuivie, lorsque les srs. ponset & monier & la dame fontanés veuve colombier demandèrent d'y être reçus parties intervantes et après avoir conclu à la cassation du testament, sur les moyens dont nous venons de parler, ils demandèrent, comme plus proches parents du sr. de Malherbe, après le sr. fontanés, que celui-ci fût déclaré déchu par indignité de la succession de son frère, pour n'avoir, ni dénoncé à la justice, ni poursuivi les auteurs du meurtre.

Statuant sur cette question, le parl. eût à juger deux points; le premier si le testament du sr. de malherbe était nul, & on le jugea tel le second, si le sr. fontanés devait être déclaré déchu de la succession de son frère; & à cet égard, il y eût partage. mr. de vic rapporteur fut d'avis d'adjuger l'hérédité au sr. ponset & à ses consorts, mr. de palaminé, compartiteur, crut au contraire qu'il n'y avait point d'indignité en la personne du sr. de fontanés; mais le partage fut vidé à l'avis du rapporteur. il fut donc jugé que le défaut de dénonciation à la justice de la part de l'hér. naturel du meurtre commis en la personne du défunt, produisait indignité contre lui, & que la succession était dévolue à ceux des parents qui venaient après lui, dans l'ordre des successions légitimes. le code a consacré cette juris. sauf les exceptions portées en l'art. suivant.

art. 728.

Quoique, en règle générale, il soit du devoir de l'héritier de dénoncer à la justice le meurtre commis sur la personne du défunt, il y aurait eu de l'inhumanité à exiger cette démarche de la part d'un fils contre son père, ou de la part de la femme contre son mari, & vice versâ; aussi les auteurs avaient-ils décidé qu'en pareille occurrence, on ne pouvait pas leur faire un crime de leur silence. notre art. consacre cette doctrine, mais il l'étend à des cas dans lesquels elle n'avait pas été admise jusqu'ici, savoir, aux frères & sœurs du meurtrier, à ses oncles & tantes, à ses neveux & nièces; on a cru que dans ces divers degrés de parenté les liens du sang étaient encore assez forts pour ne devoir pas exiger d'eux une dénonciation qui pourrait conduire leurs proches à l'échafaud, et il faut convenir que cette exception est bien d'accord avec les voix de la nature.

art. 729.

plusieurs textes du droit romain, notamment la loi 17, ff. de his qui ut ind. auff. & la loi 1, cod. eod. décident que l'indigne est tenu, non seulement de la restitution de la chose, mais encore des fruits qu'il en a retirés; et cela est très juste, parce que celui qui ne peut pas profiter du principal, ne doit pas pouvoir profiter des accessoires: mais cela n'empêche pas qu'il ne soit saisi, de plein droit, par cette raison qui est bien simple, que l'indignité est proprement un moyen de privation, & non pas un moyen d'exclusion, ce dernier moyen ne pouvant convenir qu'à l'incapacité.

ici vient naturellement la question de savoir si les aliénations faites par celui qui depuis a été déclaré indigne, doivent subsister à cause de la bonne foi des acquéreurs dont les titres remontent à une époque antérieure à la déclaration d'indignité, ou si elles devaient être regardées comme non avenues: il semble d'abord que elles devaient être maintenues à cause de la bonne foi des acquéreurs, et telle est l'opinion de mr. de maleville sur cet art. mr. furgole en son traité des testamens, chap. 6, sect. 3, n°. 11, n'agite pas la même question, mais il traite celle de savoir si les créanciers de l'héritier qui s'est rendu indigne, peuvent prétendre que l'indignité ne doit pas nuire à leurs droits, & il décide qu'en matière d'indignité, la libéralité n'est censée faite que sous cette condition tacite & légale, que celui à qui elle est destinée ne s'en rendra pas indigne, en sorte que si cette condition manque, le droit de l'indigne étant résolu par la force d'une condition inhérente, et qui affecte la libéralité, le droit des créanciers se trouve résolu par voie de conséquence. de là il suit que

les créanciers n'y ont pas plus d'hypothèque, que si elle n'avait jamais appartenu à leur débiteur, d'après la maxime dans la loi 31, ff. de pign. & hypoth. resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis; un arrêt du 26 février 1756, rapporté par le même auteur a jugé la question d'après ce ppe. nous ne voyons pas trop pourquoi ce ppe ne serait point appliqué au cas de la vente consentie par un hr qui depuis se serait rendu indigne, car son droit est résolu ab initio, puisque nous avons vu que l'indignité produisait un moyen de privation, & qu'il en est tout de même que s'il n'eût jamais été hr.

art. 730.

Cet art. résoud une question qui ne pouvait pas être résolue d'après les ppes du droit romain, parce que ce qui était ôté à ~~l'indigne~~ l'indigne, à rome, était adjugé au fisc; par où la difficulté ne pouvait pas se présenter, mais les auteurs français l'ont traitée, & vous pouvez voir, ce qu'en disent Louet, lett. H, Somm. 20, & Laroche verb. succession, arrêt 2; au surplus, mr Furgole, chap. 6, sect. 3, n° 61 et suivans jusqu'au 78, traite cette question fort au long, & la décision du code semble avoir été puisée dans les ppes dont cet auteur donne le développement au lieu cité: ce qui nous dispense d'y rien ajouter.

chap. 3.

des divers ordres de succession.

Sect. 1.

dispositions générales.

art. 731.

cet art. donne un apperçu général de l'ordre dans lequel les successions sont déférées; il place au premier rang les enfans & descendans, après eux viennent les ascendans, & ce n'est qu'en défaut des uns & des autres que les collatéraux sont appellés dans l'ordre déterminé.

art. 732.

dans les pays coutumiers, on distinguait les propres des acquêts & les coutumes présentaient sur ce point tant de bigarrures, qu'elles fournissaient matière à une infinité de procès inextricables; le moyen le plus simple d'obvier à toutes les difficultés était d'adopter les ppes du droit romain qui n'admettait qu'un patrimoine unique; & c'est ce qu'ont fait les auteurs du code par les dispoons qu'on lit dans notre art.

art. 733.

ce n'est que par un renversement de l'ordre naturel, & turbatis mortalitatis ordine, que les ascendans sont appellés à recueillir la succession de leurs descendans. quoi qu'il en soit, il a fallu

classer cet ordre de successions, dont les exemples sont fréquents. Les romains s'y arrêtaient fait avant nous, & dans tous les pays de droit écrit On observait scrupuleusement les décisions portées dans les novelles 118 & 127.

On a cru devoir introduire dans tous les pays qui composent l'empire français un ordre de successions tout nouveau, & qui s'éloigne également des dispositions de la plupart des coutumes, & de celles du droit romain: on a consulté la volonté présumée du défunt qui, n'ayant pas d'enfans, est en présomption d'avoir un égal degré d'affection pour ses ascendans ou collatéraux du côté paternel & du côté maternel, pour les faire participer aux avantages résultant de cette égalité d'affection: il a fallu dans cette occurrence, diviser les successions en deux parts, l'une pour les parens d'une ligne, & l'autre pour les parens de l'autre ligne, & c'est ce que fait notre art.

Nous n'avons cru devoir admettre l'effet du double lien que le droit des novelles avait introduit par les authen. Cessante et cessante, cod. communia de Success. car il n'en est fait aucune mention dans les titres du code, nonplus que dans celles du ff.

Le double lien produisait cet effet, que ceux qui appartenaient au défunt par un double lien, excluaient dans sa succession absolument ceux qui ne tenaient au défunt que par un seul côté, c'est-à-dire, que les frères germains excluaient les frères consanguins ou utérins: au reste, on appelle frères germains, ceux qui naissent du même père & de la même mère: on appelle consanguins, ceux qui sont nés du même père, mais d'une mère différente, & l'on donne le nom d'utérins, à ceux qui sont nés de la même mère, mais d'un père différent.

Cependant on doit convenir que les frères consanguins ou utérins éprouvaient une sorte d'exclusion, malgré l'abolition du double lien, En ce qu'ils ne prennent part à la succession que comme membres de la ligne à laquelle ils appartiennent, dans la division qui en est faite en deux lignes, comme le prescrit la première partie de notre art: au lieu que les frères germains appartenant à l'une & l'autre ligne, comme enfans du même père & de la même mère, prennent part dans les deux lignes paternelle & maternelle.

Quoique le double lien eut été introduit par les novelles qui font partie du droit romain, il n'était cependant pas généralement observé dans les pays de droit écrit, à toulouse, par exemple, la coutume particulière de cette ville l'avait proscrit, en sorte que les frères consanguins succédaient conjointement avec les germains aux biens situés dans l'étendue

de cette coutume; on peut voir ce qu'en disent d'olive, liv. 5. chap. 32, aux additions, cambolas, liv. 1er, chap. 48 & mr de cotillon liv. 2, chap. 16.

Enfin le partage de la succession en deux lignes, est si fort séparatif des droits respectifs des hers, que ce qui appartient à l'une de ces lignes par ce partage, ne peut passer dans l'autre, qu'autant qu'il ne se trouve aucun ascendant, ni collatéral dans l'une d'elles. mais vous devez remarquer que la renonciation de tous les hers d'une ligne opérerait le même effet, c'est-à-dire, celui de la dévolution en faveur des hers de l'autre ligne.

Art. 734 & suivans jusqu'à l'art. 738 inclusivement.

Par ces divers art. le code a déterminé ce qu'on entend par lignes & ce qu'on entend par dégrés: avant que la publication en fût faite, on suivait en france pour les successions l'ordre qu'il prescrit, & la manière de compter les dégrés était la même; mais la loi du 17 nivose an 2, y avait apporté un grand changement sous deux rapports. Le premier, en ce qu'il ordonnait le partage des successions en deux lignes, la paternelle & la maternelle, car jusqu'alors la succession était dévolue, proximiori in gradu, sans qu'on eût besoin de s'enquérir si le plus proche parent était de la ligne paternelle ou de la ligne maternelle; le second, en ce qu'il admettait la représentation à l'infini, même en ligne collatérale, tandis qu'elle n'avait lieu qu'en faveur des enfans des frères parmi les collatéraux.

il y a même plus: car, suivant l'esprit de cette loi, après le partage de la succession en deux lignes, il aurait fallu encore en faire autant entre les diverses branches de chacune de ces lignes et il faut convenir que c'eût été le moyen le plus propre à remplir le vœu qu'elle se proposait, celui d'anéantir toutes les fortunes, à force de les morceler, cependant la jurisp. de la cour de cassation avait cru devoir s'en écarter par plusieurs arrêts, & c'est précisément cette jurisp. que le code confirme, en déclarant qu'après la première division, il ne s'en fait aucune autre entre les diverses branches de l'une ou de l'autre ligne.

Sect. 2.

De la représentation.

art. 739.

il est dans l'ordre de la nature, & dans le vœu présumé de l'homme, que les enfans de ses propres enfans prennent la place de leur père, lorsque celui-ci est prédécédé: dans cette hypothèse il est clair que si l'on ne consultait que la proximité du dégré les

propres enfans du défunt devroient exclure les enfans du frère prédécédé; mais le motif, dont nous venons de parler, devoit l'emporter sur la rigueur du droit, & c'est à ce motif qu'est dû le bénéfice de la représentation.

art. 740, 741 & 742.

Après avoir déclaré par le premier de ces trois articles que la représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante, le suivant a décidé qu'il en étoit tout autrement dans la directe ascendante, & en cela ils sont parfaitement d'accord l'un & l'autre avec les lois romaines: mais le 3me s'en écarte, non par en ce qu'il a admis la représentation au profit des enfans du frère prédécédé, mais en ce qu'il a étendu cette faveur aux descendans du frère prédécédé, autres que les propres enfans, de telle manière que les descendans d'un frère ou d'une sœur, en quelque degré qu'ils se trouvent placés, concourent avec leurs oncles, grands-oncles, &c., ce qui n'avoit pas lieu suivant les termes du droit romain qui étoit uniformément suivi dans tout le pays de droit écrit.

mais en est-il de même, lorsqu'il s'agit d'une succession déférée à des cousins-germains; & les enfans d'un cousin germain prédécédé sont-ils admis à représenter l'auteur de leur père? il faut répondre que non; & la faveur dont la nouvelle loi, en matière de succession, a investi les descendans d'un frère ou d'une sœur du défunt, n'a point été étendue jusqu'aux enfans ou descendans des cousins-germains, quoique lors de la discussion de cette loi, il y eût plusieurs avis favorables à cette extension: c'est ce qu'on lit dans mr. de malleville sur l'art. dont nous nous occupons.

art. 743.

Telle est la règle générale que, dans tous les cas où la représentation est admise, le partage doit être fait par souche, en sorte que le représentant étant aux lieu & place du représenté, a, sur les biens du défunt, la même portion que le représenté y auroit eue, s'il eût survécu; mais si le représenté a laissé plusieurs enfans, ils n'ont aussi tous ensemble que la portion qu'auroit eue leur père, & cette portion se divise entre eux par tête.

art. 744.

La représentation n'étant qu'une fiction introduite par la loi, dans la seule vue de faire entrer dans un degré supérieur vacant, celui que la nature avoit placé dans un degré inférieur, il est visible qu'elle ne peut pas être admise, lorsque ce degré supérieur se trouve rempli par l'existence physique de celui qui le occupe; delà cette conséquence qu'il ne peut y avoir lieu à représentation que dans le cas de la mort naturelle ou civile de

l'individu qu'on prétend représenter.

mais il n'en est pas toujours de même, lorsque c'est par Renonciation qu'un dégré se trouve non rempli : ainsi le père, en Renonçant à une succession, ne fait aucune brèche au droit de ses Enfans sur cette même succession, pourvû qu'ils y viennent de leur chef propre & personnel : il en serait autrement s'ils avaient besoin de la représentation qui, comme vous venez de le voir, serait impraticable dans ce cas. Les enfans seraient donc exclus par les cohêrs de leur père, soit que ceux-ci fussent cohêrs de leur chef, soit qu'ils ne le fussent que par représentation.

nous vous ferons connaître dans notre explicaõn orale comment doit être entendu le §. de notre art. qui parle du droit de représenter celui, à la succession de qui on a renoncé.

Sect. 3.

Des Successions déférées aux descendans.

art. 745.

nous ne ferons ici qu'une seule observation, c'est que la succession du père au fils, au petit-fils, & autres placés dans la ligne directe descendante, n'est qu'une continuation de possession : l'effet de cette continuation de possession doit nécessairement être un titre d'exclusion pour tous autres individus qui ne se trouvent point dans cette ligne directe descendante ; ainsi quelque éloignés que soient les descendans directs de celui de cujus bonis agitur ils ne doivent pas moins obtenir la préférence sur les ascendans & sur les collatéraux du défunt, quoique placés dans un dégré plus rapproché de lui. au surplus, vous devez Remarquer que, par les dispoõns de notre art. se trouvent abrogées les diverses Coutumes qui avaient statué sur les successions d'une Manière vraiment bizarre, en ce que les unes attribuaient presque tout à l'aîné, & laissaient les cadets dans un état de Pénurie Révoltant, notamment les filles qui étaient écartées de la succession paternelle par le don le plus mince fait en contrat de mariage. Ces inégalités choquantes, si contraires au vœu de la nature, ont été Enfin proscrites, & si l'on a laissé aux pères la faculté de disposer d'une partie de leurs biens, on l'a fait dans une mesure tellement sage que les droits de la nature n'en sont, pour ainsi dire, aucunement Blessés.

Sect. 4.

des successions déférées aux ascendans.

art. 746.

il n'est pas douteux, d'après notre art., que les ascendans sont exclus par les frères ou sœurs du défunt, & même par les descendans de ceux-ci, en quelque dégré qu'ils se trouvent. ainsi l'existence des frères ou sœurs du défunt, ou de leurs descendans mettra obstacle au partage de la succession en deux lignes en faveur des ascendans, & elle sera dévolue toute entière aux frères & sœurs, & à leur défaut aux descendans d'eux. mais s'il n'existe ni frères, ni sœurs, ni descendans d'eux, les ascendans excluent tous les autres parens, même les oncles & tantes, & à plus forte raison, les cousins germains. c'est alors qu'il y a lieu au partage de la succession en deux lignes, & qu'une moitié est affectée à la ligne paternelle, & l'autre moitié à la ligne maternelle; nous verrons pourtant bientôt en l'art. 748 une précision en faveur des père & mère du défunt, quoiqu'on ne puisse pas leur contester la qualité d'ascendans.

Ce que vous ne devez jamais perdre de vuë, c'est que le partage ~~[illegible]~~ une fois fait entre ces deux lignes, elles n'ont plus rien de commun entre elles, & quelque éloigné du défunt que soit l'ascendant placé dans l'une de ces lignes, il n'est point exclu par l'ascendant de l'autre ligne qui se trouverait plus rapproché du défunt.

L'ordre de succéder, dont nous venons de parler, est moins simple que celui prescrit par le droit romain, dans les nov. 118 & 127, auxquelles on se conformait dans les pays de droit écrit. les ascendans, dans quelque dégré qu'ils fussent, concouraient dans la succession de leurs descendans, avec les frères & sœurs du défunt; les père & mère n'étaient pas distingués des autres ascendans: mais alors, tout comme aujourd'hui, les ascendans les plus proches excluaient les plus éloignés. on peut voir Boutaric sur le tit. 1, du liv. 3 des institutes du droit français.

art. 747. [vid. Lebrun, des successions, liv. 1, chap. 5, sect. 8, n° 36.]

Leg. 6, ff. de jur. dot. leg. 2. cod. de Bonis quæ lib. &. nov. 24.

c'est dans la coutume de paris qu'ont été puisées les dispoons de notre art., nous ne connaissions point dans les pays de droit écrit ce genre de succession qui tient tout à la fois des successions jure communi, & du droit de reversion, sans être ni l'un, ni l'autre. d'abord, il n'est pas douteux qu'il ne tienne de la succession ordinaire, le mot succède qui est employé dans l'art. l'indique assez: sous ce rapport, l'ascendant appellé à succéder aux choses qu'il a données, est obligé de contribuer

aux charges de la succession, & même s'il n'y fesait point d'inventaire il serait tenu ultra vires, comme le serait tout autre hér, aux termes du droit commun.

ce genre de succession tient aussi du droit de reversion ou de retour à quelques modifications près; puisque le donateur a seul le droit de l'exercer, & que ce droit ne passe pas avec sa succession; quoi qu'il en soit, il peut donner lieu à une infinité de questions dont la solution n'est pas facile.

on peut demander 1.° si le donateur peut l'exercer sur les choses mobilières, comme sur les immobilières: il faut répondre qu'il peut l'être sur les unes & sur les autres, parce que le mot choses ~~étant~~ général, il n'y a point de raison pour le restreindre à l'un de ces objets à l'exclusion des autres.

2.° doit-il avoir lieu, lorsque le donataire étant prédécédé ayant des enfans, ses enfans viennent à mourir avant le donateur. si la question devait être décidée d'après les ppes du droit de retour, il n'y aurait nulle difficulté à dire que l'ayeul, ou autre donateur, devrait rentrer en possession des choses par lui données, avenant ~~avant~~ le décès des enfans du donataire pendant la vie du donateur. la jurisp. était constante sur ce point, comme on le voit dans Catellan, liv. 5, chap. 8, & dans une infinité d'autres auteurs. mais c'est ici qu'il faut vous rappeller qu'il s'agit d'une succession aux choses données: ainsi, pour qu'il n'y ait point lieu à cette succession, il suffit que le donataire décède, laissant des enfans, tout comme il suffit que le donataire meure sans enfans, pour que ce genre de succession soit ouvert au profit du donateur.

cela posé, on doit dire in facta hypothesi que le donateur est exclu de la faculté de succéder, parce que son donataire a laissé des enfans à son décès. n'importe que ses enfans, dont l'existence a mis obstacle à ce que le donateur pût succéder, viennent à mourir, pendant la vie du donateur; ce n'est pas une raison pour décider la question différemment; il faudrait pour cela que les enfans du donataire fussent aussi donataires eux-mêmes; alors sans doute, il y aurait ouverture à la succession, pourvû que les enfans ne laissassent point d'autres enfans.

on peut dire ici ~~que~~ qu'on disait autrefois en matière de substitution, lorsqu'elle était faite au cas du décès de l'hér institué sans enfans; dans ce cas, les enfans fesaient défaillir la substitution, mais ils n'étaient pas pour cela appellés à recueillir les biens qui restaient libres sur la tête de l'hér institué, ces enfans étaient

212

au tom. 2, pag. 415 de l'édition de 1779, & sur un arrêt rendu par la cour d'appel d'agen le 28 février 1807, rapporté en la jurisp. du code tom. 8.

7 Les principes que nous venons de mettre sous vos yeux, n'ont pas été adoptés dans le jugement d'un procès sur lequel la cour d'appel de toulouse eût à prononcer le 16 avril 1810, plaidant mm Barrué & Lartigue, dans l'espèce suivante.

une père donne une certaine somme à sa fille, en contrat de mariage à titre de constitution de dot; il naquit de ce mariage une fille. la mère de cette fille mourut bientôt après, laissant à elle survivants cet enfant, son mari père de cet enfant, & l'ayeul maternel. — la fille ne survécut pas longtems à sa mère, & son décès donna lieu à un procès entre le beau-père & le gendre, au sujet de la succession de cet enfant prédécédé. l'ayeul prétendit être en droit de réclamer, exclusivement à tous autres, la dot qu'il avait constituée à sa fille. le père de cet enfant prétendait au contraire que les dispoons de notre art. n'étaient pas applicables au cas dont il s'agissait, et que, sans procéder à aucune distraction, la succession de l'enfant devait être divisée en deux parts, dont l'une pour la ligne paternelle, & l'autre pour la ligne maternelle.

jugeant ce procès, la cour d'appel de toulouse crut que l'existence de l'enfant au décès de sa mère, ne mettait aucun obstacle à l'exercice des droits accordés à l'ayeul par notre art. elle se fonda sur les dispoons de l'art. 1082 du code napoléon, qui déclare les donations faites aux termes de ce dernier art. communes aux enfans qui pourraient naître de ce mariage, ensorte que la cour regarda l'enfant sous le même point de vüe que s'il eût été nommément donataire de son ayeul.

mais c'est là une erreur palpable, parcequ'il ne s'agissait point, dans l'espèce du procès, du genre de dispoon dont parle l'art. 1082 qui n'est autre chose qu'une dispoon connue, dans les pays de droit écrit, sous le nom d'institution contractuelle, laquelle, suivant les anciens ppes, était transmissible aux enfans en cas de prédécès des hers institués, ensorte que cet arrêt ne doit point être tiré à conséquence. il y a même tout lieu de croire qu'il sera cassé à la cour ~~de cassation~~ suprême & régulatrice, si l'instance y est portée pour cause de fausse application de l'art. 1082 de notre code.

au reste, ce que nous venons de dire est fondé sur la doctrine de mr furgole en son traité des testamens, chap. 7, sect. 6, n°. 127, & suivans

dans la condition, mais non pas dans la disposition.

ici il en est de même, les enfans du donataire ne sont point donataires; leur existence oppose seulement une barrière au donataire qui aurait succédé sans cela; mais elle n'ouvre aucun droit en leur faveur. En un mot, il suffit que le donataire soit mort, faisant des enfans, quoique ces enfans meurent avant le donateur, lorsqu'ils ne sont pas donataires eux-même, pour qu'il n'y ait point lieu à l'ouverture de la succession en faveur du donateur.

Me Jemall. professe une opinion contraire. En s'étayant de la doctrine de Lebrun, il soutient dans sa variété. mais il convient toutefois que la question peut se présenter à juger et être soutenue dans le sens contraire avec succès.

Nota. On pourrait faire encore plusieurs autres questions qui naissent des dispositions de notre art: mais nous les renvoyons à notre application orale.

art. 748 & 749.

Le droit romain en avait décidé tout autrement dans la nov. 118, lorsque le père & mère, ou l'un deux survivait à quelqu'un de leurs enfans, il prenait chacun dans la succession une portion égale à celle de chacun des frères & sœurs du défunt; ainsi, par exemple, si le défunt laissait à lui survivant le père & mère, & deux frères ou sœurs, chacun d'eux avait un quart de la succession. — S'il n'y avait que le père, ou la mère, la succession se divisait par tiers. elle se partageait de la même manière, si le père & mère avaient survécu le défunt n'ayant laissé qu'un frère ou une sœur. En un mot, la succession était divisée en autant de portions qu'il y avait d'individus frères ou sœurs, père ou mère du défunt. cette règle était, sans doute, bien simple; mais elle ne pouvait pas s'accorder avec le système de division de la succession en deux portions, dont l'une affectée aux ascendans père et mère, & l'autre aux frères ou sœurs du défunt. — Nous devons remarquer que si le père ou la mère sont morts, le conjoint survivant ne les représente pas pour recueillir la portion destinée au père & mère du contrat, cette portion accroît à celle destinée aux frères ou sœurs du défunt. ainsi en supposant que le défunt n'ait laissé à lui survivant que son père & un frère, le dernier aura les trois quarts de la succession, & le père n'en aura que le quart.

Sect. 5.

Des successions collatérales.

art. 750, 751 & 752.

En expliquant l'art. 750 du code, dans son commentaire de cet titre, m^r Chabot de l'Allier, ancien membre du tribunat, a approfondi une question très délicate, qui s'est présentée devant le tribunat. Quoique partagé sur un des avis consultés, elle consiste à savoir, si l'exclusion donnée aux ascendans par les frères & sœurs du défunt, a lieu, lors même que ces frères ou sœurs ne sont que consanguins du défunt.

il faut convenir que cette question offre des difficultés, mais l'opinion qu'il a adoptée, méritait la préférence que lui ont donnée les tribunaux. nous croyons inutile d'entrer ici dans aucun détail; mais il est certain que cette opinion est le résultat d'une profonde méditation sur le texte & sur l'esprit des divers art. relatifs au nouveau mode de succéder. cette opinion est aussi celle de mr de malleville, aujourd'hui sénateur, & nous pensons qu'elle a été trop bien développée, pour qu'elle puisse à l'avenir, faire encore la matière d'une nouvelle discussion.

Quant aux art. 751 & 752, nous n'en dirons rien de particulier parceque le premier n'est qu'une répétition des art. 748 & 749 que nous avons déja expliqué, & que le second a été expliqué d'avance par les observations que mr Chabot a faites sur l'art. 751 dont l'interprétation a amené celle de l'art. 752, du moins en partie. Le surplus est expliqué d'une manière si lumineuse, qu'il serait parfaitement inutile d'y rien ajouter.

art. 753.

jusqu'ici la loi s'est occupée du mode de succéder, lorsque le défunt a laissé des frères ou sœurs, ou des descendans d'eux concurremment avec son père & mère, ou l'un d'eux. notre art. prévoit le cas où il n'y a ni frères, ni sœurs, ni ascendans dans une des lignes, et il décide que alors la succession se divise en deux parties; que l'une est adjugée aux ascendans survivans dans la ligne où il s'en trouve, & que l'autre est recueillie par les parents les plus proches de l'autre ligne. ce que vous ne devez jamais perdre de vüe, c'est que la succession du défunt se divise toujours en deux parts, lorsqu'elle est déférée à des ascendans ou à des collatéraux, autres que des frères ou sœurs du défunt, & que les plus proches dans chacune de ces lignes, ont la préférence sur les plus éloignés. il ne faut pas oublier non plus que les frères ou sœurs, même les consanguins et les utérins, & les descendans d'eux, excluent toujours les ascendans autres que les pères ou mères, quoique ces ascendans se trouvent dans un dégré plus proche du défunt. c'est encore un autre ppe que le partage se fait par têtes, toutes les fois qu'on n'a pas besoin de la représentation pour établir le concours, ce qui arrive, lorsque les appellés se trouvent tous placés dans le même dégré. Voilà pourquoi notre art. ajoute que s'il y a concours de parens collatéraux au même dégré, le partage se fait par têtes.

art. 754.

On doit à ~~ux~~ coutumes de paris & d'orléans les dispoons portées en cet art. quoiqu'il y ait des traits de dissemblance bien remarquables entre ce qu'en dit le code & la décision des coutumes. quoi qu'il en

soit, les auteurs du code ont pensé, & avec raison, que il y avait bien loin de l'intérêt qu'inspire un ascendant, tel que le père ou la mère, à l'intérêt qui accompagne les collatéraux, autres que les frères ou sœurs du défunt, ou les descendans d'eux: mais comme l'introduction du partage de la succession en deux lignes, & en portions égales, était un obstacle à ce que la ligne des ascendans au premier dégré, fût mieux traitée que la ligne des collatéraux non frères ou sœurs du défunt, ou descendans d'eux, on a pensé que, sans ébrécher la portion destinée aux collatéraux, on pouvait améliorer la condition des survivans des père ou mère, en attribuant à celui-ci la jouissance du tiers des biens auxquels il ne succède point en propriété, c'est-à-dire, l'usufruit du sixième de l'entière succession du défunt.

dans l'ancien ordre de choses, en matière de succession, les ascendans qui concouraient avec leurs autres enfans pour recueillir la succession de leurs enfans prédécédés, et qui, en vertu de la puissance paternelle, jouissaient des biens dont la propriété appartenait à leurs enfans, perdaient cet usufruit sur la portion que les frères ou sœurs du défunt recueillaient dans la succession du prédécédé, au même instant où ils obtenaient eux-mêmes une portion en propriété de cette succession. telle était la jurisp. du parl. de toulouse, qui était fondée sur les lois romaines, mais elle ne peut plus avoir lieu, depuis l'introduction du nouveau mode de succéder.

art. 755.

Quoique rien ne soit plus clair que les dispoons de notre art. des auteurs modernes se sont permis de dire que les parens du défunt au delà du douzième dégré, doivent obtenir la préférence sur le fisc qui succéderait à leur préjudice. il suffit de lire l'art. pour être convaincu du contraire; c'est la meilleure réfutation qu'on puisse faire de cette singulière opinion.

Quant à la dévolution d'une ligne à l'autre, dont parle le même art., elle est fondée sur la faveur attachée à la parenté. En ordonnant la division en deux lignes de la succession du défunt, la loi a voulu que les parens de l'une & de l'autre ligne fussent également gratifiés, mais comme il est dans l'ordre des choses possibles, qu'il n'y ait point de parens dans l'une d'elles, elle a voulu que la succession entière pût être réunie sur la tête de ceux qui appartiennent à l'autre. c'est, encore une fois, la faveur attachée à la parenté qui a dicté cette dispoon.

Chap. 4.

des Successions irrégulières.

Sect. 1.

Des droits des enfans naturels sur &a

art. 756.

une jurisp. presque universelle avait écarté en france les enfans nés hors du mariage de la succession de leur père & mère naturels : par là, on s'était éloigné de la décision des lois romaines qui admettaient ces enfans à la succession de leur mère, & réciproq. la mère à la succession de ses enfans ; & en règle générale, on n'accordait guères que des alimens aux enfans nés hors du mariage. la rigueur, avec laquelle on les traitait, avait sa base dans les principes d'une bonne morale, qui n'a jamais permis qu'on pût regarder le fruit de l'incontinence & de la dépravation des mœurs, du même œil que les enfans provenus d'une conjonction légitime : telle est la cause qui avait engagé les trib., à ne leur accorder que des alimens, ou une modique somme qui leur en tînt lieu, et l'on punissait ainsi en leur personne la faute que leur père & mère avaient commise, en leur donnant la vie ; ce qui, sous un certain rapport, n'était pas exempt d'injustice.

Notre code a tempéré cette extrême rigueur, mais il a reconnu, en la personne de ces enfans, une tache qui ne lui a point permis de les traiter à l'égal des enfans légitimes. il a voulu qu'ils eussent sur les biens de leur père & mère décédés, une portion qu'il a diversement fixée, suivant la diverse qualité des hers légitimes, mais il n'a pas voulu qu'ils eussent le titre d'hers.

Quelle est donc la qualification qui leur convient ? ce n'est point celle de créancier, car si on pouvait les considérer sous ce point de vüe, il faudrait faire remonter leur titre de créance au premier moment où ils ont vû le jour ; & alors ils se trouveraient avoir plus d'avantage que les enfans légitimes ; puisqu'en défaut d'autres biens, ils auraient le droit de quéreller les aliénations que leur père & mère auraient faites, même à titre onéreux, pour obtenir la portion de biens que la loi leur assigne, ce qui serait souverainement injuste. nulle autre qualification ne peut leur appartenir, que celle de co-portionnaires par où la loi a plus fait en leur faveur, qu'on ne fesait dans l'ancien ordre de choses, mais beaucoup moins aussi que n'avait fait la loi du 12 Brumaire an 2, qui les assimilait aux

Enfans nés dans le mariage.

Se trouvant ainsi réduits à la qualité de co-portionnaires, il n'est pas possible de penser qu'ils puissent avoir qualité pour obtenir la réduction des libéralités que leurs père & mère pourraient avoir faites par actes entre-vifs; avec d'autant plus de raison qu'ils en sont écartés par la conception de l'art. qui ne parle que de celles dont père & mère décédés il faut donc que les père & mère soient décédés pour donner ouverture aux droits que la loi assigne aux enfans nés hors du mariage.

Delà il semble qu'on soit autorisé à conclure que l'on doit distinguer par actes entre-vifs des dispositions de dernière volonté, pour juger si le père & mère peuvent priver leurs enfans naturels de celles que la loi leur attribue. S'ils ont disposé par acte entre-vifs, il n'est pas douteux que les enfans naturels ne soient sans action pour quereller ces dispositions: si au contraire ils n'ont disposé que par acte de dernière volonté, il semble que la gêne de disposer ne peut mettre aucun obstacle à l'exercice des droits attribués à ces enfans.

Telle est l'opinion de mr. de malleville sur l'art. que nous expliquons; cependant mr. chabot de l'allier, dans son commentaire du tit. des successions, soutient que les père & mère naturels peuvent, même par disposition à cause de mort, priver leurs enfans des droits que leur attribue la loi; mais c'est là une opinion que nous ne saurions partager.

il serait, en effet, bien extraordinaire que la loi qui a eu incontestablement en vue d'améliorer le sort des enfans nés hors du mariage & qui ont été légalement reconnus, en leur adjugeant une portion déterminée sur les biens que leurs père & mère ont laissés à leur décès, les traitât avec plus de rigueur qu'elle ne traite les enfans nés d'une conjonction illégitime, qui ne sont pas susceptibles de reconnaissance.

il n'est pas douteux que ces derniers ne soient fondés à réclamer des alimens de la part de leurs père, lorsque la paternité est établie. la loi y est expresse; les père & mère naturels ne peuvent pas se défendre de cette obligation: comment donc les enfans nés ex soluto & soluta, ces enfans sur le front desquels la loi n'a pas imprimé un caractère de réprobation, pourraient-ils être traités plus sévèrement que les autres! cela nous paraît difficile à concevoir. mais il y a plus, & ce qui nous paraît propre à lever tout doute, c'est l'art. 761 du code qui ne permet la réduction de la portion de biens assignée aux enfans nés hors du mariage, qu'autant que ces enfans ont reçu, du vivant de leurs père & mère, la moitié de ce qui leur est adjugé par cet art. précédent; il y a plus encore: car, afin que cette réduction puisse avoir lieu, il est absolument nécessaire que les père & mère fassent

leur déclaration expresse, que leur intention est d'opérer cette réduction. ne serait-ce pas contrarier ouvertement les dispoons de cet art, que d'admettre un système dont le résultat serait la faculté de ne laisser absolument rien à des enfans dont la loi a voulu régler définitivement le sort?

au reste, vous sentez bien que ce que nous venons de dire des enfans naturels, ne doit être entendu que de ceux qui ont été légalement reconnus; car, quoique nés de personnes libres, ils sont jusqu'alors étrangers aux auteurs de leurs jours, & comme tels, ils n'ont rien à prétendre sur leur succession. nous ne nous occuperons pas ici d'un très grand nombre d'autres questions qu'offre l'examen de notre art. elles trouveront leur place dans l'explicaon orale que nous en ferons.

art. 757 & 758.

Le premier de ces deux art. règle ~~[illegible]~~ la quote des biens que les enfans nés hors du mariage peuvent réclamer sur ceux que leur père naturel a laissés à sa mort; & le second leur attribue la totalité des biens, lorsque leur père ou mère ne laisse point de parens au dégré successible. on ne doit pourtant pas croire que par les mots, la totalité des biens, la loi ait entendu en investir les enfans naturels, au préjudice de la volonté de leur père ou mère. s'il en était ainsi, les enfans naturels seraient de meilleure condition que les enfans légitimes, ce qui ne peut pas tomber sous les sens d'une personne raisonnable.

il était naturel que la portion assignée aux enfans nés hors du mariage fût plus ou moins forte, suivant le plus ou moins de proximité du dégré de parenté dans lequel se trouvent placés les hers à qui la succession est dévolue par la loi du sang: de tous les hers légitimes les plus favorables, sans doute, sont les enfans nés dans le mariage; dans ce cas, on a dû adjuger aux enfans naturels une plus petite portion sur les biens de leur père, que lorsque les successeurs légitimes n'appartiennent au défunt que par des liens de parenté à des dégrés plus éloignés, & c'est là ce que décident bien clairement nos deux articles.

On peut demander à ce propos s'il n'était fait mention que des frères & sœurs & descendans du défunt, pour réduire l'enfant naturel à la moitié de la portion qu'il aurait eue, s'il était né dans le mariage, cette portion doit être la même, ou si elle ne doit être que des trois quarts, lorsqu'il n'existe que des neveux ou nièces du défunt? pour répondre à cette question, il suffit de se rappeller que la représentation a lieu en faveur de tous les descendans de

frères ou sœurs, qui l'aperçoivent lui donné de ce dernier, lequel il est tout comme si ses frères ou sœurs étaient encore en vie.

art. 759.

ce n'est ici que l'expression du droit commun, qui veut que celui qui a un droit formé sur une chose quelconque, puisse en transmettre l'exercice à celui qui lui succède.

art. 760 & 761.

toute la moyens d'amoindrir la portion que la loi attribue aux enfans naturels, ont été saisis avec empressement, & c'est dans celles qui ont été insérés dans le code les deux art. dont nous nous occupons; mais comme ils sont restrictifs du droit commun établi en faveur des par les art. précédens, il paraît naturel & juste de n'en faire l'application qu'au cas prévu pour lequel ils ont été faits. Le second de ces deux art. nous paraît contraire à l'opinion de mr. Chabot de l'Allier sur la question de savoir si les père & mère peuvent, par des dispositions de dernière volonté, priver leurs enfans naturels de la portion de bien que la loi leur assigne.

En effet, toute réclamation n'est interdite à ces enfans, qu'autant qu'ils se trouvent dans le cas prévu de l'art. 761. or cet art. est uniquement fait pour le cas où les enfans naturels ont reçu du vivant de leurs père & mère la moitié de ce qui leur est attribué par les art. précédens, qui, comme nous l'avons dit, sont constitutifs du droit commun sur ce point: toute disposition qui, de sa nature, ne saurait translative de propriété qu'après la mort de son auteur, ne peut donc pas produire l'effet que la loi n'a attaché qu'aux actes qui transfèrent la propriété, dès l'instant qu'ils sont passés. il y a même plus; car, aux termes de l'art. 761, il faut que la tradition s'en soit ensuivie, lorsque la disposition fut faite par acte entre-vifs, elle ne produirait pas l'effet dont parle l'art, si le donateur était resté en possession de la chose donnée. cela résulte assez clairement de ces mots, ont reçu de leur vivant: de cela posé, il ne paraît pas fort possible d'attribuer au testament le même effet, qu'à la donation suivie de la tradition effective. quoi qu'il en soit, le terme nous apprendra comment doit être entendu l'art. 760, qui présente de grandes difficultés.

les auteurs du projet du code français ont traité ici la question de savoir si un enfant naturel non reconnu peut être institué héritier ou légataire universel, par celui qui lui a donné la vie, & ils ont décidé qu'il ne pouvait pas l'être.

Régulièrement parlant, cette question ne pourrait pas être élevée

en effet, elle ne saurait l'être qu'autant qu'on admettrait la possibilité de rechercher la paternité; ce que la loi prohibe de la manière la plus expresse, hors dans un seul cas; de là il suit que nul ne pouvant être recherché comme père d'un individu quelconque né hors du mariage, cet individu sera toujours étranger à tout le monde, nec genus, nec gentem habet. par conséquent rien ne peut s'opposer à ce que celui qui lui a donné le jour, lui donne aussi tous ses biens, dans le cas où il pourrait les donner à toute autre personne, parce qu'aux yeux de la loi, cet individu ne leur est pas moins étranger que tout autre.

art. 762 & 763.

La loi établit ici une ligne de démarcation entre les bâtards simples c'est-à-dire, les enfans nés de deux personnes libres, & les bâtards adultérins ou incestueux. ces derniers ne sont point admis à la participation aux avantages accordés aux autres; la loi ne leur accorde que des alimens qui sont réglés en proportion des facultés de leurs père & mère, & eu égard à la qualité des hers légitimes.

Cette dispoon de la loi paraît d'abord impraticable, car l'art. 335 du code prohibant toute reconnaissance d'enfans adultérins ou incestueux, et l'art. 342 défendant aussi à ces mêmes enfans toute recherche de la paternité & de la maternité, ils se trouvent dans l'impossibilité phisique de désigner les auteurs de leurs jours, & par conséquent hors d'état de diriger contr'eux une action en délivrance d'alimens.

cette conséquence serait très juste, si la recherche de la paternité et la reconnaissance étaient les seuls moyens capables de faire découvrir cette paternité, mais elle peut l'être de quelque autre manière, & c'est aux individus placés dans ce cas particulier, qu'on doit appliquer la décision que renferme l'art. supposons, par exemple, qu'un enfant soit né de deux parens à un dégré prohibé pour le mariage, & qui n'ont pas obtenu de l'empereur la dispense dont parle l'art. 164 du Code, cet enfant sera incestueux, & la paternité n'aura pas besoin d'être recherchée, puisqu'elle sera établie par le contrat même de mariage; dans ce cas, il n'est pas douteux que l'enfant pourra réclamer des alimens: il en sera de même si, après avoir fait condamner sa femme pour fait d'adultère, le mari parvient à faire déclarer l'enfant adultérin: dans ce cas, le jugt sera déclaratif de la maternité, & elle n'aura pas besoin d'être justifiée, ni à la suite d'une recherche, ni par la reconnaissance. En sorte que l'enfant pourra réclamer des alimens, sans le secours de l'une, ni de l'autre. nous aurions encore bien de choses à vous dire ici, mais nous sommes forcé de les renvoyer à notre explicaon orale.

art. 764.

Remarquez qu'il suffit que l'un des deux du père ou de la mère ait assuré, de son vivant, des alimens à l'enfant adultérin ou incestueux, pour lui interdire toute réclamation contre celui ou les

hers de celui qui n'aurait rien fait pour lui. Les vues de la loi sont remplies dès le moment qu'il a été procuré à l'enfant les moyens de fournir à sa subsistance.

art. 765.

Quoique la reconnaissance d'un enfant né hors du mariage, soit bien loin d'équivaloir à la légitimation, elle en opère néanmoins les effets, quant à la faculté de succéder: on dit succéder, car c'est, à titre de succession, que les enfans naturels recueillent dans les biens de leurs père & mère la portion qui leur a été assignée par la loi. dans cet état de choses, on a cru que les père & mère naturels devaient aussi succéder à leurs enfans, lorsqu'ils décédaient sans postérité.

Cette décision est diamétralement contraire à ce qui s'observait à cet égard avant le nouvel ordre de choses; alors c'était le roi qui recueillait les biens des enfans naturels, à moins qu'ils ne fussent nés dans la terre d'un seigneur haut-justicier, qu'ils n'y eussent été domiciliés pendant leur vie, & qu'ils n'y fussent décédés; auquel cas ce seigneur en héritait. telle est la doctrine de tous les auteurs sur ce point.

art. 766.

On voit ici, pour ainsi dire, deux ordres de succession au même individu, dans le cas où les père & mère naturels meurent avant lui, les frères & sœurs légitimes sont appellés à recueillir les biens ~~de~~ que leurs père & mère avaient donnés à l'enfant naturel, si les biens se trouvent encore en nature, ou le prix, s'il est encore dû. quant aux autres biens, ils passent aux frères & sœurs naturels, ou à leurs descendans: ces derniers mots vous font assez comprendre que les frères & sœurs légitimes, dont il est parlé dans la première partie de l'article, doivent s'entendre des enfans du même ~~père~~ père ou de la même mère, nés en légitime mariage, quoiqu'ils soient très improprement frères ou sœurs de l'enfant naturel. malgré cela, dans l'ordre successif actuel, ils sont préférés aux frères & sœurs naturels pour l'espèce de biens, dont parle la première partie de l'art, car pour les autres biens, ceux-ci leur sont préférés, ainsi que leurs descendans. Au surplus, je vous ferai connaître dans l'explication orale plusieurs difficultés qui naissent du nouvel ordre de choses en matière de successions dans lesquelles les enfans naturels ont intérêt, ainsi que de la loi transitoire du 14 floréal an 11, qui a tranché plusieurs difficultés que les tribunaux avaient jusques là diversement jugées.

Sect. 2 —

des droits du conjoint survivant, & du Gouvernement.

art. 767 & 768.

Les dispositions renfermées dans ces articles, sont prises dans le droit romain.

l'authentique praeterea, cod. unde vir & ux. avait déterminé la quotité des biens que pouvait réclamer la femme, dans la succession de son mari, soit en propriété, soit en usufruit, suivant la diversité des cas où elle se trouvait; et pendant un tems, on en a suivi la décision dans les pays de droit écrit, mais enfin on s'apperçut que cette authentique s'était écartée du droit établi par les nov. 53 & 74 qui exigeaient que la femme, pour réclamer la quarte, eût été prise sans dot & par pure affection, & la jurisp. était maintenant fixée à n'accorder à la femme qu'une pension sur les biens de son mari, lorsque celui-ci était décédé riche, & que la femme n'avait qu'une très modique fortune.

il y en a deux arrêts récens qui l'ont ainsi décidé: l'un fut rendu le 5 juin 1765, en la deuxième chambre des enquêtes du pays de toulouse, après deux partages, rapporteur mr. de novital, mr. de cantalauze compartiteur, en faveur des hers du sr. négre, négociant de nîmes contre la delle meynadier, veuve négre, & l'autre en faveur de la dame estribot, épouse manent, contre la delle foquet veuve de laurent estribot. lors de ce dernier arrêt qui fut rendu, le 14 janvier 1789, en la première chambre des enquêtes au rapport de mr. Bonhomme-dupin, j'écrivais pour la dame manent qui fit réformer la sentence du sénéchal, par laquelle il avait été adjugé à la delle foquet, veuve estribot, le quart de la succession de son mari, si mieux n'aimaient les hers de celui-ci lui payer une pension annuelle de 1200 lt.

dans l'espèce de ce même arrêt, il était convenu que la succession portait à plus de 40000 lt., & la veuve n'avait eu que 100 lt. de dot. malgré cela, on ne crut pas devoir lui adjuger la quarte; mais l'arrêt obligea les hers à lui payer une pension annuelle de 300 lt.

dans l'ordre actuel des choses, il n'est pas douteux que la femme ne pourrait plus réclamer à ce titre une portion des biens de son mari nous pensons néanmoins que, si elle était dans une telle position qu'elle fut obligée de traîner dans l'indigence le nom qu'elle tenait de lui, ses hers seraient tenus de lui fournir une pension, pour lui tenir lieu d'aliments, & que cette pension devrait être plus ou moins forte, suivant l'état dont elle avait joui pendant le cours de son mariage et la proportion des facultés de son époux.

vous devez observer que la loi n'appelle réciproquement les conjoints à leur succession respective, qu'autant qu'il n'a point été prononcé de divorce entre eux. ces mots conjoints non divorcés, qu'on lit dans l'art. paraissent absolus & n'être pas même susceptibles de tempérament dans le cas où c'est le demandeur en divorce pour cause déterminé qui survit à celui qui a rendu cette démarche nécessaire. on doit néanmoins convenir qu'il y aurait une espèce d'injustice à l'entendre ainsi, car ce serait punir le conjoint survivant des torts graves que l'autre conjoint a eus envers lui,

Quant à la séparation de corps et d'habitation, elle est incapable d'opérer la cessation de cette sorte de succession, parce qu'elle ne dissout aucunement le mariage, comme fait le divorce: remarquez encore que nos lois se sont conformées aux dispositions du droit romain sur l'hérédité. Code de bon. vacant. lorsqu'elles ont décidé que la république ne succédait qu'en défaut de tous autres héritiers, mais elles excluent les parents du défunt qui se trouveraient au-delà du douzième degré, parce que le code ne comprend pas dans le nombre des successibles, comme nous l'avons déjà dit ailleurs.

art. 769, 770, 771 & 772.

Ces divers art. n'exigent point de discussion particulière, comme se bornant à prescrire l'observation de quelques formalités, dont l'omission pourrait être funeste aux héritiers légitimes qui ne se seraient présentés assez tard pour recueillir la succession; tout ce qu'il importe de savoir, c'est que la caution qu'est obligé de donner l'époux survivant, est déchargée après le délai de trois années: il ne faut pour cela qu'après l'expiration de ce délai aucune réclamation de la part des héritiers légitimes forme contre lui une fin de non-recevoir qui s'oppose aux succès de la demande en délaissement qu'ils pourraient intenter dans la suite. il faudrait pour cela que leur silence eût duré 30 ans à compter de l'ouverture de la succession.

mais il y a quelque difficulté, quant aux fruits, que le conjoint survivant ou le domaine auraient perçus avant la réclamation des parents successibles. la rigueur des principes est en faveur de l'héritier légitime, parce que les fruits font partie de l'hérédité et qu'ils en augmentent la consistance; fructus augent hereditatem mais l'équité n'est pas bien d'accord avec cette rigueur, & sans doute qu'il est que si le conjoint survivant ou le domaine avaient rempli toutes les formalités prescrites par la loi, ils n'obtiendront l'un & l'autre, à cause de leur bonne foi, d'être déchargés de toute comptabilité des fruits perçus avant l'introduction de l'instance, à compter néanmoins de l'expiration des trois premières années.

art. 773.

Il était tout naturel qu'on exigeât des enfants nés hors mariage les mêmes précautions dont l'exécution était déjà commandée au conjoint survivant & au domaine; quoique ceux-ci ne soient appelés qu'après les autres, il n'est pas moins vrai qu'ils sont toujours des successeurs irréguliers, & comme leur hérédité n'est abandonnée à l'existence, ou non existence des héritiers légitimes, les règles de l'équité exigeaient qu'on prît toutes les mesures propres à conserver aux héritiers légitimes l'utilité de la succession qui leur appartient au terme du droit commun. nous renvoyons à l'application quel serait le sort des aliénations des effets héréditaires que pourrait faire

le Conjoint survivant & le Domaine, avant la réclamation des héritiers.

Chap. 5.

De l'acceptation & de la répudiation des successions.

Sect. 1.

De l'acceptation.

Art. 774 & 775.

Me Furgole, en son traité des testamens, a très bien expliqué la maxime, le mort saisit le vif, & celle, nul n'est héritier, s'il ne veut, qui semblent s'opposer l'une à l'autre: la 1ere a consacré en ceci il a investi les héritiers légitimes de la succession du défunt, dès l'instant de son décès, lorsque celui-ci n'a pas voulu qu'un homme fut, malgré lui héritier d'un autre. nous renvoyons à l'explication de quelques-uns des articles suivans quelles sont les conditions requises pour qu'une acceptation, ou une répudiation puissent être valablement faites.

Art. 776.

C'est là une suite nécessaire du contenu aux art. 217 & 218 du code qui prohibent aux femmes, même non communes, la faculté de disposer, hypothéquer ou acquérir, même à titre gratuit. il en est de même des successions échues aux mineurs & aux interdits: la manière en laquelle il doit être procédé, en pareille occurrence, a été déterminée par la loi. de la Minorité, de la tutelle & de l'émancipation; ce qui nous dispense d'en parler ici.

Art. 777.

La loi, par salutaire prévoyance, investit de la succession celui qui se trouve dans le degré de parenté le plus rapproché du défunt, ce qui a donné lieu à la maxime, le mort saisit le vif: néanmoins cet investissement n'est autre chose que, bon gré, mal gré, le plus proche parent devient héritier, & qu'en cette qualité, il soit tenu d'acquitter les charges de la succession. il peut s'en affranchir par la manifestation d'une volonté contraire, mais il faut que cette manifestation prouve avec certitude la qualité dont la loi l'avait revêtu. Et si après avoir répudié la succession, il la reprend dans le délai car s'il est parmis de la faire, cette reprise ou acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession.

Art. 778.

Me Arabot, dans son traité des successions, et sur notre art. Excepte les lettres missives du nombre des pièces qui doivent être regardées comme acte privé. cette opinion est erronée: on doit regarder, comme acte privé, toute pièce non authentique; or comme les lettres missives ne sont pas telles, il s'ensuit qu'on

doit les regarder comme des actes privés : au surplus vous trouverez dans le traité des testam. de mr. furgole, chap. 10, sect. 1, n° 91 & suiv. tout ce qu'on peut désirer de connaître sur la question de savoir quels sont les actes dont on peut déduire l'acceptation d'une hérédité il y établit quatre règles sûres qui sont, dit-il, comme la clef de cette matière importante, & en ne les perdant jamais de vuë, on se trouve en état de prononcer sur les nombreuses difficultés qui en résultent.

art. 779.

mr. furgole, au lieu cité, vous apprendra comment cet art. doit être entendu, par le développement qu'il a fait de ce qui n'appartient qu'à une simple administration, par opposition à ce qui ne peut être fait qu'autant qu'on est revêtu de la qualité d'hér.

art. 780.

On ne peut donner, vendre, ou hypothéquer que ce dont on a la propriété; lors donc qu'après la mort d'une personne, celui que la loi appelle pour lui succéder, dispose des effets héréditaires, à quelqu'un de ces titres, il fait évidemment acte d'hér; il en est de même, s'il renonce en faveur d'un ou de plusieurs de ses co-hérs, car par cela même qu'il investit les uns de sa portion de propriété dont il ne veut point, il en exclud les autres, qui, dans le cas d'une renonciation pure & simple, auraient profité d'une partie de sa propriété : or il ne peut ainsi investir & s'exclure qu'en se portant pour hér. car, sans cela, il n'aurait pas été en son pouvoir de le faire.

art. 781.

L'hér légitime étant saisi par la force de la loi, et ne pouvant être écarté, comme nous l'avons déjà dit, que par la manifestation d'une volonté contraire à celle de la loi, il est évident que si cet hér vient à mourir, avant d'avoir accepté ou répudié, il transmet à ses hérs tous les droits qu'il avait à cet égard, en sorte que ceux-ci peuvent faire tout ce que leur auteur aurait pû faire lui-même.

art. 782.

on a cru devoir s'écarter ici de l'ancienne jurisp. qui, en pareille occurrence, voulait que les hérs fissent ce que le défunt aurait probablement fait lui-même dans son intérêt : le parti qui a été pris est le plus sage, car il obvie à toutes les contestations qui auraient pû s'élever entre les hérs dont les uns auraient voulu accepter, & les autres répudier. L'hérédité doit à la vérité être acceptée mais elle ne doit l'être que sous bénéfice d'inventaire; par où

les droits des co-hers n'éprouvent aucune atteinte.

art. 783.

La loi 4, cod. de repud. vel abstin. hæred. décide formellement que le majeur qui a une fois accepté, ne peut plus répudier: cette règle a néanmoins ses exceptions, lorsque, par exemple, un her légitime a été induit par dol à accepter une hérédité, il peut attaquer son acceptation parce que le dol est une exception à toutes les règles. mais il faut pour cela qu'il soit bien justifié, & c'est d'après les circonstances qui ont précédé son acceptation, que le juge doit se décider à accueillir ou à rejeter sa réclamation. notre art. nous donne encore un autre exemple de la faculté qu'a le majeur de réclamer une acceptation faite en majorité, lors même qu'il n'est point intervenu du dol à l'encontre de l'her légitime. c'est celui où les hers auraient découvert un testament dont les dispoons le priveraient de plus de la moitié de la succession. si ce cas particulier est hors des règles ordinaires qui n'admettent point la lésion, en matière d'acceptation d'hérédité, il est au moins très conforme à celles de l'équité qui n'a jamais permis qu'un homme fût la dupe de sa bonne foi, lors surtout que les circonstances l'ont autorisé à penser qu'il n'existait aucune dispoon, comme s'il avait fait chez les notaires les recherches convenables pour s'en assurer et sans en découvrir aucune; encore même faut-il que l'her se trouve lésé de plus de moitié par la découverte d'un testament. Car si la lésion n'allait pas jusques là, l'her l'invoquerait vainement pour s'affranchir des suites de son acceptation; par où vous devez demeurer convaincus combien il importe de n'accepter des successions que sous bénéfice d'inventaire.

Sect. 2.

de la rénonciation aux successions —

art. 784.

nous avons vu plus haut qu'en vertu de la maxime, le mort saisit le vif, l'her le plus proche habile à succéder, était investi de la succession par la force de la loi: lors donc qu'un her légitime veut s'affranchir des engagemens que déverserait sur lui cette qualité, il doit manifester l'intention où il est, de renoncer à la succession, & s'appliquer ainsi l'autre maxime qui porte, n'est her qui ne veut: mais comme cette manifestation doit produire un effet contraire au droit commun, il faut qu'il n'y ait rien de louche dans la manière dont elle est faite, & les présomptions ne peuvent rien en cette matière.

Vous devez observer qu'afin que la rénonciation soit valable, la succession doit être réellement ouverte, car si elle avait été seulement reputée telle, & qu'elle ne le fût réellement pas

à l'époque de la renonciation, cette renonciation serait comme non avenue. Au reste, il serait superflu de rappeller ici ce que nous avons déjà dit des successions ouvertes aux mineurs et aux interdits; ce serait tomber dans des répétitions inutiles.

Avant le code, l'usage général en France, était de faire rédiger acte par un notaire des renonciations aux successions; quoique ces actes fussent publics, l'homme le plus attentif pouvait n'en être point informé, et cette ignorance pouvait amener des résultats fâcheux. On a voulu éviter ces inconvéniens, et pour y parvenir, il a été décidé que les renonciations de cette espèce, ne pourraient plus être faites qu'au greffe du tribunal de première instance, dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte, et dans un registre tenu à cet effet: ainsi rien n'est plus facile aujourd'hui que de savoir si une succession a été répudiée, ou si elle est encore sur la tête de l'héritier légitime ou institué.

art. 785 & 786.

Le premier de ces art. est conforme à l'ancienne juris. d'après laquelle, en exécution de l'art. 37 du tit. 1 de l'ord.ce de 1667, concernant les substitutions, celui qui avait répudié la disposition faite en sa faveur, ne serait pas nommé pour la computation des personnes appellées à recueillir un fidéicommis: cette juris. était basée sur les dispositions de la loi 34, ff. ad leg. aquil. où l'on voit que ceux nous avons répudié, est censé ne nous avoir jamais appartenu, quod repudiatur, retro nostrum fuisse non intelligitur. Voilà pourquoi il en est de celui qui prend la place du renonçant comme s'il, dans le fait, il avait été le premier à recueillir la succession du défunt.

Quant au second, il est conçu d'une manière très simple et très claire, mais il appartient à une matière qui a toujours été regardée comme l'une des plus difficiles, le droit d'accroissement: rien ne serait plus facile que de faire ici une très savante dissertation sur cette espèce de droit; il nous suffira de rappeller une partie de ce qu'en a dit m.re Furgole, magistrat en son traité des testamens, tom. 3, chap. 9, depuis la pag. 1 jusques à la 73.e de l'édition de 1779, mais nous nous bornerons à vous l'indiquer pour vous mettre à portée de vous éclaircir sur les diverses difficultés qu'offre cette matière. Nous ferons seulement observer que le droit d'accroissement n'a lieu qu'en faveur de ceux des parens qui appartiennent à la même ligne dans laquelle se trouve le renonçant, et qu'il ne peut profiter aux parens de l'autre ligne, qui auraient que la dévolution n'opérerait; c'est-à-dire, qu'il n'y aurait point de parens successibles, dans la ligne où se trouve le renonçant.

art. 787.

La rénonciation rendant celui qui l'a faite, étranger à la succession il en est tout de même que si le renonçant n'eût jamais été appellé à la recueillir en tout, ni en partie; voilà pourquoi, s'il avait des co-hêrs, ceux-ci prennent l'entière succession, comme s'ils eussent été seuls appellés; mais on aurait pû douter, s'il devait en être de même dans le cas où le renonçant était seul hêr de son dégré, & si ses enfans ne devaient pas le représenter: notre art. a décidé contre la représentation parce que les enfans viennent alors de leur chef propre.

art. 788.

Les parl. des pays de droit écrit, s'étaient écartés des dispoons des lois romaines qui avaient établi une différence entre aliéner ce qu'on avait déja, & négliger d'acquérir ce qu'on ne possédait point encore. elles décidaient qu'un débiteur pouvait omettre d'acquérir, sans que ses créanciers pussent s'en plaindre, & sans qu'on pût l'inculper de fraude il n'en était pas de même en france; l'omission d'augmenter son patrimoine, lorsqu'on en avait la faculté, était regardée de même oeil, que la diminution effective de ce même patrimoine. telle était la jurisp. de tous les tribunaux, tant des pays coutumiers, que des pays de droit Ecrit, comme on le voit ~~en m~~ dans mr. furgole, en son traité des testamens, chap. 10, sect. 2, nº. 46, où il cite une foule d'autres auteurs.

Notre art. confirme cette jurisp. en autorisant les créanciers à accepter la succession au lieu & place de leur débiteur; mais ils ne peuvent le faire, qu'après y avoir été autorisés par la justice, & comme la rénonciation rend son auteur étranger à la succession, s'il arrivait que, payement fait de toutes les dettes, il y eût un résidu, cette circonstance ne fournirait au renonçant aucun droit sur ce même résidu dont la propriété serait dévolue à ceux des parens qui, dans l'ordre des successions, se trouveraient placés après le renonçant.

observez encore que, malgré l'investissement que se procurent les créanciers, en demandant à la justice de les autoriser à accepter la succession, à la place de leur débiteur, ils ne sont pourtant pas hêrs proprement dits, & ils ne sont tenus d'aucune des charges attachées à cette qualité: voilà pourquoi la loi n'a pas voulu qu'ils pussent profiter du résidu, s'il s'en trouvait, après qu'il a été pourvu au payement de toutes les dettes.

art. 789.

Le délai, dont parle cet art., est celui de 30 années, c'est le plus long que le code ait déterminé pour la prescription En l'art. 2262. s'ensuit-il que l'hêr naturel qui aurait laissé s'écouler 30 ans, sans réclamer une succession, fût inhibé d'en former la demande, après

ce terme? nous pensons qu'on doit distinguer le cas où la succession serait passée dans les mains d'un curateur, d'avec celui où quelque parent à un dégré plus éloigné du défunt, ou bien un étranger, s'en serait emparé: dans le premier cas, notre opinion serait que le laps de 30 ans n'opérerait aucune fin de non-recevoir contre l'hér naturel, & que celui-ci n'aurait point perdu par ce délai le droit de réclamer la succession qui serait toujours restée dans les mains du curateur; mais que, dans le second cas, il serait déchu de tout droit à cette même succession.

Au Reste, il ne faut pas croire que la faculté de répudier qui est bornée à 30 années par notre art., opère l'effet de rendre, après ce délai, l'hér naturel obligé envers les créanciers de la succession; s'il est investi par la maxime, le mort saisit le vif, & si, après les délais fixés par la loi, il peut être poursuivi en paiement des dettes du défunt, il peut aussi s'affranchir de toute poursuite, en ne faisant aucun acte d'hér, soit expressement, soit tacitement, & cet affranchissement a sa base dans la maxime, nul n'est hér, s'il ne veut. on peut voir ce qu'en dit mr furgole, en son traité des testamens, tom. 3, chap. 10, Sect. 1, n° 15, où il enseigne que la translation de l'hérédité ne lie par l'hér envers les créanciers & les légataires, & que ce n'est que par l'adition qui renferme un quasi-contrat, que se forme cette obligaon, aux termes du §. 5, aux institutes, de oblig. quæ ex quasi-cont. nasc. ces deux maximes sont encore mieux développées par le même auteur; au chap. 10, Sect. 1, n° 156.

nous ajoutons que l'explicaon de la première partie de notre art, est basée sur la doctrine de mr furgole, au lieu précité, & que cette doctrine a été consacré par deux arrêts récemment rendus au parl. de toulouse, l'un le 1er 7bre 1770, en la 3me chambre des enquêtes en faveur du sr de Lavaur contre la dame de vignals, & l'autre le 26 avril 1784, après partage, rapporteur mr de rey, & mr de portes compartiteur, en faveur de la dame de pins, contre le sr seigla. on en trouve un semblable du 5 mars 1731, dans le journal du palais de toulouse, sous cette date.

art. 790.

suivant le droit romain, les enfans hérs siens étaient les seuls qui fussent autorisés à reprendre la succession qu'ils avaient déjà répudiée, ou à mieux dire, dont ils s'étaient abstenus, pourvû néanmoins que les choses fussent entières, lors de la reprise. tous autres qu'eux qui, en majorité, auraient renoncé à la succession, étaient inhibés de la reprendre, aux termes de la loi 4, cod. de repud. vel acq. hæred. — Notre art. a rendu commun aux hérs étrangers, le droit qui n'avait été introduit qu'en faveur des enfans, & toute espèce d'hérs pourront

désormais reprendre une hérédité qu'ils auront répudiée, pourvu que dans l'intervalle de la renonciation à la demande en reprise, d'autres héritiers ne l'aient point déjà acceptée.

car notre autre héritier, ~~s'est~~ fait une difficulté: devra-t-on regarder une succession, comme acceptée au préjudice du renonçant, lorsque le fisc, le né hors du mariage, ou le conjoint survivant, ou bien le domaine public, auraient demandé et obtenu l'envoi en possession de cette même succession? Si l'on en croit aux auteurs de notre ancien droit français, l'hérédité ne sera point répudiée. Acceptée, ils c'est le fisc qui a obtenu cet envoi; mais elle sera répudiée. Celle, si l'envoi en possession a été obtenu par l'enfant naturel ou par le conjoint survivant.

cette distinction nous paraît dénuée de fondement: elle contrarie même l'intention dans laquelle est conçu notre art.; en effet, il a fait dépendre l'exclusion de la faculté de reprendre, d'un fait de l'acceptation de l'hérédité par d'autres héritiers; il faut par conséquent que l'acceptation soit faite par d'autres héritiers, pourqu'elle soit capable d'opérer l'effet que la loi y a attaché; lorsque donc cette acceptation a été faite par tout autre que des héritiers, il en arrive de même que s'il n'en fut intervenu aucune; or l'enfant naturel et le conjoint survivant ne sont pas plus héritiers que ne l'est le domaine public: ils ne sont ni par eux, ni par leurs auteurs investis de cette qualité; ils marchent tous dans une ligne autre que celle des héritiers: cela posé, la loi déclarant expressément que les enfants naturels ne sont point héritiers, quoiqu'elle leur donne la préférence sur le conjoint survivant, et sur le fisc, il s'ensuit que ceux-ci ne le sont pas non plus, et que leur acceptation ne porte aucun obstacle à l'exercice du droit du renonçant, qui ne peut être écarté de la reprise, que par une acceptation des héritiers faite par d'autres héritiers: notre art. présente encore beaucoup d'autres difficultés, dont nous vous donnerons verbalement la solution.

art. 791. V. l'art. 1600 inf.

Notre art. ramène les choses aux termes du droit naturel que les lois romaines avaient consacré #: tous les enfants doivent être également chers aux auteurs de leurs jours, les filles comme les mâles, les cadets comme les aînés: cependant par un usage, dont la bizarrerie n'est pas aisée à concevoir, et qui s'était presque universellement établi en France, on déclarait valables les renonciations que les filles faisaient dans leur contrat de mariage, à toute autre droits sur la succession de leurs père et mère, moyennant le don qu'on leur en faisait alors, quel qu'il fut, eut-il été de la plus grande modicité

Leg. 3, cod. de collatoriis.

l'ambition était le ppal mobile de ce procédé, le désir de donner du lustre à une maison naissante, ou de conserver celui qu'elle avait déja, lustre qui ne se soutient guères qu'à l'aide de la fortune, étouffait dans la plupart des hommes tout autre sentiment même ceux que la nature grava dans leur cœur, & les pères sacrifiaient la plus grande partie de leur famille à un seul de ses membres. des motifs de cette espèce, étaient trop puérils pour trouver grace devant un législateur sage & éclairé; qui a rendu à la nature tous ses droits indignement méconnus; & désormais toute aliénation de droits éventuels sur une succession, sera regardée comme non-avenue. (Leg. ult. cod. de pact. maynard, liv. 2, chap. 70, ricard, des substit. trait. 3, chap. 9, sect. 3, part. 1, n.° 698. art. 792. journ. du pal. de toulouse, t. 6, p. 205, ard. du 19 fév. 1740.

M.e furgole, en son traité des testam. tom. 1, chap. 6, sect. 3, N.° 182 & suivans, agite la question de savoir quelle est la peine qui devait être infligée à l'hér. qui s'est rendu coupable de récélé. il y rapporte la jurisp. de plusieurs parl. sur cette question, qui méritait, dit-il, d'être décidée par une loi du prince, pour faire cesser le doute & la variété des opinions. cette question s'étant présentée au parl. de toulouse, en l'année 1740, il intervint un partage d'opinions qui ne fut pas vidé, parce que les parties finirent par un accord: l'un des avis était de condamner l'auteur du récélé à la restitution de la valeur des objets soustraits; l'autre était de déclarer l'hér. déchu du bénéfice d'inventaire: notre code a adopté cette dernière opinion; en quoi il s'est conformé à la jurisp. du parl. de paris attestée par louet, lett. H, somm. 24. plusieurs autres auteurs, tels que le président faber, liv. 6, tit. 11, déf. 20, de son code, ont enseigné la même doctrine.

Ce n'est pas tout: outre le danger résultant de la privation du bénéfice d'inventaire qui peut assujétir l'auteur du récélé au paiement des dettes, ultra vires hæreditatis, notre art. le déclare encore privé de toute participation aux objets divertis ou récélés, quoique investi de la succession; en quoi il adopte la décision des lois 6, ff. de his qu. ut ind. auf. & 48, ff. ad s. c. trebell. dont le parl. de toulouse s'était écarté: au surplus, ce que nous venons de dire n'est applicable qu'au récélé ou divertissement d'effets commis antérieurement à la rénonciation; car, s'ils étaient faits à une époque postérieure, ce serait un véritable larcin, en punition duquel la voie criminelle pourrait être employée.

Sect. 3.

Du bénéfice d'inventaire, de ses effets, & de l'obligation de l'héritier bénéficiaire.

art. 793.

Dans l'ancien droit romain, il suffisait de la simple déclaration de l'hér qu'il n'entendait être hér que sous bénéfice d'inventaire, pour qu'il fut affranchi des charges qui sont la suite de l'acceptation pure & simple. notre art. a cru cette manifestation de volonté insuffisante; il a voulu que cette déclaration fut consignée dans un registre tenu à cet effet au Greffe du trib. civil, dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte. quant aux effets de l'acceptation faite sous bénéfice d'inventaire, ils sont absolument les mêmes que ceux de l'acceptation pure & simple, dans l'intérêt de l'hér, mais non pas dans l'intérêt des créanciers qui n'acquièrent par cette acceptation aucun droit sur les biens propres de l'hér, lorsqu'il ne se trouve pas dans la succession de quoi fournir au payement des dettes dont elle est grevée: il est aisé de sentir combien il serait imprudent de ne point user de ce bénéfice, puisqu'il procure à l'hér les mêmes avantages que l'acceptation pure & simple, sans compromettre sa propre fortune: nous verrons dans l'application s'il dépend du testateur de prohiber toute faction d'inventaire, & quelques-autres questions dont l'examen nous mènerait trop loin; en attendant nous pouvons renvoyer à Que mr. Furgole, tom. 3, chap. 10, sect. 3, n.° 30 de son trait. des testam. prouve d'une manière évidente l'erreur dans laquelle est tombé cujas, sur la loi dernière, cod. de jure delib. lorsqu'il a enseigné que le testateur pouvait défendre toute faction d'inventaire.

art. 794.

C'est tout à la fois en faveur de l'hér & des créanciers ou légataires qu'a été introduit le bénéfice d'inventaire par la loi Scimus, 22, cod. de jur. delib. en faveur de l'hér, à cet égard de ce qu'il est affranchi de tout engagement personnel, & qu'il n'est tenu que secundum vires hereditatis; & en faveur des créanciers ou légataires sous ce rapport qu'ils acquièrent l'assurance que rien de ce qui forme le patrimoine ne sera détourné.

art. 795.

Dans l'ancien droit romain, on ne connaissait pas le bénéfice d'inventaire, comme le remarque mr. Furgole, en son trait. des testam. tom. 2, chap. 7, sect. 1, n.° 62. le droit nouveau l'introduisit, & celui-ci

avait été adopté par le droit français, comme on le voit dans nos ord.ces. Le code n'a fait sur ce point aucune innovation à ce qui se pratiquait en france : l'inventaire devra être fait dans les trois mois à compter de l'ouverture de la succession, & l'hêr jouit encore du délai de 40 jours qui lui sont accordés pour délibérer : mais ce second délai qui réuni au précédent, en forme un total de 4 mois dix jours peut être fort abrégé, puisque le délai pour délibérer, commence à courir du jour de la clôture de l'inventaire, s'il a été terminé avant les trois mois. L'hêr n'a donc quatre mois & dix jours, qu'autant que l'inventaire n'est clos qu'à l'expiration des trois mois qui lui sont accordés pour le faire. Entre autres auteurs qui ont traité cette matière, vous pouvez consulter rodier, sur le tit. précité ; vous y trouverez agitées plusieurs questions dont il serait superflu de s'occuper ici.

Tel était en france l'usage adopté par le code ; mais pour être bien fixés sur cette matière, vous devez savoir que chez les romains il y eût successivement trois procédés divers sur ce point ; 1.° la crétion qui était un délai accordé par le testateur pour délibérer, & qui était ordinairement de 100 jours : le testateur imposait à son hêr la nécessité d'accepter avant l'échéance du délai de la crétion, après lequel il l'exhérédait : la crétion & ses différentes espèces sont expliquées par ulpien, en ses fragments, tit. 22, depuis le §. 24 jusques & inclus le §. 31.

2.° le droit de délibérer, qui était accordé par le preteur, leg. 1, §. 1, ff. de jur. delib. & ce délai lui était arbitraire, §. 2, ibid. sur quoi il faut voir pérézius, sur le tit. du code, de jure delib.

3.° l'inventaire : ce moyen est de la création de l'empereur justinien qui en a réglé la forme & les effets par la loi, 22, cod. de jur. delib. et par la nov. 1, chap. 2. avant l'introduction de l'inventaire l'hêr devait, dans le délai de la crétion, ou dans celui que le preteur lui donnait pour délibérer, accepter ou répudier l'hérédité mais d'une fois qu'il avait accepté, il était tenu des dettes ultra vires, & ne pouvait plus répudier.

L'inventaire fut un expédient inventé pour que l'hêr pût gérer les biens de l'hérédité, sans risquer d'être tenu ultra vires et pour empêcher les répudiations : celui qui avait fait inventaire, était à l'abri, de plein droit, & il n'avait aucun délai pour délibérer, §. 6, instit. de hared. qual. & diff. la loi 22 cod. de jure delib. l'abrogea, & le §. 14, décida que celui qui demandait un délai pour délibérer, ne pouvait pas jouir du bénéfice d'inventaire ; par l'usage de france, on a pris du droit

Romain, la faculté de faire inventaire, & l'on y ajoint le droit de délibérer, par où l'on a confondu l'ancien & le nouveau droit. Avec cette différence que le délai pour délibérer a été fixé à trente jours, au lieu que par le droit ancien des romains, il était arbitraire. Le délai pour délibérer est mis au rang des exceptions dilatoires, en sorte qu'il suspend l'exercice des actions contre l'hér, jusqu'à ce qu'il soit expiré; Ley. 22, §. 11, cod. de jur. delib. Le bail à libération n'est pas une formalité nécessaire pour ajouter de l'assurance à l'inventaire.

Nous avons cru devoir vous donner ces notions sur l'ancien & le nouveau droit des romains, relativement à cet objet; elles vous fourniront les moyens d'appliquer quelques difficultés qui se présenteront à vous, dans le cours de vos études sur cette matière.

art. 796.

Notre art. dont l'explication paraît fort aisée, ne l'est pourtant pas autant qu'on pourroit le penser, lorsqu'on revient sur le contenu en l'art. 779. en effet, ce dernier défend de regarder comme opérant addition d'hérédité, les actes purement conservatoires de surveillance, & d'administration provisoire, quand on n'a pas pris la litre d'hér, & n'ajoute point que ces actes devront être faits d'autorité de justice; il ne faut donc pas y suppléer cette formalité.

Celui-ci veut qu'avant l'échéance du délai qui lui est accordé pour faire inventaire & pour délibérer, l'hér puisse procéder à la vente des objets susceptibles de dépérissement, ou dispendieux à conserver, mais il exige que dans ce cas, il en obtienne l'autorisation de la justice, & que la vente en soit faite par un officier public après affiches & des proclamations.

Rien ne sauroit dispenser l'hér de l'obligation que lui impose cet art., il est conçu d'une manière impérative & très claire pour ne laisser matière à aucun doute: mais alors, comment devra être entendu l'art. 779? devra-t-on, pour en invoquer utilement les dispositions, obtenir la même autorisation dont parle l'art. 796; ou bien, en restreignant celui-ci par celui pour lequel il est fait, devra-t-on dire que dans tous autres cas, l'hér n'a nullement besoin de l'autorisation de la justice? nous croyons que toute peine se concilie, en disant que l'autorisation de la justice n'est requise que lorsqu'il s'agit d'une vente à faire pendant le délai accordé pour faire inventaire & pour délibérer, qui est le cas prévu par l'art. 796, mais qu'elle n'est pas nécessaire lorsque, hors de ce délai, l'hér, soit légitime, soit institué, fait quelques actes dont on prétendroit pouvoir induire addition d'hérédité, quoique ces actes fussent purement conservatoires, pourvu néanmoins qu'il n'ait pas pris la qualité d'hér.

art. 797.

il ne faut pas croire que les créanciers aient tellement tellement bien, qu'il ne soit en leur pouvoir de rien faire pendant les délais dont nous venons de parler. rien n'empêche qu'ils ne fassent tout ce qu'ils pourront croire utile à leur intérêt, mais ils excéderaient leur pouvoir, s'ils allaient jusqu'à poursuivre des condamnations. au reste, ils sont tellement autorisés à agir comme nous venons de le dire, que la prescription court contre eux pendant le délai accordé à l'hér pour faire inventaire & pour délibérer.

art. 798 & 799.

ces deux art. ne présentent à faire aucune observation essentielle; ils laissent à l'arbitrage du juge d'accorder ou de refuser un nouveau délai, suivant les circonstances; & la règlent le cas où l'hér est tenu personnellement des dépens; car, suivant le droit commun, c'est à la succession à les supporter, lorsque l'hér justifie que les délais ordinaires ont été insuffisans.

art. 800.

En enjoignant à l'hér l'obligation de faire inventaire, dans les délais fixés par l'art. 795, il semblait naturel que toute faction d'inventaire fut prohibée après ce délai; cependant il n'en est point ainsi; et rien n'empêche qu'un hér soit légitime, soit institué, n'en fasse à une époque postérieure; pourvu néanmoins qu'il n'ait fait aucun acte d'hér, ou qu'il n'ait été rendu contre lui aucun jugement qui l'investisse de la qualité d'hér pur & simple. cette décision est fondée sur la maxime, mul n'est hér, s'il ne veut, qui semble en opposition avec cette autre, le mort saisit le vif, & qui néanmoins se concilie parfaitement: celle-ci investit de l'hérédité les parens les plus proches, mais elle ne les soumet au paiement des dettes, qu'autant qu'ils consentent à être hers, & ce consentement doit résulter de faits qui soient d'une telle nature qu'ils ne puissent avoir été posés, qu'à la suite d'une acceptation expresse ou tacite de l'hérédité: lors donc qu'il n'y a eu ni acceptation expresse, ni tacite de l'hérédité, on ne peut prendre que ceux à qui la loi la défère soient hers, puisqu'ils ne l'ont manifestée l'intention de l'être: la seule différence qu'il y a entre l'hér qui a fait inventaire dans les trois mois, & celui qui a laissé passer ce délai, sans en faire, c'est que tous les actes émanés de l'hér qui a fait inventaire, se rapportant à cet inventaire, ne l'assujettissent pas ultra vires, au lieu que celui qui, après le délai de trois mois & de la jouissance pour délibérer, s'immiscerait dans l'hérédité, sans avoir fait inventaire, demeurerait exposé

aux poursuites de tous les créanciers, & qu'il serait traité comme hêr pur & simple, s'il fesait quelque acte constitutif d'une acceptation expresse ou tacite.

art. 801.

nous avons déja fait sur l'art. 792 des observations que celui-ci prévenait à faire.

art. 802.

L. 22, §. 9, Cod. de jur. delib. Furgole, des testam. Ch. 10, Sect. 10, n°. 37 –

nos réflexions sur l'art. 800 ci-dessus, vous ont déja fait connaître tout ce qu'il y aurait eu à dire ici : il est cependant bon de vous faire observer que le code ne fesant exception en faveur de personne, relativement à la nécessité de faire inventaire, il y a lieu de croire qu'on s'écarterait aujourd'hui de la jurisp. du parl. de toulouse, où l'on jugeait que la femme ne confondait pas pour sa dot, non plus que le légitimaire, pour ses droits, quoiqu'ils n'eussent point fait inventaire. déja un arrêt rendu en la seconde chambre des enquêtes de ce parl., au rapport de mr. Courtois, avait décidé, le 28 juin 1749, en faveur du sr. Bayle, créancier du sr. fabré, que la d.elle Mariette veuve & hêre de ce dernier, laquelle avait accepté sa succession sans faire inventaire, ne conservait pas sa dot qui demeurait affectée & hypothéquée aux créanciers de son mari, raison de plus pour se convaincre qu'on n'admettrait pas dorénavant l'ancienne jurisp. sur cette question.

art. 803 & 804.

il suffit de lire ces deux art. pour connaître toute l'étendue des dispoons qu'ils renferment.

art. 805 & 806.

Les auteurs n'ont pas été d'accord sur le point de savoir comment devait être considéré l'hêr sous bénéfice d'inventaire ; s'il devait l'être comme simple administrateur, ou comme propriétaire. après avoir établi, d'après la loi, tout ce qui est dans les attributions de l'hêr bénéficiaire, mr. furgole, en son trait. des testam. tom. 3, chap. 10, sect. 3, n°. 61 & 62, s'exprime en ces termes au n°. 63.

" il résulte bien clairement de ce que nous venons de rapporter, que " l'hêr bénéficiaire ne doit pas être considéré comme un simple administrateur, ou comme un curateur, ainsi que l'ont pensé certains auteurs " puisqu'il est propriétaire de l'hérédité, & qu'il doit profiter du " revenant-bon, après le payement des dettes & des legs ; il est un vrai " hêr, mais un hêr d'une cathégorie & d'une espèce différente, particulière & singulière, qui n'a rien de commun avec l'hêr pur " et simple, si ce n'est quant au droit de profiter de l'émolument " de l'hérédité, sans être exposé à aucune perte, ni dommage, en " ses propres biens "

à l'appui de sa doctrine, cet auteur cite la loi 22, §. 4, Cod. de jur. delib.

C'est pourquoi la loi précitée envisageait l'hêr bénéficiaire comme propriétaire, & qu'elle lui donnait la faculté de passer ceux des créanciers qui se présentaient les premiers pour recevoir leur dû, sans qu'il fût obligé d'examiner s'ils étaient les premiers

en hypothèque du privilège.

Quoi qu'il en soit de ce qui se passait à cet égard dans les pays de Droit Ecrit, il est certain que la loi 22, §. 4, cod. de jur. delib. n'était pas observée dans les pays coutumiers, et qu'il y était défendu d'intervertir l'ordre des créanciers; faute de quoi, l'hér. Bénéficiaire devenait responsable des payemens par lui faits, comme le remarque Ferrière sur la coutume de Paris, art. 341. Voilà pourquoi le code qui a donné la préférence au procédé qui s'observait dans les pays coutumiers, a assujetti l'hér. bénéficiaire à l'observation des formalités y prescrites par nos art.; ainsi désormais, il ne pourra plus vendre à son gré, ni les meubles, ni les immeubles de la succession, sans s'être conformé à tout ce qu'ils exigent, & la nullité des ventes est la suite inévitable de la contravention.

art. 807.

C'est pour que les créanciers ne soient point frustrés de ce qui leur est dû, que le code a pris les précautions dont parle notre art. mais on doit observer qu'il ne suffirait pas qu'un seul créancier, ou un seul légataire exigeât cette caution; on doit raisonnablement supposer que si l'hér. Bénéficiaire avait sa fortune dans un tel état de délabrement, qu'elle ne fournit pas une garantie suffisante pour la représentation des deniers provenus de la vente du mobilier, ou du prix des immeubles non délégué aux créanciers; ceux-ci, ainsi que les légataires s'accorderaient pour exiger de lui une caution: le défaut de réclamation à cet égard, du plus grand nombre des créanciers, eu égard au montant de la créance totale, ne pourrait donc que faire regarder de mauvais œil la demande contraire faite par ceux qui y auraient un moindre intérêt. —

art. 808.

Le mot opposans, dont se sert notre art. doit être entendu des opposans qui s'étaient les créanciers entre les mains de l'hér. dans le pays de Toulouse, ces oppositions étaient connues sous le nom de Bannimens. S'il était naturel que l'hér. ne payât pas, au préjudice d'un bannimens faits entre ses mains, il n'était pas juste non plus qu'il payât les Bannis-sans, au préjudice d'autres créanciers dont le titre était Antérieur: voilà pourquoi dans cette circonstance, l'hér. a les mains liées il ne doit plus payer que dans l'ordre & la manière réglés par le juge A moins que les créanciers n'eussent eux-mêmes réglé cet ordre; Auquel cas, nul autre ne pourrait s'en plaindre, l'hér. devrait s'y Conformer dans son payement: mais, s'il n'existe point d'opposans, la loi laisse le juge chargé dans les termes du droit commun, d'après lequel l'hér. Bénéficiaire est tenu de payer les créanciers & les légataires, à mesure qu'ils se présentent, suivant la loi 22, cod. de jur. delib.

art. 809.

Nous avons déjà vu que, pour n'être point tenu ultra vires, l'hér devait faire inventaire, & que s'il voulait répudier, il devait rendre compte de la gestion par lui faite; nous avons vu aussi qu'il était le maître de payer les créanciers, à mesure qu'ils se présentent, sans avoir à discuter la priorité de leurs titres, pourvu qu'il n'existe point d'opposition entre ses mains: notre art. prévoit le cas où il se représenterait des créanciers non-opposants, pour réclamer leur dû, après l'apurement du compte & le payement du réliquat, s'il décide que les créanciers n'ont de recours que contre les légataires; encore même, ce recours ne peut-il être exercé que pendant trois ans, à compter de l'apurement du compte & du payement du réliquat.

La raison pourquoi ces créanciers ne peuvent point agir contre les autres créanciers payés avant eux, lorsqu'il n'y a point d'opposants, est prise de la maxime, nulla est repetitio ab eo qui suum recepit.

art. 810.

Il n'était pas juste de faire supporter à l'hér bénéficiaire les frais qu'il a exposés pour la conservation des effets héréditaires, non plus que ceux occasionnés par le compte qu'il en rend; la succession seule devait en être chargée.

Sect. II.

Des Successions Vacantes.

art. 811, 812, 913 & 814.

Cette section est consacrée à déterminer ce que c'est qu'une succession vacante, & à indiquer les formalités à remplir, lorsqu'il y a vacance: le 1er de cet art. semble d'abord s'écarter du contenu aux art. 767 & 768 qui adjugent la succession aux enfans naturels reconnus, ou au conjoint survivant, ou à l'état, lorsqu'il ne se trouve point de parent au degré successible.

En effet, nous avons vu, au tit. des successions irrégulières, que les enfans naturels reconnus ne sont point hérs; le conjoint survivant & l'état ne le sont pas non plus, puisqu'ils ne sont portés à aucune, dans l'ordre des successions: cela posé, la loi déclarant ici que la succession est vacante, & qu'il y a lieu à la nomination d'un curateur, lorsqu'il n'y a point d'hér connu, ou que l'hérédité connue est répudiée, il semble qu'on soit autorisé à dire qu'il doit être nommé un curateur à la succession, lorsque l'enfant naturel reconnu, ou le conjoint, ou l'état, réclament la succession, puisqu'aucun de ceux-ci n'est hér.

Il faut cependant décider le contraire, pour ne pas mettre notre art. en opposition avec les art. 767 & suivans qui déterminent l'ordre

de la succession, & le procédé que doivent garder l'enfant naturel reconnu, le conjoint survivant, & l'état, lorsqu'il n'y a point de parens au degré successible; à la vérité, ceux-ci ne sont point hoirs proprement dits, mais ce n'est par une raison pour ne pas les regarder comme compris dans la dénomination d'hoirs dont parle notre art.; en sous-entendant la qualification d'inégaux, sans cela, il ne serait pas possible de les concilier avec ceux dont nous venons de parler; car art. suivans n'exigent point une application particulière.

Chap. 6.

Du partage & des rapports.

Sect. 1.

De l'action en partage & de sa forme.

art. 815.

On trouve ici les anciens principes du droit, en matière de partage, qui avaient amené la maxime, *Nemo invitus in societate agitur remanet*. Quelque convention contraire qu'on eut pu faire: *quid tamen si hoc convenit ne societate abeatur? elegantèr pomponius scripsit* dit la loi 14, ff. *pro socio*, *frustra hoc convenire*: la l. 2 de la loi 7 ff. *comm. divid.* renferme la même décision, & c'est ainsi que la question fut jugée par un arrêt du 5 8bre 1781, rendu en la 1re chambre des enquêtes, au rapport de mre Giran, en faveur de mre Mathieu & autres ses consorts, pour lesquels j'écrivais, contre les communautés de Vacquières. mais il n'en est point de même pour la convention qui aurait uniquement pour objet de suspendre le partage. mille circonstances utiles à chacun des intéressés peuvent commander cette mesure; & lorsqu'elle a été prise, on doit l'exécuter, à moins que l'époque du partage ne fut renvoyée au delà de cinq années, auquel cas, la convention ne serait point obligatoire pour l'excédant des cinq années: mais si les parties veulent renouveller leur accord sur la suspension du partage, la loi les y autorise.

On peut faire ici la question suivante: la demande en preuve par témoins que les parties sont convenues de partager de telle ou telle autre manière, est-elle admissible? cette convention est du nombre des contrats dont la preuve par témoins est défendue par l'art. 54 de l'ordre de moulins, & par l'art. 2 du titre 20 de l'ordre de 1667, parce que, suivant Boiceau, en son traité de la preuve par témoins, part. 1, chap. 2, ces ordres comprennent tous les contrats qui dérivent du droit civil & du droit des gens: mais lorsque le

partage a été exécuté, la preuve de l'exécution peut en être reçue : charondas, liv. 3, rép. 53, mornac sur la loi 12, cod. famil. ercisc.

il n'y a pas longtems que la question se présente au parl. de toulouse, où elle a été jugée par deux arrêts, l'un rendu le 9 avril 1771, en la première chambre des enquêtes, au rapport de mr. lalo, en faveur de jean bergougnous contre antoine son frère, & l'autre, en la 2e chambre des enquêtes, le 1er 7bre 1784, au rapport de mr. gaillard, en faveur des delles paga sœurs, contre marie henric tutrice de jean paga son fils, qui soutenait que la preuve vocale n'était pas admissible en matière de partage d'hérédité ; j'écrivais dans ce procès pour les delles paga, dont la demande fut accueillie.

art. 816. —

Le cas de cet art. est fort simple : cependant il exige une certaine réflexion, pour en bien prendre le sens. par la manière dont il est conçu, on voit clairement que l'action en partage est sujette à la prescription, & que cette prescription est de 30 ans, comme s'agissant d'une action personnelle ; mais il ne faut pas croire que l'action en partage soit prescrite par le laps de moins de 30 années ; c'est-à-dire, qu'on puisse soutenir qu'il ne peut plus être fait de partage, sous prétexte qu'il s'est passé un temps considérable depuis qu'on a pu en faire ; il faut au contraire entendre l'art. dans ce sens, que le partage peut être réclamé, quand même l'un des co-hêrs aurait joui séparément & pendant longtems de partie des biens de la succession. il semble d'abord que cette jouissance séparée de la part de l'un d'eux, dut faire présumer qu'il avait été déja fait un partage, en exécution duquel ce cohêr avait joui séparément, mais c'est précisément cette présomption que la loi n'admet point, & si la jouissance séparée ne remonte point à 30 années, il en est quant à l'action en partage, tout de même que si tous les intéressés eussent joui par indivis.

nous disons 30 ans, quoique plusieurs auteurs aient pensé qu'après dix ans de possession exercée par quelqu'un des cohêrs, sur partie des biens dépendans de la succession, on devait présumer qu'il avait été déja fait un partage ; mais mornac sur la loi 4, cod. comm. divid. dit que les arrêts du parl. de paris exigent 30 ans, & il paraît que notre art. a adopté cette jurisp. qui d'ailleurs est fondée sur la doctrine de charondas en ses pandectes, liv. 4, chap. 24, pag. 188 & 189.

art. 817.

Nous avons dit dans l'explication des art. 465 & 466, tout ce qu'il vous importait de connaître, pour vous fixer sur les changemens qu'a faits le code à la jurisp. qu'on observait auparavant, en matière de partage des biens des mineurs; il serait par conséquent inutile d'y revenir; mais pour bien saisir la deuxième partie de notre art., en ce qu'elle défère l'action en partage d'une hérédité aux parens qui ont été provisoirement envoyés en possession; il faut faire la distinction dont nous allons vous parler: ou il s'agit d'une succession échue, depuis l'absence de l'individu qui devait la recueillir en partie, ou bien il s'agit d'une succession qui était échue avant son absence, & au partage de laquelle il n'a pas encore été procédé. Le premier cas, celui où il s'agit d'une succession échue depuis l'absence, quoique cette absence n'ait pas été déclarée, & dans un tems où l'on peut dire seulement qu'il y a non-présence, ce cas, disons-nous, ne peut pas se présenter, parce que l'art. 136 du code, au tit. des absens, décide qu'une succession échue à un individu dont l'existence n'est pas reconnue, appartient à ceux qui auraient concouru avec lui pour la recueillir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. cela posé, il est bien évident qu'il ne saurait y avoir lieu à aucune action en partage d'une hérédité du chef d'un individu qui n'y a, dans ce moment, aucun droit, & auquel il ne reste qu'une action en pétition d'hérédité, aux termes de l'art. 137 du code.

La décision renfermée dans notre art., ne peut donc être appliquée qu'au 2e cas, celui où la succession était échue avant la disparition de l'individu, & comme la loi adjuge la jouissance provisoire des biens de cet individu, à ceux de ses parens qui se trouvent les plus proches, lors de cette disparition, il était tout naturel qu'elle leur accordât aussi l'action en partage de l'hérédité en non encore divisée, parce que cette action était in bonis de l'individu, à l'époque de sa disparition.

mais comme la jouissance provisoire, dont nous venons de parler, n'est accordée à ses parens, que parce qu'on présume que l'individu non-présent est mort depuis le moment de sa disparition, ce qui peut fort bien ne pas être, il est sensible que si on rapportait le mortuaire de l'absent, & s'il était prouvé qu'à cette époque, il existait des parens à un degré plus proche que ceux, à qui la jouissance provisoire avait été accordée, ce ne serait pas à ces derniers qu'appartiendrait l'action en partage de l'hérédité, mais bien à ceux

qui se trouveraient les plus proches à l'époque du décès.

art. 818.

On doit distinguer ici le cas où il y a stipulation de communauté entre les conjoints, d'avec celui où il n'y en a point. Dans le premier cas, comme le mari est le maître de la communauté, et qu'il en a seul l'administration, on ne doit pas trouver étonnant que la loi l'autorise, sans le concours de sa femme, à provoquer le partage de tous les objets qui tombent en communauté. Dans le 2e cas, au contraire, lorsqu'elle n'a point été stipulée, ou que la stipulation ne porte point sur un objet à diviser, le mari seul ne peut pas en provoquer le partage définitif, mais il peut en demander un provisoire, à la jouissance duquel la femme lui est acquise.

Nous devons observer que dans tous les cas, soit qu'il existe une stipulation de communauté, soit qu'il n'en existe pas, les héritiers de la femme ne peuvent provoquer le partage définitif qu'en mettant en cause le mari et la femme. Cette disposition est la conséquence du principe, d'après lequel la femme, soit en défendant, soit en demandant, ne peut absolument rien faire sans y avoir été autorisée par le mari, ou sur son refus, par la justice.

art. 819.

Il résulte de cet art. qu'il n'y a nécessité d'apposer les scellés sur les effets de la succession qu'autant que tous les héritiers ne sont pas présents, ou qu'il y a parmi eux des mineurs, ou des interdits: encore même ne pourrait-on pas dire qu'il y a nullité dans le partage, s'il y était procédé sans avoir préalablement rempli cette formalité: ce n'est pas qu'il n'y eût présomption de culpabilité contre ceux qui auraient négligé de la remplir, mais cette présomption ne serait pas capable de procurer contre eux une condamnation à des dommages-intérêts à moins qu'il n'y eût preuve de quelque fabrication, ou de quelque soustraction.

art. 820.

On serait d'abord tenté de croire que les créanciers ont seuls le droit de requérir l'apposition des scellés, que cette faculté est interdite à tous les autres, tels que les donataires, légataires, &c.: ce serait une erreur, parce que ceux-ci n'ayant pas moins d'intérêt que les autres à la conservation des effets héréditaires, rien de ce qui peut servir à en procurer la conservation, ne saurait leur être étranger. mais le porteur d'un titre de créance non authentique sur l'héritier du défunt, ne pourrait point requérir l'apposition des scellés; il faut que le titre soit exécutoire, c'est-à-dire tel qu'il

Est défini par l'art. 1317 du code, ou qui il ait été reconnu en la forme prescrite par l'art. 1322 : cependant si le titre n'était point exécutoire, le créancier pourrait requérir l'apposition des scellés, après en avoir obtenu la permission, ce qui s'entend du tribunal de première instance, car le juge de paix, à défaut de titre exécutoire, ne peut l'apposer qu'après l'obtention de cette permission qu'il n'accorde pas lui-même. (Cpc. Lust 909 bis et l. du procéd.)

art. 821.

Notre art. ne doit pas être entendu dans ce sens que les créanciers puissent s'opposer à ce que les scellés soient apposés : ils seraient contre leur propre intérêt ; mais il doit être entendu de telle manière qu'il n'est pas permis de procéder à leur levée, sans y appeler les créanciers opposants. ainsi l'utilité de l'opposition, en cette matière, se réduit à procurer à celui qui l'a formée, l'assurance que les scellés ne seront levés qu'autant qu'il aura été appelé pour y assister. au surplus, les formes de procéder, en pareille occurrence, sont celles portées aux titres 1, 2, 3 & 4 du liv. 4 de la 2e partie du code de procédure civile.

art. 822.

ici revient l'application de l'article dont nous avons fait le développement dans l'explication du tit. du domicile. Nous y avons appris que le lieu de la résidence n'est pas toujours celui du domicile et que c'est par le domicile que se détermine le lieu de l'ouverture de la succession : ainsi, en supposant que le lieu où le défunt a terminé sa carrière, fut autre que celui de son domicile, c'est devant le tribunal, dans l'arrondissement duquel était établi son domicile, que devraient être portées toutes les demandes et toutes les contestations relatives à la succession, et non devant le tribunal du lieu du décès.

Cependant, si le partage étant consommé, l'un des co-partageans était poursuivi hypothécairement par quelque créancier de la succession, la citation à comparoir donnée devant le juge de l'ouverture de la succession, serait incompétemment donnée, à moins que cette action ne donnât à l'assigné occasion d'appeler les autres co-partageans en garantie, auquel cas, ceux-ci seraient bien fondés à demander le renvoi devant le tribunal de l'ouverture de la succession, puisqu'il n'appartient alors de prononcer sur la garantie des lots que se doivent des co-partageans.

art. 823.

il suffit de remarquer sur cet art. que le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, n'a le droit de prononcer sur les

contestations qui peuvent s'élever incidemment au partage, qu'autant que ces contestations ont trait à la manière d'y procéder ou de le terminer ; car si elles se référaient à quelque droit de propriété, elles ne seraient plus du domaine de ce tribunal, & l'on devrait se conformer aux dispoons du droit commun.

art. 824.

Nous trouvons ici une dispoon diamétralement opposée à celle que renferme l'art. 466 de notre code. en effet, ce dernier art. porte que, lorsque des mineurs sont intéressés dans un partage, il ne peut y être procédé, qu'en la forme qu'il indique pour obtenir un partage définitif. celui-ci au contraire prescrit une forme différente, en sorte qu'on ne saurait trop comment s'y prendre en pareille occurrence : mais ce doute a cessé par les dispoons des art. 975 & 976 du code de procédure, & tout se termine par cette distinction : les parties intéressées ont à exercer des droits liquides, ou des droits qui ne le sont pas : dans le premier cas, il faut employer pour les partages les dispoons de l'art. 466, & dans le second, celles énoncées au présent chapitre. il est aisé de voir que par cette distinction, il n'y a plus d'oppoon entre les deux art. puisque chaque dispoon s'applique à des cas différens.

Au reste, on lit dans notre art. une dispoon parfaitement sage, en ce qu'il est enjoint aux experts de présenter les bases de l'estimation dans leur procès-verbal : il arrivait assez souvent que les experts se bornaient à énoncer la somme à laquelle était portée la valeur de l'immeuble, ce qui causait de grands embarras parce que les trib. se trouvaient hors d'état de fixer leur opinion propre & particulière sur cette même valeur, en sorte que contrairement à la maxime, dictum expertorum numquam transit in rem judicatam, on était comme forcé de souscrire à l'évaluation que les experts avaient faite dans leur relation.

art. 825 & 826.

Le premier de ces art. abroge une coutume qui était assez généralement observée, d'après laquelle on ajoutait une augmentation qu'on appellait crue, à l'estimation qui avait été donnée aux meubles quand il en avait été fait une, hors de l'inventaire. la loi veut que désormais les meubles soient estimés à juste prix, & si cette estimation n'a point été faite hors de l'inventaire, ce seront des personnes à ce connaissantes auxquelles cette mission devra être donnée.

Quant au deuxième, il est parfaitement conforme au droit commun qui investit chacun des hers d'une portion des effets

héréditaires correspondante à l'intérêt qu'ils ont dans la succession soit en meubles, soit en immeubles : ce n'est que dans deux cas que les hêrs peuvent être privés du droit de conserver les meubles en nature : celui où il existe des créanciers saisissant ou opposans, & celui où la majorité des hêrs juge nécessaire d'en faire la vente pour l'acquit des dettes ou des charges de la succession. il suit de là que s'il n'y avait point de dettes à acquitter, on ne pourrait, sous aucun prétexte, refuser à chacun des hêrs la portion qui peut le compéter sur les meubles.

art. 827.

Le premier voeu de la loi est le partage, parce qu'au moment du décès, la maxime, le mort saisit le vif, a investi chacun des hêrs de la portion de biens qu'il doit recueillir dans la succession ; mais comme il peut arriver que le partage ne soit point praticable, on a voulu qu'il fût procédé alors par licitation à la vente des objets non divisibles, & c'est ainsi qu'on en usait avant le nouvel ordre de choses, parce que la loi romaine en fesait un devoir.

c'est devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, que doit être faite la licitation, lorsque dans le nombre de co-partageans il y a quelque mineur, quelque absent, ou quelque interdit, sinon elle peut être faite pardevant notaire dont les parties sont convenues. Au reste, la licitation n'est pas proprement une vente, elle n'est qu'une sorte de partage ; voilà pourquoi, dans le cas même où les Etrangers ont été admis à y surenchérir, les droits résultant de la vente ne sont dûs qu'autant que c'est un étranger qui s'est rendu adjudre.

art. 828, 829 & 830.

On ne voit dans ces art. rien qui exige ~~[illegible]~~ que explication.

art. 831 & 832.

il en est de même de ceux-ci qui se bornent à rappeller les anciens ppes en matière de partage, & qui, dans l'intérêt de tous les co-partageans, pour éviter la diminution de valeur de chacun des lots, ne permettaient le morcellement des héritages qu'autant qu'il était impossible de parvenir au partage par une autre voie ; le droit romain le commandait ainsi par plusieurs lois qui se trouvent sous le titre du ff. famil. ercisc.

art. 833.

En admettant, comme cela arrive très souvent, qu'il ne soit point possible d'observer une parfaite égalité dans la formation des lots ; & lorsque les co-partageans pensent qu'il est de leur intérêt de ne point user de la voie de la licitation, il faut bien prendre un

moyen d'atteindre le but que l'on se propose, celui de partager et de partager aussi également que possible: celui qui se présente le plus naturellement, est la voulte de partage, c'est-à-dire, une récompense en déniers dont sont tenus ceux des co-partageans qui reçoivent en nature plus que les autres.

art. 834.

on observait assez généralement en france, que les lots étaient formés par l'aîné, & que le cadet avait le choix. cependant, comme le dit albert, verb. frères, art. 1, on était dans l'usage au parl. de toulouse de tirer les lots au sort, & cet usage a été adopté par notre code, en sorte qu'il n'est plus permis aujourd'hui de procéder autrement.

art. 835, 836, 837 & 838.

Ces divers art. sont purement réglementaires, & ne peuvent donner lieu à aucune observation essentielle: vous devez seulement remarquer que la loi, en prescrivant toutes les formalités énoncées en l'art. 819 et suivans jusques & compris l'art. 837, n'a eu en vuë que les partages des successions dans lesquelles les interdits, les mineurs ou les absens peuvent avoir quelque intérêt: hors de cette circonstance particulière, il est incontestable que les co-partageans majeurs & présents n'ont aucunement besoin de prendre toutes ces précautions, & que le partage qui ne serait revêtu d'aucune de ces formalités ne serait pas moins valable.

art. 839.

Les précédens art. ont réglé la forme en laquelle devait être fait un partage de succession, lorsque des mineurs, des absens, des interdits s'y trouvent intéressés, & entre autres décisions qui y sont renfermées, vous y avez vû que de tels partages devaient être faits d'autorité de justice. notre art. rend cette décision commune au cas où le partage n'est point praticable, & où l'on a eu recours à la voie de la licitation. au reste, déja l'art. 460 du code l'avait décidé ainsi pour le cas de minorité.

art. 840.

Notre art., après avoir décidé que les partages ne sont que provisionnels, dans le cas dont il parle, & lorsqu'on n'y a point observé les formalités prescrites par les art. précédens, offre une grande difficulté pour l'explication de ces mots, soit par les mineurs émancipés assistés de leurs curateurs: on ne peut pas se dissimuler d'un côté qu'en se fixant sur la manière dont cet art.

Suivant les règles & l'usage constamment reçu en matière de composition de patrimoine l'actif de la succession dont le partage fait l'objet du différend, doit d'abord être établi; dans cet actif, on fait entrer toutes les sommes données & reçues en avancement d'hoirie; ces sommes faisant une partie intégrante de la masse de l'hérédité, à laquelle elles doivent être rapportées tout au moins d'une manière fictive; le patrimoine ainsi composé, on en fait l'évaluation l'on calcule d'autre part si les sommes reçues en avancement d'hoirie jointes à celles qui ont été déjà payées en conséquence de l'acte de partage attaqué, forment un résultat constatant la lésion alléguée, comparativement à la valeur totale du patrimoine & à la quote de chacun des réclamants. Telle est la seule méthode praticable d'après la loi & constamment suivie dans l'usage. on ne peut agir différemment, vu le ppe aux termes duquel tout ce qui est donné à un enfant par ses père & mère, de leur vivant, est toujours censé donné en avancement d'hoirie & comme tel sujet au rapport, hors du partage, à moins que le don n'ait été fait d'une manière expresse à titre de préciput & hors part.

Serres, inst. liv. 3, tit. 18, §. 6, Roussilhes chap. 7, sect. 2, N°. 153, art. 843 du C. N.

(C. n. art. 744) dumoulin.

Rursus nota quod repraesentatio nunquam est de persona viventi, sed tantum de parente mortuo naturaliter aut civiliter.

(768) Leg. 1, cod. de bon. vacant.

Scire debet gravitas tua intestatorum res qui sine legitimo haerede decesserint, fisci nostri rationibus vindicandas.

(Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

D'où la maxime :

La lettre tue, et l'esprit vivifie.)

est conçu relativement à cet objet, l'assistance du Curateur ne soit la seule formalité requise pour faire déclarer définitif le partage fait par un mineur émancipé, sans qu'il soit nécessaire d'en obtenir le consentement du conseil de famille; qu'on doit le croire d'autant plus volontiers, qu'immédiatement avant les mots qu'on vient de rapporter, ce même art. parle de l'autorisation du conseil de famille comme absolument nécessaire dans les partages faits par les tuteurs pour leurs mineurs, mais qu'il n'étend pas cette même obligation aux partages faits par les mineurs émancipés assistés de leurs curateurs.

On peut dire, d'un autre côté, que l'art. 484 du code prohibant au mineur émancipé la faculté d'aliéner ses immeubles, & ne lui permettant aucuns autres actes que ceux de pure administration, sans observer toutes les formalités auxquelles sont assujettis les mineurs non-émancipés, il s'ensuit que le partage étant toute autre chose qu'un acte de pure administration, le mineur émancipé ne peut partager qu'après une autorisation du conseil de famille & avec l'assistance de son ~~conseil de famille~~ curateur.

Il faut chercher la solution de cette difficulté dans la définition du partage. Domat, en ses lois civiles, tom. 2, liv. 1, tit. 4, sect. 1, art. 1, pag. 354, le définit en ces termes. « Le » partage n'est autre chose que l'usage que les co-hers font » entre eux du droit qu'ils ont ~~tous~~ réciproquement de » prendre sur les biens qui leur étoient communs, chacun une » portion séparée de celle des autres, & qui lui tienne lieu de » celle qu'il avait indivise au tout, leg. 1, ff. famil. ercisc. » il ajoute sur le fondement de la loi 77, §. 18, ff. de leg. 2°. & de la loi 20, §. 3, ff. fam. ercisc. que c'est une sorte d'échange, permutatio rerum discernens communionem.

Divisio, dit Dumoulin, sur la coutume de paris, tit. des fiefs, §. 33, glose 1, n°. 74, est contractus mixtus, habens tamen naturam propriam non est proprie alienatio, nec nova acquisitio, sed portionum distributio, dit-il encore au §. 73, Glos. 3, n°. 11.

Si, aux termes de ces définitions, le partage n'est point proprement une aliénation, pourquoi serait-il défendu au mineur de procéder au partage définitif, lorsqu'il est assisté de son curateur? en partageant il fait cesser l'indivision, & il ne faut rien de plus; à la vérité,

il perd la portion de propriété qu'il avait sur la chose qui ne lui reste point lors du partage, mais en même tems, il acquiert la portion de propriété qui appartenait à son communier dans la chose qui lui est adjugée par ce même partage, l'un remplace l'autre, sa condition ne devient point pire, la surveillance du curateur dont il est assisté, en donne l'assurance.

Au reste, si l'art. 484 du code ne permet au mineur émancipé de faire que des actes de pure administration, cet art. doit être entendu du cas où il n'est pas assisté de son curateur; mais ce qui nous paraît devoir trancher toute difficulté sur ce point, c'est que mr. treilhard l'a dit formellement dans son discours au corps législatif. nous croyons donc que le partage fait par un mineur émancipé avec l'assistance de son curateur, est définitif & qu'il ne saurait être regardé comme provisionnel, sous prétexte qu'il n'aurait point été précédé de l'autorisation du conseil de famille.

art. 841.

Ce n'est pas dans les lois per diversas & ab anasthasio cod. mand. qu'on doit chercher le ppe qui a présidé aux dispoons de notre art., il est dans la loi 3, cod. comm. divid. et dans la loi 22, §. 1, ff. famil. ercisc. il est vrai que quelques autres textes du droit, tels que la loi 14, cod. de contrah. empt. & les lois 1, 3 & 4, cod. de comm. rer. alienat. en avaient décidé autrement. d'après cela, on ne doit pas être étonné qu'il y ait eu parmi les auteurs diversité d'opinions, & variation dans la jurisp. des arrêts sur ce point: on trouve dans la roche. liv. 6, tit. 1er, chap. 1, verb. achats, un arrêt qui décida que le consort en la chose indivise, devait avoir la préférence sur un étranger acquéreur d'une portion de cette même chose. albert, verb. préférence, rapporte deux arrêts qui ont jugé la question de la même manière, & telle est la doctrine de mornac, sur la loi 1, cod. de comm. divid. & sur la loi 1, cod. de comm. rer. alienat.

Beaucoup d'autres auteurs avaient pensé tout autrement et leur opinion avait été adoptée par les derniers arrêts du parl. de toulouse. notre art. décide la question contre cette dernière opinion, & sans examiner si la chose est

arrêt de la cour imp. du 14 avril 1812 qui a jugé que l'étranger auquel un cohér. avait cédé ses droits sur une succession, ayant ~~été~~ concouru avec ~~admis par~~ l'autre cohéritier au paiement d'une partie des dettes de la succession à partager, ne pouvait plus être écarté du partage par ce cohér., parce que le dernier ayant admis l'étranger à pénétrer dans le secret des affaires de la succession le motif qui a servi de base au présent art. n'existe plus, & cette reconnaissance de la qualité de l'étranger cessionnaire fournit une fin de non-recevoir contre le cohér. qui veut ne s'en postérieurement du bénéfice que lui accorde cet art.

Est litigieuse, ou non, qui est le cas précis des lois per diversas & ab anasthasio, on pourra désormais écarter un Etranger, ou même un parent, pourvû qu'il ne soit pas successible, du partage de la chose indivise; en lui remboursant le prix de la cession, il faut lui rembourser encore les autres frais qui ont été la suite nécessaire de l'acte qui l'avait investi d'un droit dont il est évincé. on ne peut que applaudir à cette décision; car quoiqu'en règle générale, il doive être permis à chacun de disposer de sa propriété, de la manière qu'il le juge à propos, néanmoins il est infiniment sage de dérober à des étrangers la connaissance de ce qui se passe dans les familles, & ils acquerraient cette connaissance par l'exercice du droit qu'ils auraient de se faire représenter tous les actes constitutifs de la fortune du défunt, pour se fixer sur la quote-part les concernant, en vertu de leur acquisition.

art 842.

il est naturel que chacun des co-partageans ait en main de quoi justifier de sa propriété, mais il ne doit en être ainsi qu'autant que la chose est possible. lorsdonc qu'il n'y avait dans la main du défunt qu'un seul titre de propriété d'une chose qui a depuis fait la matière d'un partage, il a fallu nécessairement désigner un des communiers pour le conserver, & la loi a fait choix de celui qui y a la plus grande part. au surplus, cet art. n'est susceptible d'aucune autre explication, quoiqu'il soit contraire à ce qu'en avait ordonné le droit romain dans la loi dernière, ff. de fid. instrum. à laquelle les tribunaux souverains de toute la france s'étaient conformés dans leurs jugemens. on peut consulter là dessus la loi 5, cod. commun. utriusq. jud., la loi 7, cod. de edend.; mornac sur la loi 4, §. dernier, ff. famil. erciscund. & les lois citées par godefroy sur la loi 24 cod. de fid. instrum.

Section Seconde.—

Du rapport.

Art. 843 & 844.

Mrs Chabot de l'allier, dans son commentaire du titre des Successions, & les auteurs des grands traités français, dans leur ouvrage, ont pensé que le rapport n'avait pas lieu, & qu'il n'était même pas praticable dans l'ancienne rome. c'est là une erreur qu'il est impossible de ne pas reconnaître, lorsqu'on se fixe sur le sort des Biens acquis par le fils de famille à cette époque. dans le temps de la république romaine, on ne distinguait pas des divers genres de pécule, comme on le fait aujourd'hui, tout devenait propriété paternelle; lors donc que l'enfant venait à la succession de son père, soit qu'il eut acquis par son industrie, soit qu'il eut recueilli des biens dont il eut été disposé en sa faveur; le fils, disons-nous, venant à la succession de son père, devait nécessairement en faire le rapport, s'il se trouvait en possession de ces biens, puisque cette possession combattait sur une propriété paternelle. mais la nécessité de ce rapport ne pouvait atteindre que les héritiers de la ligne directe descendante, les ascendants, non plus que les collatéraux, n'y étaient pas assujettis.

il n'en sera plus de même à l'avenir,—

Quoique ayent pû en dire Les auteurs modernes qui ont pensé, contre toute raison, que Les ascendans & Les collatéraux n'étoient pas aujourd'hui plus assujettis au rapport, qu'ils ne l'étoient auparavant. Cette opinion est condamnée par Ces mots, tout héritier; qui par leur généralité embrassent incontestablement & sans distinction toutes les personnes qui viennent à une succession, — la nécessité du rapport les atteint toutes, soit qu'elles aient reçu directement, soit qu'elles n'aient reçu qu'indirectement.

Telle est la règle générale, mais Elle a des exceptions, & si le donateur ou l'auteur du legs, ont déclaré qu'ils entendaient dispenser le donataire ou le légataire de — l'obligation de rapporter, il est sensible que alors le rapport ne pourrait être réclamé que contrairement à la volonté du donateur, ou de l'auteur du legs.

Nous devons néanmoins faire ici deux — observations bien essentielles: la premiere qu'il n'est pas absolument nécessaire, que pour dispenser du Rapport, le donateur se soit servi des termes techniques de préciput & hors part, ou de dispense de rapport, pourvu qu'il manifeste sa volonté sur ce point, de telle Maniere

qu'il ne soit pas permis de douter que — son intention a été réellement telle. ainsi, par exemple, supposons que après avoir disposé d'une partie de ses biens, à titre gratuit, l'auteur de cette disposition n'eût aucunement dispensé du rapport, celui qui devait en recueillir l'utilité, & qu'il eût depuis passé quelque autre acte, ou fait un testament portant déclaration, que son donataire eût, sur le surplus de ses biens, une partie égale à celle qu'y prendraient ses autres héritiers, il est sensible que ce donataire serait fondé à soutenir qu'on prétendrait mal à propos le forcer à rapporter la donation. pourquoi? parce qu'il serait impossible de concilier la volonté bien prononcée du donateur — d'investir son donataire sur le surplus de ses biens, d'une portion égale à celle des autres héritiers, avec l'idée que ce donataire demeurerait assujetti au rapport de la donation.

par le mot surplus, le testateur a clairement énoncé qu'il avait entendu faire la donation par préciput & hors part, & il ne serait pas vrai que le donataire eût sur le surplus des biens du donateur une portion égale à celle des autres héritiers contre sa volonté manifestée d'une manière bien précise, s'il était vrai qu'il dût rapporter la donation, avant — de prendre part à la succession.

la seconde observation que nous avons à faire, c'est qu'un donateur ou testateur ne peut dispenser du rapport celui qu'il gratifie, que à concurrence de ce dont la loi lui permet la disposition,

En sorte que s'il dépasse la quotité disponible, tout l'excédant de cette quotité est sujet au rapport; ainsi, par exemple, supposons qu'un père ayant quatre enfans, donne à l'un d'eux le tiers de ses biens par préciput; si ce préciputaire veut prendre part à la succession de son père il ne le pourra qu'en réduisant ce préciput au quart des entiers biens que celui-ci aura délaissés, ou dont il n'aura disposé qu'à titre gratuit, et l'excédant du tiers donné sur le quart dont il était permis au père de disposer, devra être rapporté à la masse réellement, ou fictivement, de telle manière que ce donataire particulier n'ait en tout que le quart des biens de son père, plus une portion égale à celle qu'y prendront chacun des autres successibles.

art. 845.

On peut être tout à la fois hér. & donataire, ou légataire, lorsque le don ou le legs ont été faits par préciput, soit d'une manière expresse, soit par une conséquence nécessaire des termes employés dans la libéralité; mais il faut pour cela que le donataire ou le légataire veuille prendre part à la succession; il n'en est point de même, lorsque la donation ou le legs n'ont pas été faits par préciput. alors si le donataire veut venir à partage de la succession, il est obligé de tout rapporter, & il l'eserait lui-même ses intérêts, s'il ne s'était pas convaincu d'avance qu'il y a pour lui plus d'avantage à conserver la donation ou le legs, qu'à rapporter pour venir au partage.

nous observerons, en nous bornant dans l'examen de cet art. à la décision textuelle qu'il renferme, que la rénonciation à la succession n'empêche pas le donataire de retenir, ou le légataire de réclamer le legs qui lui a été fait: mais cette faculté ne va pas jusqu'à conserver l'un ou l'autre dans toute leur intégrité: si le donateur ou le testateur ont disposé d'une quote de biens supérieure à celle que la loi laisse à sa dispoon, ce retranchement est opéré par la toute puissance de la loi, mais le surplus reste intact. la seule différence qu'il y a entre le cas où la donation est faite par préciput, & celui où la dispoon ne renferme pas cette clause, c'est que dans le premier cas, le donataire peut venir à partage après réduction du don à la quote disponible, au lieu que dans le second cas, le donataire ou le légataire ne peuvent venir à partage qu'autant qu'ils ont renoncé à la totalité du don ou du legs. nous vous donnerons, en expliquant oralement cet art., la solution de plusieurs questions qu'il peut faire naître.

art. 846.

la nécessité du rapport prescrit par les art. précédens, a été étendue par celui-ci aux individus qui n'étaient pas successibles, lors de la donation, mais qui se sont trouvés tels au jour de l'ouverture de la succession, ce qui prouve que pour décider s'il y a, ou

n'y a point lieu au rapport, il faut se fixer, non sur l'époque où la donation a été faite, mais bien sur celle de l'ouverture de la succession; ainsi en supposant qu'un père, du vivant de son fils, eût fait quelque don à son petit-fils, le petit-fils étant devenu l'un des successibles de son ayeul par la mort de son père, doit, quand il n'en a point été dispensé, faire le rapport de ce don, s'il veut venir à partage de la succession de son ayeul: il en sera de même d'un ascendant à qui son fils ayant des enfans aurait fait quelque libéralité; car si les enfans du fils viennent à le prédécéder, & qu'il y ait lieu à la succession ab intestat, l'ascendant donataire qui se trouvera un des successibles de son fils, devra rapporter toute l'utilité de sa donation, s'il n'en a point été dispensé dans le cas où il veuille venir à partage.

art. 847.

Avant le nouvel ordre de choses, on distinguait les pays de droit écrit de ceux appellés coutumiers, lorsqu'il s'agissait de prononcer sur la question de savoir si le fils venant à la succession de son père, devait, ou ne devait pas imputer ce que celui-ci avait donné à son petit-fils dans les pays de droit écrit, on dispensait le fils de toute imputation et il en était à son égard, comme si son enfant n'eût reçu aucune libéralité de son ayeul.

Au contraire, dans la plupart des pays coutumiers, le père était assujetti au rapport des libéralités faites à son fils par l'ayeul de ce fils, parce qu'on y regardait ces libéralités comme un moyen indirect de donner au fils contre la prohibition de la loi.

On a donné la préférence à la jurisp. des pays de droit écrit, & avec très grande raison, parce que, comme nous le verrons bientôt, la loi laissant aux citoyens, à ceux-là mêmes qui ont des enfans, la faculté de disposer d'une partie de leurs biens en faveur de qui ils jugent à propos, il serait souverainement injuste que le fils fût traité avec plus de rigueur qu'un étranger, ce qui arriverait néanmoins, si l'on exigeait de lui qu'il rapportât le don fait par l'ayeul à son petit-fils, tandis que l'étranger en conserverait toute l'utilité.

Mais vous devez remarquer que cette libéralité devrait éprouver une réduction, si elle dépassait la quotité disponible, & que tout l'excédant devrait rentrer dans le patrimoine, comme dans tous les autres cas, parce que la loi couvre de son égide la portion de biens qui est constitutive de la réserve, & qu'il ne dépend point du donateur, ou du testateur d'y porter atteinte: ainsi dorénavant, pourvu que l'ayeul ne donne pas à son petit-fils au delà de ce dont la loi lui laisse la libre dispoon, le père de cet enfant venant à la succession de son propre père, donateur du petit-fils, prendra dans cette succession toute la part que la loi lui défère comme successible, quoique son fils ait déjà reçu de son ayeul une partie de la fortune de ce dernier; si la donation excède la quotité disponible, cet excédant

rentre dans le patrimoine, mais la donation est maintenue pour tout le surplus.

art. 848.

Rien n'est plus clair que les deux dispositions renfermées dans notre art., & tout se décide par une distinction qui est bien simple: ou le petit-fils vient à la succession de son aïeul, de son chef propre. Ou il y vient par représentation; dans le premier cas, notre art. décide qu'il n'y a point lieu au rapport de la libéralité que l'aïeul peut avoir faite à l'un de ses enfans: dans le second cas au contraire, le rapport doit avoir lieu.

Il paraît un peu difficile au premier coup d'œil, qu'il soit possible que le petit-fils puisse venir à la succession de son chef, & non par représentation; sur-tout que l'art. 740 a dit que la représentation en ligne directe descendante est admise dans tous les cas: cependant il est des hypothèses où le petit-fils vient à la succession de son chef, & non par représentation: par exemple, supposons un petit fils qui n'est en concours avec aucun de ses oncles ou tantes, il est évident qu'alors il n'est pas par représentation qu'il vient à la succession, mais parce qu'il est le parent le plus proche en degré. Ce serait différent si le petit-fils concourait avec ses oncles ou tantes; dans ce cas, le petit-fils serait naturellement exclu par ceux-ci qui sont les propres enfans du défunt, & ce n'est que par la faveur de la représentation dont il a besoin dans ce cas, qu'il est admis à la succession.

art. 849.

Cet art. renferme trois cas; le premier statue sur la part d'un don ou d'un legs fait au conjoint d'un époux successible, en déclarant qu'ils sont réputés faits avec dispense du rapport: Le second s'occupe du don fait conjointement à deux époux dont l'un seulement est successible, auquel cas il y a lieu au rapport à concurrence d'une moitié; & le troisième a pour objet le don fait à un successible, & il décide qu'il y a lieu au rapport de l'entier don. La manière dont il est statué sur ces trois différentes hypothèses, n'est que l'application des principes généraux que nous connaissons déjà; mais nous ne devons jamais oublier que dans le premier de ces trois cas, la dispense du rapport non-exprimée, puisque la loi l'y supplée, n'est utile que autant que le don n'excède pas la quotité disponible. Tout l'excédant, s'il y en avait, devant être rapporté, nonobstant que la dispense est exprimée; il n'y a point de raison pour attacher à la dispense présumée, plus d'étendue qu'à la dispense exprimée & nous savons déjà qu'il y a lieu au rapport de l'excédant, si la disposition embrasse une quotité de biens supérieure à celle dont la loi permet de disposer, puisque la dispense du rapport est

faite d'une manière expresse.

art. 850.

Tout ce que nous pourrions dire sur cet art., trouvera plus naturellement sa place dans l'explicaon des art. 1438 & 1439 du code; voila pourquoi nous n'en dirons rien ici.

art. 851.

ici le code consacre le ppe général qui ordonnait le rapport de tout ce qui avait été employé pour l'établissement d'un des co-hers; mais les difficultés qu'offrait l'application de ce ppe général, subsistent encore dans toute leur force; elles ne pouvaient même cesser que par la nomenclature des divers genres de dépenses qu'on aurait déclarés devoir faire partie de l'établissement, en les distinguant de ceux qui font la matière de l'art. suivant, qui les déclare non-sujets à rapport.

Tout ce qu'on peut dire, c'est que les circonstances particulières doivent avoir la plus grande influence dans les décisions à porter sur cette matière: ce fut là un point convenu, lors des discussions au conseil d'état.

art. 852.

Beaucoup d'auteurs ont traité la question qui fait la matière de notre art., & ils sont demeurés d'accord qu'on devait se déterminer par les circonstances particulières sur quelques-uns des objets qui y sont énumérés; qu'en règle générale, il n'y ait pas lieu au rapport des frais d'équippement, ni des présens; on sent aisément toute la justice d'une pareille décision: mais si ces présens, si les frais de cet équippement excèdent les bornes qu'on est dans l'usage de mettre à ce genre de dépense, en sorte qu'ils absorbent une partie de la fortune de celui qui les fait, dans ce cas, on devra déclarer sujet à rapport tout cet excédant.

Telle est la conséquence que présentent naturellement les mots frais ordinaires d'équippement & les autres présens d'usage: hors donc que les frais d'équippement ne sont pas ordinaires, ils sont sujets à rapport, ainsi que les présens qui ne sont pas d'usage, en pareille occurrence

mais ce qui prouve qu'il ne saurait y avoir de règle fixe sur ce point, & que tout dépend des circonstances, notamment du plus ou moins de fortune de celui qui fait la dépense, c'est que tel présent peut être d'usage chez les uns, & ne pas l'être chez beaucoup d'autres, sans blesser l'égalité avec laquelle les enfans doivent être naturellement traités; par exemple, un homme dont la fortune serait très médiocre, qui donnerait à sa fille en la mariant, des boucles d'oreille, des bracelets de diamant ou tel autre bijou précieux, à l'achat duquel il aurait employé une somme considérable, exposerait cette fille à voir ses co-hers réclamer d'elle avec raison le rapport de ces bijoux ou de leur valeur,

parce que dans le fait, on ne pourrait voir dans cette démarche qu'une intention bien prononcée de la part du père, d'avantager cette fille, au préjudice de ses frères ou sœurs.

Ces présens de noces du même genre ne pourraient cependant par être considérés sous le même point de vue, s'ils étaient faits par un père dont la fortune ne supportait aucune atteinte à un pareil don, dans ce dernier cas, il n'est pas douteux que les autres Enfans du donateur tenteraient vainement d'en demander le rapport, sur la composition du patrimoine. on voit par là combien tout est hypothétique en cette matière, que la loi a dû laisser aux juges toute la latitude possible pour prononcer dans leur sagesse sur des questions de cette espèce.

Quant aux frais de nourriture, d'entretien & d'éducation, personne n'a jamais pensé qu'ils pussent être dans le cas d'être rapportés, parce que le père, en les fournissant à ses enfans, n'a fait qu'acquitter la dette dont la nature & la loi le chargent également.

art. 853 à 854.

C'est toujours dans la vue de conserver l'égalité dans le partage des successions, que la loi a déclaré nuls tous les avantages, soit directs, soit indirects, que le défunt peut avoir faits à l'un de ses successibles; cependant il ne faut considérer, sous ce point de vue que ce qui augmente le patrimoine du successible aux dépens d'un autre patrimoine. supposons que le défunt a traité avec un de ses successibles de manière à lui procurer quelque avantage, sans diminuer son propre patrimoine, on ne peut pas considérer un pareil traité sous le rapport d'un avantage indirect prohibé par la loi, & l'attaquer sous ce prétexte.

par exemple: un homme qui a plusieurs enfans, associe l'un d'eux à son Commerce dont il fournit seul les fonds. le fils n'y apporte que son industrie. cette société prospère, & après que le père est mort intestat les autres enfans prétendent forcer leur frère à rapporter à la masse l'entier Bénéfice résultant de cette société; cette prétention devra être condamnée parce que, quoique il soit bien vrai que le père en associant ce fils à son commerce, lui ait procuré une augmentation de fortune, il n'a pas pour cela diminué son propre patrimoine, au moment où il intervenait Entre eux cette convention, & qu'il n'y a réellement donc eu avantage indirect, que lorsqu'un patrimoine se forme aux dépens de l'autre Au moment où l'on traite. observez que dans le cas dont nous venons de parler, la société devrait être justifiée par acte authentique.

Ceci nous conduit à l'examen d'une autre question dont les tribunaux ont souvent retenti depuis la nouvelle ordre de choses, & surtout pendant le temps où il n'était pas permis au père de disposer

d'aucune portion de leurs biens en faveur de quelqu'un de leurs Enfans, à l'exclusion des autres.

un père vend à quelqu'un de ses enfants un immeuble avec déclaration dans l'acte que le prix lui en a été payé: cette vente pourrait-elle être querellée par les autres enfants du vendeur, sous prétexte qu'elle n'est qu'une tournure imaginée par le père pour soustraire d'une partie de ses biens qu'ils auraient à recueillir également? n'est-ce pas là un avantage indirect prohibé par la loi?

S'il a été un temps où cette prétention pouvait être élevée avec quelque apparence de fondement, il est certain que les Lois Abolliennes ont à peu près coupé la racine à des réclamations de cette espèce: elles ont laissé aux pères la faculté de disposer d'une portion de leurs biens, même en faveur de ceux de leurs enfants qu'ils jugent à propos, lorsque les autres aient le droit de se plaindre, pourvu qu'en usant de cette faculté, ils se conforment au vœu de la loi.

cela posé, il est raisonnable de penser que le père, que rien n'entraîne dans la disposition d'une partie de ses biens, ne prendra point des voies détournées & obliques, pour parvenir à un but qu'il peuvent atteindre par une voie directe & légale. voilà un premier motif qui nous décide à penser qu'on doit réputer sincère & vraie un acte par lequel le père se dépouille d'une partie de ses propres à titre de vente, en faveur d'un de ses enfants.

Cependant si ce fils vivait habituellement avec son père; s'il était mineur; dans l'état d'une minorité lucratif, & qu'il n'y eût aucune circonstance propre à faire supposer que le fils a pu supporter les fonds nécessaires pour cette acquisition, il n'est pas douteux qu'un pareil acte pourrait être querellé, comme renfermant un avantage indirect prohibé par la loi.

Quant à quelques autres circonstances propres à faire connaître si on a trouvé à la mort du père aucuns deniers provenant de la vente ou de ceux des affaires n'étaient pas dans un état tel que l'héritier a été obligé de vendre, ou bien enfin, de ceux que le père & le fils n'étaient pas dans le cas de la loi qu'une seule & même personne, on devrait lui supposer l'intention d'avantager un de ses enfants au préjudice des autres; car ces circonstances, disons-nous, ne devraient être d'aucune considération. en effet, chacun étant le maître de disposer à son gré de sa propriété, & nul n'ayant le droit de scruter les affaires d'un père de famille, il n'appartient à personne, & moins de ses enfants que à tous autres, de porter des yeux inquisitoriaux sur sa conduite, sur ses besoins, & sur l'emploi qu'il peut avoir fait de son argent: quant à l'identité des personnes du

père & du fils, c'était bon dans l'ancienne rome, lorsque le fils était lui-même une propriété paternelle. mais il en fut bien autrement dans l'état où les choses furent depuis amenées sous les empereurs romains. enfin, s'il est vrai qu'il se rencontre encore quelques pères capables de sacrifier tous leurs autres enfans à quelqu'un d'entr'eux, ce sont là autant d'exceptions à la règle générale, & ces exceptions ne sont pas capables de faire prononcer contre les pères une espèce d'interdiction de disposer de leurs propriétés à titre onéreux. on ne doit pas d'ailleurs présumer une fraude là où il faut supposer, en la personne des pères, une extinction absolue de tous les sentimens que la nature a gravés dans leurs cœurs. ainsi, hors des circonstances que je vous ai faites connaître, on doit réputer sincère une vente consentie par le père à quelqu'un de ses enfans.

art. 855.

Les mots sans la faute du donataire, qu'on lit dans cet art. sont très remarquables; s'il était juste d'assujettir au rapport un donataire qui aurait par son fait laissé périr l'objet de la donation, il était juste aussi de l'en dispenser, lorsque l'objet donné vient à périr, sans qu'on puisse lui en imputer la faute. nul n'est tenu pour la conservation des biens, à des soins plus étendus que n'en peut prendre un père de famille sage & attentif. nous vous ferons connaître dans l'explication la différence qu'il y a entre les réparations utiles & les réparations nécessaires. cette connaissance est d'autant plus indispensable, que, le cas du rapport arrivant, celui qui les a faites, est en droit de répéter les unes, même lorsque l'objet donné a totalement péri, & qu'il n'a aucun droit de réclamer le montant des autres, quand même elles existeraient encore.

art. 856.

La manière en laquelle notre art. est conçu, prouve avec évidence que les fruits ou intérêts des choses sujettes à rapport sont dûs sans interpellation judiciaire, quoique, aux termes du droit commun, les choses soient de nature à n'en point porter avant cette époque. s'il en était autrement, celui des co-hers, par exemple, qui aurait reçu plus qu'il ne doit avoir en vertu du partage, pour se maintenir plus longtems dans cette possession, ne manquerait pas d'en retarder la conclusion, & le but de la loi se trouverait ainsi manqué. — mais les fruits ou intérêts ne sont dûs qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession, parce qu'en effet, ce n'est que de ce jour là seulement que les choses données rentrent dans le patrimoine du donateur, pour mettre chacun des co-hers à portée d'en prendre une portion égale.

delà il résulte que tous les fruits perçus ou échus antérieurement sont pleinement acquis au donataire, & qu'il est dispensé de les rapporter à la masse. une prétention contraire amenerait cette conséquence que la donation n'aurait été dans le fait qu'un acte illusoire, puisque le donataire n'aurait ni le fond, ni les fruits.

art. 857.

il ne faut jamais oublier que le rapport a été établi uniquement pour conserver l'égalité entre les successeurs, & comme effet de cette égalité est parfaitement étranger aux légataires & aux créanciers, il s'ensuit évidemment que l'action en rapport leur est aussi absolument étrangère. ce n'est que quand il ne puisse se présenter quelques cas où le rapport pourrait pouvoir être réclamé par des personnes autres que des co-hers; mais dans le vrai, cette action n'est donnée que d'une manière imparfaite: en voici un exemple. supposons qu'une succession soit dévolue à deux enfants, dont l'un d'eux y renonce; le renonçant a des créanciers qui se voient frustrés par cette renonciation, ils demandent d'être reçus à exercer les actions de leur débiteur, & ils en obtiennent la faculté parce que la loi les y autorise: après cette démarche, ils forment contre le frère du renonçant l'action en rapport d'une donation à lui précédemment faite: cette action devra-t-elle être proscrite, sous prétexte que le rapport est demandé par tout autre que par un co-hers? elle ne devra pas l'être; les tribunaux devront au contraire l'accueillir, parce que les créanciers n'agissent pas dans cette hypothèse, de leur chef; mais bien de celui du renonçant: on ne peut donc prévoir que ce soit à eux qu'est fait le rapport, il est fait au co-hers dont ils exercent les droits.

ce serait encore très imparfaitement que l'on donnerait le nom de rapport à l'utilité de l'action que ne pourraient intenter les légataires dans le cas suivant. supposons qu'un père, après avoir fait quelques dons particuliers à ses enfants, ait disposé d'une partie du surplus de ses biens, de telle manière que ses enfants après son décès, ne trouvant point dans le surplus de l'hérédité de quoi prendre la portion qui leur est assignée par la loi, ces enfants ayant intenté une action en retranchement contre les légataires, ceux-ci, pour s'affranchir de l'action dirigée contre eux pourront-ils dire qu'il n'y a point lieu au retranchement sous prétexte que ces enfants ont reçu de leur père des dons particuliers qui joints au reste de l'hérédité, font plus que les remplir de la réserve légale? sans doute; ils le pourront, mais ils ne le pourront qu'à titre d'exception, ce qui n'est pas une action proprement dite; elle n'est donc pas contradictoire que le rapport ne soit dû qu'au cohér.

art. 858.

Il n'est personne, à qui la lecture de cet art. ne fasse sentir toute l'étendue de la disposition qu'il renferme.

art. 859.

nous n'avons à faire ici d'autre observation, si ce n'est que notre art. décide en forme que le rapport doit être fait en nature, lorsque l'immeuble est encore dans les mains du donataire; mais à une condition, c'est qu'il n'y ait point dans la succession assez d'immeubles de la même nature & d'à-peu-près égale bonté, pour que chacun des co-partageans en ait autant, pour le partage.

De là il résulte que le rapport ne doit être effectué en nature, lorsque l'objet donné n'a pas été aliéné, qu'autant qu'on se trouve dans le cas présumé par l'art. qui exige cumulativement ces deux points dont nous avons parlé; c'est-à-dire, qu'il n'y ait pas eu aliénation par le donataire, & qu'il n'y ait point dans la succession assez d'immeubles, pour que chacun des appellés en ait une portion à peu près égale à celle du donataire.

art. 860.

après avoir établi par l'art. précédent que le rapport en nature ne peut avoir lieu, que sous les conditions qui y sont mentionnées, entre autres que l'immeuble se trouve encore dans la main du donataire, celui-ci prévoit le cas où il y a eu aliénation en a été faite, & il décide qu'alors le rapport ne peut être effectué qu'en moins prenant. mais, comme il faut alors substituer une valeur à la chose elle-même, on a nécessairement dû déterminer l'époque relativement à laquelle l'estimation devait en être faite, & l'on a déclaré que c'était celle de l'ouverture de la succession.

cette mesure est infiniment sage; car les immeubles étant susceptibles d'augmentation ou de diminution de valeur, d'après les circonstances qui varient à l'infini, comme le rapport, s'il eut pu être fait en nature, n'aurait laissé rien à désirer pour atteindre l'égalité dans le partage, relativement à l'immeuble donné il était juste que cet immeuble ne pouvant pas être rapporté en nature, parce qu'il a été aliéné, le donataire en fit le rapport en deniers, d'après la valeur, lors de l'ouverture de la succession, parce que cette époque est celle où l'immeuble aurait été rapporté en nature, si la chose avait été possible.

art. 861.

remarquez qu'il n'est ici question que des impenses qui ont amélioré la chose, & qu'il faut que la chose soit en état d'amélioration au moment où elle est rapportée, pour pouvoir exiger les

dispose de notre article.

Delà, deux conséquences: la première, que dans le cas dont il s'agit ici, le donataire est sans action pour réclamer le remboursement de ses impenses, quoiqu'elles aient pu être utiles, et même nécessaires, au moment où elles furent faites, si elles n'ont point produit une amélioration: la seconde, que l'amélioration actuellement existante, ne doit être acquittée par les co-partageans, qu'à concurrence de ce que valait, lors de la donation.

Ainsi, par exemple, supposons que le donataire eut dépensé mille écus en améliorations, et qu'au moment où elles furent faites, l'immeuble eut acquis un surcroît de valeur de 6000 francs, il semble d'abord qu'il serait juste d'indemniser le donataire au moins à concurrence des 3000 francs qu'il avait dépensés. Il en est néanmoins autrement, et la raison en est bien simple. C'est parceque l'immeuble, dans le cas de notre art. n'augmente la masse à laquelle il est rapporté, qu'à raison du surcroît de valeur qu'il a au moment du rapport qui est celui de l'ouverture de la succession. Et si à cette époque, il ne vaut pas plus qu'il ne valait, lors de la donation, il est visible que le donataire ne peut rien réclamer à raison de ses impenses.

art. 862.

rien n'est plus facile que d'entendre ce que porte notre art. il est des réparations d'un tel genre, qu'elles ne sont au moins propres à améliorer le fonds, mais qui servent à sa conservation. Ainsi, par exemple, un homme dont la propriété borde une rivière qui la ronge et la met en danger d'être anéantie, ou considérablement diminuée, doit la mettre en garantie par des digues. Et des traînées, à peine d'être taxé d'incurie. Sans doute, ce sont là des impenses qui n'améliorent pas le fonds, mais elles le conservent, et il n'est pas douteux que le cas du rapport arrivant, le donataire ne soit très bien fondé en rapportant l'immeuble ainsi conservé, à réclamer ce qu'il lui en a coûté pour cela.

mais il y a plus, et en supposant qu'au moment du rapport, les digues et les traînées eussent été récemment bouleversées, ou même entièrement détruites par une forte inondation, le donataire ne serait pas moins en droit d'en réclamer le coût, pourvu qu'il fut constaté qu'elles avaient été faites selon les règles de l'art; qu'on leur avait donné la solidité convenable, et qu'elles étaient indispensables pour la conservation de l'immeuble.

art. 863.

Ceci est fondé sur la règle des réciprocques; rien n'est plus juste en effet que d'assujettir le donataire à tenir compte de la dégradation que il peut avoir commise par sa faute, ou sa négligence sur les fonds qui il avait reçus dotaux que la loi l'autorise à réclamer les dépenses nécessaires pour leur conservation. Ce n'est là d'ailleurs que l'expression du droit commun: observez seulement que le temps de la dégradation doit être fixé relativement à la diminution de valeur que peut en éprouver l'immeuble, au moment de l'ouverture de la succession, et non à aucune autre époque antérieure, parceque le donataire n'en est comptable qu'alors.

art. 864.

Notre art. est relatif au cas où l'aliénation de l'immeuble donné n'a été faite que postérieurement à l'ouverture de la succession, auquel cas, le rapport doit être fait en nature, quoique l'immeuble soit sorti du domaine du donataire, à titre onéreux: il décide qu'alors l'estimation des dégradations, ou des améliorations, doit être faite en la même forme dont parlent les art. précédents, ce qui nous dispense de rien ajouter à ce que nous y avons déjà dit.

art. 865.

Les dispositions de cet art. ne sont point passées au conseil d'état, sans éprouver des contradictions, et l'on doit convenir qu'il en était très susceptible: on peut même dire qu'au premier aspect, l'opinion contraire à celle qui a été adoptée, semblait mériter la préférence.

En effet, quoi de plus raisonnable que de décider qu'on doit pouvoir hypothéquer, lorsque l'on peut vendre: or, le donataire ayant incontestablement le pouvoir de vendre les biens dont le donateur a disposé à son profit, comment serait-il possible qu'il ne fut pas permis d'hypothéquer au mépris de la maxime, qui peut le plus, peut le moins:

On a cependant dû prononcer comme on l'a fait sur la difficulté que offre cet art., et déclarer que les rapports doivent être reçus à la masse, francs et quittes de toutes charges créées par le donataire. En voici la raison: on ne peut pas dire qu'un homme soit vraiment propriétaire, lorsqu'il demeure assujetti à rapporter la chose qui lui a été donnée. or c'est là la condition du fils à qui le père donne entre-vifs quelque un de ses immeubles, sans le dispense du rapport. Cela posé: nul n'étant le maître d'hypothéquer, comme propriétaire des biens dont il n'a pas l'absolue propriété, il s'ensuit que l'hypothèque créée par le fils donataire, avant l'époque où le rapport doit avoir

lieu, ne peut être d'aucune utilité pour celui au profit de qui elle a été constituée.

dira-t-on qu'en partant de ce même principe, il ne devrait pas être permis au donataire de vendre les mêmes biens? cela devrait être dans la rigueur des règles, mais le contraire a été admis dans l'usage, pour garantir le donataire des dommages & intérêts qu'il aurait été obligé de payer à son acquéreur évincé.

aux termes du droit romain, on aurait dû décider le contraire parce que ce droit regardait chacun des co-héritiers comme investi de l'entière succession, & comme s'en dévêtant les uns & les autres lors du partage à concurrence de ce qui n'entrait pas dans la formation de leurs lots respectifs.

le droit français a vû la chose tout autrement: il a déclaré en l'art. 883 du code, que chaque co-hér. serait censé n'avoir jamais eu la propriété des effets de la succession qui n'ont pas été compris dans son lot, ou qui ne lui sont pas échus sur licitation. la conséquence qui dérive de ce ppe, est nécessairement que le fils donataire ~~ont~~ non dispensé du rapport n'avait point la propriété du bien qu'il a soumis à une hypothèque il n'en faut pas d'avantage pour être convaincu que l'hypothèque acquise à cette époque, ne saurait être d'aucune utilité.

mais si, par l'événement du partage, l'immeuble soumis à une hypothèque par le donataire, tombait, après le rapport, au lot de celui qui l'avait constituée, ses créanciers pourraient-ils la faire valoir, sans faire aucune autre démarche pour la conserver, ou pour l'acquérir?

il faut répondre négativement, & dire que le rapport devant être effectué en biens affranchis de toute hypothèque, aux termes de la loi, en quelques mains que passe l'immeuble rapporté, même dans celles qui le possédaient auparavant, il ne peut pas y passer ou y rentrer, que dans un état d'affranchissement qui ne peut pas s'accorder avec l'idée que l'hypothèque précédemment constituée ait pû être conservée.

dira-t-on que ce serait tromper la foi publique, & qu'un créancier a dû croire que l'immeuble qui se trouvait dans la main de son débiteur, était une propriété qu'il pouvait hypothéquer

on répondra que nul ne doit ignorer la condition de celui avec qui il traite, nemo debet esse ignarus conditionis ejus cum quo contrahit: que si le créancier a été informé de la donation, il a dû savoir aussi que cette donation n'était pas tellement parfaite, que l'immeuble donné ne dût rentrer dans la masse par la voie du rapport, dont le donataire n'avait pas été dispensé. par où toutes les hypothèques se trouveraient illégalement constituées

Delà il suit que le nouveau système hypothécaire ne donnant d'hypothèque qu'en vertu de l'inscription, celle qu'aurait pris faire le créancier, n'aboutirait à rien d'utile pour lui, s'il elle était antérieure à l'ouverture de la succession, époque précise où le rapport doit être effectué. Enfin, il en résulte encore que, si l'immeuble rentrait par l'effet du partage dans le lot du donataire, les créanciers seraient tenus de faire une nouvelle inscription qui serait la seule utile, & il serait par conséquent postposé à toute autre créancier qui l'aurait faite avant lui, quoique celui-ci n'eût fait le sien qu'après l'inscription faite avant le partage. —

Au surplus, la loi attribue aux créanciers la faculté d'intervenir aux partages, pour éviter les suites d'un concert frauduleux dont ils pourraient être les victimes.

art. 866.

En statuant sur cette question, comme l'a fait notre art. il a supposé qu'il pourrait être entré dans l'avoir du donateur, de nouveaux au rapport une portion de ses immeubles supérieure à celle dont il lui Est permis de disposer; par où les vues de la loi seraient éludées. Le parti qu'il a pris dans cette circonstance, est exempt de vagues, il suffit de le lire, pour en être pénétré.

art. 867.

cette disposition est puisée dans la loi 29, §. 2, ff. de pign. & dans la loi 44 §. 1, ff. de damn. infect: on peut voir dans Coudin, sur l'art. 97 de l'ord.ce de 1539, la distinction qu'il y a lieu de faire entre les divers genres d'impenses qui peuvent donner, ou ne point donner lieu au droit de rétention en faveur du possesseur, jusqu'à ce qu'il soit remboursé des sommes qui lui sont dues à ce titre.

art. 868 & 869.

Ces deux art. sont conçus en des termes si clairs & si précis, qu'ils ne fournissent matière à aucune application. nous devons seulement remarquer qu'il a été adopté pour le rapport du mobilier, une règle toute opposée à celle qui a lieu pour le rapport des immeubles, lorsque le donataire n'en a pas été dispensé, ou que l'aliénation n'en a point été faite. on a cru que la tradition du mobilier opérant un transport de propriété le rapport ne pouvait en effet qu'en valeur, eu égard au temps de la donation.

De là il suit que les contrats, soit à terme, soit à titre de rente constituée, étant chose mobilière, ne doivent pas être rapportés en nature, & qu'ils doivent seulement être imputés d'après la valeur qu'ils avaient lors de la donation.

Section 3.

du payement des dettes.

art. 870.

Les auteurs & la jurisp. avaient fort varié sur la question de sav. comment les co-hers étaient tenus du payement des dettes, lorsqu'en vertu des coutumes particulières, certains parens étaient appellés, quoique plus éloignés, à recueillir, à l'exclusion des plus proches du défunt, les biens situés dans les lieux où ces coutumes exerçaient leur empire: les uns pensaient qu'on devait considérer les différentes espèces de biens, comme des hérédités différentes, & qu'on devait faire supporter aux biens situés dans l'étendue de la coutume, les dettes qui y avaient été contractées; & celles contractées ailleurs, aux autres biens. d'autres croyaient qu'on devait regarder les différens hers, comme des co-hers, detracta rerum mentione, & qu'on devait faire passer aux hers de la coutume la moitié des dettes, en rejettant le payement de l'autre moitié sur les autres biens. enfin, par un troisième avis, on voulait faire contribuer aux dettes les différens hers, pro modo emolumenti, comme on le pratiquait dans les pays coutumiers, sur le fondement de l'art. 334 de la coutume de paris.

Chacune de ces opinions avait de nombreux partisans, dont le détail nous mènerait trop loin: on jugea longtems au parl. de toulouse, sur le fondement de la loi 1, cod. si cert. Petat. que les co-hers devaient passer les dettes à concurrence de leur portion héréditaire; on en trouve un arrêt du 25 juin 1740, rapporté dans le journal du palais sous cette date, tom. 6, pag. 224: depuis, & en l'année 1754, le même parl. jugea que les dettes devaient être payées pro modo emolumenti, par un arrêt rendu au rapport de mr. d'advizard dans l'affaire du Sr. Rodolose.

Le code napoléon a fait disparaître cette diversité d'opinions, en décidant que les co-hers doivent contribuer au payement des dettes & des charges de la succession, chacun dans la proportion ce qu'il y prend. par où se trouvent adoptées les dispoons de l'art. 334 de la coutume de paris.

art. 871.

Pour l'intelligence de cet art., il faut que vous rappelliez ce que c'est qu'un légataire à titre universel. c'est celui à qui le testateur a légué une quote-part de tous ses biens, comme la moitié, le tiers, ou autre portion quelconque, ou une qualité de ses immeubles, ou de ses meubles seulement.

il est différent du légataire universel, qui est celui à qui le testateur laisse l'universalité de ses biens.

Supposons maintenant qu'un testateur laisse, à son décès trois héritiers, & qu'il ait légué à une autre personne le quart de tous

Toutefois, le légataire devra contribuer au payement des dettes et des charges de la succession, à concurrence d'un quart : c'est là le prorata de son émolument, puisqu'il sera autorisé à réclamer le quart de la totalité succession.

Il n'en est pas de même des légataires particuliers, quoiqu'il puisse bien arriver que celui-ci aura sur la succession une portion plus forte que celle qu'aurait à y prétendre un légataire à titre universel.

Au reste, le légataire particulier est celui à qui on laisse un ou plusieurs effets spécialement désignés, comme une maison, un domaine, &c : celui-ci n'est aucunement tenu de contribuer au payement des dettes, ou charges du moins d'une manière directe, il peut néanmoins arriver tel événement qui le forcerait à cette contribution ; mais ce dont il est tenu, c'est de l'action hypothécaire assise sur l'immeuble légué, parce que l'hypothèque suit l'immeuble en quelques mains qu'il passe, comme nous le verrons en son lieu.

art. 872.

Le créancier ne devant éprouver aucun dommage d'un fait auquel il est étranger, tel que le partage d'une succession qui est sa débitrice, rien n'est plus juste que de lui conserver vis-à-vis des héritiers du défunt les mêmes droits qu'il avait pu avoir contre celui-ci : le plus sûr moyen d'y parvenir, serait, sans doute, le remboursement du capital de la rente, aussi est-ce là celui que l'indique la loi : elle n'en fait cependant pas un devoir aux cohéritiers : il leur est donc permis de partager les immeubles, tout comme s'ils n'étaient grevés d'aucune rente, mais cette même rente ne doit être acquittée que par l'un d'eux. Et notre art. indique la manière dont on doit s'y prendre pour cela. Si celui qui en demeure chargé par l'événement du partage, n'est point exact à la payer, & si le créancier, comme il en a le droit, agit contre les autres co-héritiers, ceux-ci auront leur recours contre le débiteur de la rente, & le forcement au payement du capital, proportionnellement à la nécessité où ils se trouveraient d'exercer leur recours contre lui.

Ce procédé ne pouvait pas être suivi autrefois, parce que les rentes n'étaient pas rachetables, mais aujourd'hui qu'elles le sont toutes, il n'y a plus d'obstacle à ce qu'on en agisse ainsi. (art. 530)

art. 873.

La maxime que les actions se divisent de plein droit entre cohéritiers n'est ignorée de personne, & elle a sa base dans plusieurs textes du droit romain : il faut pourtant convenir qu'il y a une sorte d'injustice à soumettre un créancier à subir une division

qui peut nuire à ses intérêts : il s'expose à une multiplicité d'actions, au préjudice de l'intention où il était de ne s'obliger que pour sa part et portion. Que pour les créanciers non hypothécaires, celles-ci peuvent être exercées pour le tout contre chacun des héritiers, parceque hypotheca est tota in toto, & tota in qualibet parte.

(1) L'action hypothécaire n'oblige le tiers détenteur d'un bien de la succession hypothéqué à la créance, à l'égard des héritiers personnels du débiteur, que pour la part virile qu'il doit. Et l'act. hypothecaire ne peut être intentée contre lui que jusqu'à concurrence de la valeur de l'héritage hypothéqué. (Cout. de Paris, art. 173. Loy. 2 et 7, cod. de hered. act. Loy. 56, ff. de Evict. Loy. 8, §. 2, ff. de priv. act. Loy. 6 et 16, cod. de distract. pig. Cout. de Paris, art. 173. Loy. 1, in fin. cod. Communi de Leg. et fideic. Loy. 2, cod. de Leg. Loy. 117 et 124, ff. de Leg. 1°. Loy. 33 & 49, ff. de Leg. 2°. Loy. 11, §. 23 & 24, ff. de Leg. 3°. Loy. ult. ff. de Servit. Legat. Arrêt de la cour d'appr. de Colmar, du 23 9bre 1812, rapporté dans la jurisp. du cadastre, tom. 16. pag. 288.

art. 874.

Il paraît difficile de concilier l'esprit de cet art. avec celui de l'art. 1020 : celui-ci donne au légataire une action de recours contre les héritiers & successeurs à titre universel pour obtenir d'eux le remboursement des sommes qu'il aura payées en acquit des dettes dont l'immeuble légué se trouverait grevé, tandis que l'autre lui refuse toute action pour prélever le payement, puisque il déclare formellement que celui qui doit acquitter de legs, ne doit point dégager la chose léguée, à moins qu'il n'en ait été expressément chargé par le testateur. Nous donnerons à l'art. 1020 une interprétation qui nous a paru bien raisonnable, & qui est propre à concilier les dispositions que renferment ces deux art., qui, au premier coup-d'œil, paraissent inconciliables : tout ce que nous pouvons dire ici, c'est qu'il n'est pas possible d'admettre le moyen que m.r de malleville propose pour faire disparaître cette antinomie apparente.

art. 875.

La question qui est décidée par notre art. avait donné lieu à de très nombreuses discussions parmi les auteurs, ce qui avait amené de la variation dans la jurisp. : on peut voir ce qu'en dit maynard, liv. 8, chap. 98, & liv. 6, chap. 37 : la dernière état de la jurisp. sur ce point, était que si l'un des débiteurs solidaires prenait cession du créancier, il ne trouvait pas à subrogé à sa place, & avait ainsi contre ses co-débiteurs la même action qu'avait le créancier, sa part déduite : que si, au contraire, il payait le créancier, sans prendre cession de lui, il ne pouvait réclamer de ses co-débiteurs, que la portion concernant chacun d'eux particulièrement. Telle est la doctrine de catellan, liv. 5, chap. 49, où il traite cette matière fort au long, & celle du journaliste des audiences, tom. 1, liv. 5, chap. 55.

maintenant toutes ces difficultés seront très claires, & dans le cas même où le créancier a cédé ses actions à celui de ses co-débiteurs qui lui a payé l'entière dette, celui-ci ne peut agir contre ses co-hé

ou successeurs à titre universel, que pour la part que chacun d'eux doit en supporter personnellement.

art. 876.

En bornant l'action du co-débiteur solidaire à réclamer de ses consorts la portion virile de la dette concernant chacun d'eux, la loi les a tous regardés comme solvables dans l'art. précédent, mais celui-ci suppose que quelqu'un d'eux soit devenu insolvable, & dans ce cas, il règle la manière en laquelle il doit être pourvu au payement du créancier pour la part de cet insolvable : il veut que cette portion soit répartie au marc le franc, sur tous les autres co-débiteurs solidaires, en telle sorte que chacun en paye une portion proportionnée à son intérêt, soit dans la succession, soit dans la dette : catellan, au lieu cité, traite la même question, & la décide comme l'a fait le code.

art. 877.

La loi a ménagé les intérêts de toutes les parties par la mesure dont il est parlé ici : il est juste que le titre du créancier ne perde rien de son efficacité par la mort de son débiteur, mais il est juste aussi que l'hêr prenne connaissance de ce titre, & qu'il acquière cette connaissance par la signification qui lui en est faite huit jours avant qu'on le mette à exécution contre lui : auparavant on n'en agissait point ainsi ; dans les pays coutumiers, on accordait trop à l'hêr, en assujettissant le créancier à poursuivre un jugement qui rendit exécutoire contre lui le titre qu'il avait contre le défunt : au contraire, dans les pays du droit écrit, on n'en fesait pas assez, puisqu'on exécutait contre lui le titre obtenu contre le défunt, sans lui en donner connaissance par la signification.

art. 878 jusques & compris l'art. 881.

Leg. 1, §. 1, ff. de separat. Leg. 6; Ces quatre art. sont relatifs à la demande que peuvent former les créanciers du défunt, en séparation du patrimoine de leur débiteur d'avec celui de l'hêr, contre les créanciers de ce dernier : ce n'est pas que par cette demande les créanciers du défunt perdent la faculté de se faire payer par l'hêr qui a accepté, les sommes à eux dûës par la succession ; mais comme les propres créanciers de l'hêr doivent avoir la préférence sur ceux du défunt, lorsqu'on prend dans le patrimoine de l'hêr les fonds nécessaires à l'acquit de toutes les dettes, on a introduit le bénéfice de la séparation des patrimoines, pour que les créanciers respectifs soient payés sur le patrimoine qui était leur débiteur ; aussi la loi 5, ff. de separat. Bon. nous apprend-elle que l'effet de la séparation, est de faire payer les créanciers de la succession sur les biens qui en dépendent, préférablement à ceux de l'hêr.

Leg. 5 eod.

leg. 1, §. 10, 11, 15, ff. de separat.

mais les créanciers ne peuvent par demander cette séparation lorsqu'ils ont fait des actes, d'après lesquels on peut juger qu'ils ont regardé l'hér comme leur débiteur; par exemple, s'ils ont dénaturé leur titre originaire: s'ils ont donné du temps pour leur payement, &c; il ne faut pourtant pas regarder comme Acceptation de l'hér pour débiteur, la quittance des intérêts échus ou les poursuites dirigées contre lui.

on n'a pas cru que cette action pût être exercée pendant toute la durée des actions ordinaires, pour les choses mobilières qui dépérissent facilement, comme les meubles, & après le délai de trois années, on n'est plus recevable à la former sur aucun objet de cette nature: mais il n'en est point de même des immeubles, & tant que ceux-ci existent dans la main de l'hér, les créanciers du défunt peuvent demander qu'ils soient séparés de ceux qui forment le patrimoine de l'hér, même après plus de 30 ans, qui est le terme ordinaire de toutes les actions, s'ils ne croient que cette démarche pourra leur fournir un moyen plus assuré de parvenir à leur payement.

leg. 1, §. 2, ff. de separ.

enfin, la loi n'accorde point aux créanciers de l'hér la même faveur, qu'aux créanciers du défunt, relativement à la demande en séparation de patrimoines, & la raison en est bien simple: elle est prise de ce que les créanciers de l'hér ne peuvent pas empêcher que leur débiteur ne contracte de nouvelles dettes, & ne s'oblige, par l'addition de l'hérédité, envers les créanciers du défunt. Cette décision est d'ailleurs renfermée dans la loi 1, §. 2, ff. de separat. hér.

art. 882.

On voit ici deux dispositions; par la première, les créanciers d'un Co-partageant peuvent s'opposer à ce qu'il soit procédé à un partage hors de leur présence, à cause de l'intérêt qu'ils ont à ce qu'il ne se fasse en fraude de leurs droits, & celle-ci n'est à-peu-près qu'une répétition de ce qu'on lit dans l'art. 865, relativement au droit qu'ont les créanciers hypothécaires d'intervenir au partage, pour s'opposer à ce que le rapport se fasse de manière à nuire à leurs intérêts: on a supposé dans la seconde, que le partage avoit été déjà consommé, & dans ce cas, notre art. décide que les créanciers ne peuvent pas l'attaquer, à moins qu'ils n'eussent auparavant formé opposition à ce qu'il fut procédé; au reste, la loi énonce elle-même le motif qui a présidé à ses dispositions.

Sect. 4.

Des effets du partage & de la Garantie des Lots.

art. 883.

Nous avons déja vu, en expliquant quelqu'un des art. précédens qu'aux termes du droit romain, chacun des Successeurs du défunt était censé avoir recueilli son hérédité, & que le partage était regardé comme une aliénation de tout ce qui n'était pas désigné pour faire partie du Lot qui était assigné à chacun d'eux: il n'en est pas de même aujourd'hui, puisque notre art. déclare que chaque co-hér est censé n'avoir jamais eu la propriété des effets de la succession, autres que ceux qui entrent dans la formation de son Lot.

De là il suit que si l'un d'eux avait constitué une hypothèque sur quelques immeubles de la succession; cette hypothèque s'évanouirait; vous en connaissez déja les raisons; elles sont ramenées dans l'explication de l'art. 865.

art. 884.

Comme l'égalité est l'ame de tous les partages, il est sensible que cette égalité cesse dans le cas où l'un des co-partageants serait empêché de jouir des divers objets qui ont composé son Lot, il faut donc pour la rétablir, que les co-partageans puissent exercer l'un envers l'autre une action en garantie qui peut seule la ramener; tel est le ppe qu'on trouve dans divers textes du droit, sous les titres du ff. & du code famil. erciscund. mais pour qu'il y ait lieu à cette garantie, il faut que le trouble ou l'éviction procédant d'une cause antérieure au partage, il est aisé de concevoir que s'il en était autrement, les co-partageants qui se seraient comportés en bons pères de famille, seraient les dupes de l'inconduite de quelques autres, puisqu'ils se trouveraient exposés à être recherchés dans la possession de leur Lot, qui aurait alors une valeur supérieure à celle de leurs consorts.

La garantie, en cette matière, est due sans stipulation, à moins qu'on y ait renoncé expressément, Leg. 14, cod. famil. ercisc. ou que l'un des cohéritiers n'eût pris sciemment des biens qui n'appartenaient pas à l'hérédité, auquel cas, elle ne serait point due, à moins qu'elle n'eût été promise, Leg. 7, cod. Comm. utriusq. jud. mais vous avez à observer que les co-partageans ne se doivent pas la garantie, à raison du droit, en vertu duquel ils font le partage. voilà pourquoi si l'un d'eux qui n'avait pas de droit, est évincé de son Lot par le véritable co-hér, ou co-propriétaire, celui qui est évincé n'a point de garantie à demander à ceux avec

lesquels il a fait le partage; la question est ainsi décédée par la loi 36, ff. famil. ercix.

art. 885.

Les mêmes ppes qui ont présidé aux art. 875 & 876, ont aussi présidé à ce qui est dit ici, & quoique le co-partageant évincé obtienne une hypothèque sur les biens de ses consorts par l'inscription du jugt qu'il a poursuivi contre eux, il ne pourra cependant pas, en vertu de cette hypothèque, forcer l'un d'eux seulement à lui payer tout ce qui lui est dû: chacun des co-partageans doit contribuer à ce payement, en proportion de la part qu'il a dans l'hérédité, & s'il y en a quelqu'un d'insolvable la portion que celui-ci aurait dû acquitter, devra l'être par tous les autres, & par le garanti lui-même, dans la même proportion.

on peut demander si le co-partageant, à raison de l'éviction qu'il a souffert, peut réclamer de ses consorts, non seulement le prix des objets qui composaient son lot, mais encore des dommages et intérêts: nous ne pensons point qu'il en soit dû; car s'il lui en était accordé, ce co-partageant gagnerait à l'éviction tout ce que les autres y perdraient, & dès lors l'égalité serait rompue.

art. 886.

il n'en était pas de même autrefois, & lorsque par le fait du partage, il entrait dans le lot de quelqu'un des co-hers une rente due à la succession, si le débiteur de cette rente devenait insolvable celui à qui cette rente avait été adjugée était, dans tous les temps, reçu à réclamer de ses co-hers la perte qu'il en éprouvait, sa part néanmoins confuse; on n'a pas cru, & avec raison, devoir maintenir cette jurisp.; l'on a pensé que le délai de cinq années suffirait, pour mettre celui des co-partageans, dans le lot duquel cette rente était entrée, à portée de n'en rien perdre, soit en prenant les précautions indiquées par la loi pour acquérir, ou pour assurer son hypothèque, soit en agissant contre ses co-hers, avant ce terme, pour en obtenir la garantie.

mais cette action en garantie ne peut être formée, en cas d'insolvabilité du débiteur, qu'autant qu'elle existait à l'époque du partage: car si elle est survenue depuis, il n'est pas douteux qu'elle ne donne ouverture à aucune réclamation.

Section 5.

de la rescision en matière de partage.

art. 887.

le dol & la violence forment autant d'exceptions à toutes les règles,

par cette raison bien naturelle, que celui qui a été trompé, ou violenté, n'a point donné de consentement, & que nul contrat n'est valable, s'il n'est basé sur un consentement libre: cette vérité est établie sur plusieurs textes du droit romain, & les anciennes ordonnances de france avaient consacré ce principe. le code en fait autant aujourd'hui, en sorte qu'il ne fait autre chose que confirmer l'ancienne jurisprudence sur ce point. mais comme le dol, ni la violence ne se présument pas, c'est à celui qui allègue ce moyen, à en justifier. au reste, l'art. ne distingue point le partage fait à l'amiable de ceux qui l'ont été d'autorité de justice, en sorte que le principe reçoit également son application dans un cas & dans l'autre.

mais, il ne faut pas croire qu'en pareille occurrence, l'annullation soit encourue de plein droit, & que l'acte de partage ne produise aucun effet d'engagement: une telle opinion serait erronée; la loi dit seulement que ces partages peuvent être rescindés, il faut donc former une action en rescision, & cette action doit être intentée dans les dix ans à compter du jour de l'acte, si les parties étaient majeures; au surplus, ce délai ne commence à courir utilement contre les mineurs qu'à compter de leur majorité, dans le cas du dol de violence, que du jour où elle a cessé; & dans le cas du dol que du jour où il a été découvert, comme nous l'apprend de l'art. 1304 du code.

la cause la plus commune de demander en rescision d'un partage, est la lésion, & de tout les temps on a décidé qu'en cette matière, celle du tiers au quart, était suffisante: par exemple, du tiers au quart, on entendait par là que nous allons mettre sous vos yeux, par un exemple: supposons que le lot de l'un des co-partageans fut de 4000 f, & le lot de l'autre, de 3000 f seulement; il y a lésion du tiers du lot de 3000 f, du quart au cinquième au lot de 4000 f. Catellan, liv. 5, chap. 72, rapporte des arrêts qui ont décidé que cette espèce de lésion suffisait pour faire rescinder un partage.

mais une chose, à laquelle vous devez faire attention, c'est que si la lésion n'était que d'un quart seulement, il n'y aurait pas lieu à rescision, parce que notre art. porte en outre, lésion de plus d'un quart, il faut donc qu'il y ait quelque chose de plus que le quart.

vous devez remarquer aussi qu'il n'y a point lieu à rescision du partage, s'il ne renferme par d'autre vice que celui de ne point embrasser la totalité des objets sujets à partage, pourvu que

division ait été faite sans fraude, dans le cas on étend le partage aux objets omis, & s'ils ne sont pas susceptibles de division, on les licite.

art. 888.

Quelque qualification qu'on ait donnée aux actes qui ont fait cesser l'indivision, ils ne restent pas moins sujets à l'action en rescision, quoiqu'ils fussent de nature à ne pouvoir pas être rescindés par cette voie; mais la maxime, tout premier acte entre co-hér. est réputé partage, ne doit pas être étendue au delà du cas pour lequel elle a été faite. Il s'élève entre les intéressés des difficultés sur lesquelles ils aient transigé depuis, ce nouvel acte ne sera plus sujet à rescision pour cause de lésion, quelque considérable que puisse être celle que quelqu'un d'eux en a éprouvée: il y a lieu alors à l'application du droit commun, suivant lequel les transactions sont à l'abri de toute querelle, lorsqu'on se permet de les attaquer pour cause de lésion, dès-lors qu'il n'y est point intervenu de dol personnel, des actes de cette espèce demeurent fermes & inébranlables: telle est la doctrine de Lebrun, en son traité des Successions, liv. 4, chap. 1, n°. 56, pag. 613, & le code de la contestée: on peut voir sur ce dernier point Catellan, liv. 5, chap. 46; Expilly, centurie 4, chap. 30, et la loi 2, au code, de transact.

art. 889.

C'est ici une exception aux dispositions générales contenues dans l'art. précédent, & quoique il soit bien vrai que la vente de droits successifs consentie à un co-hér., fasse cesser l'indivision dans l'intérêt de ceux qui ont traité, on a pensé néanmoins que il ne devait pas alors y avoir lieu à l'application de la règle générale; mais il faut pour cela la réunion de toutes les circonstances requises par notre art. 1°. que le traité embrasse tous les droits successifs; car s'il en était autrement, on ne pourrait pas dire que ce fut une vente de droits successifs; 2°. qu'il ait été fait aux périls & risques de l'acquéreur, de telle manière que le vendeur demeure absolument étranger à la succession: — ainsi, en supposant que le vendeur ait été chargé du payement de sa quote-part des dettes du défunt, il est évident que ce traité serait hors des exceptions par la loi, & qu'il n'y aurait pas lieu à l'application de l'art.

Avant la publication du code, tous les auteurs n'étaient pas d'accord sur la question qui nous occupe, mais il était généralement convenu que la vente de droits successifs consentie

au profit d'un étranger, n'était point sujette à rescision pour cause de lésion; désormais il en sera de même dans l'un & dans l'autre cas; quoique le traité n'ait point été précédé d'un partage, & les auteurs des pandectes françaises se sont évidemment trompés, lorsqu'ils ont dit qu'on devait supposer qu'il en avait été fait un précédemment.

art. 890.

dans tous les temps, on a jugé, conformément aux lois 288 - cod. de rescind. vend. qu'on devait se fixer sur la valeur des immeubles au temps de la vente, pour savoir s'il y était, ou n'y était pas intervenu lésion, & ce procédé était trop juste, pour que le code ne l'adoptât point; ce que les lois ont décidé, en matière de vente, doit, par identité de raison, être appliqué aux partages qui, par leur essence, doivent être exempts de toute inégalité, mais comme l'indivision n'a cessé qu'au moment du partage, c'est de cette époque qu'on a dû partir pour l'estimation des objets qui en ont fait la matière.

art. 891.

Le procédé prescrit par notre art., était exclusivement approprié aux ventes, & n'était point applicable aux partages, d'après l'opinion de plusieurs auteurs, tels que pérézius, sur le tit. du code comm. utriusq. jud., n.° 5, du moulin, sur la cout. de paris, tit. des fiefs, §. 33, n.os 41 & 42, & plusieurs autres: au contraire, charondas, en ses pandectes, liv. 2, chap. 40, pag. 413, & liv. 4, chap. 24, pag. 192 & 193, d'argentré, sur l'art. 267 de la coutume de bretagne, n.° 15, pag. 1215, Bergerot sur papon, liv. 15, tit. 7, art. 7, & Coquille, quest. 157, avaient pensé qu'il valait mieux adjuger un supplément en héritage de la succession, que de remettre les parties au même état qu'elles étaient avant le partage; en quoi ils se fondaient sur l'esprit de la loi 3, cod. comm. utriusq. jud. qui, en matière de partage, dit, en propres termes, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. c'est cette dernière opinion que le code a adoptée, & s'il est reconnu que il y est intervenu lésion, sans distinguer si elle est énormissime, ou seulement suffisante pour autoriser le demandeur à s'en plaindre, le défendeur, pour empêcher un nouveau partage, est reçu à fournir un supplément, soit en numéraire, soit en nature.

art. 892.

il s'élève ici une fin de non-recevoir évidente contre celui des co-partageans qui aurait aliéné son lot en tout, ou en partie,

Et qui, après cette aliénation, prétendrait avoir été violenté pour y consentir, ou qu'il a été usé de dol envers lui : le fait de l'aliénation serait une preuve irrésistible de l'approbation qu'il aurait donné au partage. or c'est une maxime certaine, que *Quod semel placuit, amplius displicere non potest*, mais il faut pour cela que l'aliénation ait été faite postérieurement à la découverte du dol, ou à la cessation de la violence. Car si elle était antérieure, il n'y aurait pas de raison légitime pour rejetter la réclamation basée sur la violence ou sur le dol.

Tit. 2.

Des donations entre-vifs & des testamens

Chap. 1.

Dispositions Générales

art. 893 & suivans jusques & compris l'art. 900e

Ce chapitre est consacré à plusieurs objets qui, pour être faisis n'exigent aucune explication particulière : il est comme le préambule d'une foule de décisions d'autant plus importantes, qu'elles sont d'un usage journalier, & qu'elles règlent à peu près de presque toutes les propriétés c'est là une vérité, dont vous serez convaincus, lorsque en parcourant les divers art. dont ce titre est composé, nous y rencontrons sous vos yeux quelques-unes des questions intéressantes dont elles renferment la solution.

après avoir déterminé les divers moyens qu'il est permis d'employer pour disposer de son bien à titre gratuit, & en avoir donné la définition, le code déclare que les substitutions sont prohibées : ici se représente naturellement la question de savoir ce que c'était qu'une substitution.

il y en avait de plusieurs espèces : 1° la fidéicommissaire par laquelle un testateur, ou donateur, chargeait celui qu'il instituait héritier, ou à qui il donnait, de conserver & de rendre à un tiers les biens qui avaient fait la matière de l'institution héréditaire ou de la donation : 2° la vulgaire, par laquelle le donateur ou testateur désignait une personne qui devait recueillir ses biens, dans le cas où l'héritier institué, ou bien le donataire, ne pourraient pas ou ne voudraient pas les recueillir. 3° la pupillaire, par laquelle un père en instituant son enfant non encore parvenu à l'âge où il était permis de disposer, appellait un tiers pour recueillir ses biens, en cas que l'enfant vint à mourir avant d'avoir acquis cet âge.

Celle-ci se divisait en pupillaire expresse, & en pupillaire tacite. il était très essentiel de reconnaître la différence qu'il y avait de l'une à l'autre, parce que la première produisait des effets que ne produisait pas la seconde. vous pouvez voir sur cette question

Le tit. des instit. de pupill. Substit. Laroche, verb. Substitution art. 13, ricard, tom. 2, des substitutions, n°. 68, Cambolas, liv. 6, chap. 22, & catellan, liv. 2, chap. 84.

4°. on connaissait aussi la substitution exemplaire qui avait pris sa dénomination, de ce qu'elle avait été introduite à l'exemple de la pupillaire, & elle avait lieu, lorsque le testateur appellait un tiers pour recueillir ses biens, dont il disposait en faveur de son hêr furieux, imbécile, interdit ou autrement incapable de tester.

5°. La substitution compendieuse qui compendio verborum comprenait toutes les autres dont nous venons de parler, suivant les divers cas qui se présentaient : celle-ci était conçue en ces termes, nj'institue un tel, & je lui substitue un tel : « il était possible de trouver là tous les genres de substitution dont je vous ai fait le détail savoir, la vulgaire, si l'hêr institué prédécédait le testateur ; la fidéicommissaire, si l'institué, après avoir accepté l'hérédité venait à mourir, laissant à lui survivant celui à qui il était chargé de rendre la pupillaire, si c'était un père qui eût institué son fils pupille avec charge de substitution, s'il venait à mourir en pupillarité, & si ce fils, après avoir recueilli la succession paternelle, décédait pupille enfin, elle renfermait la substitution exemplaire, pourvû que l'héritier institué fût en démence, ou autrement incapable de tester, non seulement au moment de son décès, mais encore à l'époque du testament, quoique Barthole, sur la loi 43, ff. de Vulg. & pupill. substit. prétendit qu'il suffisait pour cela que l'hêr institué fût en démence à son décès seulement.

mais dans ces deux derniers cas, la substitution compendieuse ne renfermant la pupillaire, ou l'exemplaire que tacitement, les effets n'en étaient pas entièrement les mêmes, comme on le voit dans les auteurs précités : il serait inutile de s'étendre plus au long sur cette matière qui était une des plus difficiles qu'il y eût dans le droit : le code les a supprimées pour l'avenir, excepté celles dont il fait une mention particulière en faveur des personnes énoncées dans le chap. 6 du présent titre : quant à celles qui avaient été précédemment faites, leur sort a été réglé par les décrets des 25 octobre & 14 9bre 1792. il ne faut qu'en prendre lecture pour les connaître.

Vous devez savoir aussi que l'art. 5 du S.C. du 14 août 1806 porte que S. M. l'empereur & roi pourra, quand elle le jugera convenable autoriser un chef de famille à substituer ses biens libres pour former la dotation d'un titre héréditaire, qu'il érigerait en sa faveur, reversible à son fils aîné né, ou à naître, & à ses descendans en ligne direc

de mâle en mâle par ordre de primogéniture. cette disposition particulière ne porte aucune atteinte au droit commun en matière de substitution. Elle n'en est qu'une confirmation, puisque c'est à titre d'exception qu'elle a été portée.

Parlons des divers genres de substitution, dont nous venons de parler. Le code n'a conservé, comme devant valoir, que le droit commun, que celui qui était connu sous le nom de vulgaire, & dans le vrai, ce n'était pas proprement une substitution, puisque elle ne pouvait avoir lieu, qu'autant que l'héritier institué ne voulait pas, ou ne pouvait pas, soit pour cause de prédécès, ou autrement, accepter l'hérédité: ainsi rien n'empêche qu'on ne puisse encore aujourd'hui faire l'institution qui prend la forme ex secundo gradu, comme, par exemple, on termes si j'institue pierre mon héritier, & à son défaut, jean. si pierre ne veut, ou ne peut être hér, jean recueillira toute l'utilité de l'institution.

Enfin, on connaissait encore dans le droit les substitutions réciproques. Celles-ci étaient ou expresses, ou tacites: elles étaient expresses lorsque, verbis specialibus, deux personnes étaient instituées & réciproquement substituées entre elles: ces substitutions étaient tacites, lorsque la volonté du testateur ne pouvait être exécutée qu'en sous-entendant une substitution réciproque entre deux ou plusieurs institués: par exemple, lorsque le testateur avait dit, si je change le dernier mourant de mes enfans, je rends mon entière hérédité à pierre. dans ce cas, il est bien évident que tous les enfans étaient réciproquement substitués entr'eux, car le dernier mourant ne pouvait rendre l'entière hérédité à pierre, qu'autant qu'il l'avait recueillie lui-même, & il ne pouvait la recueillir qu'en supposant une substitution réciproque entre tous les frères enfans du défunt: nous en trouvons plusieurs exemples dans le droit, notamment dans la loi 64 & dans la loi 87, § 2, ff. de Legat: 2.

par tout ce que je viens de vous dire, je n'ai pas entendu vous donner une entière connaissance de la matière des substitutions, mais seulement vous mettre à portée d'en distinguer les différentes espèces. Et quoique la loi en prohibe désormais l'usage, il n'était pas hors de propos de vous en donner une légère teinture.

Le dernier de nos art: déroge aux dispositions des lois romaines qui pour juger de l'effet des conditions impossibles, ou qui seraient contraires aux lois & aux mœurs, distinguaient les actes entre vifs & dispositions de dernière volonté: les conditions de cette espèce étaient rejetées Et réputées non-écrites dans les testamens, codicilles, ou donations à cause de mort; & elles ne vitiaient pas la disposition. Leg. 166

ff. de condit. institution. au lieu qu'elles vicieront la disposition entre-vifs, lorsque la condition consistant in faciendo, leg. 31, ff. de obligat. de là il résultait que si un donateur avait apposé dans un acte entre-vifs une condition impossible, la condition relative à cet objet empêchait l'annullation: il n'en sera point de même à l'avenir, la disposition entre-vifs jouiront à cet égard du même avantage dont jouissaient celles à cause de mort: l'acte devra être exécuté, la condition seulement réputée non-écrite.

Il semble d'abord qu'on peut conclure de notre art. qu'en aucun cas, la condition impossible ou contraire aux loix, ou aux bonnes mœurs ne peut vicier la disposition: mais ce serait une erreur, que de le penser ainsi, car l'art. 1172 du code dit précisément tout le contraire, et non-seulement il prohibe l'insertion de pareilles clauses ou conditions dans les contrats, mais encore il déclare nulle la convention qui en dépendra. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il n'y a plus lieu de distinguer entre dispositions testamentaires et dispositions entre-vifs, puisque dans les unes comme dans les autres, la condition impossible est reputée non-écrite au lieu que dans les conventions en général, des clauses ou des conditions de cette nature vicient la convention: on peut voir ce qui en disent Pothier par-tout, en son trait. des testaments, tom. 2, chap. 7, sect. 2 n°. 20 et suiv. de l'édition de 1779. [rev. par loix des 5 et 6e 1791, et 5 Brumaire et 17 nivose an 2.] Chap. 2.

De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament

art. 901.

Un individu qui n'a point l'usage de la raison, ne peut disposer, ni par donation entre-vifs, ni par testament: la raison en est bien simple, elle est prise de ce qu'il est incapable de volonté, et que la volonté est la base de tous les actes. la démence même du testament le prouve d'une manière invincible.

art. 902, 903 et 904.

après avoir déclaré par le premier de ces trois art. que tout personne pouvait disposer et recevoir par donation entre-vifs et par testament à moins que la loi n'y mette obstacle; et après avoir décidé par le second que le mineur agé de moins de 16 ans, ne pouvait aucunement disposer, le 3me fait une exception à cette règle générale, en faveur du mineur agé de seize ans accomplis, qu'il déclare capable de disposer par testament jusqu'à concurrence de la moitié. il résulte de la contexture de cet art. que si le mineur agé de seize ans révolus peut disposer, ce n'est que par testament et s'il est encore mineur, il ne lui est permis de tester, qu'à concurrence seulement de la moitié

des biens que la Loi saisit à la disposition d'un majeur.

notre art. Adopte en partie le Droit romain, et il s'en écarte tout à fait : il l'adopte dans ce sens, qu'il prohibe au mineur de donner entre-vifs, mais il s'en écarte en ce qu'il ne permet au mineur de disposer par testament que d'une partie de ses biens, sans même faut-il pour cela que le mineur soit âgé de 16 ans révolus il n'en était pas de même autrefois, car même, en pays de droit Ecrit, pouvaient tester de leurs entiers biens, dès qu'ils avaient complété leur 14e année, et les filles à 12 ans aussi accomplis. quant aux pays de coutume, chacun avait, pour ainsi dire, sa jurisprudence sur ce point; et cette diversité de coutumes, tant pour l'âge auquel il était permis de disposer, soit par donation, soit par testament, tant pour la quotité des biens dont elle permettait la disposition, formaient une bigarrure qu'il était du plus grand intérêt de l'empire de faire disparaître pour ramener tout à une salutaire uniformité, et c'est justement ce qu'a fait le code.

art. 905.

ceci n'est ici qu'une répétition de ce que nous avons déjà vu sur les art. 217 & 219 du code, mais nous ne devons pas oublier qu'il n'en est pas de même de la disposition testamentaire : je vous en ai donné les raisons sur l'art. 226 du code.

art. 906.

la donation est un contrat, il faut donc être au moins conçu au moment de la donation, pour être capable de recevoir à ce titre : - il n'en est point de même du testament : ce genre de disposition a d'existence légale qu'au moment du décès de son auteur, il suffit donc qu'un tiers institué soit in rerum naturâ, à cette époque, pour qu'on ne puisse par quereller le testament sous prétexte que l'institué n'existait pas lors de sa confection ; l'art. 49 de l'ord. de 1735, l'avait ainsi décidé, et cet art. n'était lui-même que l'expression de la loi 14, ff. de jur. codicill.

art. 907.

l'ord. de François Ier de l'année 1539, art. 131, et la déclaration d'Henri II de l'année 1549, ont servi de base aux dispositions de notre art. Car le droit romain, et la loi 28, ff. de Liberat. Legat. permettait au mineur d'instituer son tuteur : on doit convenir que ces dispositions sont très sages, car rien n'égalant l'empire que les tuteurs acquièrent sur l'esprit de leurs mineurs, il est naturel de penser que ceux-ci pourraient ne consigner dans leur testament que la volonté de leurs tuteurs : la loi a fait avec raison une exception à cette règle générale en faveur des ascendans, parce que ceux-ci ne sont

par en présomption d'avoir capté les dispoons de leurs enfans, ou petits-enfans.

art. 908.

On aurait pû, sans inconvénient, le supprimer; car dès que les droits des enfans nés hors du mariage, se trouvent déja réglés au tit. des Successions, ce qui se trouve ici forme à peu près un double emploi.

art. 909.

Les anciens tribunaux avaient, par leur jurisp. étendu aux personnes dénommées dans cet art. les dispoons de l'ordce de 1539, & de la déclaration de 1549, qui ne parlaient que des tuteurs, curateurs & autres chargés de l'administration des biens des mineurs: ils avaient cru que l'empire qu'acquièrent sur un malade, son médecin, son chirurgien ou son pharmacien, était pour le moins, aussi actif que celui du tuteur sur l'esprit de son mineur: voilà pourquoi ils les envelopperent dans la même prohibition de recevoir par donation ou par testament, & cette manière de raisonner était très juste.

Le code l'a adoptée avec néanmoins quelques modifications qui n'étaient pas sans exemples: vous en trouverez un dans le traité des testaments de mr furgole, tom. 1, chap. 6, sect. 2, no. 76, où cet auteur rapporte toutes les raisons qu'employèrent les avocats dans une fameuse cause sur laquelle il intervint un arrêt le 10 mars 1744, en faveur du Sr Labroquère, médecin de cette ville, contre le Sr de gaillard. depuis j'en ai fait rendre un autre en la première chambre des enquêtes, au rapport de mr miégeville, le 19 février 1784, qui débouta le Sr dumon lamothe de l'appel d'une sentence rendue par le sénéchal de tarbes, par laquelle avait été confirmés des legs particuliers faits au Sr Lebrun pharmacien de la ville de bagnères, pour lequel j'écrivais: vous en trouverez de pareils dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 1, chap. 43, dans le cas de l'exception faite en faveur des parents.

La même raison, celle de l'ascendant acquis sur l'esprit de ceux dont on administre les biens, ou soigne la santé, s'appliquent à à tous ceux qui dirigent la conscience des hommes timorés, aussi la loi a-t-elle statué de la même manière sur le sort des dispoons faites en leur faveur; c'est ainsi que cette question se trouve décidée par les arrêts que rapporte catellan, liv. 2, chap. 98. Vous devez néanmoins observer que s'il était fait quelque libéralité à un confesseur, à la charge de l'employer en oeuvres pies, elle serait valable, sans qu'on pût même exiger de lui qu'il déclarât à quoi il avait été chargé de l'employer: c'est encore ainsi que la

Question fut jugée au parl. de toulouse, en la 2e chambre des Enquêtes, le 29 mars 1775, au rapport de mr. fajoles, en faveur de mr. Ducafol curé de St. jacques de montauban, contre la dame Vignères veuve de rosselier, hère de la delle. combesalbert, qui dans son testament avait fait à mr. ducafol un legs accompagné de la charge dont nous venons de parler. nous vous parlerons dans notre explicaon orale de beaucoup d'autres questions qui étaient agitées, relativement à l'incapacité de recevoir par donation ou par testament, dont on frappait quelquefois les avocats ou les procureurs, de la part de leurs clients.

art. 910.

Le droit romain a varié beaucoup sur le point de savoir si les Etablissemens publics étaient susceptibles d'institution héréditaire ou de donation; on y regarda comme valable dans un temps, ce qu'on regarda depuis comme illicite. il en fut de même en france; mais enfin un édit du mois de xbre 1666 déclara nulles toutes les dispoons qui seraient faites en faveur des établissemens de cette nature qui n'auraient point été revêtues de lettres-patentes: les dispoons de cette loi furent souvent éludées, & les choses en vinrent à ce point, qu'on crut devoir arrêter, par une nouvelle loi, les envahissemens que fesaient les corps & communautés de beaucoup de propriétés foncières, ce qui nuisait infiniment au commerce: c'est dans ces circonstances que fut rendu l'édit du mois d'août 1749, qui prohiba à tout corps & communauté, soit laïque, soit ecclésiastique d'acquérir à l'avenir aucuns immeubles. le code est encore allé plus loin, puisqu'il veut que les dispoons faites en leur faveur n'aient d'effet, qu'autant qu'elles auraient été autorisées par un arrêté du gouvernement, en sorte que, si le gouvernement en refuse l'autorisation, les dispoons de cette nature, sont comme non-avenues.

art. 911.

Les questions d'incapacité sont si bien traitées par ricard & furgole, qu'il nous suffit de vous indiquer ces deux auteurs, pour vous faire connaître tout ce qu'on peut désirer de savoir sur cette matière; ce que nous pourrions vous en dire de particulier, ne serait donc qu'une esquisse de ce que vous pouvez lire dans ces deux auteurs. ce qu'il vous importe de remarquer, c'est qu'en désignant dans la deuxième partie dont l'art. est composé, les personnes dont il fait une mention particulière, le législateur n'a pas entendu qu'il n'y aurait que ces personnes qui pussent être regardées comme interposées, mais seulement qu'elles le sont

de droit, & sans qu'il soit besoin de rapporter aucune autre preuve; mais cela n'empêche pas qu'on ne puisse regarder sous ce même point de vüe, d'autres personnes, si les circonstances sont telles qu'on ne puisse pas se refuser à la conviction, que le testateur ou le donateur n'ont fait choix d'elles que pour faire parvenir les biens à quelque personne prohibée: tout en cette matière est soumis aux indices graves que peuvent offrir les circonstances, & l'on ne peut pas en donner des exemples certains.

art. 912.

Ce qu'on lit ici, rentre dans ce que nous avons dit sur le droit d'aubaine, au tit. de la jouissance & de la privation des droits civils, voilà pourquoi nous nous abstiendrons de toutes reflexions.

Chap. 3.

de la portion de biens disponible & de la réduction.

Sect. 1.

de la portion de biens disponible.

art. 913.

On fut longtemps incertain au conseil d'état sur le parti à prendre pour la fixation de la quotité de biens dont on laisserait la libre disposon au testateur ou donateur: les yeux furent d'abord jettés sur le droit romain; mais on reconnut une si forte inégalité entre la portion que ce droit adjugeait à l'hér, & celle du légitimaire: on trouva d'ailleurs si singulier que la légitime à prendre dans un patrimoine dévolu à quatre enfans, dont l'un était institué hér, fut moins forte que celle à prendre dans un patrimoine dévolu à cinq enfans avec institution héréditaire au profit de l'un d'eux, qu'on crut devoir l'écarter sans retour. [loi du 17 nivose an 2, art. 16 — loi du 4 germinal an 8].

On jetta le aussi les yeux sur les diverses coutumes qui régissaient la majeure partie de la france, & leur examen donna des résultats si bizarres, si incompatibles avec le mode de succéder nouvellement introduit qu'il ne fut pas possible de les adopter: il fallait donc créer un systême tout nouveau, & c'est ce qu'a fait le code, qui désormais devra être la seule règle de la disponibilité.

On voit par la contexture de notre art. que la quote disponible varie suivant le nombre d'enfans qu'ont le testateur ou le donateur, mais peut-on regarder comme fesant nombre de ces enfans ceux qui sont nés hors du mariage, & qui auraient été légalement reconnus?

La cour d'appel de pau avait décidé qu'ils ne devaient pas l'être,

mais un arrêt de la cour de Cassation du 26 juin 1809, admit le pourvoi contre cet arrêt, & décida qu'un père qui avait un fils légitime & un Bâtard n'avait pu disposer que du tiers de ses biens, sur ce fondement que l'enfant né hors du mariage, n'était pas moins enfant du testateur, que l'enfant légitime, & qu'il n'y avait entre eux de différence qu'en ce que le Bâtard devait être réduit à la portion des biens de son père qui lui est assignée par l'art. 759 de notre code.

Art. 914.

Notre art. branche une difficulté sur laquelle les auteurs ont écrit des volumes; elle consistait à savoir si le mot enfans était collectif à plusieurs degrés: les uns soutenaient que le mot ne devait être entendu que des individus qui occupaient le premier degré auprès de leur père, & qui étaient nés de lui. Les autres, à l'appui de l'opinion contraire, invoquaient la loi 220, ff. de Verb. signif. qui est conçue en ces termes, Liberorum appellatione etiam nepotes & pronepotes veniunt, mais on prétendait échapper à cette loi, en soutenant que le mot Liberi chez les romains avait plus d'étendue que le mot enfans n'en a en France: il a été statué sur cette question par une prodigieuse quantité d'arrêts qui ont varié pendant longtemps; mais enfin le dernier état de la jurisp. conforme sur ce point à la doctrine de mr. Furgole, en son traité des testamens, tom. 2, chap. 7, sect. 6, n°. 126, était tel, que le mot enfans devait être déclaré collectif de plusieurs degrés; en conséquence, il fut rendu arrêt, le 17 mars 1783, en la chambre tournelle, jugeant un procès civil, au rapport de mr. de Miramont, qui décida que lorsque les enfans au premier degré sont morts avant le testateur, laissant des enfans au second degré ou autre plus éloigné, ceux-ci sont compris dans la disposition: cet arrêt fut rendu au profit de mr. Lebe curé prêtre contre le syndic de l'hôpital de Gimont, que le testateur avait en effet institué par son testament du 24 mai 1722.

Vous devez remarquer que n'agissant ici de déterminer la portion de biens que doit avoir l'individu compris sous le nom d'enfans, quoique il ne soit point né en propres corps et testateur, la loi décide qu'il ne doit en avoir d'autre que celle qu'aurait eue son père, ou tout autre ascendant, s'il se fut trouvé en vie, lors du décès du testateur.

Art. 915.

Le droit romain, en la Nov. 18, accordait une légitime aux ascendans sur les biens de leurs descendans mort sans postérité,

Cette légitime était diversement réglée par la jurisp. suivant la diverse qualité des héritiers institués. on peut voir Boerius Catellan, liv. 2, chap. 84 : cette jurisp. fut abrogée par l'art. 61 de l'ordre de 1735 qui fixa la taux de la légitime dans toutes les Cas au tiers du bien du défunt. Le nouveau mode de succéder a rendu nécessaire un autre réglement sur cet objet, parce que pouvant y avoir des ascendans dans la ligne paternelle & dans la ligne maternelle, & ces lignes n'ayant entre elles rien de commun pour les successions, il a fallu pourvoir aux intérêts tous ; & c'est justement ce qui a fait le code, en adjugeant aux Ascendans de chaque ligne un quart de la succession, quart qui doit être recueilli par eux dans l'ordre où la loi les appelle à succéder, c'est-à-dire, que le père exclud l'ayeul, l'ayeul exclud le bisayeul, &c.

D'après cela, il est aisé de sentir que si l'une des lignes n'a point d'ascendant, le testateur conserve la faculté de disposer de tout entier bien, à l'exception du quart réservé pour les ascendans de la ligne dans laquelle ils se trouvent placés.

on demande si la portion de bien destinée aux ascendans, et par eux recueillie, lorsque le défunt meurt intestat, laissant à lui survivants des frères & sœurs ? avant le nouvel ordre des choses, les ascendans concouraient avec les frères & sœurs du défunt dans la succession de leur Enfant prédécédé, il n'en est pas de même aujourd'hui ; les frères ou sœurs excluent les ascendans, d'ailleurs ceux-ci sont exclus de la succession, ils le sont à plus forte raison de la légitime.

La seconde partie de l'art. paraît d'abord difficile à entendre, mais un peu de réflexion suffit pour en saisir le vrai sens : il y est supposé que des ascendans en concours avec des collatéraux dans une succession, n'y trouvent point de quoi se remplir de leur légitime, & il décide que ces ascendans doivent prendre toute la Bien libre, de même qu'ils sont fondés à quereller tout dispositions Soit testamentaires, soit entre vifs, dont l'existence pourrait supposer à ce qu'ils soient remplis, faculté qui est refusée aux collatéraux.

art. 916.

Les membres du conseil d'état ont été longtemps partagés sur la question de savoir s'il fallait réserver une portion de bien ce qu'on appelle réserve légale) en faveur des frères ou sœurs du défunt vu de leurs descendans. si l'on consulte le droit romain sur ce point on y voit en la loi 27, Cod. de inoff. testam. que les frères n'avaient la faculté de quereller le testament de leur frère prédécédé, qu'autant qu'il avait institué quelque personne, ce qui était dire bien

clairement que, hors de ce cas particulier, le testament était à l'abri de toute atteinte, quoique le défunt n'eût rien laissé à ses frères.

Le droit coutumier n'était pas peu favorable à leur réclamation. Les frères, dans certaines coutumes, succédaient aux propres, mais il n'y avait pas d'obstacle à ce que le défunt eût pu en disposer; s'il l'eût voulu, il n'y avait donc aucune portion de biens dont il fût défendu au testateur de disposer pour en investir légalement les frères ou les neveux.

Enfin, on a fini par croire que les frères & les neveux ne devaient pas jouir de la même faveur que les ascendants, & en conséquence on a laissé à chacun la liberté de disposer de ses biens soit par donation, soit par testament, lorsqu'on ne laisse ni descendants, ni ascendants.

art. 917.

On suppose dans cet art. qu'un homme qui n'a pas l'entière dispoon de ses biens, soit parce qu'il a des enfants, soit parce qu'il a des ascendants, ait donné à des tiers, à titre d'usufruit seulement, une partie de ses biens supérieure à celle dont la loi lui permet la dispoon, ses hers seront-ils obligés de souscrire à cette dispoon? La loi leur laisse le choix, ou de l'exécuter telle qu'elle est écrite, ou d'exiger du légataire qu'il abandonne l'utilité de la dispoon, en lui délivrant en propriété le montant entier de la quotité disponible. remarquez que cette option n'est pas réciproque, c'est-à-dire, que le légataire d'une portion de biens en usufruit n'a pas la faculté de demander aux hers la délivrance de la quotité disponible en propriété, en représentation de l'usufruit qui lui a été légué.

art. 918.

Si l'on compare ce que dit notre art. avec ce qu'on lit dans le 853e du code, on est tenté de croire qu'il y a là une antinomie formelle; en effet, il résulte de l'art. 853, que s'il n'y a point une fraude démontrée, les actes passés à titre onéreux entre le père & le fils ne sont point sujets au rapport; par où on décide que, si ces actes contiennent aliénation, cette aliénation diminue le patrimoine, tout comme si elle eût été faite en faveur d'un étranger.

Au contraire, il résulte de celui-ci que le père est en présomption d'avoir voulu donner à son fils, & non pas traiter avec lui à titre onéreux, lorsqu'il transporta sur sa tête une partie de ses biens, à charge de rente viagère, ou à fond perdu, ou avec réserve d'usufruit, puisqu'il ordonne que la valeur de ces biens sera imputée sur la portion disponible # c'est, sans doute, la forme de cette dernière espèce de traité, qui a amené un résultat si ~~opposé~~ opposé, ~~que l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse~~.

que l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse.

à celui qui offre l'art. 853.

mais en supposant qu'il y eut plusieurs successibles, lorsque quelqu'un d'eux eut consenti à l'aliénation faite par une des voies indiquées dans l'art., ceux qui auraient donné le consentement, seraient non-recevables à la quereller, quod semel placuit, amplius displicere non potest.

Supposons encore qu'il y eut lieu à la succession ab intestat En ligne collatérale, d'un homme qui aurait traité avec son fils auquel il aurait vendu des biens à rente viagère, ou à fonds perdu, ces collatéraux quoiqu'ils n'aient point consenti à l'aliénation, seront non-recevables à la quereller, & les biens qui auront fait la matière de ce traité, ne feront point partie de la succession.

art. 919.

Avant le nouvel ordre des choses, le testateur ou le donateur pouvait librement disposer de ses biens, en faveur de qui il jugeait à propos, même des étrangers, pourvu qu'il réservât toujours à ses enfans la portion que la loi leur déférait sur ces mêmes biens, & cette portion était appellée légitime: son taux variait suivant le divers nombre d'enfans qu'il laissait à son décès: la manière dont elle avait été réglée par le Droit romain avait donné lieu à ce distique:

Quatuor, aut infra natis dant jura trientem;
Semissem verò, fuerint si quinque vel ultra.

La loi du 17 nivose an 2, avait décidé que chacun des enfans avait un droit égal à la succession de l'un d'eux, sans qu'il dépendit de lui de gratifier l'un d'eux au préjudice des autres, car ce n'était jamais en faveur, qu'elle permettait au testateur ou au donateur de disposer du sixième de ses biens, s'il n'avait point d'enfans, ou du dixième, s'il en avait.

Les auteurs du code ont pensé, avec grande raison, qu'il fallait laisser aux pères & mères la faculté de gratifier d'une partie de leurs biens ceux de leurs enfans qui, par une bonne conduite, mériteraient d'être distingués des autres; ils n'ont malheureusement que trop ordinaire de voir des enfans n'avoir d'autre mesure des égards qu'ils doivent à leurs parens, que celle de l'intérêt. La multitude ne peut guères être contenue dans les bornes étroites de la raison, que par le sentiment de son intérêt particulier: si cette digue est rompue, toutes les autres sentimens sont méconnus, sur-tout dans cette classe d'hommes à qui toute éducation est étrangère.

Nota

Nous avons déjà vu Enquoi consiste la quotité de bien dont il est permis de disposer. L'autre art. ajoute que pour être valable, la disposition doit être faite expressément à titre de préciput, ou hors part : si ces mots ou autres équipollents étaient omis, le donataire ou le légataire venant à partage n'obtiendrait par une plus forte portion que les autres.

Cependant si la déclaration n'en était pas expressément faite dans la donation, ou dans le testament, on pourrait y suppléer par un acte postérieur, soit en la forme des donations entre vifs ou en forme testamentaire.

Sect. 2.
De la réduction des donations & legs.

art. 920.

On avait agité sous l'empire de la loi du 17 nivose an 2, la question de savoir si une donation qui avait excédé la quotité disponible, était, par cela même, infectée de nullité, ou si elle était seulement réductible au legitimum modum : quelques-uns avaient pensé qu'elle était nulle : d'autres au contraire avaient cru qu'elle était seulement réductible ; & c'est à cette dernière opinion que la code a donné la préférence.

art. 921.

Nul autre que ceux au profit desquels la loi fait la réserve, ne peuvent demander la réduction des donations entre vifs : les créanciers du défunt sont tout aussi bien écartés de cette faculté que le légataire, ~~cependant celui de ceux à qui la somme disponible est commune, parce qu'il doit tout imputer, pour savoir si la donation excède la portion disponible, ou de la réduire si elle l'excède.~~

Mais vous devez remarquer que la loi ne parle ici que des créanciers dont le titre est postérieur à la donation : ceux dont le titre est antérieur à la donation, parce que les biens qui y ont été compris depuis étaient affectés à leur créance.

art. 922.

De tout temps, lorsqu'on a voulu s'occuper sur la quotité de la légitime qui est représentée aujourd'hui par la portion de biens dont la loi ne laisse pas la disposition au donateur ou au testateur, on a formé une masse totale des biens existans en nature dans la main, & de ceux dont ils n'ont disposé qu'à titre gratuit ; mais on n'était pas également d'accord pour savoir comment devait être faite l'estimation des biens donnés : les uns pensaient qu'ils devaient s'être, eu égard à leur état & à leur valeur actuelle à l'époque du donateur : les autres au contraire pensaient que l'on devait s'arrêter sur l'état où étaient les biens, & sur leur valeur à l'époque de la donation. cette incertitude a été levée par la manière dont le code y a prononcé ; il a voulu qu'on s'arrêtât sur l'état où étaient les biens donnés, lors de la donation, & sur la

Valeur qu'ils avaient lors du décès du donateur.

Vous devez remarquer ici que les enfans ne sont plus légitimaires qu'ils sont co-portionnaires dans la succession, & que chacun d'eux y a un droit égal, distraction faite de la portion dont la loi laisse la disposition au donateur, ou au testateur; sous ce rapport, chacun d'eux est tenu du payement des dettes, à concurrence de la portion qu'il prend dans l'hérédité, aux termes de l'art. 870 du code: les créanciers peuvent donc s'adresser directement à eux pour exiger le payement de leur dû; il n'en était pas de même autrefois, les légitimaires n'étaient point tenus, il n'était donc pas tenu du payement des dettes: ainsi, en supposant que, lors du partage, on laissât aujourd'hui dans la main de l'un des enfans, une portion de bien pour faire face au payement des dettes, & que celui-ci eut tout dissipé, les autres ne seraient pas moins obligés d'acquitter ces mêmes dettes, sauf à eux à exercer leur recours contre celui d'entr'eux qui les aurait chargés de les acquitter, lequel on n'aurait pas pris soin autrefois.

art. 923.

C'est ici une répétition des dispositions portées en l'art. 31 de l'ord.ce de 1731, concernant les donations, & ces dispositions ont été adoptées, parce qu'elles sont évidemment remplies de justice, & de la nature des donations entre-vifs: le testateur doit toutes les formes requises par la loi, de dépouiller son auteur de tout ce qui en fait l'objet, son patrimoine ne consiste donc plus qu'en ce qui reste, & c'est sur ce résidu que doit être prise la portion non-disponible: si ce résidu est suffisant pour acquitter le montant de la réserve, point de doute que les donations déjà faites ne restent fermes & irrévocables.

Si ce résidu n'est pas suffisant, & si l'insuffisance provient de la multiplicité des donations inefficacement faites, comme c'est par le fait des dernières donations qu'il y a insuffisance, c'est au dernier donataire que l'on doit s'adresser pour obtenir le tout ce qui manque; par ce procédé, on conserve aux donations le caractère d'irrévocabilité qui est de leur essence, lorsqu'elles ne portent point d'ailleurs atteinte au droit commun.

art. 924.

Rien n'est plus facile à entendre que cet art, quoique des auteurs modernes aient pensé qu'il ne pouvait s'étendre que très difficilement: il est supposé que la donation faite à l'un des successibles, excède la quotité disponible, & que cet excédant est capable de le remplir de la portion qu'il peut encore prétendre en l'hérédité: dans ce cas, il veut que le donataire puisse retenir sur le tout en donner la portion qui lui

appartiendrait sur les biens non disponibles, pourvû néanmoins qu'ils soient de la même nature. ainsi, en supposant que le patrimoine d'un père qui laisse trois enfans, soit composé de quatre domaines de même nature & de même valeur, & que ce père en ait donné deux à l'un de ses enfans, il est clair qu'il y aura lieu à la réduction de la donation, puisque la loi ne lui permet de disposer que d'un quart; cependant ce donataire pourra conserver toute l'utilité de la donation qui lui a été faite, parce qu'il y trouvera tout à la fois la portion dont le père pouvait disposer en sa faveur, qui est le quart de l'entier patrimoine. Et la portion du surplus des biens qui demeurent divisibles en trois par cet ordre, les intérêts des autres enfans ne sont aucunement lésés et l'on évite le retranchement, sans accorder au donataire rien au dessus de ce que la loi lui attribue.

art. 925.

cet art. est à peu près inutile; car, dès que nous savons que les donations entre-vifs doivent être imputées sur la quotité disponible, il est bien clair qu'on tenterait vainement de faire des dispoons testamentaires pour disposer de cette même quotité qui se trouve déja évacuée par des donations.

art. 926 & 927.

Le Législateur, après s'être occupé dans l'art. qui précède, de l'épuisement de la quotité disponible par des actes entre-vifs, suppose ici que cet épuisement est le fruit de dispoons testamentaires et il décide 1°. que dans ce cas, la réduction doit être faite au marc le franc; 2°. qu'elle doit être opérée sans distinction sur les legs universels & sur les legs particuliers. on a pensé que chacun des légataires ayant contribué à former ce déficit, ils devaient tous contribuer à le combler, à moins que le testateur n'eût montré une prédilection marquée en faveur de quelqu'un des légataires, en ordonnant qu'il serait payé de préférence aux autres: dans ce cas, ce légataire ne contribue au comblement du déficit, qu'autant que la valeur des autres legs serait insuffisante pour remplir la réserve légale.

art. 928.

on a fait ici une précision qui est contraire à ce qui se pratiquait en matière de restitution de fruits; le donataire en était déclaré comptable, à partir du décès du donateur, & cela paraissait naturel, puisque son titre excédait les bornes d'une dispoon légitime: un parti moyen a été néanmoins préféré, & on a cru que ces fruits ne devaient être restitués, à compter du jour du décès du donateur, qu'autant que la demande en aurait été formée dans l'année, sinon qu'ils ne seraient dûs que du jour de la demande.

art. 929.

il en est alors, comme si la donation n'eût jamais été faite,

or, comme il n'est au pouvoir de personne d'hypothéquer des biens qui ne lui appartiennent pas, on doit regarder comme non-existantes des hypothèques créées sur des biens qui nous sont étrangers : on peut rappeller ici ce que nous avons dit dans l'art. 865 du code, au tit. des rapports.

art. 930.

Les auteurs des pandectes françaises raisonnent dans l'explication de la plupart des art., dont cette section est composée, comme si les individus au profit desquels est ordonnée la réserve légale, étaient ce qu'étaient autrefois les légitimaires : c'est là une erreur qui leur a souvent fait dire, pour éluder les difficultés que fesait naître cette confusion, que le mot hêr était plusieurs fois employé dans la loi pour celui de légitimaire. La loi ne mérite pas ce reproche que ces commentateurs lui adressent gratuitement : elle qualifie d'hêrs ceux, en faveur desquels est faite la réserve légale, parce qu'ils le sont réellement : tous ceux à qui la succession est dévolue ab intestat, sont hêrs, & il ne faut pas croire que parce que la loi a laissé au testateur ou au donateur la faculté de disposer, à son gré, d'une partie de ses biens, les hêrs naturels soient pour cela réduits à la qualité de légitimaires : ils sont toujours hêrs ; ils n'éprouvent aucun changement dans leur qualité, leur portion de biens est seulement diminuée par l'exercice de la faculté dont usent les testateurs ou les donateurs : c'est là une observation que vous ne devez jamais perdre de vuë.

Venant à l'explication de notre art., nous disons que ceux à qui la la réserve légale est destinée, & que la loi qualifie avec raison d'hêrs ne doivent point souffrir de ce que le donataire à mis hors de ses mains, par vente, ou autrement, les objets compris dans la donation ; c'est là un fait qui lui est étranger, & dont ils ne peuvent éprouver aucun préjudice : voilà pourquoi la loi leur accorde l'exercice de la demande en réduction contre les tiers détenteurs de la même manière que contre les donataires eux-mêmes.

Vous devez remarquer ici trois choses : la première, qu'on ne peut recourir sur les tiers détenteurs, qu'après avoir fait préalablement discussion des biens du donataire, en sorte que si celui-ci a encore des moyens suffisans pour remplir ~~[illegible]~~ la réserve légale, tout recours contre les tiers détenteurs est prohibé : la seconde, que l'action doit être dirigée contre les derniers donataires, avant d'agir contre les donataires antérieurs, en remontant des donations ~~[illegible]~~ plus récentes à celles qui le sont le moins : la troisième, que ce sont les derniers acquéreurs qui doivent être recherchés avant

qu'on puisse s'en prendre aux antérieures : cet ordre a été ainsi introduit pour éviter l'opiniâtre demander en garantie que les premiers acquéreurs n'auraient pas manqué de former contre les postérieurs, si bien s'était mis à eux de préférence.

Chap. 4.

Des Donations Entre-vifs.

Sect. 1.

De la forme des Donations Entre-vifs.

art. 931.

ceci n'est qu'une copie de l'art. 1 de l'ord^ce de 1731. Vous pouvez voir dans le commentaire qu'en a fait Mr Furgole, beaucoup de Questions qui naissent de sa contexture, & qui y sont décidées.

art. 932 & 933.

c'est l'acceptation qui fait le Donataire, qui rend la donation irrévocable, & qui dépouille le donateur : jusques-là il a la faculté d'en disposer à son gré, & si l'acceptation n'en est point faite dans l'acte même de donation, elle peut l'être dans un acte postérieur : cet acte postérieur doit être authentique, & il doit en rester minute, mais l'acceptation postérieure serait inutile, si elle n'était point survivant le donateur, elle le serait aussi, si elle n'était point notifiée au donateur, en quoi elle déroge à l'art. 5 de l'ord^ce de 1731, qui donnait à l'acceptation postérieure tout son effet à compter du jour qu'elle était faite, sans qu'il fut nécessaire de la faire signifier.

Le fondé d'un pouvoir Général de la part de celui à qui la donation est faite, ne pourrait pas en cette qualité, accepter la donation, il faut une procuration spéciale, ou pour accepter cette donation précisément, ou au moins pour accepter celles qui pourraient être faites.

art. 934.

il n'en était pas de même autrefois, car l'ord^ce de 1731 autorisait la femme à accepter les donations qui lui étaient faites pour lui tenir lieu de bien paraphernaux, & c'était là une conséquence de la liberté dont jouissait la femme pour tous les Biens qui n'étaient point entrés dans la constitution dotale, par la raison des contraires, puisque la nouvelle loi fait passer la femme en la puissance de son mari, de cette manière elle ne peut plus ni acquérir, ni aliéner, même les biens non constitués, sans le consentement de celui-ci ; il a bien fallu décider ainsi

qu'elle ne pourrait point accepter de donation, quoique elle y fut autorisée par lui.

art. 935.

Il faut distinguer ici trois différentes hypothèses : la première, est celle de la donation faite à un mineur non émancipé, ou à un interdit, & celle-ci ne peut être acceptée que par le tuteur : la seconde, est celle de la donation faite à un mineur émancipé, & celle-ci pourra être acceptée par le mineur lui-même, pourvu qu'il soit assisté de son curateur. La troisième enfin, est la donation faite au mineur émancipé, ou non émancipé, mais qui a son père ou sa mère, ou autres ascendans, et celle-ci peut être acceptée, non seulement par le père, ou la mère, mais encore par leurs autres ascendans, quoiqu'ils ne soient pas tuteurs, et même devraient du père ou de la mère.

art. 936 & 937.

Il suffit de lire ces art., pour en connaître parfaitement les dispositions.

art. 938.

On se conformait dans ces pays du droit écrit, à la maxime du droit Romain, non nudis pactis, sed traditionibus rerum dominia transferuntur, en sorte que le transport de la propriété n'y était opéré que par la tradition, à moins que le vendeur ou le donateur n'eussent réservé l'usufruit de la chose vendue ou donnée, comme on peut le voir dans la 39e question de Mre Furgole sur les donations ; c'est d'après ce qui a été jugé, que la loi 15, cod. de rei vendic. décide que, si une chose a été vendue en divers temps, à deux personnes différentes, celui-là doit avoir la préférence qui en a la première prise possession, quoiqu'en vertu d'un titre particulier & postérieur : cette loi décide aussi que la même règle doit être observée entre deux donataires.

A l'avenir il n'en sera pas de même : la priorité de la possession en matière d'immeubles, ne sera plus d'aucune considération, comme on le voit dans les art. 1140 & 1141 de notre code, & désormais la première donation, quoique non suivie de la tradition, devra, cæteris paribus, obtenir la préférence sur la donation postérieure, quoique le second donataire eût déjà pris possession de bien donné.

art. 939.

Le droit romain avait assujetti à la formalité de l'insinuation toutes les donations qui excédaient la valeur de cinq cents écus ;

l'art. 58 de l'ord^ce de moulins les y avait soumises toutes indistinctem
il déclarait même nulles toutes celles qui ne l'avaient pas été dans
les délais y déterminés : de là il suivait que le donateur rentrait
de plein droit dans la propriété des biens donnés, par le seul fait
que la donation n'avait pas été insinuée.

on ne crut pas devoir laisser subsister une dispoon aussi
rigoureuse, & la déclaration du 27 9bre 1690, permit au donatai
d'en faire l'insinuation après les délais, mais dans ce cas la
donation n'était utile qu'à compter de ce jour, & toutes les
aliénations que le donateur pouvait avoir faites dans l'intervalle
demeuraient irrévocables.

il suit de ce que nous venons de dire que, relativement à l'intérêt
que peuvent y avoir des tierces personnes, la donation n'est
parfaite, que lorsqu'elle a été revêtue de la formalité de la transcript
qui a été substituée à l'insinuation, quant à cet objet : ce qu'
avait décidé la déclaration du 27 9bre 1690, fut renouvellé par celle
de 1731, & par l'ord^ce qui fut portée, la même année, sur le fait
des donations, depuis l'art. 19 jusqu'à l'art. 33. on peut voir
ce qu'en dit m^r furgole, dans son commentaire de ces divers art.
où il traite une infinité de questions qu'il serait trop long de
rapporter ici.

l'insinuation des donations se fesait autrefois dans des registres
à ce destinés : cette formalité a été supprimée, mais on y a
substitué celle de la transcription au bureau des hypothèques
dans l'arrond^ce duquel les biens sont situés, & jusqu'à ce qu'elle
soit remplie, le transport que ferait le donateur au profit d'un
tiers, de la propriété des biens qui avaient fait la matière de la
donation, devrait recevoir son entière exécution, au préjudice du
donataire qui aurait négligé de faire faire la transcription de son
titre aux bureaux indiqués.

Remarquez que le code ne fait aucune distinction des donations
d'immeubles faites en ligne collatérale, ou en faveur d'étrangers,
de celles faites en ligne directe : celles-ci étaient affranchies de
l'insinuation par l'ord^ce de 1731, elles ne le sont pas aujourd'hui
de la transcription, ce qui prouve qu'il en ait de celles-ci,
relativement à la nécessité de la transcription, pour rendre
la donation valable, vis-à-vis des tiers, comme de celles faites

En Ligne Collatérale, ou à des étrangers.

observez encore que le code ne détermine aucun délai dans lequel la transcription puisse être faite pour faire valoir la donation à compter de sa date, comme l'avait fait l'ordce de moulins & les lois postérieures. il résulte de ce silence, que respectivement à toutes personnes ayant intérêt, autres que celles énoncées en l'art. 941 ci après, la donation n'est parfaite & irrévocable, que du jour où la transcription en a été faite, & que jusqu'alors le donataire a à craindre d'être dépouillé indirectement de la propriété des biens dont il avait été disposé en sa faveur.

art. 940.

il n'y a aucune observation à faire sur cet art; & la plus simple lecture suffit pour en connaître les dispoons.

art. 941.

on ne doit pas raisonner aujourd'hui, comme on raisonnait avant le nouvel ordre des choses, sur la question de savoir quelles sont les personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription d'une donation: suivant l'art. 27 de l'ordce de 1731, les créanciers, les tiers-acquéreurs, les donataires postérieurs, & même les hers du donateur, pouvaient opposer au donataire le défaut d'insinuation; le donateur seul en était excepté: notre art. a maintenu les dispoons dont nous venons de parler, quant aux tiers-acquéreurs, créanciers, ou donataire postérieur, mais il paraît s'en être éloigné respectivement aux hers du donateur.

ce n'est pas que les hers naturels n'aient intérêt à faire déclarer nulle une donation faite à leur préjudice, puisque cette dispoon les prive d'une partie de l'hérédité, & sous ce rapport, il semble qu'ils doivent être compris dans la classe des personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription; notre art. attribuant ce droit à toute personne ayant intérêt.

Cependant les arrêts des cours d'appel ont cru que les hers légitimes ne pouvaient pas opposer le défaut de transcription: le 29 mars 1808, la cour d'appel de toulouse le jugea ainsi dans l'espèce suivante:

jacques lafont décéda le 29 avril 1806; sa succession fut dévolue à ses enfans; lors du partage que ceux-ci en firent, l'un d'eux demanda le prélèvement du quart des biens de son père, sous prétexte que celui-ci lui en avait fait donation par un acte entre-vifs, en date du 21 floréal an 12.

Cette donation n'avait pas été transcrite au bureau des hypothèques; on y avait seulement transcrit l'acte d'acceptation

qui avait été fait séparément ; les frères du donataire s'opposèrent
à ce prélèvement sur ce motif, que la donation n'avait pas été
transcrite ; ils ajoutaient qu'ils avaient intérêt à opposer le défaut
de transcription, & ils invoquaient l'art. dont nous nous occupons,
qu'ils disaient n'être qu'une copie de l'art. 27 de l'ord. de 1731.

Le tribunal de première instance de toulouse ordonna l'exécution
de la donation, & ce jugement fut confirmé sur l'appel : par suite
fut jugé que les héritiers naturels du donateur ne pouvaient pas opposer
au donataire le défaut de transcription de la donation.

Cet arrêt n'est pas le seul qui ait décidé cette question de la
même manière ; elle se représenta à la cour d'appel d'angers
où elle fut jugée décidée le 8 avril 1808, comme l'avait décidé
la cour d'appel de toulouse. Ces deux arrêts sont rapportés
par Sirey, dans son recueil des décisions diverses de l'année 18

Il faut convenir que la généralité des expressions dont se sert
notre art. pour désigner les personnes qui peuvent opposer le défaut
de transcription, paraît d'abord devoir comprendre les héritiers du donateur,
puisqu'ils ont intérêt à faire annuller une donation qui anéantit les
droits qu'ils auraient eus sur la succession ; on a cependant vu
que cet intérêt n'était pas celui dont la loi a entendu parler.
Que si l'art. 27 de l'ord. de 1731 admettait les héritiers du donateur
à quereller la donation, pour prélexte de défaut d'insinuation,
c'était parce que ce défaut opérait la nullité absolue de la
donation ; mais qu'il n'en était pas de même aujourd'hui, parce
que le défaut de transcription n'opère qu'une nullité relative,
puisque la donation peut être valable, quoique non transcrite.

cependant il ne faut pas croire que les héritiers naturels du
donateur ne puissent, dans aucun cas, opposer au donataire le
défaut de transcription : ce droit leur appartient, lorsqu'ils
ont, pour faire déclarer la donation nulle, un autre motif que
celui de dépouiller le donataire, & lorsqu'ils prouvent que le défaut
de publicité a porté quelque atteinte à leurs intérêts. ainsi,
supposons, par exemple, que les successeurs naturels du
donateur, aient traité avec lui, soit avant la donation, soit après
avant la mort du donateur, il est visible que, dans ce cas,
ils pourraient opposer au donataire le défaut de transcription de la
donation, parce que leur action ne tendrait pas à l'anéantir comme
héritiers naturels d'une plus grande quantité de biens ayant appartenu
à ce donateur, mais bien à conserver l'utilité du traité qu'ils
avaient passé avec lui, intérêt étranger à la qualité d'héritier,

puisque cette qualité ne peut être acquise que par la mort de celui, auquel on prétend succéder.

art. 942.

La même disposition se trouve en toutes lettres dans l'art. 34 de l'ord.ce de 1731, sur lequel mr. Furgole a fait des observations qui embrassent la jurisp. des anciens tribunaux sur cette question.

art. 943.

L'art. 15 de l'ord.ce de 1731 qui en avait autrement disposé, était bien plus sévère: il annullait la donation, même pour les biens présents, lorsque, hors du cas de mariage, le donateur s'permettait de disposer des biens présents & à venir: il était, ce semble, plus naturel de ne proscrire la donation, qu'en ce qu'elle embrassait des biens dont la loi ne permettait pas la disposition, & le Code l'a ainsi décidé.

art. 944 & 945.

on est redevable du contenu en ces deux articles, au gros de l'irrévocabilité des donations, et se serait le blesser dans son essence, que de permettre des stipulations qui amèneraient ce résultat. voilà pourquoi les donations sont déclarées nulles, s'il y a contravention à ce qu'elles prescrivent. l'art. 16 de l'ord.ce de 1731 avait disposé de la même manière.

art. 946.

on lisait une disposition semblable dans l'art. 16 de l'ord.ce de 1731. mr. de malleville expliquant cet art. s'exprime en ces termes » si le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'un effet, » compris dans la donation, il ne l'a donc point donné. »

cette proposition n'est point exacte: il faut dire au contraire que la donation embrasse l'effet dont le donateur s'est réservé la faculté de disposer, mais qu'il peut en être retranché par l'exercice de la faculté réservée; il en serait autrement, si, au lieu de réserver la faculté de disposer d'un effet, ou d'une somme à prendre sur les biens donnés, le donateur s'était réservé un effet ou une somme; parce que, dans ce cas, la réservation est pure, & qu'elle retranche acte de la disposition, ce que le donateur déclare ne pas vouloir y comprendre; on peut voir ce qu'en a dit mr. Furgole dans son comment. de l'art. 18 de l'ord.ce de 1731, où il établit la différence qu'il y a d'un cas à l'autre.

art. 947.

nous ferons l'application de cette disposition générale, lorsque nous en ferons aux chap. 8 & 9 de ce titre.

art. 948.

on aurait beau exciper de la généralité des termes dans lesquels la donation serait conçue, & même de l'énonciation particulière des effets mobiliers, pour soutenir qu'ils devaient être compris dans la donation, s'il n'en était point fait un état estimatif annexé à la donation : c'est là une formalité absolument nécessaire pour qu'ils puissent être reclamés par le donataire.

art. 949.

pour toute explication de cet art., nous nous bornerons à vous indiquer ce qu'en dit m^r furgole, sur l'art. 15 de l'ord^ce de 1731, où il nous apprend, entre autres choses, que la retention d'usufruit renferme une tradition civile qui équipolle à la tradition réelle, suivant la loi 28, cod. de donat.

art. 950.

l'état estimatif, dont il est parlé dans l'art. 948, est d'autant plus nécessaire que, sans lui, il ne serait pas possible de reclamer les effets mobiliers compris dans la donation qui n'existeraient pas à la fin de l'usufruit, lorsqu'elle a été faite retento usufructu. Voilà donc qu'il a été fait une donation de cette espèce, & que les effets ne sont pas représentés en nature, c'est dans cet état estimatif qu'on prend les moyens de s'en procurer la représentation; mais leur utilité est bornée à réclamer la valeur qui leur a été donnée, lors de la confection; la détérioration que les effets mobiliers représentés pourraient avoir éprouvée, reste d'ailleurs pour le compte du donataire.

art. 951.

il résulte de la contexture de notre art., qu'il n'y a plus de droit de retour sans stipulation expresse, & qu'il ne peut plus être stipulé qu'au profit du donateur seul. en le décidant ainsi le code s'est écarté des dispositions du droit romain qui, dans plusieurs cas particuliers motifs, avaient introduit, en faveur des frères, le droit de retour qui depuis fut étendu aux mères & autres ascendans : certains jurisconsultes avaient pensé que, si ce droit

ne leur était point accordé, les pères, mères, & autres ascendans, seraient moins disposés à faire des libéralités à leurs descendans, Ne munificentia parentum erga liberos retardetur. Leg. 2, cod. de Bon. quæ lib. Certains autres avaient cru qu'il serait trop malheureux pour les pères & autres ascendans d'avoir à élever tout à la fois sur la perte de leurs enfans, & sur celle de leur fortune, ne at filiæ amissæ, & pecuniæ similis damnum sentiant. Leg. 6, ff. de jur. dot.

. La jurisp. du parl. de toulouse, d'après ces mêmes motifs, avait cru devoir étendre le droit de retour au profit des frères & sœurs ainsi que des oncles & autres de sang, & non d'alliance du donataire, En sorte que, même sans stipulation, tous les personnes, dont nous venons de parler, jouissaient du droit de retour dans le cas où le donataire venait à mourir avant le donateur, & dans le cas aussi où les enfans de ce donataire qui lui avaient survécu décédaient à la survivance du donateur, sans laisser des enfans; C'était là le droit commun, comme on le voit dans catellan, liv. 5, chap. 8. (Serres, inst. liv. 2, titre 7, pag. 182.)

désormais il n'en sera plus de même: tout donateur, même les pères & autres ascendans, ne reprendront plus, par l'exercice du droit de retour, les biens dont ils auraient disposé en faveur de leurs enfans, à moins qu'ils ne l'aient expressément stipulé. mais vous devez remarquer que si la stipulation ne porte que sur le cas du prédécès du donataire, il suffira que ce donataire laisse des enfans, pour que le donateur ne puisse exercer le droit de retour, quand même tous ces enfans viendraient à mourir avant le donateur. pour éviter ce sort, le donateur est obligé de stipuler le droit de retour, non seulement pour le cas où le donataire viendrait à mourir avant lui, mais encore pour le cas où les enfans du donataire viendraient à le précéder, vous pouvez voir sur ces diverses questions, & sur plusieurs autres qui y sont agitées, catellan, liv. 5, chap. 8, cambolas, liv. 1, chap. 5.

observez encore que si le donateur avait stipulé le droit de retour, en cas que le donataire mourut sans enfans, il suffisait que le donataire décédât sans enfans, quoique après

Le Donateur, sur que les héritiers de ce dernier, jouissent du droit de retour. cette jouiss. ne pourra plus avoir lieu, & le prédécès du Donateur ne permettra plus que ce droit soit exercé par tout autre que lui; la 2e partie de notre art. y est formelle.

art. 952.

Le code a adopté ici la jurisp. du parl. de toulouse, qui prononçait sur le sort des aliénations & des hypothèques, comme le fait notre art. vous pourrez consulter sur ce point la question 42. de mr Furgole sur les donations; cet auteur y développe tous les principes, de manière à ne rien laisser à désirer. nous ajouterons seulement qu'il se présenta, il n'y a pas longtemps, une singulière question qui fut jugée par un arrêt rendu au rapport de mr l'abbé de cambon, en la première chambre des enquêtes, le 6 mai 1779; il s'agissait de savoir quel devait être le sort des aliénations faites par le donataire pour le payement des dettes du donateur qui exerçait le droit de retour; ce donateur prétendait que le droit de retour étant exercé ex causâ antiquâ, & en vertu d'une condition tacite légale & inhérente à la donation, comme le décide la l. 13 de la loi unique cod. de rei uxor. act. il devait en être tout de même que si la donation n'eût jamais été faite. or, dans ce cas, disait-il, il ne pourrait pas y avoir de raison pour maintenir les aliénations; il ajoutait que ces aliénations devaient être résolues, demeurant à son offre de payer aux créanciers tout ce qui pourrait leur être dû: malgré cette offre, elles furent maintenues, & le donataire, quant aux payements par lui faits, fut comparé à l'héritier grevé qui aliène des biens pour l'acquit des dettes de la substitution, auquel cas les aliénations ne peuvent pas être révoquées, à moins qu'elles n'aient été faites in fraudem fideicommissi. — j'écrivais dans cette affaire pour le sr Bonnet donataire contre les srs Solanet qui furent maintenus dans les acquisitions qu'ils avaient faites, & que le donataire leur avait consenties. —

Sect. 2.

Des Exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre-vifs.

art. 953.

La Loi Borne à trois le nombre des Causes qui peuvent donner lieu à la révocation des donations entre-vifs qui, de leur nature, sont irrévocables. Ces causes sont l'inexécution des conditions sous lesquelles elles ont été faites, l'ingratitude du donataire, & la survenance d'enfans. Ce n'est là que l'exposé dont Vous allez voir le développement dans les art. suivans.

art. 954.

On distingue ici la révocation à laquelle donne lieu l'inexécution des conditions sous lesquelles la donation a été faite, d'avec celle qui est opérée par l'ingratitude. Dans celle-ci, on maintient les charges dont le donataire auroit pû grever les biens donnés avant la demande en révocation, & avant l'inscription qui en auroit été faite en marge de la transcription prescrite par l'art. 939 du code. Celle est, comme vous le verrez bientôt, la disposition de l'art. 958. Au contraire, dans le cas de notre art., lorsque la donation est révoquée pour cause d'inexécution des conditions qui y étoient attachées, toutes les aliénations que le donateur peut avoir faites, ainsi que les charges dont il peut avoir grevé les biens donnés, sont résolues. Et la raison de cette différence est bien aisée à saisir.

Dans le cas de la révocation pour cause d'ingratitude, le donataire, jusqu'à l'époque où il s'en est rendu coupable envers le donateur, jouissoit comme propriétaire, en vertu d'un titre plein, absolu, indépendant de tout événement postérieur qu'on pût puiser dans la donation; les acquéreurs ont donc eu une juste raison de croire que les traités qu'ils ont passés avec le donataire seroient fermes & irrévocables, & leur confiance ne doit pas être trompée. Au contraire, dans le cas de révocation pour cause d'inexécution des conditions attachées à la donation, chacun devant être instruit de la qualité de celui avec qui il traite, le prêteur ou l'acquéreur ont dû savoir que le titre du donataire l'assujettissoit à l'exécution de certaines conditions, dont l'omission pouvoit donner lieu à la révocation de la donation. S'ils n'ont pas pris la précaution de s'en instruire ils ne peuvent s'imputer qu'à eux-mêmes, & c'en est assez pour qu'ils ne puissent pas se plaindre de l'éviction qu'ils peuvent essuyer.

La décision contenue dans notre art., est fondée sur les mêmes raisons

de la matière qui sont bien développés par mr. Furgole, en son traité des testamens, tom. 3, chap. 11, sect. 1, depuis le n°. 26 jusqu'au n°. 48 inclusivement de l'édition de 1779.

art. 955.

il serait difficile de trouver quelque chose de mieux que ce qu'a dit dans le traité des testamens, au lieu précité, depuis le n°. 49 jusqu'au n°. 104. vous trouverez là le développement de l'application de toutes les loix qui ont du rapport à cette matière. nous nous bornerons donc à vous faire observer que le code réduit à trois les causes qui autorisaient la demande en révocation d'une donation pour fait d'ingratitude, que le droit romain, en la loi dernière cod. de revoc. donat. avait portées à cinq, & c'est à cela qu'il faut s'en tenir; ces trois causes sont même plus que celles dont parle le rescrit de l'empereur Commode, en la loi 6, ff. de agros. & caend. lib. qui ne s'occupe que des patrons & des affranchis.

art. 956 & 957.

ces art. ne présentant à faire d'autre réflexion, si ce n'est qu'au lieu des trois termes dans lequels devait être intentée l'action en révocation pour cause d'ingratitude, suivant la diversité des cas qui pouvaient autoriser le donateur à l'intenter, on est obligé maintenant de la former dans l'année à compter du jour du délit, ou du jour auquel il a pu être connu du donateur; le surplus de l'art. a son fondement dans plusieurs lois répandues dans le titre du code de revoc. donat.

art. 958.

nous avons expliqué d'avance cet art., au moyen de ce que nous en avons dit sur le 954e, ce qui nous dispense d'y revenir. nous devons seulement remarquer que, le donataire ne devant pas souffrir de ce que son donataire s'est rendu coupable d'ingratitude envers lui, il est juste de condamner celui-ci à la restitution de la valeur des objets aliénés, non pas relativement à ce qu'ils pouvaient valoir, lors de la donation, mais au temps de la demande, et même les fruits, à compter seulement du jour de la demande, la raison de cette dernière décision est prise de ce que la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude n'a pas lieu de plein droit.

art. 959.

mr. Furgole, en son traité des testamens, tom. 3, chap. 11, sect. 1, n°. 106 enseigne une doctrine opposée à celle que renferme notre art: il cite un grand nombre d'auteurs à l'appui de son opinion, mais tout doit céder à la décision de la loi.

Art. 960.

Après avoir statué sur les moyens de révocation des donations, sous prétexte d'inexécution des conditions y attachées, ou sous prétexte d'ingratitude de la part du donataire, & après en avoir réglé les effets, le code s'occupe ici de la révocation opérée par la survenance d'enfans. Le droit romain, en la loi si unquam, cod. de revoc. donat. avait décidé qu'il y avait lieu à la révocation des donations faites par un individu qui, n'ayant point d'enfans, s'était dépouillé de ses biens par cette voie, & cela d'après la présomption bien naturelle que le donateur ne s'en serait pas dépouillé, s'il eût pu croire qu'il aurait des enfans. L'art. 39 de l'ordce de 1731 avait adopté les dispoons de cette loi qui sont parfaitement dans le vœu de la nature. on ne fait donc ici autre chose que consacrer ce vœu; mais notre art. ajoute à ce qu'en avait dit l'ordce de 1731, comme nous le verrons tout à l'heure.

La manière dont l'art. est conçu, présente des doutes sur l'interprétation de ces mots, ou par les conjoints l'un à l'autre: il semble d'abord que l'on soit autorisé à dire que cette sorte de donations est sujette à révocation par survenance d'enfans, puisque l'art. en fait mention, après avoir dit en termes généraux qu'elles étaient toutes sujettes à révocation, lorsqu'elles étaient faites par personnes n'ayant point d'enfans, & même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les ascendans aux conjoints, ou par les conjoints l'un à l'autre.

Ce serait pourtant mal prendre le sens de cet art., que de l'interpréter ainsi: le législateur a voulu dire seulement que les donations, même celles faites en contrat de mariage, seraient sujettes à révocation, pourvu néanmoins qu'elles ne fussent pas faites aux conjoints par des ascendans, ou par l'un d'eux à l'autre ainsi loin d'être comprises dans la classe des donations révocables par la survenance d'enfans; celles-ci sont au contraire nominativement exceptées.

un autre observation que vous avez à faire, c'est que notre art. apporte un grand changement à ce qui se pratiquait par suite de la légitimation résultante d'un mariage subséquent; jusqu'ici on avait décidé que pour opérer la révocation d'une donation faite par un individu qui avait un enfant né hors du mariage, il lui

suffisait d'épouser la personne de laquelle cet enfant était né. Désormais il n'en sera point de même : en pareille hypothèse la donation demeurerait ferme & irrévocable, de législateur a voulu que, pour opérer la révocation, l'enfant soit né à une époque à une époque postérieure à la donation.

on peut demander ce qu'il en serait, si l'enfant était seulement conçu, lors de la donation, & si le fait de la conception ne suffirait pas pour le faire regarder comme né, en vertu de la maxime, Conceptus pro jam nato habetur. il faut répondre que non, parce que cette maxime n'est applicable qu'au cas où il s'agit de procurer à l'enfant quelque avantage : le décider autrement, ce serait tourner contre lui un pas qui n'a été dirigé que pour le favoriser. Ce ne pourrait donc être que le fait de la naissance antérieure à la donation qui autoriserait le donataire à opposer de l'existence actuelle de l'enfant, pour l'opposer à la demande en révocation qu'on pourrait vouloir former contre lui.

art. 961.

l'art. 40 de l'ord.ce de 1731 renfermait une disposition parfaitement semblable : observez qu'on doit raisonner sur ce qui fait la matière de l'art. comme nous verrons de le faire sur la fin de l'explication de l'art. précédent. c'est la faveur dûe à l'enfant qui le commande dans l'un & dans l'autre cas ; ici la conception lui nuirait, s'il était vrai qu'on dût le regarder comme déjà né, parce qu'alors on ne pourrait plus dire qu'il y a survenance d'enfant, & par conséquent il ne pourrait y avoir lieu à la révocation de la donation par ce motif : dans l'autre cas, il en est de même ; la conception lui nuirait aussi, puisqu'elle le ferait réputer né, lors de la donation, & qu'elle le placerait par là hors du cas où la loi autorise la révocation de la donation par la légitimation d'un enfant naturel qu'opère le mariage subséquent.

Art. 962, 963, 964, 965 & 966.

Ces divers art. ne sont à proprement parler qu'une répétition de ce qui était prescrit par les art. 41, 42, 43, 44 & 45 de l'ord.ce de 1731. D'abord, il était naturel que la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant, n'opérant de plein droit, on ne dût compter pour rien la possession du bien donné en laquelle le donataire se serait maintenu au préjudice du donateur devenu père. Il n'en est pas de même pour les fruits; il semble qu'ils devraient appartenir au donateur, du moment de la naissance de l'enfant qui a opéré la révocation, comme n'étant que l'accessoire de la donation. Il est néanmoins injuste d'en affranchir le donataire qui a pû ignorer la naissance de l'enfant: d'ailleurs le donateur a à s'imputer de ne lui avoir pas fait notifier cette naissance, & c'en est assez pour qu'il doive être puni de sa négligence.

Si les biens restent dans la main du donateur libres de toutes charges & hypothèques, même de la dot & des conventions matrimoniales de la femme du donataire, vous en trouverez la raison dans le Commentaire de Mr. Furgole, sur l'art. 42 de l'ord.ce de 1731, ce qui nous dispense de vous la donner ici: vous trouverez dans le même auteur les motifs qui ont engagé les Anciens Législateurs, dont les modernes ont suivi les traces, à décider que une donation révoquée par survenance d'enfant, est tellement anéantie qu'elle ne peut revivre, ni par la mort de l'enfant dont la naissance a donné lieu à la révocation, ni par quelque Acte confirmatif, de telle sorte qu'il faut une nouvelle disposition pour investir de la propriété des biens celui à qui ils avaient été précédemment donnés; vous y verrez enfin que ce genre de révocation des donations est accompagné d'une telle faveur, qu'on a cru pouvoir y apporter atteinte aux règles ordinaires vis-à-vis des tiers-acquéreurs, puisque, en tout autre cas, le droit romain les met à l'abri de toute recherche par le laps de dix années, ce qu'il n'a pas voulu ici. En un mot, il n'est qu'une possession continuée pendant 30 ans, des biens qui avaient fait la matière de la donation, à compter du jour où est né le dernier enfant du donateur, qui puisse dépouiller celui-ci de la propriété de ses biens.

a

Chap. 5.

Des dispositions testamentaires.

Sect. 1.

Des règles générales sur la forme des testamens.

art. 967.

Notre art. substitue la plus grande simplicité aux procédés les plus difficiles en matière de dispositions testamentaires. Et la législation nouvelle fait ainsi disparaître en l'anéantissant le germe d'une quantité innombrable de difficultés que feraient naître les diverses manières que les lois romaines avaient introduit de disposer de ses biens.

Tel qui pouvait en disposer par donation à cause de mort, comme le fils de famille, par la permissive, ne pouvait point le faire par testament, parce que ce dernier genre de disposition appartient au droit public dont les fils de famille sont incapables.

Tel enfant, dont le père avait fait une mention particulière dans son testament, pouvait néanmoins demander la cassation de cette disposition, comme prétérit, sous prétexte qu'il n'y était point institué hér. en la portion des biens qui lui était assignée: il était autorisé à cette démarche, non seulement par le droit Romain, en la nov. 115, mais encore par le droit français en l'art. 50 de l'ord. de 1735 concernant les testamens.

De là une quantité prodigieuse de difficultés qui avaient occupé des milliers d'auteurs, dont presque tout le mérite fut, en divers tems, de rendre inintelligibles par des explications contradictoires des décisions enfantées dans les lois romaines, & d'enformer un tel cahos que la plus grande sagacité ne suffisait point pour sortir d'un labyrinthe aussi inextricable.

Désormais il ne faudra plus pour disposer de ses biens, qu'une simple manifestation de volonté, pourvu que cette manifestation soit faite dans la forme que prescrivent les art. suivans, & que celui qui dispose, ait la capacité: n'importe la dénomination que l'on pourra donner à la disposition, que ce soit celle de testament, de codicille, ou autre quelconque, tout est parfaitement égal, la nécessité de l'institution héréditaire a disparu; le titre de légataire est aussi abondant que celui d'hér. institué: en un mot, tout se réduit encore une fois, à une simple déclaration de volonté de toutes les formes légales, formes qui n'ont été introduites, ou conservées que

pour assurer de plus en plus la volonté des mourans. Voyez au surplus l'art. 1002 ci après.

art. 968.

L'usage des testamens mutuels ou faits conjointement était fort ancien; il avait été introduit par la novelle de Théodose Valentinien dont il est parlé dans Cujas, en ses notes sur marculphe, lib. 2, cap. 17, où Le moine en rapporte la formule. quoique cette novelle n'ait pas été comprise dans le Corps de droit dont justinien a fait faire la Compilation, dans toute la france on en avait adopté Le même usage par disposition, puisqu'elle ne parle que du testament mutuel entre mari & femme, & qu'on jugeait que toutes autres personnes pouvaient user de la même faculté.

L'art. 77 de l'ord.ce de 1735 concernant les testamens, en avait abrogé l'usage, & avec grande raison, car il donnait lieu à beaucoup de questions qui fournissaient matière à une infinité de procès: un testament de cette espèce, disait-on, peut-il être révoqué par l'un d'eux sans la participation de l'autre? Si l'un des conjoints est décédé, le survivant peut-il, ou ne peut-il pas révoquer le testament? L'héritier Institué dans un testament mutuel peut-il accepter purement & simplement l'hérédité de l'un, & n'accepter l'hérédité de l'autre que sous bénéfice d'inventaire, ou bien en faut-il doit-il accepter ou répudier le tout purement & simplement. Voilà quelques-unes des questions que faisait naître l'usage des testamens mutuels: l'ord.ce de 1735 avait coupé la racine à toutes ces discussions, & le code en a décidé de même. Le testament d'une personne ne peut plus renfermer que sa propre disposition, & s'il était accolé à la disposition d'un autre, il serait nul, soit qu'il renfermât mutualité entre les testateurs, soit qu'il fut fait au profit d'un tiers.

art. 969 & 970.

olographe, est le synonime de ce mot, écrit de la seule main du testateur, olographe Mars.

Avant la publication du code, on connaissait en france toutes les divers genres de testamens dont parlent nos art., mais il n'était pas, comme ils le seront désormais, des dispositions qui pussent valoir sans conteste, par exemple, celui dit olographe dont l'art. suivant détermine la forme, & qui n'avait pas lieu dans les pays coutumiers, ne valait dans les pays régis par le droit écrit qu'autant qu'il était fait par les père, mère ou autres ascendans, en faveur de leurs enfans & descendans; l'art. 16 de l'ord.ce de 1735 l'avait ainsi réglé; c'était en vertu d'un privilège

particulier dont la base était la faveur dont jouissent les enfans. C'est là une vérité d'autant plus moins incontestable qu'en cette matière il n'y avait point de réciprocité, & lorsque les testamens, au lieu d'être faits par des ascendans en faveur de leurs descendans, l'étaient par des descendans en faveur de leurs ascendans, ce privilège cessait, comme on le voit dans graverol sur Laroche, Liv. 4, tit. 5, art. 11.

il n'en sera point de même à l'avenir, parqui que soient faits les testamens olographes, & qu'elles que puissent être les personnes, en faveur de qui ils seront faits, leur validité est incontestable dans tous les cas, pourvû qu'ils soient écrits, datés & signés de la main de leur auteur. La forme en est ainsi déterminée par le second de nos deux art. ils sont dispensés de toute autre formalité, parce qu'en effet, rien n'est plus capable de justifier la volonté d'un testateur, que le papier sur lequel il l'a tracée de sa propre main.

art. 971 & 972.

Le code s'éloigne ici des dispoons du droit romain & de celles du droit français sur la forme du testament dont il s'agit, & auquel on a donné la dénomination de testament par acte public au lieu de celle de testament nuncupatif écrit qu'il portait auparavant.

La loi 21, cod. de testam. & la loi 8, cod. qui testam. fac. poss. auxquelles s'était conformé l'art. 5 de l'ordce de 1735, exigeaient que le testateur prononçat intelligiblement ses dispoons en présence de sept témoins y compris le notaire ou tabellion; que celui-ci les écrivît au fur & à mesure qu'elles étaient prononcées; qu'il en fût fait lecture au testateur qui devait les signer, ainsi que le notaire & les témoins, lesquels devaient y apposer leur sceau; cette dernière formalité n'était point requise par l'ordce de 1735, mais elle commandait impérieusement qu'il fût fait mention de la déclaration que pourrait faire le testateur qu'il ne savait, ou ne pouvait pas signer, s'il ne signait réellement pas.

on retrouve ici à peu près les mêmes formalités, à l'exception du nombre des témoins qui varie selon le nombre des notaires qui sont employés à la confection du testament: deux témoins suffisent, si l'on appelle deux notaires; au contraire, il en faut quatre, si l'on n'appelle qu'un seul notaire; dans l'un & dans l'autre cas, le testament doit être écrit par le notaire, s'il n'y en a qu'un, ou par l'un d'eux, s'il en a été appellé deux, nul autre que le testateur lui-même ne peut le dicter:

Et dans quelqu'une de ces deux formes, que le testament soit rédigé, il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins; enfin, il doit être fait mention expresse du tout.

ces derniers mots présentent à faire beaucoup de reflexions. nous venons de voir que l'art. 972 ordonne que le testament sera écrit par l'un des notaires, s'il en a été appellé deux, ou par celui dont le ministère a été employé, s'il n'en a été appellé qu'un seul; maintenant on demande si, pour la validité du testament, on est obligé d'énoncer particulièrement que le notaire l'a écrit lui-même? l'art. 5 de l'ord.ce de 1735 n'exigeait point cette formalité; il voulait bien que le testament fût écrit par le notaire, mais il ne renfermait dans sa contexture rien qui annonçât qu'il fallait faire mention que le notaire eût écrit lui-même. on trouve dans le traité des testamens de m.r furgole, tom. 1, chap. 2, sect. 3, n.o 6, des arrêts qui ont déclaré des testamens nuls, le moyen pris de ce qu'ils n'avaient pas été écrits par le notaire, mais je n'en connais pas qui les aient déclarés tels, sous prétexte qu'il n'était point dit que le notaire les avait écrits lui-même.

il y a plus: m.r furgole, au lieu cité, n.o 86, dit expressément que le testament ne doit pas être déclaré nul, sous prétexte qu'il n'y est point dit que c'est le notaire qui l'a écrit, & il se fonde pour cela sur le silence de la loi qui n'avait point prescrit cette énonciation.

mais il en serait autrement aujourd'hui, & ces derniers mots de l'art. 972, il sera fait du tout mention expresse, annoncent clairement que le testament doit renfermer l'énonciation qu'il a été écrit par le notaire, en sorte qu'il faut maintenant deux choses distinctes & séparées; la première, que le notaire écrive lui-même le testament; la seconde, qu'il soit fait mention de cette écriture, comme faite par le notaire; c'est là une vérité dont il est d'autant moins permis de douter, qu'elle est établie sur l'avis du conseil d'état du 18 janvier 1806, qu'on trouve dans le Bulletin des lois, sous cette date. au surplus la cour de cassation l'avait déja décidé de même par un arrêt du 10 thermidor an 13, après avoir pris l'avis de toutes les chambres. cet arrêt fut rendu en faveur des hers naturels de la demoiselle Letellier contre le s.r duchatenet nommé légataire universel par le testament qui était infecté de ce vice. il confirma l'arrêt de la cour d'appel de paris qui l'avait jugé de la même manière.

il en est de même de la lecture; notre art. commence par déclarer

qu'elle doit être faite au testateur, en présence des témoins, puis viennent cette note; il sera fait du tout mention expresse dont le testament doit renfermer l'énonciation de cette lecture, la conséquence est nécessaire & irrésistible. Du reste, notre art. n'introduit en cela rien de nouveau, car l'art. 5 de l'ord.ce de 1735 l'avait ordonné de même.

Vous devez remarquer comme chose bien essentielle qu'il ne suffisait pas de l'énonciation que le testament a été lu au testateur & aux témoins, il faut que cette énonciation soit faite en cas terme, en présence des témoins; la teneur de la loi prescrit ainsi, un arrêt du 13 9.bre 1809, rendu par la cour de cassation — Et qu'on lit dans la jurisp. du code, tom. 13, pag. 295, l'a décidé de cette manière, en cassant un arrêt rendu par la cour d'appel de Riom, du 27 février 1808.

Mais quoique la loi faite au notaire un devoir d'énoncer que lecture a été faite au testateur en présence des témoins, il n'y aurait pas de nullité, si, au lieu de dire que lecture a été faite au testateur en présence des témoins il était dit que lecture a été faite en présence des testateur & des témoins: c'est ainsi que l'a décidé un arrêt de la cour de cassation du 18 8.bre 1809 Qu'on trouve dans Denevers, an 1809, pag. 441 & suivantes. —

mais on avait élevé des doutes sur la manière dont cette Enonciation devait être faite, & l'on se prévalait que l'art. précité de l'ord.ce portait qu'il serait fait lecture du — Testament entier, on vit s'élever au parl. de toulouse une quantité prodigieuse de demandes en cassation de testament, le moyen pris de ce qu'on y faisant mention de la lecture, on n'y avait point ajouté qu'elle avait été faite du testament entier. — il s'en éleva aussi beaucoup qui avaient pour objet de faire casser les testaments, où on ne voyait point l'énonciation particulière du testateur, comme étant celui à qui la lecture avait été faite, en sorte qu'on prétendait que l'énonciation de la lecture était insuffisante, lorsqu'on n'ajoutait pas qu'elle avait été faite au testateur.

Sur le fondement de ce dernier moyen, le parl. de toulouse avait rendu deux arrêts en la 1ère chambre d'enquêtes, l'un, le 18 août 1781, au rapport de mr. Feyla, & l'autre, le 25 juin 1782, au rapport de mr. de Serres, qui cassaient deux testaments, & cette jurisp. allait entraîner la cassation de presque tous les testaments faits dans son ressort, parceque il y en avait bien peu qui faisant mention particulière que la lecture prescrite eût été faite au testateur.

dans cet état des choses, il fut rendu une déclaration, le 7 août 1783, qui fut enregistrée le 30 du même mois, par laquelle le roi valida, pour le passé, tous les testaments auxquels il ne serait imputé d'autre nullité que celle dont nous parlons, & qui ordonna de plus fort l'exécution de l'art. 5 de l'ord.ce de 1735 qui en fesait l'injonction au notaire. notre art. employant les mêmes termes, il n'est pas douteux qu'il y aurait nullité dans un testament par acte public, s'il ne portait pas la mention de la lecture, & que cette lecture avait été faite au testateur.

quant au moyen pris du défaut d'énonciation que le testament eût été lu en entier, il a donné lieu à de bien vives discussions au parl. de toulouse, dans le jug.t du procès de la dame Balech veuve Loubens, de la dame maurosi & de la dame lagarde contre le s.r balech & la dame ransan veuve de pierre balech. le 13 juin 1786, il y eut partage sur cette question, en la première chambre des enquêtes, m.r miègeville rapporteur, m.r de poulhariés compartiteur, & le 19 juillet suivant, ce partage fut vidé à l'avis de 13 juges contre deux, en faveur de l'opinion qui déclarait le testament valable, quoiqu'il ne portât pas d'une manière expresse que la lecture en avait été faite en entier, mais seulement qu'il en avait été fait lecture au testateur.

Cette question se représenta à la même chambre des enquêtes dans le procès de la dame marcou veuve de meulh & du s.r meulh son fils contre le s.r marcou de panauze, au sujet du testament du s.r marcou: deux sentences rendues par les premiers juges avaient cassé ce testament qui était du 27 avril 1784, & par conséquent postérieur à la déclaration du 7 août 1783, sur ce fondement qu'il n'y était point dit qu'il eût été lu en entier, quoiqu'il fût mention de la lecture faite au testateur: l'appel de ces sentences fut porté au parl. de toulouse, où il fut rendu arrêt, le 27 juillet 1787, au rapport de m.r dubourg, par lequel ces sentences furent réformées, et le testament maintenu.

Le s.r barrère de vieuzac, membre de l'assemblée constituante écrivait, lors du premier de ces deux arrêts pour les dames balech qui soutenaient qu'il y avait nullité, de cela seul qu'il n'y avait pas été dit que le testament avait été lu en entier; mais elles perdirent leur procès, & j'écrivais dans le second pour les s.r & dame de meulh qui le gagnèrent en soutenant l'opinion contraire.

La même question s'est présentée depuis à la cour de Cassation, où il a été rendu arrêt le 8 messidor an 11, rapporté dans le journal de Sirey, premier cahier de l'an 12, pag. 11, par lequel il fut décidé qu'il n'était point nécessaire que le mot entier fut exprimé dans l'énonciation que doit contenir le testament, qu'il en a été fait lecture au testateur.

Au surplus, rien n'est plus juste que ces divers arrêts; on le demande à toute personne qui a la raison en partage, un tout n'est-il pas composé de diverses parties, & chacune de ces parties qui composent ce tout, n'est-elle pas nécessairement énoncée par l'énonciation du tout? c'est là une proposition aussi exactement vraie, qu'il est vrai que 2 & 2 font quatre.

Aussi notre art. ne fait-il point un devoir de l'énonciation du mot entier; il dit seulement qu'il sera fait lecture du testament au testateur: il est supposé que la lecture sera entière, & non partielle; on doit même de croire ainsi jusqu'à ce que le testament renferme la preuve du contraire, ce qui peut très bien se vérifier. par exemple, si après avoir fait énonciation de la lecture, le testament renfermait quelque nouvelle disposition, & qu'il ne fut pas énoncé que cet ajoutier a été lu au testateur, il est sensible que la lecture n'aurait été que partiellement faite, & alors il y aurait nullité.

Du reste, ce que nous avons dit de la nécessité de faire mention expresse que le testament a été écrit par le notaire, & qu'il en a été fait lecture au testateur, doit être étendu à la partie de l'art. qui est relative à la dictée faite par le testateur, en sorte que désormais, le testament devra faire une mention particulière qu'il a été dicté par lui.

On peut demander ici quel serait le sort d'un testament dont l'auteur ne serait décédé qu'après la publication du nouveau Code, & dans lequel on n'aurait rempli que les formalités qui étaient commandées, lors de sa confection: le testament serait-il nul, nonobstant que la loi, sous l'empire de laquelle le testateur est décédé, exigeait quelque chose de plus que ce qui était nécessaire pour sa validité, lors de sa confection? on doit répondre que ce testament est valable.

Il ne faut pas confondre ce qui tient à la capacité des testateurs, ou ce qui est relatif à la quotité dont on peut disposer, avec ce qui concerne les formalités de l'acte:

la capacité doit exister en la personne du testateur tempore condite testamenti & tempore mortis. La quotité des biens dont on peut disposer n'a été réglée par les lois qui font en vigueur tempore mortis seulement; maintenant aux formalités de l'acte, il suffit qu'on ait rempli celles qui étaient prescrites tempore condite testamenti: telle est la doctrine de mr. Furgole, en son traité des testaments, tom. 3, chap. 10, sect. 2, sur l'art. 80 de l'ord.ce de 1735, & de plusieurs autres auteurs dont l'opinion a été consacrée par un arrêt rendu en la cour de cassation le 1er brumaire an 13, par cet arrêt la dame Desenfand, nièce du Sr. Charles Kere-Sud-Quin, fut déboutée de la demande en cassation d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles, le 15 frimaire an 12, qui avait confirmé le testament de son oncle, testament qu'elle querellait prétextant que les formalités voulues par le C. N. sous l'empire duquel il était décédé, n'avaient pas été remplies; par où il fut décidé qu'il suffisait d'avoir rempli celles qui étaient prescrites au moment de la confection du testament.

nous terminerons par observations que nous avons à faire sur cet art. en vous apprenant que la cour de cassation, par un arrêt du 19 frimaire an 14, a décidé de la manière la plus formelle, qu'il n'y avait point d'équipollent capable de suppléer au défaut de lecture du testament mon plus que au défaut de la mention apprise qu'en commande la loi: nous vous apprendrons aussi que la même Cour, par un arrêt du 19 août 1807, a jugé, en confirmant un arrêt rendu par la cour d'appel de Poitiers le 21 mai 1806, qu'il n'y avait point nullité dans un testament fait depuis la publication du code, quoiqu'on prétendit que, pour être valable, il fallait que la dictée fut adressée aux deux notaires. on se fondait, pour le soutenir ainsi, sur ces termes de notre art.: Si le testament est reçu par deux notaires, il leur sera dicté, & il résultait de la contexture du testament qu'il n'avait été dicté qu'à l'un d'eux en présence de l'autre. cet arrêt, qui est rapporté au Recueil de Sirey, fut rendu en faveur des Srs. Lapeyrade & sa curatelle contre la dame marchande de Thaume. [1807-Sup. 1287]

art. 973.

le code ajoute ici à ce qu'avait prescrit l'ord.ce de 1735, lorsque le testateur déclare qu'il ne sait, ou ne peut signer, en cas, dit-elle, que le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il en sera fait mention. tout se bornait là; maintenant il faut quelque chose

Vid. l'art. 84 de l'ord.ce d'orléans, l'art. 165 de l'ord.ce de Blois, l'art. 5 de l'ord.ce de 1735, fromental, verb. testament, n.° 703, henrys, rousseau de lacombe, verb. testam. §. 3, furgole, ch. 3, n.° 13, il cite deux arrêts du parl. de toulouse des 8 août 1767 & 29 août 1768, Repert. univ. de jurisp. verb. signature, §. 2, la loi du 10 7.bre 1791, un arrêt de la cour d'appel de limoges, du 16 juin 1808, jurisp. du code n. tom. 11, p. 135 — autre arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 8 7.bre 1810, rapporté par dénevers, 1811, supp. pag. 111.

de plus; il faut faire mention de la cause qui empêche le testateur de signer; ensorte que si le notaire se contentait de dire que le testateur avait déclaré ne pouvoir signer, sans en exprimer la cause, il y aurait nullité.

Vous devez encore vous bien fixer sur cette observation, que c'est de la bouche même du testateur que doit sortir la déclaration qu'il n'a su, ou n'a pû signer, ensorte qu'il y aurait nullité si, après avoir fait mention de la signature des témoins, le notaire s'exprimait, par exemple, en ces termes, non le testateur à cause de la faiblesse de sa main, ou autres semblables; pourquoi? parce qu'alors le testateur serait étranger à cette déclaration qui serait exclusivement du fait du notaire, tandisque la loi veut impérieusement que ce soit le testateur qui la fasse lui-même.

Le code s'exprime sur ce point de la même manière que l'avait fait l'ord.ce de 1735, ensorte que la jurisp. antérieure au code, est parfaitement applicable aux contraventions qui pourraient y être faites à l'avenir. il a été rendu une quantité prodigieuse d'arrêts qui l'ont ainsi décidé: on en trouve dans ferrière, sur la coutume de paris, tom. 4, pag. 121, dans henrys, liv. 5, chap. 81, dans ricard, traité des donations, n.os 1526, & le parl. de toulouse en a rendu depuis plusieurs conformes, dont l'énumération nous mènerait trop loin. —

art. 974.

C'est la signature des témoins qui met le complément à l'acte; sans cela, il est imparfait, puisque leur présence est nécessaire pour sa confection; le nombre en est déterminé pour les testamens par l'art. 971; mais comme il est des circonstances où il serait presqu'impossible de se procurer ce nombre de témoins qui sachent signer, on a cru devoir le diminuer, lorsque les testamens sont faits à la campagne. ici se présentent plusieurs questions: la première, ce qu'on doit entendre par campagne; sont-ce tous les lieux, autres que les villes & bourgs fermés, & leurs ~~fauxbourgs~~ faubourgs? l'art. 45 de l'ord.ce de 1735, l'avait ainsi décidé, et nous ne voyons pas pourquoi on s'écarterait de cette décision.

La seconde, s'il est nécessaire d'appeller le même nombre de témoins que dans les villes, l'affirmative est incontestable et il n'y a de différence entre ce qui doit être fait à la ville,

Et ce qui doit l'être à la campagne, si ce n'est qu'il suffit ici du seing des témoins, au nombre prescrit par l'art. 974.

La 3me, si les témoins non signataires à la campagne doivent eux-mêmes déclarer, à peine de nullité, qu'ils ne savent ou ne peuvent point signer; ou s'il suffit que le notaire dise qu'ils n'ont point su ou pû. il paraît que notre art. s'est éloigné, en cette partie, des dispoons de l'art. 45 de l'ordce de 1735; cet art. prescrivait la nécessité de la déclaration de la part des témoins, qu'ils ne pouvaient, ou ne savaient pas signer; mais notre art. n'en dit rien, en sorte que si le testament fait à la campagne, l'a été en présence d'un notaire, & de quatre témoins, ou de deux notaires & de deux témoins, il suffira qu'un seul témoin signe dans le second cas, & que deux signent dans le premier, sans qu'il soit nécessaire d'énoncer que les témoins présents non signataires ont eux-mêmes déclaré qu'ils ne pouvaient ou ne savaient pas signer. Notre art. n'est pas conçu sur ce point, comme l'était l'art. 45 de l'ordce de 1735.

art. 975.

On retrouve ici les dispoons des art. 42 & 43 de l'ordce de 1735 qui feraient la même défense aux clercs des notaires dont le ministère était employé, ainsi qu'aux légataires; mais notre art. va plus loin en ce qu'il réprouve le témoignage des parens ou alliés des légataires jusqu'au 4e dégré inclusivement, ce dont ne parlait point l'ordce. Les auteurs avaient agité plusieurs questions relatives à cet objet. Soefve, tom. 2, cent. 4, chap. 42, rapporte un arrêt du 2 xbre 1669, qui jugea que le frère du notaire pouvait être témoin au testament; mais la loi du 25 ventose an 11, en a autrement décidé, en prohibant dans les actes publics le témoignage des parens ou alliés soit du notaire, soit des parties contractantes au dégré prohibé par l'art. 8; il en est de même des clercs & serviteurs des notaires. Voilà pourquoi on ne peut plus s'arrêter au préjugé résultant de l'arrêt qu'on trouve dans le journal du palais de paris, tom. 1, pag. 421, qui avait jugé qu'un frère pouvait porter valablement témoignage dans un testament nuncupatif écrit, par lequel sa sœur était instituée hère; s'il s'agissait d'un contrat, la contravention à ces dispoons en entraînerait la nullité, s'il n'était pas revêtu de la signature de toutes les parties, & s'il l'était, il ne vaudrait que comme écrit sous signature privée aux termes de l'art. 68 de la même loi, ce qui, encore une fois doit s'entendre des contrats, car il y aurait nullité dans

les testaments où l'on aurait méprisé les dispoons de notre art, comme le décide l'art. 1001 du Code.

Art. 976.

après avoir reglé, par les art. précédents, la forme des testaments olographes, & par acte public, le code s'occupe ici du testament mystique ou secret qu'on appellait aussi clos & solennel, dont il règle la forme. on peut regarder celui dont nous nous occupons, comme une copie fidèle de l'art. 9 de l'ordce de 1735 qui lui-même n'est qu'un copie de la loi 21, code de testam; en sorte que ce genre de testament est pris entièrement dans le droit romain. nous allons faire quelques réflexions sur les difficultés que sa contexture a fait naître, & qui peuvent se présenter encore, quoique résolues par divers arrêts.

on a demandé d'abord, s'il était nécessaire que l'acte de subscription portât tecniquement que le testateur avait présenté le papier, & l'on a répondu que non; cette réponse est très juste, car il suffit qu'il paraisse par le fait que la présentation a été faite, l'art. ne disant pas, que l'acte de subscription doit faire mention de cette présentation. le parl. de toulouse eut, il n'y a pas bien longtems, à prononcer sur cette question, & par un arrêt du 13 juillet 1768 rendu en la 2e chambre des enquêtes, au rapport de mr Boutaric d'azas, en faveur du sr Lavolvène contre les srs fauré, amade, & la delle ducros, il fut décidé qu'on ne devait point s'arrêter à un moyen de nullité pris du défaut d'énonciation de cette présentation. la question a été décidée de la même manière par un arrêt rendu dans le mois de ~~1808~~ juin 1808 en la cour de cassation; cet arrêt est rapporté par sirey.

on a demandé en 2ond lieu, si un testament serait valable, quoiqu'il n'y eût pas été énoncé cumulativement qu'il était écrit & signé par son auteur, ou s'il y aurait nullité par le défaut d'énonciation cumulative de l'une & de l'autre, quoique dans le fait, il fût constant que le testateur l'eût écrit & signé. cette question s'est souvent présentée à juger au parl. de toulouse, où elle éprouva des difficultés: elle fut le sujet d'un partage, en la grand'chambre, le 10 7bre 1760, qui fut vidé en la première chambre des enquêtes au procès de mr ~~alm~~ Cabalby des plas contre le sr dupac de marsoulis, par un arrêt qui cassa le testament du sr dupac de marbé, parce que l'acte de suscription ne

contenait par la déclaration que le testateur avait signé son testament, quoiqu'il se trouvât réellement signé, & que cette signature fût conforme à l'écriture du corps du testament qu'on avait déclarée être du testateur. La même question se représenta dans le procès des Sr Lacaze de Combes contre le Sr de fontenilles, & il fût jugé de la même manière, le 6 septembre 1764, au rapport de mr poulhariès. enfin il en fût rendu un 3me sur mes écrits, le 22 avril 1774, en la grand chambre, au rapport de mr de miramont, en faveur de Louise perducet nièce de mr de bergés curé de féline: ce curé avait institué her l'hopital général d'annonai par un testament mistique, dont l'acte de subscription portait seulement que le testateur avait écrit son testament, sans ajouter qu'il était aussi signé de lui; le moyen de cassation dirigé contre le testament fût pris de la contravention à l'ordce qui, comme le fait aujourd'hui le code, prescrivait cumulativement l'un et l'autre, & le moyen fût accueilli.

Au surplus, nous devons d'autant moins douter de la solidité de ce moyen de nullité, que le syndic de l'hôpital d'annonai s'étant pourvu au conseil, en cassation de l'arrêt du 22 avril 1774, sa requête fût rejetée par un autre arrêt du 3 juillet 1775.

on a encore demandé s'il était nécessaire de faire mention de la lecture de l'acte de subscription, & l'on a toujours regardé cette formalité comme superflue: on peut voir ce qu'en disent henrys & brétonnier liv. 5, quest. 7; il faut en dire autant aujourd'hui, parceque le code ne l'exige pas plus que ne le fesait l'ordce.

on peut demander enfin si le code n'ayant pas distingué les testaments mystiques faits à la campagne, de ceux faits à la ville, on doit appeller pour la confection des premiers le même nombre de témoins signataires, que pour les testaments faits à la ville.

il est certain que le code n'a pas fait pour cette espèce de testament la précision qu'il a faite dans l'art. 974 pour les testaments par acte public retenus dans les campagnes & qu'il semble qu'on serait autorisé à conclure de ce silence, qu'il ne doit y avoir sur ce point aucune exception au droit commun, — Quia ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.

Nous penserions volontiers qu'on devrait déclarer valable un testament mystique fait à la campagne, en présence d'un notaire &

six témoins, dont trois seulement y auraient apposé leur signature le motif qui a présidé aux dispoons de l'art. 974, étant pris de ce qu'il est difficile de trouver dans les campagnes un certain nombre de témoins qui sachent signer, s'applique aussi parfaitement au testament mystique, qu'au testament par acte public. or, la loi se contentant dans un cas de la signature de deux témoins sur quatre dont la loi requiert la présence suivant le droit commun, il n'y a pas de raison pour qu'elle ne se contente pas, en pareille circonstance, de la signature de trois témoins sur six dont la présence est nécessaire jure communi ubi eadem ratio militat, ibi idem jus dicendum. telle est l'opinion de mr. de malleville, cependant mr. grenier dans son commentaire de notre titre du code, a émis une opinion contraire et la cour d'appel de bordeaux a jugé la question en conformité de cette dernière opinion, par un arrêt rendu le 12 avril 1808, sur la plaidoirie de mm. ferrère & saget; ~~cet arrêt~~ est rapporté par sirey. le temps nous apprendra ce que nous devons en penser, car la question est susceptible de beaucoup de difficulté.

La question, que nous venons d'agiter, s'est présentée depuis à la cour d'appel de liège, & cette cour rendit, le 29 mai 1808 un arrêt qu'on trouve dans la jurisp. du code, tom. 12, pag. 141, par lequel elle fut décidée comme elle l'avait été par celui du 12 avril 1808, dont nous venons de parler. il y a plus encore, la cour de cassation a rendu, le 20 juillet 1809, un arrêt qui se trouve dans la jurisp. du code, tom. 13, pag. 66. qui débouta du pourvoi dirigé contre l'arrêt du 12 avril 1808 rendu par la cour d'appel de bordeaux, ensorte que nos doutes paraissent résolus contre l'opinion de mr. de malleville.

Quant à la date du testament mystique, nous aurions pensé volontiers qu'elle devait être apposée, non seulement à l'acte de subscription, mais encore au testament lui-même; pour juger si le testateur était capable, tempore conditi testamenti, & pour obvier à toute ambiguité dans le cas où il y eût plus d'un testament. c'est ainsi que le prescrivait l'ord.ce de 1735, cependant un arrêt rendu en la cour de cassation, le 1er mai 1809, arrêt qui se trouve au tom. 12, pag. 471 de la jurisp. du code, a déclaré valable un testament mystique qui n'avait d'autre date que celle de l'acte de subscription.

Le testament mystique qui ne vaudrait pas comme tel, à cause des vices qui pourraient se glisser dans l'acte de subscription,

ne vaudrait-il pas comme olographe, étant écrit, daté & signé de la main du testateur? C'est ce que nous ne vous apprendrons dans notre explication orale. vous pourrez la consulter sur ce point la loi 2, ff. de testam. milit. & 21, Cod. de testam.

art. 977.

L'art. 10 de l'ordre de 1735 prescrivait la même formalité dans le cas prévu par notre art.; elle avait été prise dans la loi 2, Cod. de testam. il ne présente à faire aucune réflexion particulière.

art. 978.

C'est le droit romain & l'art. 11 de l'ordre de 1735 qui ont donné à cet art. Les auteurs avaient diversement décidé la question de savoir si un individu qui ne sait point lire l'écriture de main, savait ou ne pouvait pas faire un testament mystique: les uns lui accordaient cette faculté; les autres la lui refusaient; il est singulier, c'est que les uns & les autres invoquaient, à l'appui de leur opinion, le même texte du droit romain, où on lit ces mots: si testator litteras ignoret, lesquels, suivant les uns, voulaient dire, s'il ne sait point lire; & qui, suivant les autres, signifiaient, s'il ne sait point écrire. le code explique ces mots, comme l'avait fait l'ordre: il a déclaré par le fait, comme l'ordre, qu'ils devaient être entendus de ceux qui ne savent point écrire, en permettant à ceux-ci de tester en la forme mystique, pourvu qu'ils appellent un témoin de plus avec énonciation de la cause pour laquelle ce témoin a été appellé, & en refusant cette faculté à ceux qui ne savent point lire l'écriture de main. nous disons l'écriture de main, car celui qui ne saurait lire que l'écriture moulée se trouverait exposé aux mêmes dangers que celui qui ne saurait point lire du tout, parce qu'on ne fait point imprimer les testaments. on peut voir d'ailleurs Catellan, liv. 2, chap. 12.

Mais à qui est-ce à prouver que le testateur ne savait pas lire? Est-ce à celui qui soutient la négative, ou à celui qui soutient l'affirmative? il faut distinguer: si le testateur a signé, c'est une présomption en faveur du testament, & que le testateur savait lire. il faut donc charger de la preuve celui qui soutient que le testateur ne savait pas lire: on en trouve un arrêt dans Albert, nouvelle édition, lett. T, chap. 16, pag. 508: que si le testateur n'a pas signé, c'est à l'héritier à prouver le fait affirmatif, parce que ei incumbit probatio qui dicit, leg. 2, ff. de probat. vous pourrez voir le traité des testaments de mr. furgole, tom. 1, pag. 94 & suiv. de la dernière édition.

art. 979.

L'art. 12 de l'ord.ce de 1735 était conçu dans la même terme
En sorte que celui-ci n'en est qu'une copie fidelle: il n'y a donc
Aucune observation à faire pour son intelligence, mais il y aurait
nullité, si tout ce qu'il prescrit, n'était pas exactement obse
On demande si, dans le cas de notre art., le testament qui
Vaudrait par comme mystique, pourrait valoir comme olographe
nous verrons cela dans nos explications orales. (Cpd. 1er loi 3,
ff. de testam. milit. & 21 Cod. de testam.)

Art. 980.

Il était naturel qu'après avoir déterminé la forme de chaque es
de testament, le Législateur s'occupât de qualités dont doivent être
Revêtus les témoins dont la présence y est requise; ils doivent être
dit la loi, mâles, majeurs, sujets de l'empereur, jouissant des droits civils
la Loi 20, §. 6, ff. qui testam. fac. poss. Exigeait qui ils fussent
Mâles, l'art. 10 de l'ord.ce de 1735 l'exigeait aussi. Cet art. 10
parlait pas de la majorité, parce qu'on n'était majeur alors
qu'à 25 ans, & qu'on admettait, suivant le droit romain
à porter témoignage les personnes qui avaient acquis la puberté
ainsi notre art. s'éloigne en cette partie, & du droit romain, & de
l'ord.ce de 1735, en requérant que les témoins soient majeurs, c'est
-à-dire, âgés de 21 ans.

La qualité de sujets de l'empereur est encore requise, ce qui
Est conforme au droit romain qui, en la loi 21, cod. de testam
l'approuvait en ces termes, regulis testium legum mancipes
civibus romanis. enfin les témoins doivent être jouissant des
droits civils, car ceux qui en ont perdu l'exercice, sont par cela
même retranchés du nombre des citoyens. il serait inutile
de vous rappeller ici ce que nous vous avons dit à ce sujet sur
le tit. du ord.e de la jouissance & de la privation des droits civils:
Vous pourrez y recourir facilement.

Sect. 2.

Des règles particulières sur la forme de certains testamens.

art. 981, 982, 983 & 984.

Ces quatre art. sont uniquement relatifs aux formes de
testament militaire, & l'on ne doit les réputer tels que celui
qui est fait par des individus qui portent les armes contre
l'ennemi, ou qui, sans porter les armes, sont employés dans
la armée. il ne suffit pas d'être militaire pour jouir de la
faculté accordée par les deux premiers de ces quatre articles,
il faut encore être en expédition militaire, ou en quartier, ou en
Garnison hors du territoire de l'empire, ou prisonnier chez
l'ennemi: ceux qui sont dans l'intérieur du territoire
français ne jouissent pas du même avantage, à moins

qu'ils ne se trouvent dans une place assiégée, ou dans une cité dont les portes sont fermées, & les communications interrompues à cause de la guerre : enfin, lorsqu'un militaire ou autre employé aux armées qui aura fait usage de la forme de tester indiquée par les art. 981 & 982, sera revenu dans un lieu où il aura la liberté d'employer la forme ordinaire, son testament privilégié cessera six mois après cette époque.

C'est par une faveur particulière accordée à ceux qui sont en profession des armes, qu'on a réglé la forme en laquelle ils peuvent disposer de leurs biens : les notaires ne suivent point les armées ; il a donc fallu, pour y suppléer, revêtir des officiers d'un grade supérieur d'une espèce de caractère public qui, en cette partie, les autorisât à remplir des fonctions qui sont bien loin de faire partie de leurs attributions ordinaires.

Avant le code, les art. 27, 28, 29, 30, 31 & 32 de l'ord^ce de 1735 avaient statué sur tout ce qui fait la matière des quatre art. dont nous nous occupons ; les commentateurs, & entre autres Ferrières dans son commentaire de cette ord^ce, s'en sont occupés, il me suffira de renvoyer pour vous mettre à portée de connaître tout ce qui peut y avoir quelque rapport.

art. 985, 986 & 987.

Il est des circonstances où il serait à craindre impossible de se procurer les moyens indiqués par la loi pour la confection des testaments, & l'homme se trouverait ainsi privé d'une des plus précieuses facultés dont il puisse jouir, celle de disposer de ses biens, si l'on n'en facilitait les moyens. Dans le nombre de ces circonstances, on doit compter celles qui donnent lieu à toute interception de communication pour cause de peste, ou autre maladie contagieuse ; mais comme c'est un privilège & une exception au droit commun, la loi a voulu que le testament fait en la forme qui y est indiquée, ne fût valable que pendant six mois, à compter du jour où les communications ont été rétablies, ou du jour auquel le testateur s'est rendu dans un lieu où elles ne seront point interrompues.

L'ord^ce de 1735, aux art. 33, 34, 35 & 36 & 37 avait aussi déterminé pour toute l'étendue de la France, sans distinction des pays coutumiers d'avec ceux du droit écrit, la forme en laquelle pourraient être faites les dispositions de dernière volonté, par des individus qui se trouveraient dans des lieux ravagés par la peste, quoiqu'ils n'en fussent pas eux-mêmes atteints. Cette faveur n'est plus la même aujourd'hui, parce que

le nouvel ordre des choses ne l'a point permis. quoi qu'il en soit
désormais il n'y aura de valable d'autre testament fait en temps
de peste, que celui qui se trouvera revêtu de la forme indiquée par
l'art: 981, & de quelque faveur dont soit environné le testament,
En pareille occurrence, deux dispositions seraient nulles, si on y
employait toute autre forme que la réception du juge de paix, ou
d'un des officiers municipaux assisté de deux témoins.

on demande quel serait le sort d'un testament fait en
commun, dans un lieu ravagé par la peste? le code n'en parle
point, comme l'avait fait l'art. 37 de l'ord.ce; mais il n'est
pas douteux que le testament ne serait valable, & qu'il ne serait
pas besoin d'être refait, parce que la nécessité de la réfaction ne
tombe que sur la disposition faite hors du droit commun.

on demande encore si les femmes peuvent être employées comme
témoins dans la dispositions de dernière volonté faites en temps de peste
on jugeait autrefois qu'elles pouvaient l'être. Cambolas, liv.
1, chap. 37, & d'olive, liv. 5, chap. 3, en rapportent des arrêts.
mais le code ne faisant sur ce point aucune exception au droit
commun, il faut répondre qu'elles ne peuvent revêtir de témoins,
leur exclusion étant prononcée par l'art: 980 qui requiert la
qualité de mâle.

art: 988 jusques & inclus l'art: 998.

Tous ces art. sont consacrés à régler la forme des
testamens faits sur mer; l'ord.ce de la marine de l'année 1681
avait reconnu la nécessité d'affranchir l'équipage des vaisseaux
& les voyageurs, de l'exécution du droit commun en cette
matière, & elle avait prescrit les formalités qui devaient être
gardées dans la confection des testamens faits sur mer. ces
formalités différaient sur quelques points de celles indiquées
par le code: mais on sent aisément que c'est à ces dernières
qu'il faut s'en tenir, & sur tout exécuter tout ce que commande
le code en cette partie qui n'exige au surplus aucune
explication particulière: on doit surtout ne point perdre de vue
l'art: 998 qui est relatif au nombre des témoins dont la
présence est indispensable, & qui renferme des dispositions particulières
sur le nombre de ceux qui doivent signer acte:

art: 999.

nous avons vu dans l'explication du tit. préliminaire
du code napoléon, que tout individu tenait de la coutume de son
domicile la capacité de disposer par testament: qu'avant le

nouvel ordre des choses, il existait diverses Coutumes qui avaient diversement fixé l'âge auquel il était permis de tester; mais que le code avait introduit dans tout l'empire une salutaire uniformité qui avait ainsi coupé la racine à une infinité de procès que fesait naître cette Bigarrure: on ne doit donc rien emprunter du lieu où teste le français pour savoir s'il a pû, ou s'il n'a pas pû faire testament, à quelque âge que le puissent les naturels du pays par les lois qui les régissent. Sa capacité le suit partout, ainsi que son incapacité: voilà pourquoi un mineur âgé de moins de 16 ans ne pourrait ~~pas disposer~~ plus disposer en pays étranger, qu'il ne le peut dans sa patrie: voilà pourquoi encore après l'âge de 16 ans jusqu'à celui de 21, il ne pourrait disposer même en pays étranger, que de la portion de biens dont la loi française lui permet de disposer, s'il teste en france.

mais, si le français ne peut rien emprunter du pays où il se trouve, respectivement à la faculté de disposer, il en emprunte la forme de sa dispoon, & son testament sera valable en france pourvû qu'on y ait employé les formes admises dans le pays où il a été fait: tel était le droit commun en cette matière; le code n'a fait que le consacrer.

Vous devez néanmoins remarquer qu'il a fait une brêche à ce même droit commun, en ce qu'il a permis aux français qui se trouve en pays étranger de tester en la forme olographe, ce qui doit avoir lieu, quand même cette manière de tester ne serait pas admise dans le pays où le testament olographe aurait été fait: c'est là un privilège attaché à sa personne dont la loi française l'investit, & que l'usage contraire du pays ne saurait lui enlever.

art. 1000.

L'art. 121 de l'ordce de 1629 porte que les jugemens, contrats ou obligations passés en pays étranger, n'auront aucune hypothèque ou exécution en france, où ils ne peuvent tenir lieu que de simples promesses; mais la déclaration du 6 xbre 1707 voulut depuis que des actes de cette nature ne pussent avoir d'exécution ou d'hypothèque, et produire action en justice qu'autant qu'ils auraient été contrôlés en france; or, comme le contrôle, ou enregistrement ne donne par lui-même aucun privilège, ni hypothèque, il est clair que celles dont parle la déclaration, ne peut être que celle résultante du contrat lui-même. quoi qu'il en soit, le dernier état des choses en france sur cette question qu'une infinité d'auteurs ont traitée, était que le contrôle rendait ces actes exécutoires, & cette opinion

a été adoptée par le code, pour l'exécution des testaments faits en pays étranger.

art. 1001.

Le législateur, pour ne point répéter à chaque art. que ce qui est prescrit, doit être observé à peine de nullité, a déclaré ici que cette peine était encourue par la contravention à ce qu'il a ordonné, tant dans la présente section, que dans la précédente. En cela il a suivi la marche que lui avait tracée l'ord.ce de 17 qui renfermait la même disposition en l'art. 47 puisé dans la loi 5, Cod. de Legat.

Sect. 3
Des institutions d'héritier, & des Legs en Général.

art. 1002.

Suivant l'empire du droit romain, un testament ne se soutenait que par l'institution héréditaire qu'on appellait, caput et fundamentum testamenti: au contraire, dans les pays coutumiers on faisait produire au Legs universel le même effet qu'à l'institution héréditaire: aujourd'hui, sous quelque dénomination qu'on dispose, la volonté manifestée doit être exécutée: autant il vous suffira de vous rappeller ici de ce que nous avons dit sur l'art. 967 du code.

Sect. 4.
Du Legs universel

art. 1003.

En vous expliquant l'art. 610 du code, nous vous avons fait connaître ce que c'est que le Legs universel, il paraît par conséquent inutile d'y revenir.

art. 1004.

Par la manière dont prononça notre art., le code a renversé le Legs universellement admis dans les pays de droit écrit, en vertu duquel l'hér. institué était revêtu de plein droit et ipso facto, de la propriété de l'entière chose de l'instituant; il est bien vrai que la loi règle l'ordre de ces successions légitimes, mais ces successions testamentaires sont aussi réglées par elle, & il semble que d'après l'adage, provisis heredibus facit testator, provisionem legis, il aurait fallu déclarer que l'hér. testamentaire n'avait nul besoin de s'adresser aux hers légitimes, pour leur demander la délivrance des biens compris dans le testament, &c.

Quoi qu'il en soit, on a cru devoir admettre le circuit, mais il ne l'a été que dans le cas seulement où, parmi

les hers naturels, il s'en trouve de la qualité de ceux en faveur desquels la loi fait une réserve, c'est-à-dire, de ceux au préjudice desquels on ne peut point disposer de la totalité de ses biens, tels que les descendans & les ascendans. En cela, on a donné la préférence au procédé qui était en usage dans les pays coutumiers : dans tout autre cas que celui dont nous venons de parler, le légataire universel n'est aucunement tenu de demander la délivrance aux hers naturels, parce qu'il est saisi de plein droit.

art. 1005 –

Quoique les individus, en faveur de qui la loi a fait une réserve soient saisis de l'universalité des biens, ils n'ont pas pour cela des droits acquis sur les fruits de ces mêmes biens : ces fruits appartiennent à l'her institué ou légataire universel, à compter du jour du décès du testateur, mais seulement sous la condition qu'il formera sa demande en délivrance des biens compris dans l'institution ou dans le legs universel, dans le délai d'une année à compter de ce décès : s'il ne formait sa demande qu'après ce terme, tous les fruits perçus antérieurement seraient perdus pour lui, & il ne pourrait les réclamer que à die petitionis, ou du jour qu'on lui aurait volontairement consenti le délaissement des biens.

art. 1006.

ceci n'a besoin d'aucune explication, après ce que nous en avons dit sur l'art. 1004.

art. 1007.

La loi règle ici la manière dont il doit être procédé à la présentation des testamens, soit olographes, soit mystiques, avant qu'ils puissent être mis à exécution : les uns & les autres doivent être présentés au tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la succession s'est ouverte, & après avoir fait dresser procès-verbal de cette présentation, le président en ordonne le dépôt entre les mains de tel notaire qu'il juge à propos ; c'est ainsi qu'on doit en user pour les testamens olographes ;

on dresse aussi procès-verbal de la présentation du testament mystique, & de l'état dans lequel il s'est trouvé, mais on ne procède à son ouverture, qu'après avoir appellé les notaires recevant & les témoins signataires de l'acte de subscription, s'ils sont sur les lieux ; jusqu'alors les hers institués, fussent-ils connus, sont inhibés de se mettre en possession.

Sect. 1008.

ici revient la distinction que fait l'art. 1004, entre le cas où le testateur laisse à lui survivans des individus qui ont droit à la réserve légale, & celui où il n'en laisse point; dans le premier cas l'art. à cux que doit s'adresser le Légataire universel, ou l'héritier institué pour obtenir la délivrance des biens compris au testament. Au contraire, dans le second, le légataire universel n'a pas besoin de mettre en possession qu'on vertu d'une ord. du président du tribunal, mise au bas de la requête qu'il présente à cet effet, & à laquelle il joint l'acte de dépôt fait en exécution de l'art. précédent lorsque le testament est olographe ou mystique.

art. 1009.

il résulte de cet art: qu'on doit considérer comme héritiers non pas comme légitimaires, ceux en faveur desquels la loi fait une réserve, puisqu'elle les assujettit au payement des dettes & des charges concurremment avec le légataire universel, & à chacun d'eux en proportion de l'émolument qu'il retirent de la succession. mais cette proportion n'est point admise, lorsqu'il s'agit de l'intérêt des créanciers hypothécaires, ceux-ci ayant un titre qui affecte également tous les biens dont la succession est composée, ne doivent point souffrir de cette division. En vertu de l'action hypothécaire, ils peuvent agir pour le tout contre celui des héritiers qu'ils jugent à propos.

il en est autrement des légataires: ceux-ci ne peuvent s'adresser pour le payement de leurs legs, qu'à l'héritier universel qui est seul chargé de les acquitter, à moins qu'on ne se trouve dans le cas prévu par les art. 926 & 927 du Code qui en décident autrement, lorsque la quotité non disponible se trouve épuisée par les dispositions testamentaires, auquel cas la réduction doit se faire au marc le franc, de telle manière qu'il n'y ait point de distinction entre le légataire universel & les légataires particuliers, & chacun d'eux doit contribuer au rétablissement de la quotité non disponible au prorata de ce qu'il retient de la succession, mais l'héritier de la réserve n'y contribue en rien.

Sect. 5.

Des legs à titre universel

art. 1010.

il suffit de lire cet art. pour connoître parfaitement ce que c'est qu'un legs à titre universel, il seroit par conséquent inutile de s'y arrêter plus longtemps.

art. 1011.

Nous avons déjà remarqué que le code avait donné au principe qu'on observait dans les pays coutumiers, la préférence sur celui qu'on observait dans les pays de droit écrit, où les testateurs n'avaient nul besoin de demander à personne la délivrance des biens qui faisaient la matière de l'institution; le code prescrit ici l'ordre des personnes à qui le légataire à titre universel doit s'adresser pour obtenir cette délivrance. observons maintenant la différence qu'il y a entre le légataire universel & le légataire à titre universel. Le premier n'est tenu de demander la délivrance qu'à ceux, en faveur de qui la loi fait une réserve, de telle manière que s'il ne se trouve point de cette qualité, il entre de suite en possession de l'hérédité, sans avoir besoin d'autre chose que de l'ordre d'envoi qu'il doit obtenir du président du tribunal civil. Le second au contraire, est assujetti dans tous les cas à demander la délivrance, lors même qu'il n'y a point d'héritier qui ait droit à une réserve; son titre est moins plein, moins abondant, il ne doit par conséquent jouir de la même faveur.

art. 1012.

Cette décision ne renferme rien de nouveau; elle est prise dans divers art. de la coutume de paris, qui déclaraient assujettir au payement des dettes, pro modo emolumenti, tous ceux à qui il était fait des legs par forme de quote: quant aux créances hypothécaires, vous savez déjà qu'elles ne peuvent souffrir aucune atteinte, par la manière dont le testateur dispose de ses biens, & que l'hypothèque est tota in toto, & tota in qualibet parte; voilà pourquoi le légataire à titre universel est exposé à être recherché pour le payement de l'entière dette hypothécaire, quoique, en règle générale, il ne soit tenu personnellement de dettes à charge de la succession, que pour la part & portion qu'il y prend.

art. 1013.

Le code s'est écarté ici des dispositions du droit romain qui n'admettait pas qu'il fut possible qu'un homme décédât, partie intestat, & partie avec testament, de là l'adage nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, pars testata pars intestata. voilà pourquoi si un testateur décédait, n'ayant disposé, par exemple, que de la moitié de son bien, l'entière succession était adjugée à l'héritier institué pour la moitié, detracta rei mentione, tout comme si sa disposition en eût embrassé la totalité: il en sera désormais tout autrement: à l'avenir le testament ne sera utile

à l'hêr institué, ou au légataire à titre universel, que pour la partie de la succession qui sera désignée dans le titre, & tout ce qui n'y sera point compris appartiendra aux hêrs naturels du testateur lesquels, en cette qualité, seront tenus d'acquitter les legs particuliers concurremment avec le légataire universel, pro modo emolumenti, & de payer les dettes dans la même proportion.

Sect. 6.

Des legs Particuliers.

art. 1014.

dès l'instant du décès du testateur, les legs qu'il a faits, sont acquis en propriété à ceux à qui ils sont destinés, lorsqu'ils sont purs et simples; & cette propriété passe sur la tête de leurs hêrs, même dans le cas où ils viendraient à décéder, avant d'en avoir obtenu la délivrance, ce dont la loi leur fait un devoir: en le décidant ainsi, le code a consacré l'ancienne jurisp. non seulement quant au transport de la propriété, mais encore quant aux fruits de la chose léguée, qui n'étaient jamais accordés au légataire, qu'à compter du jour où il en avait formé la demande en justice. La cause pie, non plus que le mineur n'avaient à cet égard aucun privilège, comme on le voit dans Catellan, liv. 1, chap. 8; on ne leur rendait compte des fruits qu'à partir du jour où ils en avaient formé la demande judiciaire.

art. 1015.

C'est, à titre d'exception à la règle générale établie par l'art. précédent, que celui-ci fait courir les intérêts au profit du légataire, dès le jour du décès, & sans qu'il en ait été formé aucune demande.

La volonté de l'homme étant la première base de l'étendue des dispoons, il était tout naturel que sa manifestation suffit pour donner cours aux intérêts, indépendamment de toute autre démarche: Le 2me cas est celui où une rente viagère, ou bien, une pension auront été léguées, à titre d'alimens: chacun sait que non vivitur in praeteritum. Lors donc qu'un testateur lègue une rente, ou une pension, à titre d'alimens, on doit croire que son intention a été que cette pension fût payée de suite, afin que le légataire pût la faire servir à se sustenter, & son but serait manqué, si le cours en était suspendu jusques au moment où la demande en serait formée en justice.

Dans l'ancien ordre des choses, & lorsqu'on reconnaissait des légitimaires, si un père, après avoir institué hêr, un de ses enfants

léguait à chacun des autres une somme pour leur tenir lieu de légitime, on jugeait constamment au parl. de toulouse, que cette somme portait intérêt de sa nature, & sans interpellation, même dans le cas où elle excédait le montant de la portion légitimaire, on peut voir ce qu'en dit Serres, en ses institutes au droit français au tit. de Leg. : cette question ne peut plus se représenter aujourd'hui, parce que chacun des enfans a une portion égale sur les biens de son père & mère : à la vérité, si les père & mère disposent en faveur de quelqu'un d'eux de la quotité disponible, celui des enfans sur lequel tombera le choix, aura une plus forte portion des biens, mais les autres auront, comme lui, la qualité d'hers ; par conséquent ils ne pourront jamais être considérés sous le rapport de légitimaires, & dans aucun temps, il n'y aura lieu d'examiner si leur portion de biens porte, ou ne porte point, intérêt de plein droit.

art. 1016.

La règle générale était que l'her devait fournir au légataire tout ce qui lui était nécessaire pour parvenir à la possession & jouissance de la chose léguée. s'agissait-il du legs d'un office, c'était à l'her à fournir aux frais des provisions ; était-il question d'un legs fait à la main-morte, lorsqu'il était permis de disposer en sa faveur, l'her devait payer le droit d'amortissement ; telle était la jurisp. de tous les tribunaux ; elle ne peut plus avoir lieu dans ces deux cas, puisqu'il n'existe plus d'offices en titre, & que l'édit du mois d'août 1749, a prohibé toute dispoon au profit de la main-morte. mais le légataire ne pouvant se mettre en possession de la chose léguée qu'autant qu'il en a obtenu la délivrance, on a cru juste de mettre sur le compte de la succession les frais de la demande formée à ces fins, & néanmoins on n'a pas voulu que la réserve légale en fut aucunement ébréchée, c'est-à-dire, qu'elle ne doit pas y contribuer.

quant aux frais de l'enregistrement, ils sont pour le compte du légataire, à moins que le testateur n'en ait autrement ordonné, parce que c'est à lui à revêtir son titre des formes voulues par la loi pour le mettre à exécution, & cet enregistrement pourra être fait séparément, & dans l'intérêt particulier de chaque légataire, en sorte que l'un d'eux ne sera tenu de payer les droits qu'à concurrence de ce qui le concerne, aussi cet enregistrement ne pourra-t-il servir que pour lui.

art. 1017.

Le Code tranche ici une difficulté qui avait longtemps partagé les auteurs; les uns pensaient que les hers n'étaient tenus que personnellement envers les Légataires, en sorte que ceux-ci ne pouvaient point agir hypothécairement contre eux: les autres croyaient au contraire que chacun des hers était tenu hypothécairement envers les Légataires: on peut voir sur cette question augeard Tom. 2, pag. 507, & mr. Furgole, en son traité des testamens, Tom. 3, chap. 10.

art. 1018.

que doit-on entendre par le mot accessoires dont se sert le Législateur? on doit entendre ce qui s'unit à la chose léguée comme les fonds provenant de l'alluvion, ou qui sont d'une nécessité indispensable pour l'utiliser, comme les bestiaux, les outils aratoires, & atras de ménagerie qui sont sur le domaine légué.

n'importe qu'au moment où le legs a été fait, ces accessoires n'existassent point: en pareille matière, ce n'est point de cette époque qu'il faut partir, mais bien de celle du décès, (1) ~~[illegible]~~

art. 1019.

~~[illegible]~~ Catellan, liv. 2, chap. 79, ~~[illegible]~~ 8, chap. 77, ~~[illegible]~~

Cependant, quoiqu'il s'agisse du fait, & qu'en règle générale on doive, dans cette circonstance, pour connaître l'étendue de la dispoon, se fixer sur l'époque où elle a été faite: on ne doit considérer que l'état où sont choses, lors du décès, lorsque les changemens survenus consistent en embélissemens, ou en constructions faites sur le fonds légué, ou en augmentation d'un enclos, pourquoi? parceque, dans l'un & dans l'autre cas, on ne peut pas se méprendre sur l'intention présumée du testateur, qui a été telle que le Légataire jouit de la chose léguée, en l'état où elle se trouverait au moment de son décès. on ne peut point lui supposer d'autres vues.

(1018) (1) parceque les accessoires ne formant pas un corps particulier indépendant de la chose léguée, ils doivent être livrés au même instant que la chose dont ils ne forment que le complement, c'est-à-dire, au jour du décès, et en l'état où ils se trouvent alors.

(1019) pour se fixer sur l'étendue de la disposition, quelle est l'époque que l'on doit consulter? est-ce celle du testament, ou bien celle du décès? Tous les auteurs sont d'accord que c'est celle du testament, ou autre disposition de dernière volonté: m^r Furgole, au chap. 10, de son traité des testaments, n°. 80, in fine, & tous les auteurs qu'il cite, enseignent unanimement cette doctrine qui a été adoptée par notre art. il n'en étoit pas de même dans le droit romain qui avoit subordonné ce point à quelques circonstances, prises dans le fait même. par exemple, si le fonds nouvellement acquis avoit été réuni à un cultivateur qui déjà faisoit l'exploitation des fonds composant le corps d'un domaine, & que le compte des fruits provenus de ce fonds nouvellement acquis, fut rendu par le cultivateur comme provenant d'un seul corps de domaines, les romains, disent-nous, pensoient alors que les nouvelles acquisitions faisoient partie du legs, comme on le voit dans la loi 9 §. 3, ff. de legat. 3°. mais cette décision ne pourroit plus avoir lieu d'aujourd'hui.

art. 1020.

nous avons déja observé sur l'art. 874 du code qu'il paraît en opposon formelle avec les dispoons de notre art., & que mr de Malléville a cru pouvoir les concilier, en disant que le premier parle du cas où l'hér aurait été expressément chargé par le testateur de dégager la chose léguée: il faut convenir que cette solution n'en est point une, car, si la dispoon renfermait cette clause, par cela même, il n'y aurait lieu à aucune difficulté, l'exécution de la volonté du testateur la ferait disparaître.

il existe un autre moyen de concilier ces deux art. qui doivent être exécutés l'un & l'autre, chacun dans le cas qu'ils ont entendu décider, & le voici. supposons que la chose léguée ait été, avant ou depuis le testament soumise à une hypothèque spéciale particulière, & restreinte à la chose léguée, dans ce cas, l'hér institué, ou autre débiteur du legs, ne devra point la dégager, parce qu'on devra présumer que le testateur n'a eu l'intention de la faire passer au légataire, qu'avec la charge qui y est spécialement attachée; & il paraît que c'est là l'hypothèse que l'art. 1020 a entendu décider. —

Lors, au contraire, que la chose léguée ne se trouve soumise à quelque hypothèque, que comme fesant partie du patrimoine du testateur qui est affecté d'une hypothèque générale, ou lors même qu'il y a stipulation d'une hypothèque particulière jointe à l'hypothèque générale, en supposant que le créancier s'adresse au légataire pour le payement de ce qui lui est dû, et que celui-ci le paye, il est juste que le légataire demeure subrogé aux droits du créancier contre les héritiers & successeurs universels, ou à titre universels, & c'est là le cas dont parle l'art. 874.

En effet, dans cette dernière hypothèse, en acquittant la dette du défunt, le légataire a libéré de l'hypothèque non seulement la chose qui lui a été léguée, mais encore les autres objets de la succession qui s'en trouvaient ainsi grevés, dans cette position, il était bien raisonnable qu'on se conformât au droit commun qui affranchit les légataires particuliers de toute contribution au payement des dettes et qu'on lui accordât un recours contre les héritiers et c'est ce qu'a fait l'art. 874.

Au contraire, dans la première hypothèse, celle où la

chose léguée est affectée d'une hypothèque spéciale particulière
Et restreinte à la chose léguée, le légataire ne travaille que
pour lui, lorsqu'il la dégage: il ne doit donc lui être accordé
Aucun recours contre l'héritier ou légataires universels, ou
à titre universel pour lequel il n'a rien fait en payant la
dette: Au surplus, cette distinction est établie sur la doctrine
de Duperrier, en ses questions notables de droit, tom. 1, liv. 3,
quest. 9.

art. 1021.

on pouvait, suivant le droit romain, léguer la chose d'autrui,
Ce legs était valable, en distinguant néanmoins le cas où le testateur
savait que la chose qu'il avait léguée, ne lui appartenait pas,
d'avec celui où il l'ignorait: cette décision, & cette distinction dont
elle était accompagnée, étaient fondées sur des subtilités que
nos législateurs n'ont pas voulu admettre; ils ont pensé que,
lorsque le testateur sait que la chose qu'il légue, ne lui
appartient pas, il fait un legs dérisoire, & que, quand il l'ignore,
il y a erreur. la nullité du legs dans ces deux cas, devait être la suite
de ce raisonnement.

art. 1022.

Voyons d'abord, en fait de legs d'une chose indéterminée, à qui
appartient le choix, lorsque le testateur ne s'en est point expliqué
Est-ce au légataire, ou bien à l'héritier? le §. 22, aux instit. de legat.
dit que le choix appartient au légataire, nisi aliud testator dixerit
plusieurs autres textes renferment la même décision.

Cette préférence donnée au légataire, l'autorise-t-elle à choisir
ce qu'il y a de meilleur? la loi 37, ff. de legat. 1°, & la loi dernière
§. 1, Cod. Communia de legat. ne l'entendent pas ainsi; mais
la loi 110, ff. de Legat. 1° n'entend pas moins que l'héritier,
lorsqu'il a le choix, en soit quitte en offrant au légataire ce qui
n'y a de plus mauvais. la qualité doit être médiocre, de telle sorte
que les intérêts de toutes les parties en soient également ménagés.
Le code a adopté cette disposition comme remplie de sagesse, des
Arrêts du parl. de toulouse l'avaient déjà décidé de même, comme
on le voit dans maynard, liv. 8, chap. 87.

art. 1023.

la question décidée par notre art., est une de celles de droit
sur lesquelles les auteurs ont le plus écrit. Cujas, en ses
observations, liv. 5, chap. 16, a remarqué que la cause des débats
intervenus entre eux, provenait de la distinction qu'ils avaient

jugé à propos de faire, Entre la dette volontaire, & la dette nécessaire pour admettre la compensation dans l'une, & pour la rejetter dans l'autre. cette distinction, dit-il, n'a été créée par les auteurs, que parce qu'ils n'ont pas vu ce que dit la loi 22, §. 3, ff. Solut. matrim. avec la loi 4, ff. de Collation. dot. ils y seroient néanmoins parvenus, ajoute Cujas, s'ils eussent fait attention que dans le Cas de la loi 22, §. 3, ff. Sol. matrim. le Legs avoit été fait pour dot, circonstance qui même est à supposer, parceque dans le tems où cette loi fut portée, l'édit de alienatione qui a été abrogé depuis, Etoit en vigueur.

Cet auteur, qui on appelle encore, à juste titre, la lumiere du droit, ne voulait donc pas de la distinction dont nous venons de parler, Cependant le parl. de toulouse l'avait adoptée: la preuve en est dans les derniers arrêts qu'il a rendus, il n'y a pas bien longtemps, sur cette question: Le 1er est du 21 Août 1780, en la premiere chambre des enquêtes, au Rapport de mr. de Faragnan, En faveur du sr. raymond Pivat négociant de mirepoix, Contre les d'Alies anglade pere, & Le second, du 9 septembre de la même année, en la même chambre, au Rapport de mr. l'abbé de Serres, dans la Cause du Sr. de Montesquiou, Comte de Serignac, pour lequel j'écrivois, Contre les Srs. de Benevent vicomte de Cayla.

Dans l'espece de ces deux arrêts, il s'agissait de savoir si l'héritier débiteur d'une partie de la dette légitimaire envers son frere ou autre, leur ayant fait un Legs par son testament devait être présumé avoir fait ce legs en compensation de la dette dont il Etoit tenu envers eux, ou si l'on devait considérer le Legs comme une pure libéralité. on Croit pouvoir appliquer ici la maxime nemo liberalis, nisi liberatus, & distinguer la dette nécessaire de la dette volontaire; en conséquence on juge que les légataires en recevant leur legs, devaient imputer ce qui pouvait leur revenir, à titre de légitime ou de supplément qui formait une dette nécessaire.

Le code a dérogé à cette jurisprudence, il a statué sur cette question en conformité des arrêts que l'on trouve dans la loi 85, ff. de Legat. 2°, dans la loi 7, Cod. de dot. promiss. & dans la loi 4 ff. de dotis Collat. je fis autrefois usage de ces divers textes dans la défense du Sr. de Montesquiou de Serignac; la justice l'emporta sur la loi, mais le code lui a rendu depuis tout son empire.

art. 1024.

avant le nouvel ordre des choses, on ne connaissait la qualité de légataire universel, que dans les pays coutumiers; celui, ou ceux qui étaient appellés à recueillir une succession testamentaire, en pays de droit écrit, étaient qualifiés d'hers; mais dans les uns & dans les autres pays, on connaissait les légataires particuliers, & ceux-ci dans aucun temps, n'ont été chargés du payement des dettes du défunt. cependant comme les créanciers ne doivent point souffrir de ce que leur débiteur a légué, à titre particulier, une partie de son patrimoine à qui il a jugé à propos, la loi leur a conservé l'action en payement de leur dû, lorsqu'ils sont créanciers hypothécaires, même contre les légataires particuliers, sauf le recours de ceux-ci contre les légataires universels, ou hers institués qui seuls sont tenus du payement des dettes. il en est de même des légataires à titre universel, à concurrence de la part qu'ils prennent dans l'hérédité. au surplus, ces mots qu'on lit dans l'article sauf la réduction du legs, ainsi qu'il est ci-dessus, se rapportent aux art. 926 & 927 du code.

Sect. 7me

des exécuteurs testamentaires.

art. 1025, 1026 & 1027.

ferrière, sur l'art. 297 de la coutume de paris, loysel, en ses institutes coutumières, liv. 2, tit. 4, maxime 15, & coquille, en sa quest. 229, enseignaient que l'exécuteur testamentaire était saisi des meubles & effets, pendant l'an & jour à compter du décès du testateur; mais il y a entre cette doctrine & les dispositions du code, cette différence, que l'exécuteur testamentaire était saisi de plein droit, & par le seul fait de sa nomination; au lieu que d'après le code, il n'est saisi qu'autant que le testateur l'a ainsi ordonné. mais la durée de ses fonctions est aujourd'hui la même, qu'autrefois, c'est-à-dire, d'une année. cette modification de l'ancien droit, n'est pas la seule nouvellement introduite. nous en trouvons encore une autre dans la disposition par laquelle la loi donne à l'her la faculté de faire cesser la saisine accordée à l'exécuteur testamentaire, en payant lui-même les legs mobiliers, ou en lui remettant une somme suffisante pour ce faire, ce qui ne se pratiquait pas auparavant.

art. 1028 & 1029.

le 1er de ces deux art. a établi en ppe qu'on ne peut être exécuteur testamentaire qu'autant qu'on a la faculté de s'obliger; par où on écarte de ces fonctions tous ceux à qui la loi refuse cette faculté. quant aux femmes, dont il est parlé dans le second, on doit distinguer

ou la femme est séparée en biens de son mari par contrat de mariage, ou par un jugt, ou bien elle n'en est point séparée. dans le premier cas, elle pourra accepter l'exécution testamentaire avec le consentement de son mari, & à son refus, avec l'autorisation de la justice; dans le second cas, la femme ne pourra l'accepter qu'autant que son mari y aura consenti, & s'il refuse, il n'y a point lieu à l'autorisation de la justice.

il n'en était point de même autrefois: les femmes, suivant péleus, en sa 31e question, & Balde, sur la loi 24, no. 4, cod. de episcop. & cleric. pouvaient être chargées de l'exécution testamentaire sans y être autorisées; ce changement en cette partie est une suite des ppes relatifs au mariage, qui n'avaient lieu qu'en pays coutumiers, & qui sont devenus communs à tout l'empire.

art. 1030.

Cet art. paraît superflu, d'après les dispoons du 1028e, car le mineur étant du nombre de ceux qui ne peuvent pas s'obliger, il est clair qu'ils sont écartés de l'exécution testamentaire. avant le code, le mineur pouvait être revêtu de ces fonctions: telle est la doctrine de ferrière sur l'art. 297 de la coutume de paris, en quoi cet auteur n'était point d'accord avec auzanet sur le même art. où il en enseignait une toute opposée, & celle-là a été adoptée par la loi nouvelle.

art. 1031.

notre art. donne aux exécuteurs testamentaires un pouvoir plus étendu que ne leur donnaient les lois antérieures: l'art. 297 de la cout. de paris exigeait d'eux qu'ils fissent inventaire, & cette dispoon était conforme à ce qu'en dit godefroy sur la loi 28, ff. de episcop. et cleric. loysel, en ses institutes coutumières, liv. 2, tit. 4, reg. 15, tient le même langage: mais aucun de ces auteurs n'avait attribué aux exécuteurs testamentaires, le droit d'apposer les scellés; cette obligation ne regardait que l'hér.

On peut demander s'ils sont obligés de donner caution: le code n'en parle point: il a donc laissé les choses aux termes du droit ancien qui ne les y assujettissait pas, comme on le voit dans mornac sur la loi 49, ff. de donat. inter vir. & ux. & dans ferrière sur l'art 297 de la coutume de paris. no. 19; il n'y avait qu'un cas où l'on pouvait en demander, c'était celui où l'exécuteur testamentaire était devenu insolvable à l'insu du testateur; c'est ce qu'a remarqué

Coquille en sa quest. 229.

Enfin, le code a adopté sur mêmes principes de cette matière, en ordonnant que l'exécuteur testamentaire rendra compte de sa gestion, à l'expiration de l'année du décès du testateur. Telle est la doctrine de Loysel, institutes coutumières, liv. 2, tit. 4, max. 16; Dolive, liv. 5, ch. 39; Bretonnier, sur Henrys, tom. 2, liv. 4, quest. 108; Ricard, des donations, part. 3, nos. 1115 et suiv.; Furgole, des testaments, ch. 10, sect. 3, nos. 1 et suiv.; Domat, des lois civiles, liv. 3, tit. 1, sect. 3, nos. 4 et suiv.; Pothier, des donations testamentaires, chap. 5, sect. 2, art. 3, §. 2; Merlin, répert. de jurisp. au mot exécuteur testamentaire, §. 2, nos. 1 et suiv.; Delaporte, sur la coutume d'Orléans, tom. 2, pag. 1; Lebrun, des successions, liv. 3, chap. 8, sect. 1, nos. 1 et suiv.; Boucheul, sur la coutume de Poitou, tom. 2, pag. 1; Duplessis, des testaments, chap. 6, sect. 3; Ferrière, sur la coutume de Paris, tom. 2, pag. 1; Auzanet, sur la coutume de Paris, tom. 1, pag. 1; Basnage, sur la coutume de Normandie, tom. 2, pag. 1; Bacquet, des droits de justice, chap. 1, nos. 1 et suiv.; Lois

a été une prodigieuse quantité d'arrêts qui ont diversement prononcé sur cette question : vous pouvez voir là-dessus Catellan, liv. 2, chap. 2, où il la discute en magistrat éclairé.

après avoir parlé de la révocation des testamens qui, en pays de droit écrit, ne pouvait être opérée que de l'une ou de l'autre des deux manières dont nous venons de parler, mr furgole, en son traité des testamens, tom. 3, chap. 11, no. 102, in fine, s'exprime en ces termes, « mais, dans les pays coutumiers, où l'institution d'hér. n'a pas lieu, & où les testamens ne valent que comme des codicilles, une simple déclaration révocatoire faite en bonne forme, en présence de deux notaires, ou d'un notaire & de deux témoins, suffisait sans le secours du laps de temps, pour révoquer un précédent testament, parce qu'il ne s'agit que de legs qui se révoquent par le seul témoignage d'une volonté contraire : mr bouguier, lett. R, chap. 18, rapporte des arrêts qui l'ont jugé, & henrys, liv. 3, quest. 112, est du même avis. »

c'est là précisément la doctrine que le code a adoptée pour la rendre commune à tout l'empire, & nous ne verrons plus se reproduire toutes les difficultés que fesait naître la différence des procédés dont on usait en cette matière dans diverses parties de la france.

art. 1036.

ce qu'on voit ici, n'est qu'une suite des ppes dont nous venons de parler, savoir, que désormais les institutions héréditaires ne seront pas plus utiles et plus abondantes, que les codicilles ou les legs, comme le décide l'art. 1002 ci-dessus ; voilà pourquoi de même qu'autrefois plusieurs codicilles pouvaient concourir ensemble, & recevaient chacun leur exécution en tant qu'ils ne renfermaient rien d'incompatible entre eux, de même aujourd'hui on doit admettre le concours de plusieurs testamens, et chacune des dispoons qui y seront renfermées, sera valable tout aussi parfaitement que si elles étaient contenues dans le dernier.

La loi n'admet d'exception à ce ppe général, qu'autant que le testament postérieur parlerait d'une manière expresse la révocation des testamens précédens. dans ce cas, il est sensible que ce serait aller contre la volonté du testateur, que d'exécuter celle qu'il

avait manifestée dans un testament dont il a lui-même prononcé la révocation : elle admet encore une seconde exception, laquelle consiste dans l'impossibilité où l'on serait d'exécuter à la fois deux dispositions contraires. ainsi, par exemple, supposons qu'un testateur, après avoir disposé en faveur de pierre d'un certain domaine bien clairement désigné, ligne à jean de ce même domaine par un testament postérieur. Aucun jurisconsulte n'est évidemment impossible d'exécuter les deux testaments en cette partie. le domaine appartiendra donc à jean, en vertu du testament postérieur, parce que c'est la dernière volonté qui prévaut toujours, en matière de fidéicommis ou de legs, auxquels les institutions héréditaires sont maintenant assimilées. clare & aperte jurisconsulti in fideicommissis posteriores voluntates esse firmiores, dit la loi 19, cod. de fideicomm. ou comme le dit la loi 10, §. 1, ff. de testam. tut. novissimam scripturam intuemur. de là cette conséquence que l'on ne doit point s'arrêter à la doctrine de mr. furgole qui, en son traité des testaments, tom. 3, chap. 11, n°. 21, enseignait qu'en pays de droit écrit, l'existence de deux testaments était incompatible : il faut au contraire s'en tenir à ce qu'il dit dans le même endroit, un peu plus bas, où parlant des pays coutumiers, il ajoute, on peut décéder dans ces pays avec plus d'un testament, & le second ne détruit le premier, qu'autant que le second contient des dispositions incompatibles, ou qu'il contient la révocation du précédent. le code n'a donc fait autre chose que copier la doctrine relative aux pays coutumiers.

art. 1037.

avant le nouvel ordre des choses, il n'était nullement nécessaire en pays de droit écrit, que le testament postérieur révoquât l'antérieur pour en procurer l'anéantissement : la loi seule produisait cet effet. c'était la une suite nécessaire de l'incompatibilité de plusieurs testaments. nous venons de voir qu'il en est autrement aujourd'hui, & que le code a rendu communes à tout l'empire les dispositions des pays coutumiers qui admettaient la pluralité des testaments, comme on admettait, en pays de droit écrit, la pluralité des codicilles. de là il suit que, si désormais le dernier testament ne révoquait pas les précédents, ils seraient tous exécutés pour tout ce

En quoi ils ne se contredisaient pas les uns les autres.

mais, si le dernier testament révoque les précédens, cette révocation opérera-t-elle l'effet de son anéantissement même? Que celui-ci restera sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir? Le texte de notre art. est formel pour l'affirmative, par où il a décidé que l'institution faite au profit d'un incapable devait opérer le même effet, que celle faite en faveur de toute autre personne.

Catellan, liv. 2, chap. 83, & Ricard, en son traité des donations, tom. 1, part. 3, n.° 190 & suiv. ont cru qu'en France on confondait l'indignité avec l'incapacité, & que un testament fait en faveur d'un indigne ou d'un incapable n'opérait point la révocation d'un testament précédent; mais M.e Furgole, en son trait. des testamens, tom. 1, chap. 6, sect. 3, & Lebrun, traité des successions, liv. 3, chap. 9, n.° 9, ont pensé avec Dujas que c'était là une erreur, & qu'on devait soigneusement distinguer sur cette question l'indigne de l'incapable, en attribuant l'effet de la révocation au testament postérieur fait au profit de l'indigne, & en refusant le même effet à celui par lequel un incapable devait être institué.

quoi qu'il en soit de cette distinction que nous croyons bien fondée d'après l'esprit du droit romain, il suffira de vous apprendre que le code a introduit par notre art. une doctrine toute opposée à la jurisp. de presque tous les anciens tribunaux. on y jugeait que le testament fait au profit d'un incapable n'opérait pas l'effet de révoquer le testament antérieur qui subsistait dans toute son efficacité, & l'on devra juger désormais que le testament fait en faveur d'un incapable qui renfermerait la clause révocatoire du précédent testament opère cette révocation, & donne ouverture à la succession ab intestat. Cette conséquence résulte évidemment de la contexture de notre art. qui parle nommément d'incapacité.

notre art. ne parlant que de la clause révocatoire insérée dans un testament fait en faveur de l'incapable ou de l'indigne, pour lui attribuer l'effet de révoquer le précédent testament, on demande si cette clause insérée dans un testament fait en faveur de personnes capables & non indignes, mais qui seraient

nul, à cause de l'inobservation de quelques-unes des formalités nécessaires pour sa validité, opérerait la révocation du précédent Testament ? il faut répondre que non, quoique la cour d'appel de Bruxelles ait jugé le contraire, il n'y a pas longtemps. La Raison est prise de ce qu'un acte nul ne peut opérer aucun effet, quod nullum est, nullum producit effectum. On voyait bien, dans l'ancien droit, qu'un testament infecté du vice de prétérition, qui renfermait des dispositions particulières, était déclaré nul, quant à l'institution, & que les autres dispositions étaient maintenues, notamment la clause par laquelle le précédent testament se trouvait révoqué ; mais il y en avait un motif particulier puisé dans l'authentique ex causâ, cod. de lib. prét. Et dans la nov. 115, qui n'annullaient le testament, que quant à l'institution, & ce cas particulier ne doit pas être tiré à conséquence pour tout autre cas.

Il est bien vrai qu'un des art. de notre code présente comme un moyen de révocation de testament, l'acte par lequel le testateur déclarerait par devant notaire & témoins qu'il révoque son précédent Testament, & qu'on ne doit plus s'arrêter aujourd'hui aux dispositions de la loi 29, cod. de testam. qui requérait le laps de dix années pour donner toute son efficacité à l'acte de révocation. mais s'ensuit-il de là qu'on puisse faire produire à la clause révocatoire insérée dans le testament nul par défaut de forme, le même effet qu'opérerait un acte public de révocation uniquement consacré à cet usage ? c'est ce que nous ne pensons pas par la Raison pré-alléguée, & nous avons pour garant de notre opinion la manière dont diverses cours d'appel ont statué sur cette question, notamment celles de Turin, de Poitiers & de Pau. Savoir, celle de Turin par un arrêt du 11 avril 1807, celle de Poitiers par un arrêt du 20 août 1806, & celle de Pau par un autre arrêt du 13 décembre 1808, qui ont décidé que la clause révocatoire ne devait point dans cette circonstance, opérer l'effet de révoquer le précédent testament, & nous sommes d'autant plus autorisés à le croire ainsi, qu'après avoir longtemps agité au conseil d'état, la question qui nous occupe, il y fut décidé qu'il serait inséré dans le code un art. exprès pour déclarer que la clause révocatoire opérerait son effet dans ce cas. on ne voit néanmoins cet art. nulle part, & s'il on trouve au contraire qu'elle opère son effet dans le cas seulement où la disposition ne peut pas recevoir son exécution pour cause d'incapacité

ou d'indignité du Légataire universel, ou de l'hér. institué. cette précision nous autorise à penser que, hors du cas particulier dont nous venons de parler, les choses restent dans le droit commun d'après lequel un acte nul ne peut produire aucun effet.

art. 1038

Le §. 12, tit. de Legat. aux institutes, fesait dépendre la décision de la question dont il s'agit ici, du fait savoir si le testateur avait aliéné la chose qu'il avait déja léguée par son testament dans l'intention de révoquer le legs, ou s'il n'avait pas eu cette intention : on peut dire avec vérité que c'était ne rien décider, & tout livrer aux conjectures ; les rédacteurs du code ont pensé que l'intention de révoquer le legs, était suffisamment établie par le fait de l'aliénation, & en conséquence ils ont décidé qu'en pareille occurrence, on devait déclarer le legs révoqué : il faut en dire autant quoique l'aliénation n'ait été faite qu'à faculté de rachat, ou à titre d'échange, en quoi l'on s'est écarté de l'ancienne jurisp. attestée par le journaliste des audiences, tom. 1, liv. 4, chap. 17 suivant laquelle le Légataire obtenait en représentation de la chose léguée, celle que le testateur avait reçue en contre-échange.

mais il n'y a point de raison pour ne pas se conformer aux dispoons du §. précité, dans le cas où le testateur n'aurait fait que mettre en gage la chose qu'il avait précédemment léguée, & le Légataire serait fondé à faire condamner l'hér. au payement de la somme duë, à fin de se procurer ainsi la délivrance de son legs.

art. 1039.

il n'est pas hors de propos de dire ici un mot de la caducité & de la quasi-caducité, caduca & in causâ caduci. on appellait proprement caduques, caduca, les dispoons qui venaient à manquer après la mort du testateur, ce qui arrivait, lorsque l'hér. ou les Légataires décédaient avant l'ouverture du testament, ou avant l'adition de l'hérédité. justinien changea cette décision pour le chef relatif à l'ouverture du testament. mais il la conserva pour le chef relatif à l'adition de l'hérédité : cette adition n'étant pas en usage en france, à cause de la maxime, le mort saisit le vif, les dispoons proprement caduques y étaient inconnues.

les dispoons tombaient en caducité, in causâ caduci, lorsque l'hér. ou le Légataire qui était vivant & capable lors du testament venait à décéder, ou à devenir incapable, pendant la vie du testateur. leg. unic. §. 2, cod. de caduc. tollend. la loi papia avait ordonné

que toutes les dispositions qui seraient équivoques, ou qui tomberaient en caducité, appartiendraient au fisc: mais l'empereur Justinien révoqua cette loi, & laissa les choses dans les termes du droit commun.

nous n'avons jamais connu en France les dispositions purement équivoques. mais celles, auxquelles nous donnons cette dénomination sont celles qui, chez les romains, tombaient in casum caducum. Et tout comme chez les romains, les dispositions de cette genre ne pouvaient pas recevoir leur exécution, de même parmi nous elles ne la reçoivent pas non plus, aux termes de notre art.

art. 1040 & 1041.

c'est dans la contexture des dispositions & dans les diverses clauses dont elles sont composées, que les juges doivent prendre les motifs de la décision à apporter sur la nature des conditions qui y sont apposées. nous aurons occasion de revenir ailleurs sur les divers genres de conditions, d'après lesquelles on doit statuer de telle ou de telle autre manière. il nous suffira de remarquer ici que l'intention du testateur est la base, sur laquelle doit reposer le jugement, & qu'on doit chercher à connaître cette intention dans les expressions dont il s'est servi pour la manifester.

Si l'emploi des termes purement conditionnels, tels que ceux de pourvu, si, &c. il est clair qu'il n'a entendu faire le legs qu'autant que la condition sera vérifiée, si elle consiste in faciendo, ou que la condition aura manqué, si elle consiste in non faciendo. mais, si au lieu de ces expressions qui sont purement conditionnelles, il se trouve qui soient d'une telle nature qu'elles annoncent bien plutôt le motif qui l'a déterminé à faire le legs, qu'une condition qu'il ait voulu y apposer, le legs sera valable Et transmissible aux héritiers, quoique le motif ne se soit pas vérifié: les mots pour, afin &c. sont désignatifs de ce genre de disposition. ils annoncent la cause qui l'a déterminée, mais ils ne la rendent pas conditionnelle. on voit cette précision dans Cambolas, liv. 4, chap. 19 dans Basnage, liv. 6, tit. 61, art. 17 & surtout dans Ricard, en son traité des dispositions conditionnelles, chap. 2, nos. 30 & suivans. on peut voir encore Ferrière, dans son excellent ouvrage intitulé Dictionnaire de droit, au tit. quand dies legati cedit. chap. 4, vers. sur finem.

art. 1042.

Cet art. ne présente aucune observation à faire: remarquez seulement que la caducité du legs n'est déclarée qu'autant que

la chose léguée a totalement péri : de là il suit que, si la perte n'est que partielle, le legs subsiste pour tout ce qui reste.

art. 1043.

on aurait pu douter si la répudiation d'une disposition testamentaire devait en opérer la caducité, quoique la loi 34, ff. ad leg. aquil. dise en propres termes, quod repudiatur retro nostrum fuisse numquam intelligitur. ce doute serait fondé sur la disposition de l'art. 1037, qui attache à la clause révocatoire contenue dans un testament resté sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou par son refus de recueillir, l'effet de révoquer le précédent testament.

qui dit caduc, dit épuisé non-avenu, & cela est vrai, que l'empereur justinien a réuni dans la même loi, (qui est la loi unique, Cod. de caduc. toll.) toutes les décisions relatives à ces deux objets : cela posé, nous ne trouverons pas extraordinaire que notre art. déclare caduque une disposition testamentaire, lorsque l'héritier institué la répudie, ou qu'il est incapable de la recueillir. car, il n'y a là rien qui ne soit conforme aux principes, mais nous sommes étonnés de la décision que renferme l'art. 1037.

n'y a-t-il pas en effet de la contradiction à dire, d'un côté, que la répudiation ou l'incapacité de l'héritier rend caduque une disposition testamentaire, & à déclarer, de l'autre, qu'une clause révocatoire d'un précédent testament insérée dans un testament caduc doit opérer son effet ? mais si la caducité de la disposition est le fruit de la répudiation ou de l'incapacité, comment la clause révocatoire peut-elle opérer l'effet que lui attribue l'art. 1037 ? retenons nous apprendra ce que nous devons en penser ; mais il paraît difficile de concilier ces deux articles : tout ce qu'on peut dire, c'est que l'art. 1037 peut être fondé sur la loi 12, ff. de his quib. ut indig. qui prive l'héritier institué dans le précédent testament, par cette seule raison qu'il n'a point pour lui la dernière volonté du défunt, & que cette volonté est suffisamment manifestée, quoique consignée dans une disposition qui reste sans exécution, en vertu de la maxime, Ex actu actionem nullo alio probatio facti.

art. 1044 & 1045.

tout ce que nous pourrions vous dire sur ces deux art. ne serait qu'un abrégé de ce qu'on trouve dans une infinité d'auteurs qui se sont occupés du droit d'accroissement, mais aucun d'eux n'a, comme m^r furgole, en son traité des testaments, tom. 3, chap. 9, approfondi cette matière, & fait connaître l'histoire du droit d'accroissement

son institution, son progrès, ses variations, les différentes distinctions que l'on fesait dans le droit ancien, le changement que produisit la loi papia, & le dernier état de la jurisp. sur le droit d'accroissement. il nous suffira donc de vous indiquer cette source, dans laquelle vous pourrez abondamment puiser tout ce qu'on peut désirer de connaître pour se bien fixer sur cette matière: elle était hérissée de difficultés, mais le code les a heureusement dissipées, en prononçant, avec une simplicité rare, ~~dans~~ sur les seuls cas dans lesquels il ~~ne~~ pourra désormais y avoir lieu au droit d'accroissement. au reste, vous ne pourrez vous bien pénétrer des avantages que nous procure le code sur ce point, qu'autant que vous aurez jetté les yeux sur ce qu'en a dit mr. furgole, au lieu cité, & c'est par comparaison que vous pourrez juger de ce qu'il en serait l'avenir avec ce qu'il en était autrefois.

art. 1046.

on doit nécessairement supposer ici que ce n'est point le testateur qui est autorisé à demander la révocation de sa dispoon de dernière volonté, pour cause d'inexécution des conditions ou parce qu'il aurait été attenté à sa vie, ou enfin, parce qu'on se serait rendu envers lui coupable de sévices ou d'injures graves étant jusques au moment de sa mort, le maître absolu de sa dispoon, il n'a nul besoin de recourir aux voies de la justice pour en faire prononcer la révocation: il faut donc entendre cet art. de telle manière qu'il accorde aux hers institués, ou aux légataires soit universels, soit à titre universel, la même action que met le code dans la main des donateurs, dans les cas déterminés par l'art. 954 du code, & dans les deux premiers membres de l'art. 955.

mais, l'on demande dans quel délai les hers doivent intenter cette action; est-elle pure personnelle, et comme telle, doit-on dire qu'elle dure 30 ans? ou bien faut-il distinguer la demande en révocation du testament pour cause d'inexécution des conditions y apposées, d'avec celle formée contre l'her. pour quelqu'un des deux premiers motifs énoncés dans l'art. 955 du code?

nous penserions volontiers que cette action devrait être intentée par les hers dans le délai que prescrivait l'ancienne jurisp. c'est-à-dire, celui d'une année pour fait d'injures; celui-

de 20 ans, si la demande en revocation était basée sur un délit. Et celui de 30 ans, si elle était formée pour cause d'inexécution des conditions. on peut voir là dessus maynard, liv. 8, chap. 9, Et serres, en ses institutes au droit français, au tit. des donations, pag. 181 & 182.

art. 1047.

nous avons supposé dans nos observations sur l'art. précédent que l'injure avait été commise personnellement envers le testateur, & nous avons dit que ses hêrs n'avaient qu'une année, pour faire de cette injure la base d'une demande en révocation de la dispoon testamentaire. — notre art. s'occupe ici de l'injure faite à la mémoire du testateur, c'est-à-dire, d'une injure dont on ne s'est rendu coupable envers lui qu'après sa mort, & il décide que l'action à laquelle cette injure donne lieu, doit être intentée dans l'année à compter du jour du délit. on n'a pas cru pouvoir la porter au delà du terme prescrit par le droit commun en cette matière, & chacun sait qu'en fait d'injure, la prescription est acquise par le laps d'une année, comme le décide la loi 5, cod. de injur.

avant de passer à la discussion des divers art. dont est composé le chap. suivant, il n'est pas hors de propos de dire un mot d'un moyen de révocation des testamens dont le code ne fait absolument aucune mention : le silence qu'il garde sur ce moyen qui était généralement connu, semblerait nous autoriser à croire qu'on ne peut plus en faire usage à l'avenir, & cependant ce serait là une erreur, d'après ce qu'en a dit mr treilhard, dans son discours au corps législatif.

le moyen dont nous entendons parler, est celui pris de la captation & de la suggestion, au développement duquel mr furgole en son traité des testamens, tom. 1, a consacré une section toute entière, (c'est la 3me du liv. 5.) où il établit en ppe, d'après les lois romaines que s'il n'est point intervenu de dol on ne doit pas s'attendre à voir triompher un pareil moyen. — C'est là un des points fondamentaux de cette matière, en sorte que si l'on n'articule aucun fait capable de convaincre les juges qu'il a été usé de dol ou de fraude envers le testateur, quelque preuve qu'on mette d'ailleurs sous leurs yeux qu'on a fait usage de tous les moyens propres à se concilier sa bienveillance, comme les présents

les Caresses, &c. Le moyen pris de la Captation pour faire renverser une pareille dispoon ne devra pas moins être rejeté

mais, en supposant que l'hêr naturel parvienne à découvrir que la dispoon testamentaire n'a dû son existence, qu'à des démarches impliquées de dol, devra-t-il obtenir de la justice d'être admis à la preuve vocale des faits pertinens par lui allégués? L'art. 47 de l'ordce de 1735 décide qu'une telle preuve est admissible, sans qu'il soit nécessaire de prendre pour cela la voie du faux. La nouvelle loi ne parlant aucunement de ce moyen de renverser les dispoons testamentaires, moyen qu'on a déclaré au corps législatif, n'avoir pas été proscrit, on doit convenir qu'il n'y a point de raison pour s'écarter de ce que permettaient les lois romaines & les lois françaises.

En est-il de même, lorsque, sans employer des moyens pertinens de Captation, celui qui querelle un testament, soutient le contraire de ce qui y est énoncé; comme, par exemple, que le testateur n'a pas dicté ses dispoons, qu'il ne pouvait point parler, ou que les témoins n'étaient pas présents à la dictée, quoiqu'il y ait preuve écrite du contraire dans le testament même?

L'ancienne jurisp. du parl. de toulouse dont rendent compte Cambolas, liv. 2, chap. 36, & catellan, liv. 2, chap. 68 avait admis à la preuve vocale dans ces cas; mais il y a déja longtemps qu'on était revenu de cette erreur, & lorsque les hêrs naturels offraient de prouver par témoins un fait de la nature de ceux dont nous venons de parler, cette offre de preuve était constamment rejettée sur le fondement de cette maxime de droit, contra testimonium scriptum, non scriptum non admittitur: on en trouve plusieurs arrêts & entre autres dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 3, chap. 4, où l'on voit un du 16 janvier 1664, qui refusa d'admettre à la preuve vocale que les témoins n'étaient pas présents, lors de la confection du testament. un dernier arrêt du 22 août 1777 a mis le sceau à cette jurisp., celui-ci fut rendu au parl. de toulouse, en la deuxième chambre des enquêtes, au rapport de mr de juin, dans la cause du sr de vaudéan & de la dame de sentous, d'une part, & du sr pech-peyrou, de l'autre, ce dernier avait été institué hêr par le marquis de beaucaire qui

avait fait son testament, après avoir été frappé d'une apoplexie grave dont les suites le conduisirent au tombeau deux jours après : Le Sr de Baudan & la dame de Ventavon prétendirent que le Sr de Beaucaire était hors d'état de dicter son testament, & ils offrirent de la prouver par témoins ; la circonstance particulière pour admettre le témoignage vocal paraissait importante, mais la rigueur des règles l'emporta, et la demande Enquête fut rejettée.

Il est cependant vrai que si l'on admet à la preuve vocale d'un fait contraire à la Renonciation contenue au testament, c'est celui où l'on allègue que le testateur était imbécille, ou autrement, non mentis compos, lorsque la disposition porte qu'il était en son Bon sens, Les arrêts ont constamment admis à la preuve testimoniale du Contraire, parceque la situation morale du testateur n'est pas de fait du notaire, comme les autres faits dont nous avons parlé plus haut ; la jurisp. sur ce point est attestée par le journal du palais, tom. 1, pag. 726, par Catellan, liv. 2, chap. 68, et par d'Olive, liv. 5, chap. 9.

chap. 6.

des dispositions prohibées en faveur des petits-enfans du donateur ou testateur, ou des enfans de ses frères & sœurs.

art. 1048.

nous avons déjà vu dans l'explication de l'art. 896 du code, que les substitutions étaient prohibées, mais l'art. 897 avait annoncé l'exception dont nous allons nous occuper. rien, sans doute, n'est plus raisonable que cette exception, car il était juste de ne pas mettre hors du Commerce, comme on le faisait dans les temps reculés, la majeure partie des fonds de terre, dont l'empire est composé, en les frappant de substitution, il est aussi bien naturel que si on faisait à un père à une mère, à un frère, à une sœur, la faculté de charger de fidéicommis envers certaines personnes, ceux que le testateur ou donateur voudrait choisir pour recueillir la portion dont la loi leur faisait la disposition.

il n'est pas hors de propos de vous donner ici une légère connaissance de la durée des substitutions ; cette durée avait fort varié dans l'empire du droit romain, les substitutions étaient perpétuelles, en sorte que tant qu'il existait des descendans de l'auteur de la substitution, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale

ses descendans, quelque éloigné que fût le degré dans lequel ils étoient placés, pouvoit en réclamer l'institué. tel est le vœu du §. 1, aux institutes de vulg. substit. & de la loi pénultième au ff. de legat. 2°.

l'empereur justinien consulté sur un cas particulier, décida par la nov. 159 que, dans ce cas, la substitution devoit être bornée à quatre degrés. & de là plusieurs auteurs, conclurent assez mal à propos, qu'aux termes du droit romain, les substitutions devoient être bornées à quatre degrés; ~~conséquence~~ quoi qu'il en soit, il est très probable qu'on a pris de l'idée de limiter la durée des substitutions; en conséquence l'art. 59 de l'ord^ce d'orléans de l'année 1560, la borna à deux degrés, outre l'institution: six ans après parut l'ord^ce de moulins qui, en l'art. 57, détermina que toutes les substitutions antérieures à l'ord^ce d'orléans seroient restreintes au 4e degré: de là, il résultoit évidemment que toutes les substitutions dont l'existence remontoit à une époque antérieure à la publication de l'ord^ce d'orléans, devoient être étendues jusques au 4e degré inclusivement; mais que celles faites depuis devoient être bornées à deux degrés seulement; et néanmoins le parl. de toulouse s'étoit maintenu dans l'usage de les déclarer subsistantes jusques au 4e degré, nonobstant que le testateur & l'état des maisons semblât le commander ainsi.

il alloit encore plus loin, car au mépris de l'art. 134 de l'ord^ce de 1629, il comptoit les degrés par souches, & non par têtes, quoique cet art. Lui fît un devoir de les compter en cette dernière forme, en sorte qu'il ne négligeoit rien pour prolonger la durée des substitutions.

tel étoit l'état des choses, lorsque fut portée l'ord^ce de 1747 — concernant les substitutions; cette ord^ce, en l'art. 30 du tit. 1, — donna de plus fort l'exécution de l'art. 59 de l'ord^ce d'orléans, en portant que, depuis lors, les substitutions furent bornées à deux degrés ~~de~~ outre le donataire, l'héritier institué, le légataire, ou autre qui auroit recueilli le premier les biens du donateur ou testateur.

malgré cette réduction, notre code n'a pas cru devoir aller jusques là; les rédacteurs de cette dernière loi ont pensé que la charge de rendre ne pouvoit être imposée que dans certains cas & à certaines personnes, & en faveur de certaines personnes, & ils ont ainsi concilié la certitude d'une partie de leurs biens

ne serait pas dilapidée par un fils dissipateur, avec l'intérêt général qui réclamait une juste mesure des moyens propres à conserver dans le commerce des biens qui naturellement ne devaient jamais en sortir, même momentanément.

ainsi donc, malgré la prohibition des substitutions portée en l'art 896, il est au pouvoir d'un père ou d'une mère de charger leurs enfans de rendre la portion de biens que la loi laisse à leur dispoon; mais cette charge de rendre ne peut être utilement imposée à ceux-ci qu'en faveur de leurs propres enfans, & si elle avait pour objet tout autre qu'eux, elle devrait être regardée comme non-écrite.

art. 1049.

La faculté, dont nous venons de parler, & que l'art. précédent accorde aux pères & aux mères, celui-ci l'accorde au testateur ou donateur qui n'auraient point d'enfans; & comme l'autre, elle est limitée, c'est-à-dire, que la charge de rendre ne doit recevoir son exécution, qu'autant que l'auteur de la dispoon l'a imposée à ses frères ou sœurs, & que ce sont les enfans nés ou à naître de ces derniers qui doivent en recueillir l'utilité.

Ce qu'il y a de remarquable, c'est que la faculté de substituer dont parle notre art., est plus abondante dans la main du frère ou de la sœur, qui ne sont que collatéraux, qu'elle ne l'est en la personne du père ou de la mère, dont parle l'art. précédent. Et la raison en est bien simple: la charge de rendre ne pouvant porter que sur la portion de biens dont la loi laisse la dispoon, il est sensible que les frères & sœurs pouvant disposer librement de leurs entiers biens, à moins qu'ils n'aient des ascendans, rien ne s'oppose à ce que la substitution par eux faite n'en embrasse la totalité. au contraire, la substitution faite par le père ou la mère ne pourra point embrasser la totalité de leurs biens, à cause de l'obligation où ils sont de laisser à leurs enfans une portion de ces mêmes biens, portion à laquelle il n'est permis d'imposer aucune charge; par où la quotité disponible, la seule susceptible de substitution, se trouve nécessairement diminuée.

art. 1050.

Les vues que l'on s'est proposées dans cet art., sont tout à fait différentes de celles qui, avant le nouvel ordre de choses, présidaient aux substitutions; elles n'étaient faites autrefois

que pour donner aux maisons un Eclat qu'elles n'avaient point encore, ou pour Conserver celui dont elles avaient joui jusqu'alors ; aujourd'hui elles sont faites par des Motifs plus humains & plus généreux ; leur but est de donner aux enfans une aisance dont un père d'ailleurs pauvre pourrait les priver, & comme tous les petits-enfans doivent être également chers à leur aïeul, ou les neveux tous également chers à leur oncle, en accordant à ceux-ci la faculté d'imposer à leurs héritiers la charge de rendre, on l'a restreinte de telle manière qu'elle ne pourra par deux d'entre eux faire passer toute l'utilité, par cette voie, sur la tête d'un seul de ses petits-enfans ou de ses neveux.

ce n'est pas que l'aïeul ou l'oncle soient inhibés de faire ce savoir, l'oncle, la totalité de ses biens, s'il n'a point d'ascendans vivans, à l'un de ses neveux, à l'exclusion des autres, & l'aïeul la quotité disponible de ses biens, à un de ses petits-fils, sans en rien laisser aux autres ; ils jouissent incontestablement l'un & l'autre de cette faculté, mais il faut pour cela que le neveu ou le petit-fils soient nés ou conçus au décès du testateur, & ne pourraient jamais être par voie de substitution, mais seulement par voie de disposition directe.

art. 1051.

on a établi ici une sorte d'ordre de succession, en admettant le fils d'un enfant prédécédé à recueillir la portion qu'aurait eue son père s'il eut vécu, dans la biens que son aïeul avait grevés de ~~substitution~~ en faveur de ses petits-enfans.

si l'on eut voulu appliquer ici les termes constamment usités en matière de substitution, ou à mieux dire, si l'on eut entendu faire une substitution proprement dite, on aurait exclu les petits-enfans de tout droit, à cause de l'existence de quelques uns des enfans du grévé, comme on le voit dans le traité des substitutions par m^r Furgole, sur les art. 20 & 21 du tit. 1 de l'ord^ce de 17[illegible] mais, encore une fois, c'est bien plutôt un ordre successif que le Code a entendu établir qu'une véritable substitution, & dès lors on ne doit pas être étonné de ne pas trouver dans cet ordre les termes qui étaient uniquement faits pour les substitutions.

art. 1052.

c'était autrefois une question fort controversée que de savoir si l'on pouvait grever de restitution des biens précédemment

donné sans aucune charge, lorsqu'on ferait au donataire une nouvelle libéralité, sous la condition qu'il restituerait les biens qui avaient fait la matière de la donation, & que cette nouvelle libéralité était acceptée.

On trouva cette question très amplement discutée par M. Furgole en son traité des testamens, tom. 2, chap. 7, Sect. 1, n°. 60 & suiv. de l'édition de 1779; & après avoir rapporté toutes les raisons à l'appui de l'une & de l'autre opinion, il finit par dire, conformément aux loix romaines, que la charge de rendre ne doit pas être étendue jusques aux biens qui avaient été donnés précédemment sans charge; mais l'art. 16, du tit. 1 de l'ord.ce de 1747, concernant les substitutions, en avait autrement ordonné, depuis que le traité des testamens avait été donné au public, & c'est cette dernière décision que notre art. a adoptée.

art. 1053.

Divers cas peuvent amener la cessation de la jouissance des enfans, du frère ou de la sœur du testateur, ou du donateur; la mort naturelle ou civile, l'indignité, l'échéance du délai, à l'expiration duquel elle devait cesser, l'événement de la condition qui y était apposée, &c. dans tous ces cas, ceux en faveur de qui la charge de rendre leur a été imposée sont en droit d'en réclamer l'utilité; mais la répudiation ne produit pas le même effet, lorsqu'elle est faite au préjudice des créanciers, & ceux-ci seraient fondés à s'opposer à ce qu'elle fût exécutée, à cause du préjudice qu'elles leur occasionnent; ce qu'on peut voir dans le tit. du ff. de his quæ in fraud. credit., dans la juriſp. dont rend compte Catellan, liv. 3, chap. 14, & dans les art. 42 & 43 du tit. 2 de l'ord.ce de 1747. Les mêmes choses se trouvant consacrées, en matière d'usufruit, par l'art. 618 du code.

art. 1054.

Pour bien entendre cet art. il faut que vous sachiez que, dans l'ancien régime, même avant l'ord.ce de 1747, les femmes étaient autorisées à répéter leur dot, & toutes les autres conventions matrimoniales, sur les biens grevés de substitution, en cas d'insuffisance des biens libres; cette même ord.ce avait consacré 11 articles à régler la manière dont cette action de reprise

subsidiaire devrait être exercée; tous ces art. vont devenir inutiles, soit parce que celui dont nous nous occupons, en a décidé tout autrement dans le cas dont il s'occupe, soit parce qu'il ne peut plus être question que des droits dotaux de la femme du grevé: tous les autres cas, dont parlait cette ord.ce se trouvent maintenant étrangers au nouvel ordre des choses.

nous disons que notre art. en a décidé autrement que n'avait fait l'ancienne jurisp. et même l'ord.ce de 1747, car il n'est plus permis à la femme du grevé d'exercer ce recours subsidiaire sur les biens que son mari est chargé de rendre pour toute autre chose, que pour le capital de la dot. toutes les autres conventions matrimoniales sont sans utilité pour elle si la fortune de son mari est dans un dérangement tel, qu'il ne lui reste point de bien libre pour y faire face. il y a plus encore car le recours subsidiaire ne peut être exercé qu'autant que le testateur l'a ainsi ordonné d'une manière expresse, au lieu qu'auparavant ce recours avait lieu de plein droit, et pouvait être utilisé, tant pour la dot, que pour tous les accessoires dont il faisait mention l'ord.ce en capital et en intérêts.

On peut faire ici la question suivante: la femme peut-elle pour la répétition de sa dot, exercer son recours subsidiaire sur des biens que n'avait point son mari, à l'époque du mariage, mais qu'il a recueillis depuis, avec charge de restitution envers ses enfans ou ses neveux? cette question avait été décidée par la négative par les arrêts du parl. de Paris que l'on trouve rapportés, l'un dans Soefve, tom. 2, Cent. 1, chap. 88, et deux autres au journal des audiences, tom. 4, liv. 2, chap. 11, pag. 55 & 56, & tom. 6, liv. 7, chap. 36; mais elle ne peut plus se représenter à l'avenir, parce que ce recours ne pouvant être exercé qu'autant que le testateur l'aurait ordonné d'une manière expresse, il est sensible que, s'il n'en a rien dit, il ne saurait y avoir lieu à aucun recours si au contraire il s'en est expliqué pour le permettre, la volonté qu'il a manifestée à cet égard, forme en faveur de la femme, un titre qui fait disparaître les anciens doutes que présentait cette question:

art. 1055.

C'est pour assurer autant que possible l'exécution de la volonté des testateurs ou donateurs, que a été prise la précaution

dont parle l'art: mais on n'a pas cru devoir attacher la peine de nullité à l'omission qui pourrait en être faite, parceque j'aurait été contrarier les vuës que l'on se proposait en l'exigeant.

art. 1056.

notre art. fait deux hypothèses: la première est celle où le testateur omet de faire la nomination du tuteur dont parle l'art précédent; auquel cas, le grévé est tenu de faire lui-même cette nomination dans le délai y exprimé: la seconde est celle où le grévé est mineur, & comme sa minorité met obstacle à ce qu'il puisse faire lui-même la nomination du tuteur à sa dispoon, la loi déclare qu'elle doit être faite par le tuteur qu'il a déja: de là il s'évince qu'en cas de minorité du grévé, le ~~testateur~~ tuteur de la dispoon doit être autre que celui qu'a déja le grévé, à cause de minorité.

art. 1057.

notre art. fait plus que ne fesait l'ordce de 1747, pour assurer l'exécution de la restitution ordonnée; celle-ci privait des fruits l'hêr grévé qui omettait de remplir les formalités prescrites: l'art. que nous expliquons, le prive de l'utilité de la dispoon, laquelle passe de suite sur la tête des appellés, & le code a si fort entendu que le grévé ne restât pas impuni, qu'il a autorisé le procureur-impérial près le tribunal civil de l'arrondissement dans lequel la succession s'est ouverte, à poursuivre d'office cette déchéance contre lui.

art. 1058 & suiv. jusques & compris l'art. 1068.

tous ces art. ne sont qu'une copie fidèle, d'une partie des art. 6 et 7 du tit. 1 de l'ordce de 1747, quant aux meubles-meublants ou autres choses mobilières, & aux bestiaux & ustensiles propres à faire valoir les terres; d'autre part, ils sont aussi une copie des art. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, & 11 du tit. 2 de la même ordce relativement aux formalités à observer pour la stabilité & la fidèle exécution des volontés de l'auteur de la dispoon.

La conformité, dont nous venons de parler, nous dispense de faire ici l'explicaon particulière de chacun de ces art. vous la trouverez dans le commentaire qu'a fait mr furgole de cette ordce, en jettant les yeux sur les divers art. que nous venons de vous indiquer.

art. 1069.

avant le nouvel ordre des choses, les substitutions n'étaient utilement opposées ~~que~~ aux créanciers & aux tiers-acquéreurs qu'autant qu'elles avaient été insinuées, c'est-à-dire, transcrites dans un registre à ce destiné; l'ordce de moulins, la déclaration du mois de novembre 1690, celle du mois de janvier 1712, & les art. 27, 28 & 29 du tit. 2 de l'ordce de 1747 l'avaient ainsi ordonné: mais ces diverses lois avaient fixé un délai, dans lequel cette insinuation devait être faite: ce n'est pas qu'elle ne pût l'être après ce délai; mais il y avait cette différence, que si elle l'était dans le délai fixé, cette insinuation avait un effet rétroactif au décès du testateur, lorsque la substitution était portée dans un acte de dernière volonté, & qu'elle remontait au jour du contrat, si la substitution était portée dans un acte entre-vifs; au lieu qu'elle n'était utile, qu'à compter du jour où elle avait été faite, si l'on n'avait rempli cette formalité qu'après le délai légal.

Quoi qu'il en soit de ce qui se passait autrefois relativement à cet objet, nous avons à observer ici qu'en prescrivant la nécessité de la transcription de la dispoon qui contient la charge de rendre transcription qui a été substituée à l'insinuation prescrite par les lois précédentes, notre code ne fixe aucun délai dans lequel il doit être procédé à cette transcription, pour que la dispoon puisse être utilement opposée aux créanciers et aux tiers-acquéreurs.

Ce silence donne lieu à un doute que voici: aurait-on désormais pour faire procéder à cette transcription le délai dont parle l'ordce de 1747, sous prétexte qu'il n'en a été déterminé aucun ici, & la transcription faite dans ce délai, produira-t-elle le même effet que produisait l'insinuation vis-à-vis des créanciers & des tiers-acquéreurs? ou bien, par cela même que notre art. n'indique aucun délai dans lequel il doit y être procédé doit-on croire que cette transcription doit être faite immédiatement après la dispoon, si elle est faite par acte entre-vifs, ou tout de suite après la mort du testateur, si elle est faite par acte de dernière volonté?

mr de malléville, dans ses observaons sur le présent art., croit, dit-il, avec les auteurs des pandectes, qu'il faut se conformer à l'ordce, & à ce que le code prescrit en pareil cas pour la transcription des donations: il enseigne la même doctrine

dans ses observations sur l'art. 2182 du Code.

D'après notre manière de voir, il y a dans cette observation de Mr de Malleville deux erreurs; la première, qui consiste en fait, en ce qu'il suppose que les divers art. du code relatifs à la transcription des donations, ont fixé le délai dans lequel cette transcription devait en être faite, tandis qu'on ne trouve rien de semblable dans aucun d'eux; la seconde, en ce qu'il pense qu'on peut encore aujourd'hui se conformer aux dispoons de l'ordce à cet égard.

Ce n'est pas que nous croyions, comme l'avait décidé l'art. 58 de l'ordce de Moulins, relativement aux donations, que l'omission de la transcription opérât la nullité de la dispoon contenant charge de rendre, mais nous pensons que cette dispoon, avant l'époque précise de la transcription, ne saurait être opposée aux créanciers ou tiers-acquéreurs, quand même elle aurait été faite avant l'échéance des 4 ou des 6 mois que les anciennes ordces donnaient pour cela.

Cette opinion est fondée 1° sur le silence de la loi qui, si elle eût voulu donner un délai, n'aurait pas manqué de l'exprimer, comme l'avaient fait les précédentes ordces: 2° sur ce que, d'après le droit commun, les obligations imposées sans terme, doivent être exécutées de suite, quod sine die debetur, praesenti die debetur. 3° sur ce qu'il pourrait résulter de ce évènement fâcheux très rapprochés de l'injustice du procédé permis par les ordces; voilà pourquoi on a cru devoir s'en écarter.

Pourquoi en effet, attacher un effet rétroactif à un procédé quelconque lorsqu'il peut en résulter du préjudice pour un tiers? Or, il arrivait souvent qu'un hér vendait des biens grevés de substitution avant les six mois qui suivaient le décès du substituant: dans cette hypothèse, l'acquéreur qui avait pris la précaution de vérifier le Registre des insinuations, & qui n'y avait trouvé aucune trace de substitution, pouvait croire que son acquisition serait stable, & il avait dans ce moment raison de la croire telle: depuis, en procédant à la publication & à l'insinuation de l'acte portant substitution, pourvu que ce fût avant l'échéance des six mois,

l'acquisition perdait toute sa stabilité ; n'y avait-il point là une injustice que nos Législateurs devaient faire cesser ? n'a-ils pas d'ailleurs proscrit tout acte dont l'effet rétroactif pourrait nuire à un tiers ? enfin, nous finirons par observer que l'art. 7 de la loi du 30 ventose an 12, a abrogé toutes les lois coutumes, ord.ces, &c. qui seraient contraires au Code, & quoiqu'en général il soit vrai qu'on ne contredit pas une loi nouvelle en y ajoutant quelque chose qu'on emprunte d'une loi antérieure, ce n'est pourtant pas moins faire revivre la loi ancienne en une partie que la nouvelle a proscrite, lorsque cette nouvelle loi s'est tue sur un point qui aurait eu besoin d'une désignation particulière, comme devant opérer un effet contraire au droit commun.

art. 1070.

ce qui est dit ici est pris en toutes lettres dans l'art. 32 du tit. 2 de l'ord.ce de 1747.

art. 1071.

c'est encore ici une copie des dispoons portées en l'art. 33 du tit. 2 de la même ord.ce : ainsi vous pouvez appliquer à l'un & à l'autre tout ce que dit m.r furgole dans son commentaire de cette ord.ce sur ces deux art.

art. 1072.

il en est de même de celui-ci : toute autre observation serait donc superflue. (34 tit. 2 ord.ce de 1747)

art. 1073.

il ne faut pas croire qu'en rendant le tuteur nommé à la dispoon personnellement responsable de l'inexécution de tout ce qui est prescrit par ce chap., la loi ait entendu affranchir les biens libres du grevé de tout recours de la part du substitué : rien n'empêche qu'il puisse agir contre l'un & contre l'autre, & ces deux voies lui sont également ouvertes pour obtenir la réparation du dommage qu'il peut avoir éprouvé par l'inexécution des formalités prescrites.

art. 1074.

on retrouve ici les dispoons déja renfermées dans l'art. 1070, & notre art. est, si l'on peut s'exprimer ainsi, une vraie superfétation.

Chap. 7.

D'un partage fait par père, mère & autres ascendans entre leurs descendans.

art. 1075 & 1076.

Le genre de disposition dont il est parlé ici, n'est pas nouveau, il était connu chez les romains; les preuves en sont dans la nov. 18 chap. 7, & dans la nov. 107, chap. 3, qui en parlent: mais l'écrit par lequel un père procédait au partage de ses biens entre ses enfans, n'exigeait chez eux aucune forme particulière; il suffisait que cet écrit fut signé par le père: l'ord.ce de 1735, art. 17 changea ce procédé, en exigeant que des actes de cette nature fussent revêtus de l'une des deux formes portées par les art. 15 & 16, c'est-à-dire, qu'ils n'étoient valables qu'autant qu'ils auroient été passés, ou devant deux notaires, ou devant un notaire seulement en présence de deux témoins, ou qu'autant que la disposition contenant partage, auroit été écrite, datée, & signée de la main du père. La loi la déclaroit nulle, si elle n'était point revêtue de l'une ou de l'autre de ces formes; le code s'est conformé sur ce point à l'ord.ce de 1735, en tant qu'il a déclaré que les actes de partage faits par les ascendans, devaient être revêtus, ou de la forme des donations, ou de celle des testamens; mais comme il n'existe point de forme de testament qui n'exige que la présence de deux notaires, ou d'un notaire & de deux témoins, il s'ensuit nécessairement qu'il ne peut point aujourd'hui être pouvu d'un père de procéder au partage de ses biens, entre ses enfans, en la forme en laquelle le permettait l'art. 17 de l'ord.ce de 1735, en se référant à l'art. 16, mais qu'il le pourvoit par un acte écrit, daté & signé de sa main, parce que le code admet cette forme de tester, juris communis, qui est appellée olographe.

Au reste, nous examinerons dans notre application orale, s'il est permis aux père & mère de faire dans un même acte le partage de leurs biens, & si l'art. 17 de l'ord.ce de 1735 doit être regardé comme proscrit, ou comme conservé à cet égard.

art. 1077.

C'est dans la loi 32, ff. famil. ercisc. qu'ont été puisées les dispositions de notre art. & le code lui a donné très justement la préférence sur un arrêt qu'on trouve rapporté dans albert, verb. partage

— Art. 7, qui, en pareille occurrence, avait ordonné qu'il serait pr[illegible] par experts à un nouveau partage.

art. 1078.

il n'en serait pas de même si le père ou la mère n'avaient pas fait entrer dans le partage, non seulement tous leurs propres enfans qui se trouveront existans, à l'époque de leur décès, mais encore tous les descendans de ceux d'entre eux qui pourraient être prédécédés. Car, dans ce cas, le partage serait nul pour le tout, & tous les intéressés pourraient en provoquer un nouveau.

art. 1079.

vous savez déjà que tout partages ou contrats, ou autres actes réputés tels, peuvent être attaqués pour cause de lésion de tiers au quart; ce que la loi a décidé pour cette espèce d'actes passés entre co-hers, elle le permet aussi contre le partage fait par l'ascendant; c'est là un moyen assuré de ramener tout, autant que possible, à l'égalité qui semble commandée par la nature. Et si dans de bonnes vues, la loi a laissé aux pères & mères la faculté d'avantager quelqu'un de leurs enfans, elle l'a fait dans une juste proportion dont on ne saurait excéder les bornes sans donner ouverture à une action en réduction, dont elle permet aussi l'usage.

art. 1080.

La loi qui en cela est parfaitement d'accord avec la nature, suppose qu'un père est incapable d'injustice vis-à-vis de quelqu'un de ses enfans, & s'il en existe qui soient mus par des sentimens contraires, on peut dire qu'ils forment autant d'exceptions à la règle générale; d'après cette présomption, on doit croire qu'en fesant le partage de ses biens entre ses enfans, il a agi de manière à ne léser aucun d'eux: cependant comme la présomption doit céder à la vérité, si un des enfans prouvait qu'il a éprouvé une lésion de plus d'un quart dans le partage auquel il est intéressé, nul obstacle ne s'opposerait au succès de la réclamation que la loi l'autorise à former dans cette circonstance; mais aussi n'est-ce pas impunément qu'il impugne le jugement paternel, — Et s'il ne justifie point qu'il est fondé à réclamer, la loi veut qu'il supporte la peine duë à sa témérité, après l'avoir assujetti à faire l'avance des frais de l'estimation.

Chap. 8.

Des donations faites par Contrat de mariage aux époux & aux enfans à naître du mariage...

art. 1081.

on auroit pû croire que la faveur dûe à un acte qui est la Base de la société, Comme l'est le mariage, les donations faites dans un pareil contrat, devroient être affranchies des formalités prescrites pour la validité des donations Entre-vifs faites dans toute autre Circonstance; il est bien vrai que cette faveur est allée jusqu'à dispenser la Donataire en Contrat de mariage de la nécessité de l'acceptation qui est requise suivant le droit Commun, & que dans la même occurrence, on s'est écarté de la maxime, Donner & retenir ne vaut, qui est une des bases fondamentales des donations; mais ce n'est pas une raison pour croire que les donations en Contrat de mariage fussent susceptibles d'une forme particulière non conforme au droit Commun, elles sont donc assujetties aux mêmes formalités que les autres, sauf les exceptions dont nous venons de parler.

mais il n'est point aisé de saisir ce qu'a entendu le législateur, lorsqu'il a dit dans le §. 1 de notre art.; que la donation ne pouvait avoir lieu au profit des enfans à naître, que dans les Cas énoncés au chap. 6 du présent titre, c'est-à-dire lorsque le père charge son fils, ou lorsque le frère charge son frère de rendre à leurs enfans tel bien dont il les gratifie.

on diroit d'abord qu'il y a une opposition marquée entre cette Restriction & les effets ordinaires que produit, aux termes des art. suivans, la donation faite en Contrat de mariage, en faveur des enfans qui peuvent en provenir; mais nous pensons néanmoins que cette opposition n'existe qu'en apparence, parce qu'on doit entendre notre §. dans le sens que la donataire ne peut être tenu de faire passer l'utilité de cette disposition à ses enfans à naître, qui n'étant qu'il est de la qualité énoncée au chap. 6 du présent titre, c'est-à-dire, fils ou frère du testateur ou du donateur.

art. 1082.

Ce cas parle ici sous le nom de donation, d'un genre de disposition connu jusqu'à présent en France, sous la dénomination

d'institution contractuelle: après en avoir maintenu l'usage, non seulement au profit des époux, mais encore au profit des enfans qui pourraient naître du mariage, en cas que le donataire prédécéda le donateur, il ajoute qu'une pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux, soit toujours en cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfans & descendans à naître du mariage.

Il résulte de la contexture de cet art. 1.° que cette espèce de donation ne peut être utilement faite au profit des enfans à naître qu'autant que le donateur survivrait à l'époux donataire: 2.° que dans le même cas, c'est-à-dire, celui où le donataire prédécéderait le donateur, la donation faite au profit des époux, ou de l'un d'eux, doit être présumée faite au profit des enfans & descendans à naître du mariage: c'est pourquoi il n'a pas été nécessaire de faire mention spécialement, comme l'a très-bien observé M.e de Laville, dans le cas de contradiction entre le §. 1 de notre art. & les dispositions portées dans l'art. suivant.

Quoi qu'il en soit, on jugeait constamment au parl. de Toulouse que la promesse d'instituer, ou d'une institution contractuelle qui gratifiaient d'un par égal, étaient caduques, lorsque celui en faveur duquel était faite la disposition, décédait avant l'instituant, quoique néanmoins il ne laissât point d'enfans du mariage, pour le cas desquels avait été faite l'institution; car il en était autrement s'il en laissait: on peut voir sur cette question Catellan, liv. 4, chap. 12, Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, n.° 1073, Boniface, tom. 4, pag. 435.

Furgole sur l'art. 13 de l'ord. de 1731.

Catellan, liv. 4, chap. 12, Servet, instit. liv. 2, tit. 14, (constitution sur l'institution suprim.) Furgole, sur l'art. 13 de l'ord. de 1731.

Notez ici consacre cette doctrine, lorsqu'il dit qu'une pareille donation sera présumée faite au profit des enfans & descendans à naître du mariage, en cas de survie du donateur.

art. 1083.

Rien ne prouve mieux combien nous avons eu raison de dire sur l'art. précédent qu'il s'y agissait des institutions contractuelles, que ce qu'on lit dans celui-ci, savoir, que cette espèce de donation est irrévocable dans ce sens seulement, que le donateur ne peut plus disposer de ses biens à titre gratuit; en effet, il en serait tout autrement si c'était une donation proprement dite, car il est de la nature des donations proprement dites d'être irrévocables

sous tous les rapports; & leur effet est de dépouiller le donateur, dès l'instant qu'elles sont parfaites, aux termes de la loi 4, cod. de donat.

pour vous mettre à portée de vous bien fixer sur ce genre de dispoons, il nous suffira de vous indiquer ce qu'en a dit mr furgole sur l'art. 13 de l'ordce de 1731.

art. 1084.

La faveur attachée aux contrats de mariage a présidé à cette dispoon qui est contraire au droit commun; car, en règle générale, on ne peut donner que ce dont on est propriétaire au moment où la donation est faite: l'ordce de 1731 l'avait décidé de même dans l'art. 17, mais on ne trouvait pas dans cet art. la précaution que celui-ci a prise pour éviter les nombreuses contestations qui pourraient s'élever sur la vraie fixation du montant des charges et des dettes dont les biens pouvaient être grevés au moment de la donation.

Reçu à opter la donation, du jour de sa date, en renonçant aux biens à venir, il était naturel que le donataire connut ce qu'il avait à gagner ou à perdre, en fesant cette option, & le vrai moyen de se fixer sur un point aussi intéressant, c'était, sans doute, de constater par un écrit annexé à la donation l'état des dettes & des charges, lors existantes, de telle manière qu'il ne pût éprouver aucune augmentation, ni aucune diminution. Cette précaution est infiniment sage; nous vous en ferons sentir tout le prix dans notre explication orale.

art. 1085.

nos législateurs ont attaché une telle importance à l'état dont nous venons de parler que, faute de le rapporter, il a été décidé par notre art. que le donataire serait obligé d'accepter ou de répudier la donation pour le tout; c'était là le moyen le plus assuré de couper la racine à toutes les contestations qui pouvaient naître au sujet de la consistance des dettes ou des charges existantes lors de la donation; ainsi en pareille circonstance, il ne pourra plus y avoir lieu à option, quoique la donation porte nommément sur les biens présents & sur les biens à venir.

art. 1086.

Ce que nous pouvons faire de mieux pour vous mieux fixer sur les dispoons de cet art. c'est de vous renvoyer au commentaire

qu'a fait mr. furgole de l'art. 18 de l'ordce de 1731, dont celui-ci n'est qu'une copie.

on peut faire ici cette question; en admettant qu'on ait annexé à la donation l'état des dettes & charges existantes à l'époque où elle a été faite, par où le donataire conserve la faculté d'opter, ce donataire pourrait-il faire une option irrévocable avant la mort de son donateur? mr. furgole, sur l'art. 17 de l'ordce de 1731, ne dit qu'un mot la dessus; mais quoique bien laconiquement émise, son opinion a été consacrée par un arrêt du parl. de toulouse, qui fut rendu sur mes écrits, le 24 avril 1771, en la 2e chambre des enquêtes, au rapport de mr. Valon dans l'espèce suivante.

jean-marc & marguérite pagés étaient mineurs, lorsqu'il leur fut fait une donation des biens présents & à venir; ils la répudièrent bientôt après; cette répudiation ayant fait rentrer les biens dans la main du donateur, celui en vendit une partie au sr. étienne boyer qui les jouissait, lorsque les mineurs se firent restituer envers leur répudiation. Pour le profit de cette restitution, ils demandèrent contre le sr. boyer le délaissement des biens qu'il avait acquis: dans cet état des choses, les juges eurent à prononcer sur deux questions; la première, si la demande en restitution n'était point tardive, quant à l'intérêt du sr. boyer, pour n'avoir été formée qu'après que le donateur eût aliéné les biens que la répudiation avait fait rentrer dans ses mains: la seconde, si en supposant que cette circonstance ne fut point un obstacle à la restitution des mineurs, on devait s'arrêter à l'option qu'ils fesaient d'hors & déja des biens présents, en renonçant aux biens à venir, pour évincer tout de suite étienne boyer de son acquisition.

Le parl. décida d'abord que les mineurs étaient bien fondés dans leur demande en restitution, & que la vente d'une partie des biens n'y mettait point obstacle, quoique cette vente eût été faite, avant que la demande en restitution fût engagée; il jugea ensuite qu'il ne pouvait pas y avoir lieu d'hors & déja à la dépossession du sr. étienne boyer, & que l'effet de la restitution obtenue par les mineurs devait être suspendu jusqu'à la mort du donateur, parceque la qualité de donataire des biens à venir, les assujettissant à une garantie, s'ils voulaient profiter

des biens à venir, on ne pouvait pas, avant cette époque, prononcer une condamnaõn, sur laquelle il aurait fallu revenir, si les donataires optaient la donation, du jour du décès.

art. 1087.

C'est ici une exception à la règle générale, d'après laquelle, la donation, pour être valable, doit être acceptée par le donataire, mais la faveur duë aux contrats de mariage, autorise cette exception que le code n'a point étendue jusqu'à les dispenser de la transcription quoique l'ordce de 1731 la dispensât de l'insinuation qui est représentée aujourd'hui par la transcription.

art. 1088.

On avait cru dans les pays de droit écrit, pouvoir distinguer entre la donation faite par le père à quelqu'un de ses enfans en contrat de mariage, & celle faite par la mère ou par des étrangers pour décider de la validité ou invalidité de cette donation, cas avenant où le mariage n'était point accompli: plusieurs auteurs, notamment d'olive, albert, verb. donation, art. 4, & serres en ses institutes au droit français, donnent les raisons qui ont servi de base à cette distinction, mais mr. furgole, en son traité des donations, tom. 2, quest. 23, y a prouvé de la manière la plus lumineuse que cette distinction n'avait aucun fondement dans le droit, & même qu'elle lui était contraire: il avait en conséquence toujours soutenu que, dans tous les cas, la donation devait être regardée comme non avenue, de cela seul que le mariage, en faveur duquel elle avait été faite, ne s'était point accompli. sa doctrine n'avait pas été adoptée au parl. de toulouse, mais le code l'en a vengé, en fesant de son opinion, la base de la décision portée en notre art.

art. 1089.

Quoiqu'il soit vrai en règle générale que la donation opère l'effet de dépouiller irrévocablement celui qui l'a faite il est cependant des cas où l'on doit décider le contraire, & notre art. les détermine. Ce sont ceux dont parlent les art. 1082, 1084 & 1086: nous avons déja remarqué dans l'explicaõn du premier de ces trois articles qu'il s'y agit du genre de dispoõn connu jusqu'ici sous le nom d'institution contractuelle, & notre art., en déclarant cette espèce de donation caduque par le prédécès du donataire & de

sa postérité, n'a fait que confirmer l'ancienne jurisp. que nous vous avons fait connaître.

Quant au cas dont parle l'art. 1084, qui est celui de la donation des biens présents & à venir, en tout ou en partie, & auxquels se réfère notre art., il faut convenir que celui-ci est introductif du droit nouveau; on n'avait pas cru jusqu'ici que la donation fut dénaturée dans son essence, sous prétexte qu'elle embrasse les biens présents & à venir, ~~ou~~ en tout ou en partie, & qu'elle ne dût pas investir le donataire irrévocablement, comme l'investit la donation des biens présents seulement.

Enfin, notre art. se référant encore à l'art. 1086, décide que les donations dont il y est parlé, renferment la condition tacite de survie du donataire & de sa postérité, & que leur prédécès ouvre au profit du donateur, le droit de rentrer dans la propriété des biens qui avaient fait la matière de la donation: Encore là une dispoon nouvelle; car on avait toujours regardé comme irrévocables toutes les donations faites en contrat de mariage en faveur des conjoints, & d'une telle irrévocabilité, que, malgré leur prédécès, ils transmettaient à leurs hers les biens qui leur avaient été donnés à moins que les donateurs n'eussent stipulé le contraire, ou qu'ils ne fussent dans la classe de ceux à qui la loi ou la jurisp. des arrêts avaient accordé le droit de retour, quoique non stipulé.

Au reste, quoi qu'en aient pensé certains auteurs modernes nous ne doutons point qu'en cas de caducité des donations dont nous venons de parler, les biens donnés ne demeurent affectés au payement de la dot & des conventions matrimoniales, car il n'y a point de raison pour s'écarter ici de la décision portée en l'art. 952 du code.

art. 1090.

on voit le même ppe dans l'art. 920 du code; & ce serait aller contre l'esprit des lois nouvelles, que de laisser subsister des libéralités dont le taux excédât les bornes de la disponibilité permise.

chap. 9.

des dispoons entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage —

art. 1091 & 1092.

Le premier de ces art. décide en ppe que les époux peuvent se faire ou réciproquement, ou l'un d'eux à l'autre, telles donations qu'ils jugent à propos; & jusques là le code ne fait autre chose que se

conformer à un usage universellement reçu dans l'empire; mais le second tranche une grande difficulté sur laquelle les auteurs étaient partagés: elle consistait à savoir si les donations faites en contrat de mariage par le fiancé à la fiancée, & vice versâ, quoique qualifiées entre-vifs, devaient être réputées sous-entendre la condition de survie, de telle manière qu'elles devinssent caduques par le prédécès du donataire, ou si au contraire elle devait être rangée dans la classe des donations entre-vifs qui saisissent irrévocablement ceux à qui elles sont faites, en sorte qu'elles passent à leurs hers, non-obstant la survivance du donateur.

Soefve, en son recueil d'arrêts, tom. 1, cent. 3, chap. 40, dit que par le droit civil les donations entre-vifs faites par contrat de mariage entre les futurs époux, au profit l'un de l'autre, sont non seulement autorisées, mais encore qu'elles ne peuvent plus être révoquées, dès qu'elles sont parfaites, de telle sorte que, non-obstant le prédécès du donataire le donateur ne rentre plus dans les biens donnés. ricard, en son traité des donations, tom. 1, part. 3, n°. 819, & suivans, après avoir discuté la question de part & d'autre, est du même avis, & il se fonde sur l'autorité de dumoulin, en son traité de donat. in contract. matrimon. fact. n°. 14.

L'opinion contraire a de nombreux partisans, entre autres, béchet traité du droit de réversion, chap. 15, cambolas, liv. 4, chap. 31, mr furgole, en sa quest. 49 sur les donations, ainsi que beaucoup d'autres et il faut convenir qu'il y avait beaucoup à dire en faveur de l'une & de l'autre opinion: mais cette difficulté se trouve décidée par le code et désormais on devra regarder comme irrévocable toute donation des biens présens que les fiancés pourront se faire en contrat de mariage.

Cependant une donation entre fiancés qualifiée entre-vifs ne devrait pas jouir des avantages de l'irrévocabilité, si elle était de nature à n'être utilisée que par la mort du donateur; supposons par exemple, qu'un homme passant à de secondes nôces, fit donation à sa fiancée d'une portion de ses biens, semblable à celle qu'aurait un de ses enfans à son décès, il est clair que, dans ce cas, la donation tiendrait de la nature de celles à cause de mort, parce qu'elle dépendrait d'un événement qui a trait de temps à la mort. on en trouve un arrêt du 13 avril 1688, dans le journal du palais, tom. 1, pag. 723.

art. 1093.

nous avons vû dans le chap. précédent les formalités dont l'observation est indispensable pour réaliser la donation des biens présents à venir: nous avons vû aussi dans le même chap. que lorsque la disposition par contrat de mariage était de la totalité ou de la partie des biens que laissera le disposant au jour de son décès, quoique faite seulement au profit des époux, ou de l'un d'eux, elle était présumée faite dans le cas de survie du donateur, au profit des enfans & descendans à naître du mariage: dans celui-ci, le code rend communes les dispositions des art. 1084 & 1085. Chez nous donations que les fiancés se font entre eux des biens à venir, ou des biens présents & à venir: mais il statue d'une autre manière sur le sort de la donation, dans l'intérêt des enfans provenus du mariage, dans lequel elle a été faite, en supposant que le donateur survive au donataire, dans le cas prévu par le chap. 8, les enfans doivent recueillir l'utilité de la donation faite à leur père, ou mère prédécédés, parce qu'elle est présumée faite en leur faveur, en cas de prédécès du donataire: En supposant au contraire qu'il s'agisse d'une donation faite entre fiancés, quoiqu'elle soit des biens à venir seulement, ou des biens présents & à venir, car avenant de la survivance du donateur, les enfans n'auroient aucun droit aux biens donnés, & si le donataire les avait aliénés avant sa mort, leur réclamation relative à ces biens, serait rejetée.

art. 1094.

notre art. prévoit le cas, celui où l'époux laisserait des enfants, Et celui où il n'en laisserait pas. dans le 1er cas, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse disposer au profit de son conjoint de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger: le conjoint jouit même d'un avantage dont ne peuvent jouir les étrangers, celui d'obtenir l'usufruit de la portion de succession que la loi défère En propriété à certains individus, & dont elle ne laisse pas la disposition au testateur, ou au donateur.

on ne trouve ni dans le droit romain, ni dans le droit français rien qui ait pu servir de prétexte à une pareille décision; sans doute, il était très juste de laisser aux époux tous les moyens de reconnaître & de récompenser les services qu'ils se sont rendus mutuellement pendant le cours d'une longue vie: mais il nous paraît bien extraordinaire qu'on leur ait donné cette grande latitude, Au préjudice des droits que la loi a déférés aux enfants,

Quoi qu'il en soit, le code a parlé, & il ne nous appartient pas de l'interroger sur ce point.

Quant à la seconde partie de l'art., celle qui règle la quotité de la dispoon que peut faire un époux, en faveur de son conjoint, lorsqu'il existe des enfans de leur mariage, elle est en oppoon avec la décision générale que renferme l'art. 913 du code dans le cas où le testateur aurait trois enfans, ou plus.

en effet, ce dernier art. ne laisse disponible dans la main du donateur, ou du testateur, que le quart de ses biens, lorsqu'il a 3 enfans, ou plus; les autres trois quarts sont attribués par la loi aux enfans qui doivent en faire le partage entre eux: comment donc est-il possible que l'époux qui a déja épuisé l'entière quotité disponible en donnant à son conjoint le quart de ses biens en propriété, puisse disposer encore en faveur de ce même conjoint d'un autre quart de ses biens en usufruit?

Si l'on ne devait consulter que les règles d'un calcul ordinaire, il faut convenir qu'il serait phisiquement impossible de concilier ces deux articles. mais il est aisé de sentir que l'art. 913 n'est consacré qu'à l'établissement de la règle, & que l'art. 1094 ne renferme qu'une exception à cette même règle. ainsi, en restreignant chacun de ces articles dans le cas qu'ils décident, rien n'empêche que l'époux ne puisse faire en faveur de son conjoint, ce que la loi lui défendrait dans toute autre circonstance; c'est la faveur dont les conjoints sont environnés qui a dicté cette dérogation au droit commun.

Qu'en serait-il si un époux, après avoir donné par préciput à un de ses enfans l'entière quotité disponible, donnait encore à son conjoint un quart de ses biens en propriété, & un autre quart en usufruit, cette seconde dispoon devrait-elle être exécutée? nous pensons qu'oui: mais qu'elle ne peut l'être qu'en ce en quoi les libéralités permises entre conjoints peuvent excéder le taux de la quotité disponible, aux termes du droit commun: ceci va s'éclaircir par un exemple.

un homme qui a deux enfans, dispose par acte entre-vifs & par préciput au profit de l'un deux, du tiers de ses biens, & laisse ensuite par son testament à sa femme le quart de ses biens en propriété, & un autre quart en usufruit. dans cette hypothèse que pourra réclamer la femme? elle ne pourrait réclamer absolument rien, aux termes du droit commun, puisque la dispoon

faite au profit de l'un des enfans, aurait évacué l'entière quotité disponible; mais comme en déterminant le taux auquel peuvent être portées les libéralités entre conjoints, la loi a fixé ce taux à la moitié des biens du disposant, la femme devra avoir tout ce en quoi cette moitié excédera le montant de la donation précédemment faite à l'un des enfans.

ainsi, par exemple, supposons que les entiers biens du disposant soient de valeur de 24000 tt; il est clair que la donation faite à l'enfant étant du tiers, la valeur des biens sera réduite à 16000 tt; c'est sur ce résidu que devra être prise la libéralité faite au conjoint; mais comme cette libéralité ne peut point excéder la moitié du tout, il est aisé de sentir que la femme ne pourra réclamer que l'excédant de 12000 tt qui est la moitié du tout sur 8000 tt qui en est le tiers, c'est-à-dire, des biens de valeur de 4000 tt, mais en usufruit seulement.

on dit en usufruit, parce que la quote des biens que l'époux peut donner en propriété à son conjoint se trouve dans cette hypothèse entièrement évacuée par la dispoon faite au profit de l'enfant, & même au delà. par cet ordre, les biens du disposant seront divisés de telle manière que sur des biens de valeur de 24000 tt, l'enfant donataire en aura pour 14000 tt, l'autre enfant pour 6000 tt, & la veuve pour 4000 tt en usufruit seulement; et lorsque cet usufruit prendra fin, les enfans partageront entre eux également les biens sur lesquels il portait.

il suit de ce que nous venons de dire que, si en disposant de l'entière quotité disponible en faveur de qui que ce fut, l'auteur de la dispoon avait évacué la moitié de ses biens, ce qui arriverait s'il n'avait qu'un enfant, l'époux ne pourrait réclamer absolument rien des libéralités que son conjoint lui avait faites depuis; car, dans cette hypothèse, il n'y aurait dans le taux des libéralités qu'il est permis aux époux de se faire, aucun excédant sur la quotité disponible qui se trouverait entièrement évacuée, et ce serait alors le cas de l'art. 925 du code qui déclare caduques toutes les dispoons testamentaires, lorsque la valeur des donations entre-vifs excèdent, ou égalent la quotité disponible.

la question dont nous venons de nous occuper, a été ainsi décidée par un arrêt de la cour d'appel de toulouse, le 20 juin 1809, en faveur de la dame de lordat veuve varagne

Gardouch contre la dame d'Hautpoul qui soutenait d'après l'opinion de mr. Grenier qu'elle ne devait contribuer en rien au legs que la femme de gardouch avait fait à sa femme. Cet arrêt fut rendu sur les plaidoiries de mm. Dubernard & Corail.

art. 1095.

Dans l'explication du titre du code relatif à la minorité, nous avons vu qu'il était interdit au mineur de faire aucuns actes dont le résultat devait dépérir quelque diminution dans leur patrimoine; quelle que soit la faveur qui accompagne les contrats de mariage, cette faveur ne devait pas aller jusqu'à faire passer par dessus les règles qui ont été introduites dans la seule vue d'empêcher le mineur de se précipiter dans des engagements ruineux: la légèreté qui est la compagne ordinaire d'un âge aussi tendre ne permettait guère à ceux qui ne sont point encore parvenus à la majorité, de sentir tout le tort qu'ils pouvaient se faire à eux-mêmes, en se dépouillant de leurs propriétés; la loi qui leur accorde une protection spéciale a cru devoir leur interdire toute faculté de donner, même en contrat de mariage, à moins qu'il n'en ait obtenu le consentement de ceux qui devaient le donner au mariage. c'est à ceux-ci qu'elle confie le soin de calculer les avantages qui peuvent résulter pour le mineur d'une pareille stipulation. Et s'il arrive que sa condition puisse en devenir meilleure, la minorité n'est plus un obstacle à ce qu'il puisse faire tout ce que pourrait faire un majeur.

Remarquez que non seulement le consentement dont nous venons de parler, est nécessaire, mais qu'il faut encore que ceux dont il doit être obtenu assistent au contrat de mariage; ainsi il ne suffirait pas que le mineur justifiât par écrit de ce consentement pour valider la donation qu'il aurait faite à sa fiancée; elle serait nulle, s'il n'était pas prouvé que ceux dont le consentement est nécessaire avaient assisté au contrat.

art. 1096.

Après s'être occupé dans l'article précédent, du seul cas des donations faites en contrat de mariage, entre fiancés, la législateur s'occupe ici de celles que les époux pourront se faire, constante matrimonio, & c'est pour les déclarer révocables, quelque elles soient qualifiées entre-vifs, que notre nouvelle législation est parfaitement d'accord avec l'ancienne: nous en avons vu

la preuve dans l'art. 46 de l'ordce de 1731, qui lui-même était pris dans les dispoons de la loi 32, §. 14, ff. de donat. inter vir. et uxor. mr furgole, en son commentaire de cette ordce, & sur l'art que nous venons de citer, nous a fait connaître ce qu'on devait penser de cette question, où il la résoud de la même manière que le fait notre art., quoique plusieurs auteurs eussent enseigné le contraire.

il est dans l'ordre naturel que pour révoquer une donation de ce genre, la femme n'ait aucun besoin de l'autorisation de son mari, comme le porte le §. 1 de notre art.; mais le §. 2 apporte un grand changement à l'ancienne jurisp., en ce qu'il déclare que ces donations ne sont point révoquées par la survenance d'enfans.

l'art. 39 de l'ordce de 1731 avait déclaré révoquées par survenance d'enfans, toutes donations, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage, par autres que par les conjoints, ce qui était dire bien clairement que les donations faites entre conjoints par contrat de mariage, étaient exceptées de la règle générale qui déclarait les autres sujettes à révocation par survenance d'enfans: donc les donations faites entre époux, constante matrimonio, étaient dans la classe de celles sujettes à révocation, supervenientia liberorum. désormais il en sera tout autrement, & si le donateur ne révoque pas la donation, comme la loi l'y autorise, la survenance d'enfans n'opérera pas cette révocation.

art. 1097.

La prohibition dont il est parlé ici, n'est relative qu'à la forme en laquelle pourrait être faite la donation mutuelle & réciproque entre époux: la loi n'a pas entendu en défendre l'usage, mais elle a proscrit celui qu'on aurait pû vouloir en faire par un seul & même acte; on peut voir ce que nous avons dit des testamens faits unâ & eâdem chartâ, dans l'explicaon de l'art. 968 de notre code, & ce que dit mr de malleville sur l'art. 1075, où il traite & décide pour l'affirmative la question de savoir si les actes de partage faits par les père & mère, de leurs biens, entre leurs enfans ou descendans, pourraient l'être par un seul & même acte. En rapporter ici les raisons, ce serait chose superflue: il suffit de vous indiquer le lieu où vous les trouverez.

art. 1098.

Ce qu'on lit ici est pris dans la loi hâc edictali, ~~[illegible]~~ ad. de secund. nupt. qui avait servi de base à l'édit de 1560; il était

dit dans la loi romaine que celui qui passait à des secondes nôces, ayant des enfans de son premier, ou autre précédent mariage, ne pourrait point donner à son nouveau conjoint au delà de ce qui était laissé à l'enfant le moins bien partagé, cui minus relictum est.

il s'était élevé sur l'exécution de cette loi une très sérieuse discussion qui est agitée par une infinité d'auteurs, Entr'autres maynard, liv. 3, chap. 74, d'olive, liv. 3, chap. 13, aux additions, Cambolas, liv. 4, chap. 18, n°. 3, henrys, tom. 2, liv. 4, quest. 59, catellan, liv. 4, chap. 60, mr. furgole, en son traité des testaments, tom. 3, pag. 496, n°. 8, de l'édition de 1779, le président duraty quest. 16, &c. &c. &c. elle consistait à savoir si, en supposant qu'un père remarié, eût laissé à quelqu'un de ses enfans moins que la légitime, la femme à qui il avait été donné une portion égale à celle de l'enfant le moins bien partagé, pouvait faire porter le taux de la libéralité que son mari lui avait faite, au montant d'une légitime, sous prétexte que l'enfant était en droit de la réclamer toute entière.

Les avis étaient partagés sur cette question, mais elle ne peut plus se présenter aujourd'hui, parce que notre art. disant, d'une part, que la portion de l'enfant légitime le moins prenant, doit être la mesure de la libéralité que le conjoint remarié qui a des enfans peut faire à son nouvel époux; & d'autre part, la loi disposant par sa toute puissance en faveur des enfans, de tous les biens de leur père, à l'exception de la portion dont elle lui a permis la dispoon, ces enfans ne tiennent absolument rien de la libéralité de leur père: ils tiennent tout de la loi, & il ne peut jamais y avoir lieu à un supplément en leur faveur, parce qu'ils sont investis de plein droit de ce que la loi leur attribue, indépendamment de la volonté de leurs parents.

nous observerons seulement que, malgré l'abrogation des peines des secondes nôces, (que tous les auteurs conviennent être le résultat de diverses dispoons du code, qui nous sont déjà connues), on ne peut pas se défendre de voir ici un retour à ces mêmes peines en cette partie car il n'est pas douteux que c'était à titre de peine, que la loi hac edictali, ced. de secund. nupt. d'où a été pris notre art. avait prononcé comme elle l'a fait.

vous avez à faire ici une observation bien essentielle, c'est que dans aucun cas, la donation faite à son nouveau conjoint par un époux qui a des enfans, ne peut excéder le quart des biens, en sorte

que dans cette occurrence la peine prononcée par le code, est encore plus forte que celle qu'avait prononcée la loi romaine : supposons, en effet, qu'un homme ayant deux enfans passe à de secondes noces, & qu'il meure instant, après avoir donné le tiers de ses biens à sa seconde femme. aux termes du code, les enfans seront bien fondés à demander la réduction de la libéralité faite par leur père, de telle manière que leur marâtre n'ait que le quart des biens ; au contraire, il n'y aurait eu lieu à aucune réduction, d'après les lois romaines, puisqu'en conservant à la marâtre le tiers des biens de son mari, on ne portait aucune atteinte aux dispoons de la loi hâc edictali.

Ce que vous devez remarquer encore, c'est que l'existence des petits-enfans d'un homme qui passerait à de secondes ou autres subséquentes noces, serait dans le cas d'éprouver la réduction portée en notre art., quoiqu'il ne parle que des enfans, parce que, liberorum appellaone etiam nepotes & pronepotes veniunt, Leg. 220, ff. de verb. signif. il doit en être de même en supposant que les enfans ou petits-enfans ne fussent point encore nés, parce qu'ils sont réputés nés dans le cas où il s'agit de leur avantage ;

art. 1099.

En règle générale tout ce qu'on fait en contravention de la loi est nul, quae contra legis prohibitionem fiunt, irrita sunt. il semble que d'après ce ppe on devrait dire qu'une donation faite entre époux, dont le taux excéderait la mesure prescrite par la loi, devrait être déclarée nulle. nous ne pensons pourtant pas qu'il doive en être ainsi, & nous croyons qu'en pareille circonstance, il n'y a lieu qu'à réduction. mais il ne faut pas confondre ce cas avec celui de la donation faite à des personnes interposées, dans la vüe d'en faire passer l'utilité à des individus incapables de la recevoir directement, celle-ci est déclarée nulle par notre art.

art. 1100.

il ne faut pas croire qu'en exprimant les deux cas particuliers qu'il ramène, notre art. ait entendu borner à ces deux cas la preuve que la donation a été faite à des personnes interposées, & qu'on ne puisse réputer personnes interposées que celles dont il est fait une mention expresse ; une pareille idée serait en oppoon avec tous les ppes ; nous

Nous bornerons à vous indiquer la question 3e sur les donations par mr Furgole, où cet auteur fait connaître les personnes qu'on peut regarder comme interposées, & celles qui ne peuvent pas être regardées sous le même rapport : au reste, il est probable que si le code a désigné d'une manière expresse, comme personnes interposées les enfans d'un des conjoints nés d'un autre lit, ce n'a été que pour faire cesser la diversité d'opinions qu'il y avait sur ce point ; le droit romain, en la loi 60, ff. de donat. inter vir. & ux. décidait que la donation du parâtre au beau-fils était valable, & le parl. de paris jugea le 6 juin 1784, par un arrêt rendu en la première chambre des enquêtes, en faveur de la dame Grange veuve du moulin qu'une pareille donation ne l'était pas : cette dernière opinion a été adoptée par le code, & il y a tout lieu de croire que c'est seulement à cette diversité d'opinions sur ce point, qu'on est redevable de cette dispoon particulière du code : les ppes généraux de la matière n'en restent pas moins dans toute leur force.

Tit. 3.

des Contrats ou des obligations conventionnelles en général.

chap. 1er

dispositions préliminaires.

art. 1141 & suivans jusques & compris l'art. 1107.

on ne saurait, dit un membre du tribunat, dans un discours prononcé au corps législatif, le 17 pluviose an 12, on ne saurait concevoir de rapprochement entre les hommes, en quelque petit nombre que ce soit, sans voir s'établir à l'instant entre eux des rapports d'où naissent inévitablement des droits & des devoirs réciproques.

à mesure que l'industrie, en se développant, a multiplié les objets de la propriété, les moyens de jouissance, d'échange, les rapports entre les hommes, leurs droits & leurs devoirs mutuels sont aussi devenus plus nombreux & plus compliqués.

ce sont précisément ces rapports dans lesquels les contrats ont pris leur origine ; quoi qu'il en soit, nous ne dirons rien de plus sur les contrats en général, parce qu'il sera infiniment plus utile

de vous bien fixer sur la nature de chacun d'eux en particulier.

Les 7 premiers art. de ce titre ne renferment, à proprement parler, que des définitions : il suffit de les lire pour les connaître, tout commentaire en serait superflu.

chap. 2.

des conditions Essentielles pour la validité des Conventions.

art. 1108.

Les lumières de la simple raison indiquent assez qu'il ne peut exister de convention valable, qu'autant que celui qui s'y oblige, y consent, qu'il a capacité pour contracter, qu'il existe un objet certain qui forme la matière de l'engagement, et que la cause de l'obligation est licite. on trouve ces principes dans une infinité de textes du droit romain ; le mot licite qu'on lit dans la quatrième de ces conditions, nous dispense de faire une observation qui d'ailleurs serait nécessaire, c'est qu'il faut aussi que l'obligation ne soit impossible, ni par la nature, ni par la loi : vous pouvez voir là-dessus la loi 31, ff. de oblig. & action. & la loi 185, ff. de reg. jur.

Sect. 1ère

du Consentement.

art. 1109.

La loi 116, ff. de reg. jur. embrasse les deux motifs que notre art. présente comme autant d'obstacles, à ce qu'on puisse regarder comme valable un consentement donné par erreur, extorqué par violence, ou surpris par dol ; nihil consensui tam contrarium est quam vis atque metus .... non videntur qui errant, consentire. [leg. 57, ff. de oblig. & action.]

art. 1110.

Le code distingue ici l'erreur qui tombe sur la substance de la chose, d'avec celle qui ne tombe que sur la personne. dans le premier cas, il y a nullité ; il n'y en a pas dans le second, qu'autant que celui qui s'est engagé, ne s'est décidé à prendre l'engagement, qu'en considération de la personne avec laquelle il a entendu contracter.

L'erreur tombe sur la substance, lors, par exemple, qu'on a acheté du cuivre pour de l'or ; il est sensible que dans cette

hypothèse & autres semblables, il n'y a point de consentement de la part de l'acheteur; il y a donc nullité dans le traité, puisque le consentement est une des conditions essentiellement requises pour la validité du contrat.

mais, comme le contrat n'éprouve dans sa substance, aucune atteinte, lorsqu'on traite avec une personne, autre que celle avec qui on avait intention de le faire, il ne peut y avoir nullité dans ce cas, qu'autant qu'il serait manifeste qu'on n'aurait pas traité avec toute autre personne que celle qu'on avait en vüe pour le faire.

art. 1111.

Voluntas coacta non est voluntas, le consentement, pour être valable, doit être libre, spontané; tout ce qui tient de la contrainte, le rend nul. il y en a une infinité de textes dans le droit, notamment la loi 116, ff. de reg. jur. & la loi 14, §. 9, ff. quod metus causâ.

art. 1112.

dans tous les tems, on a décidé que l'allégation de la violence comme un moyen propre à faire déclarer un acte nul, n'était utile que autant que cette violence était de nature à forcer un homme raisonnable à faire ce qu'il n'aurait jamais fait sans cela; metus qui cadat in constantem virum. mais comme il est divers dégrés de fermeté, & que le rapport qu'il y a entre le moral & le phisique, donne la certitude que la femme doit en avoir moins que l'homme, que le mineur doit en avoir aussi moins que l'homme fait, c'est avec très grande raison qu'on a dit dans notre art. qu'il fallait avoir égard, en cette matière, à l'âge, au sexe & à la condition des personnes; ainsi nous pouvons dire avec vérité qu'en pareil cas, tout est hypothétique; & que la loi laisse aux juges toute la latitude possible pour faire l'application du ppe, suivant les diverses circonstances qui s'offrent à eux.

art. 1113.

L'intérêt qu'un père prend à ses enfans, & descendans qu'il préfère à lui-même, comme le dit mr furgole, en sa 35e question sur les donations

avait dicté le §. 3 de la loi 8, ff. quod metus causa qui déclare nul le contrat passé par le père pour cause de violence exercée sur les enfans. notre art. a cru que l'affection maritale devait donner les mêmes résultats, & il n'y a rien là qui ne soit très raisonnable

art. 1114.

il est aisé de sentir qu'il ne peut être ici question que des contrats passés entre l'enfant majeur, & ses père, mère, ou autres ascendants; car il ne peut point en exister de valable entre eux & l'enfant mineur qui n'a point capacité pour contracter. au reste, ce que décide notre art. l'était déja depuis longtems par le droit romain, en la loi 26, §. 1, ff. de pign. & hyp. un père a sans doute, une certaine autorité sur ses enfans, lors même qu'ils sont affranchis de la puissance paternelle; mais cette autorité ne va pas jusques à forcer le fils à faire quelque chose contre son gré, & s'il n'y a pas d'ailleurs preuve de violence, rien ne s'oppose à ce qu'il soit tenu de remplir les engagemens qu'il a contractés avec les parents désignés par la loi.

art. 1115.

lorsqu'on a dit que pour la validité d'un contrat, les parties doivent y avoir donné un consentement libre, & que la violence excluait le consentement, on n'a pas entendu que le contrat extorqué par violence fût nul, ipso jure, à cause de ce vice; on a entendu seulement qu'un pareil consentement pouvait donner lieu à une action en déclaration de nullité: c'est là une précision qu'il est d'autant plus important de connaître, que celui qui l'ignorerait, pourrait de très bonne foi laisser s'écouler le délai des actions rescisoires qui est celui de dix années, & ce, à compter du jour où la violence a cessé, dans l'opinion qu'un pareil acte est radicalement nul. il est pourtant très certain que cette opinion erronée lui causerait, en pareille occurrence, le plus grand préjudice, puisqu'il resterait dans les liens d'un engagement dont il lui serait plus permis de se débarrasser.

C'est par ces motifs que notre art. déclare qu'il n'y a plus aucune ressource, lorsqu'on a laissé s'écouler le délai de la restitution depuis la cessation de la violence, ou qu'on a approuvé l'acte expressément ou tacitement; au surplus, l'approbation tacite résulte de l'exécution de l'acte lui-même; et l'expresse, de l'existence d'un acte postérieur confirmatif du premier.

art. 1116.

Le dol, dont la loi 1, ff. de dol. mal. nous donne la définition, vicie l'acte, & autorise celui qui en a été la victime, à se pourvoir contre, par les voies légales, pour le faire renverser. mais il ne le rend pas radicalement nul. on doit par conséquent appliquer ici la même observation que nous avons faite sur l'article précédent.

il faut bien se garder de confondre le dol dont il est parlé dans cet art., avec celui que les lois appellent dolus re ipsa, qui n'est autre chose que la lésion. ce dol qui est si bien défini par ces mots, calliditas, machinatio, ad decipiendum alterum adhibita, est une exception à toutes les règles. voilà pourquoi il peut être utilement invoqué, même contre les transactions qui sont insusceptibles de lésion. aussi ne doit-il jamais être présumé et c'est à celui qui l'allègue à le prouver, quoique défendeur dans l'instance, parce qu'en cette partie, il devient demandeur, cui incumbit onus probandi.

Dolus malus est cum aliud agitur, aliud simulatur. jul. paul. sentent. tit. 8, lib. 1.

art. 1117.

on trouve l'explication de cet art., dans celle que nous avons déja faite de l'art. 1115.

art. 1118.

Ce qu'on lit ici vous prouve avec évidence combien nous avons eu raison de vous dire qu'on ne devait pas confondre le dol réel, qui est synonime de lésion, avec celui qui est le synonime de fraude, de tromperie.

art. 1119 & 1120.

il est certain qu'on a dû déclarer qu'en général on ne pouvait s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même. le droit romain en a fait une règle dans la loi 73, ff. de reg. jur. cependant rien n'empêche qu'on ne puisse promettre le fait d'autrui, & s'engager en cas d'inexécution de la part de ce tiers, au paiement de dommages et intérêts.

nous trouvons dans cambolas, liv. 3, chap. 25, un arrêt qui déclara n'y avoir lieu de condamner avec dommages & intérêts un père qui, mariant son fils, avait promis de lui faire donner la moitié des biens de sa femme, ce que celle-ci refusa de faire. cet arrêt est évidemment contraire à la décision portée au §. 3, du tit. de inutilib.

Stipul, aux instit. liv. 3, tit. 20.

on doit, en cette matière, se bien fixer sur les termes dans lesquels l'engagement est conçu: si l'on a promis seulement qu'un autre ferait telle ou telle chose, sans s'assujettir à des des dommages-intérêts, en cand. inexécution, il est clair que cette promesse ne renferme aucun engagement personnel de celui qui la fait. Siquis alterum daturum quid promiserit, non obligatur. mais s'il promet qu'il fera faire à un tiers telle ou telle autre chose alors il ne promet point le fait d'autrui; il promet le sien propre, & par conséquent il demeure exposé, en cand. inexécution, aux dommages-intérêts auxquels cette inexécution peut donner lieu, quoiqu'il ne s'y soit point nommément assujetti: quod si Effecturum se ut titius daret spoponderit, obligatur.

C'est pour s'être écarté de cette précision qu'on a regardé comme singulier l'arrêt rapporté par cambolas, & toutes les fois qu'on s'est trouvé depuis dans le cas de prononcer sur une pareille question, les cours souveraines se sont conformées aux dispoons du droit romain. on en trouve un arrêt dans pinaud, en son recueil d'arrêts des parl. de flandres (arrêt 178), & le parlement de toulouse en a rendu un contraire à celui rapporté par cambolas; il est du mois de juin 1689, au rapport de mr. paucy, en la première chambre des enquêtes, en faveur du sr. géraud cordonnier marchand de la ville du puy en velay contre le sr. de ligues.

Geraud cordonnier, dans le contrat de mariage de son fils avec la delle de ligues, promit que son fils & sa belle-fille ne reviendraient pas contre la renonciation à leurs droits paternels et maternels que renfermait ce même contrat. depuis, le sr. cordonnier fils & son épouse se pourvurent contre cette renonciation. le sr. de ligues intenta alors contre le sr. cordonnier père une acte aux fins d'obtenir de lui qu'il rendit taisants son fils & sa belle-fille, & en défaut, pour se voir condamner aux dommages-intérêts qu'il pourrait éprouver des suites de leur démarche. l'arrêt prononça son relaxe.

il en aurait été autrement, si le sr. cordonnier père s'était assujetti à des dommages-intérêts, en cand. inexécution de la promesse qu'il avait faite, & ce cas est textuellement renfermé dans le §. 21 du même tit. des instit: qui alium facturum promittit, non tenetur, nisi poenam ipse promiserit. on peut voir là-dessus Pothier, en son traité des obligations, tom. 1,

pag. 70 et suivantes

art. 1121.

Quoique en règle générale, on ne puisse s'obliger que vis-à-vis des personnes avec lesquelles on traite, il est cependant des cas où l'on n'est point permis de revenir contre un engagement contracté au profit d'un tiers qui n'a point été partie dans l'acte. par exemple, je fais à pierre donation de mon domaine, avec charge de payer une somme quelconque à jean qui n'est par présent, et qui ignore ce que j'ai fait pour lui: pourrai-je révoquer à mon gré la disposition faite au profit de jean? je le pourrai jusqu'à ce que jean ait déclaré qu'il entendait en profiter: mais, cette déclaration une fois faite, il ne sera plus en mon pouvoir d'y revenir, parce que cette déclaration forme le contrat entre lui et moi. on trouve cette décision dans la loi 3, cod. de donat. quæ sub mod. qui, sur ce point, a changé l'ancienne jurisp. romaine.

art. 1122.

C'est dans la loi 143, ff. de reg. jur. qu'a été prise la disposition portée en cet art. non solum nobis, sed et hæredibus nostris stipulamur. telle est la règle générale, mais elle a ses exceptions, comme le dit notre art. d'après plusieurs textes du droit romain, entre autres la loi 56, §. 1, ff. de verb. signif.

Sect. 2.

de la capacité des parties contractantes.

art. 1123.

Aux termes du droit commun, tous les hommes sont également capables de contracter. ce n'est qu'à titre d'exception qu'ils sont privés de cette faculté, et ces exceptions sont de divers genres, comme nous le verrons bientôt.

art. 1124.

Parmi les individus auxquels la loi refuse la capacité de contracter se trouvaient les mineurs; on distinguait autrefois la minorité de la pupillarité: on appellait pupille, en pays de droit écrit, la fille âgée de moins de douze ans, et le garçon âgé de moins de quatorze ans. ils étaient réputés incapables de volonté, et comme la volonté doit être la base de tous les contrats, on les regardait avec raison comme incapables de contracter. quant aux mineurs pubères, on leur supposait assez de connaissance pour croire qu'ils avaient bien voulu faire

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE CAPITOLE ARSENAL

ce qu'ils avaient fait; mais comme leur jugement n'était point encore parvenu à ce point de maturité qui est nécessaire pour bien apprécier les suites des démarches que l'on fait dans le cours de la vie, on leur donnait un délai pour revenir contre les engagemens qu'ils avaient contractés en minorité.

On ne connaît plus aujourd'hui cette distinction: l'on a confondu ces diverses époques; & on appelle mineur celui qu'on appellait autrefois pupille: le sort des obligations contractées par des personnes qu'on aurait autrefois regardées comme absolument nulles, sous prétexte de pupillarité, serait le même que celui des obligations contractées par des personnes autrefois mineures c'est-à-dire, qu'elles devraient être rescindées pourvu que la nullité en fût poursuivie avant le complément de la 31e année.

Les interdits sont aussi du nombre de ceux que la loi déclare incapables de contracter: l'interdiction serait une vaine précaution, si elle ne produisait point cet effet. mais vous ne devez pas oublier ce que nous vous avons dit de l'interdiction, en expliquant les art. 489 & suiv. du code jusques & compris l'art. 514.

Quant aux femmes mariées, avant la publication du code, on distinguait les pays coutumiers d'avec les pays de droit écrit, lorsqu'il s'agissait de prononcer sur le sort des obligations qu'elles avaient contractées. dans les premiers, leurs engagemens étaient nuls, & d'une telle nullité que ceux-là même qui avaient traité avec elles, pouvaient en exciper pour se dégager des liens de leurs obligations; ce que le code ne permet plus aujourd'hui. on n'examinait même pas s'il y avait, ou n'y avait point de communauté entre les époux, & l'effet de la puissance maritale, sous laquelle tombait la femme, au moment de son mariage, était tel que la femme devenait absolument incapable de contracter.

Au contraire, dans les pays de droit écrit, on usait de distinction entre les biens constitués en dot, & ceux non constitués: les premiers restaient en propriété à la femme; mais l'exercice des actions qui y étaient relatives, passait tout entier sur la tête du mari. Quant aux biens non constitués, la femme en conservait & la propriété & la jouissance, tout aussi parfaitement que si elle ne s'était point mariée; l'époux était étranger à cette sorte de biens, & la femme pouvait en disposer à son gré et volonté.

Cependant les législateurs romains avaient pensé que les femmes, à cause de la faiblesse de leur sexe, devaient être relevées des engagemens qu'elles pourraient contracter en cautionnant pour autrui, ou en assumant sur leur compte des obligaons qui leur étaient étrangères dans le ppe. il y en a un titre exprès dans le ff. & un autre dans le code sous la rubrique ad S.C. Velleianum, sans compter plusieurs autres textes particuliers, tels que la nov. 134, chap. 8, la loi 12, ff. de minor. &c. &c.

il paraît que notre code n'a pas voulu conserver cette exception puisqu'il ne déclare les femmes incapables de contracter que dans les cas exprimés par la loi; ce qui est dire que, dans les cas non exprimés la femme peut aujourd'hui s'engager valablement, ou prendre sur son compte la dette d'autrui, pourvu qu'elle y ait été autorisé par son mari, ou à son refus, par la justice, lorsqu'elle se trouve engagée dans les liens du mariage. or, on ne trouve dans le code aucune disposon qui puisse nous autoriser à penser que nos législateurs ont entendu faire brèche au droit commun en cette matière avec d'autant plus de raison que cette exception n'était plus universellement reçue en france. le roi henri IV avait même rendu en 1606 un édit qui abrogeait le velleyen dans ses états, mais les parl. de pays de droit écrit s'étaient maintenus dans la possession de juger que les femmes devaient être relevées par le bénéfice de ce S.C.

art. 1125.

nous avons expliqué d'avance la première partie de cet art. Quant à la 2me elle est conforme à la décision des lois, & à la jurisp. des arrêts. les tribunaux avaient constamment jugé que l'acquéreur d'un fonds dotal, d'un bien appartenant à des pupilles ou dépendant d'une substitution, ne pouvait pas s'affranchir des suites de son engagement, sous prétexte qu'il ignorait le vice de la chose, quoique la femme, le pupille devenu adulte ou majeur, et le substitué eussent le droit d'en réclamer. En un mot, cette faculté n'est pas plus réciproque aujourd'hui, qu'elle ne l'était auparavant. Vous pouvez voir ce qu'en disent Boniface, tom. 1, liv. 6, pag. 376 & 377, Catellan, liv. 5, chap. 42, albert, verb. mineur, art. 5, & Dantoine sur la loi 6, ff. de reg. jur.

Sect. 3.

de l'objet & de la matière des contrats.

art. 1126 jusques & compris l'art. 1130.

Ces cinq art. ne fournissent matière à aucune réflexion, car, il n'est aucun de vous qui ne sache que les choses qui sont hors du commerce ne peuvent pas faire la matière des contrats; aucun de vous n'ignore qu'on peut traiter ~~de la~~ ~~[illegible]~~ d'un simple usage, ou d'une simple possession, aussi bien que de la chose même, & que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. nos législateurs ont cependant cru devoir excepter de cette dernière règle le cas de la rénonciation à une succession future, par conséquent non ouverte, quoiqu'on trouve un exemple du contraire dans la loi, 1, cod. de pact. cette exception est très juste; car, comme l'explique Mr. Furgole, en son traité des testamens, chap. 7, sect. 1, n° 40. Cette loi est dans le cas de la rénonciation réciproque de deux frères à un fidéicommis réciproque, dont l'évenement incertain rendait la rénonciation favorable & également utile aux deux frères, en sorte que cette loi ne devait pas être tirée à conséquence hors du cas pour lequel elle avait été portée; on devait, comme l'a fait le code, s'en tenir sur ce point aux dispoons de la loi 20, ff. de donat. qui décide en thèse qu'en matière de succession, on ne peut pas prendre des engagemens irrévocables avant leur ouverture.

Sect. 4.

8888888

de la cause. de la cause

art. 1131, 1132 & 1133.

(1) Ce que nous pouvons faire de mieux pour vous mettre à portée de bien connaître comment doivent être entendus ces 3 art. c'est de vous renvoyer à ce qu'en dit pothier, en son traité des obligations, part. 1, chap. 1, sect. 4, §. 2, n°. 132. il y traite aussi les divers cas où l'on peut, & où l'on ne peut pas répéter les sommes que l'on a passées à la suite d'une convention qui porte sur quelque chose d'illicite ou de prohibé. [Leg. 28, ff. de pact. contra juris civilis regulas pacta conventa rata non habentur. Leg. 7, §. 16, eod.]

chap. 3

de l'effet des obligations

Sect. 1.

Dispoons Générales

art. 1134.

Le mot Légalement, qu'on lit dans cet art, nous donne pleinement à connaître qu'il ne peut point être ici question de conventions qui n'auraient point été formées librement, ou qui seraient basées sur le dol ou sur l'erreur. Le code n'entend parler ici que des conventions avouées par la loi, ou qui en tiennent si fort lieu, qu'il n'est plus permis de s'en écarter: contractus initio voluntatis, postea necessitatis, fiunt, & l'on doit apporter à leur exécution toute la bonne foi requise pour leur formation.

art. 1135.

on ne peut pas tout prévoir au moment où l'on traite, lors surtout que les choses non prévues sont une suite, & pour ainsi dire, l'exécution des conventions nommément exprimées. celles-ci supposent en la personne qui s'est obligée, la nécessité d'exécuter tout ce qui en est comme la suite & la dépendance, conformément à ce que prescrivent l'équité, l'usage & la loi. in contractibus tacite veniunt ea quæ sunt moris & consuetudinis.

Sect. 2.

de l'obligation de donner.

art. 1136 & 1137.

Le droit romain avait diversement gradué les obligations résultant des contrats, suivant la diverse qualité de ces mêmes contrats. dans les uns, on exigeait que pour pouvoir être inculpé, celui qui avait pris un certain genre d'engagement, se fût rendu coupable de dol, que les autres pouvaient donner lieu à une poursuite contre lui par le seul fait de l'omission des soins les plus assidus; dans d'autres enfin, on n'exigeait que la diligence ordinaire d'un bon père de famille, pour le mettre à l'abri de

toute recherche; & c'est à ces diverses nuances qu'on doit la distinction connue dans le droit, de Culpa Latt, Culpa Levis, Culpa Levissima.

Ces diverses nuances ont disparu, & néanmoins cette disparition n'est pas totale. car, aux termes de la dernière partie du second de nos art. l'obligation de conserver la chose est plus ou moins étendue, suivant les effets que produisent les contrats, & tels qu'ils sont expliqués sous les titres qui les concernent.

art. 1138.

nous n'avions pas adopté en france la maxime, non nudis pactis sed traditionibus rerum dominia transferuntur, & l'on y a toujours jugé que le transport de la propriété s'opérait par le seul fait de la convention passée entre parties: de là cette conséquence que la perte de la chose demeurait pour le compte de celui des contractans qui devait la recevoir, quoiqu'elle ne lui fût point encore parvenue, pourvu néanmoins que celui qui devait la livrer ne fût point en demeure de remplir son engagement; dans ce dernier cas il était juste que la chose venant à périr, ou à perdre de sa valeur dans la main de celui qui devait la livrer, cette perte, ou cette diminution de valeur restassent à la charge de celui qui était en demeure d'exécuter la convention; la raison est prise de ce qu'il était possible que la tradition eût mis les choses dans un tel état, qu'elles n'eussent éprouvé aucun changement, si elle eût été effectuée.

art. 1139.

on n'avait jamais douté que la sommation juridique ne fût propre à constituer en demeure celui à qui elle était faite, mais on ne connaissait pas toutes les avantages de la stipulation que l'échéance du terme vaudrait interpellation juridique; on avait beau invoquer les maximes, conventionibus standum est..... pacta sunt servanda... on n'en jugeait pas moins que l'échéance du terme ne constituait point en demeure celui qui s'était obligé de faire quelque chose dans un délai déterminé, même dans le cas où il aurait été convenu entre les parties que l'échéance du terme tiendrait lieu d'interpellation.

désormais la jurisp. ne pourra plus être la même,

lorsque cette stipulation se trouvera nommément insérée dans l'acte ; mais si elle ne s'y trouve point, il en sera comme il en était autrefois, c'est-à-dire, que par simple échéance du terme ne vaudra point interpellation, & que par le seul fait de l'échéance, le débiteur ne sera point constitué en demeure.

art. 1140.

Il n'y a rien à dire sur cet art. qui, lui-même, ne fait qu'indiquer quelques titres du code qui règlent les effets de l'obligation qu'on a contractée, de donner, ou de livrer un immeuble. nous aurons occasion d'en parler sur le titre des hypothèques.

art. 1141.

La loi 15, quotien. cod. de rei vindicat. décidait la question comme le fait notre art., sans distinguer les meubles et immeubles. les dispositions de cette loi ont été conservées quant aux meubles, nous verrons ailleurs si le code s'en est écarté, lorsqu'il s'agit d'immeubles. ainsi donc, le droit romain & le droit français sont d'accord sur ce point, qu'en choses purement mobilières celui qui le premier est mis en possession, en devient le propriétaire, même dans le cas où son titre serait postérieur au titre de tout autre qui la réclamerait, nous pourrons voir plus bas sur la question 39 de mr. furgole sur les donations.

Sect. 3.

de l'obligation de faire, ou de ne pas faire.

art. 1142.

Remarquez d'abord que les expressions de débiteur & de créancier ne doivent pas être entendues dans les sens qu'elles présentent naturellement, c'est-à-dire, celui d'un individu qui doit une somme quelconque, & d'un autre à qui cette somme est dûe. le code a entendu désigner ici par ces expressions deux différentes personnes, l'une, qui est celle en faveur de qui l'obligation a été contractée. Et celui-ci est appellé créancier. l'autre, celle qui a contracté cette même obligation, & celui-ci est désigné sous le nom de débiteur. au surplus, notre art. décide que l'inexécution de l'engagement contracté, donne naissance à une action en dommages-intérêts dont le taux doit être déterminé sur les bases indiquées par la loi 13, ff. rem ratam habet. la doctrine de cambolas, liv. 1,

chap. 19, & de charondas, en son pandecte, liv. 1, chap. 19.

art. 1143, 1144 & 1145.

Ces trois art. nous donnent la mesure de l'action qui compète le créancier, soit lorsque le débiteur a fait ce qu'il n'était point en droit de faire, soit lorsqu'il a négligé de faire ce à quoi il était obligé.

Supposons pour l'intelligence du premier de ces art. qu'un voisin se fut engagé à ne point élever un mur à plus de dix pieds de hauteur, & que, non-obstant cet engagement, il eut profité de l'absence du créancier, pour donner à ce mur plus d'élévation; dans ce cas, il arrive, il est décidé, non seulement que le créancier peut agir pour faire détruire ce qui a été fait en contravention de l'engagement, mais encore qu'il peut se faire autoriser à le détruire lui-même aux frais de celui qui a fait la construction, sans préjudice des dommages-intérêts.

Supposons pour l'intelligence du deuxième de ces art, qu'un homme se soit engagé à faire faire un fossé pour la dérivation des eaux, à fin d'éviter la submersion des fonds, et qu'il n'en ait rien fait; celui, vis-à-vis de qui l'engagement a été pris, peut se faire autoriser à le faire lui-même aux dépens de la personne qui l'avait pris. Au reste, l'omission de faire ce à quoi on s'est obligé, ou le fait de l'opération dans le cas où l'on s'est obligé à ne point faire, produit, ipso jure, l'action en dommages-intérêts.

Sect. II.

Des dommages & intérêts résultants de l'inexécution de l'obligation.

art. 1146 & 1147.

Pothier, en son traité des obligations, part. 1re, chap. 2, art. 3, n°. 159, a dit tout ce qu'on pourrait dire sur la décision que renferment nos deux art. il nous suffit de vous y renvoyer.

art. 1148.

rapina, tumultus, incendia, aquarum magnitudo, impetus praedonum, à nullo praestantur, dit la loi 23, in fine ff. de reg.

Voyez donc qu'à la suite d'un traité, le débiteur n'a point fait ce qu'il s'était obligé de faire, pour en avoir été empêché par une force majeure, ou par l'effet d'un cas fortuit, il n'est comptable d'aucun dommages et intérêts envers le créancier, à moins qu'il ne fut déjà en demeure, lorsque la force majeure est survenue, ou que le cas fortuit est arrivé.

art. 1149.

La loi 13, ff. rem rat. hab. donne la mesure de ce qu'on doit entendre par dommages & intérêts, & votre art. après cet art. pour base de la décision qu'il renferme. c'est la perte réelle qu'on a éprouvée et le gain qu'on aurait fait, si la chose n'eut pas manqué.

art. 1150 & 1151.

Des exemples rendent visible ce qu'ont voulu dire nos législateurs dans ces deux art.: vous le trouverez dans le traité des obligations de pothier, part. 1, chap. 2, art. 3, n° 161 & suiv.

art. 1152.

C'est ici une disposition dont la généralité ne permet pas de croire qu'on puisse à l'avenir faire quelques distinctions que l'on faisait auparavant. on jugeait au parl. de toulouse qu'il n'y avait point lieu à réclamation du payement d'un dommages & intérêts stipulés au contrat de mariage contre celui des contractans qui se refusait de l'exécuter: le motif de cette précision était pris de ce que l'essence des mariages d'être libres, d'où l'on concluait qu'on devait regarder comme non-écrite toute clause qui pourrait gener cette liberté.

nous ne pensons pas qu'il puisse en être de même à l'avenir: les conventions sont volontaires dans leur principe, mais une fois passées, elles deviennent obligatoires, & comme telles, rien ne doit s'opposer à leur exécution, contractus initio voluntatis, postea necessitatis fiunt. Et l'on ne laisse point aux juges la liberté d'y ajouter, ou d'en retrancher; la convention doit être exécutée en la forme qu'elle est conçue.

art. 1153.

Rien n'est plus juste que cette décision, car celui qui ne reçoit pas un argent qui lui est dû, à l'époque où il devait lui être délivré, n'éprouve en général d'autre dommage, que celui de la privation des intérêts qu'il aurait pu en retirer, soit en le plaçant, soit en l'employant à payer des dettes portant intérêt, dont le payement est resté à sa charge; mais si en promettant de non-payement à l'époque déterminée, on stipule que l'intérêt en sera payé à un taux plus

Sont que celui autorisé par la loi, cette stipulation devrait-elle être exécutée en cette partie ? elle devra l'être, pourvu néanmoins que le taux ne soit point immodérément usuraire; ce n'est pas pour rien que l'art. 1907 a voulu que le taux de l'intérêt conventionnel fut fixé par écrit. on doit croire que les vues du législateur ont été de connaître le taux, en obligeant le créancier de le fixer par écrit et de prendre droit de cette connaissance pour en opérer la réduction d'après les circonstances. Au surplus, les intérêts ne courent que du jour de la demande, à moins qu'ils ne soient de la classe de ceux que la loi déclare courir de plein droit; mais ils sont dus, lorsque le créancier soutient de justifier qu'il a éprouvé quelque dommage par le retard.

art. 1154 & 1155.

Les auteurs des pandectes françaises ont fait sur le premier de ces deux art. des recherches curieuses qui remontent aux lois des douze tables, & qui nous font connaître les progrès de l'augmentation & de la diminution du taux des intérêts chez les romains; d'un autre côté, m^re de malleville dans son analyse raisonnée sur ces deux art. nous a fait connaître les différentes opinions qui furent émises lors de leur rédaction, il serait par conséquent superflu de vous en parler ici. tout ce que nous en dirons, c'est qu'en attachant aux intérêts échus pour une année entière, la faculté de porter intérêt du jour de la demande ou de la convention, on s'est écarté de la jurisp. de tous les tribunaux pour le prêt d'argent, & qu'on s'en est écarté aussi quant aux intérêts des rentes perpétuelles qui n'étaient point susceptibles de porter intérêt: mais on a confirmé la jurisp. pour tous les autres cas qui font la matière de l'art. 1155, & cette décision est la seule à laquelle on devra désormais se conformer.

Sect. 5.

De l'interprétation des Conventions.

art. 1156.

Chacun sent aisément que si la convention est conçue en termes clairs & qui ne présentent aucune ambiguité, il n'y a point lieu de chercher quelle a pu être l'intention des parties qui, dans cette hypothèse, est clairement manifestée. non est admittenda voluntatis quæstio. ce n'est donc que lorsque la convention est conçue en termes qui laissent quelque doute sur la volonté des contractants qu'on doit recourir au

ppe rappellé dans notre art.; on dit rappellé, parcequ'il est pris dans les lois romaines, mentem potius quàm verba specia placuit.

art. 1157.

ceci n'est à proprement parler qu'une traduction de la maxime ita debent verba interpretari, ut aliquid operentur. et il serait vraiment ridicule de donner à un acte une interprétation telle que l'acte n'en produisit aucun effet.

art. 1158.

Supposons qu'un acte qualifié de vente, renferme quelque clause conçue en termes énonciatifs d'un autre genre de contrat, Et que ces termes soient susceptibles de deux sens, notre art. décide qu'il faudra donner aux termes le sens le plus approprié à la vente.

art. 1159.

Locus contractus regit contractum. Lorsdonc qu'il se rencontre quelque ambiguité dans la manière dont les parties se sont Exprimées, il est très sage de chercher à la faire cesser, en consultant l'usage du pays auquel on est en présomption d'avoir voulu se conformer, lorsqu'on n'a point manifesté une intention contraire.

art. 1160.

il faut bien se garder de croire qu'en s'exprimant, comme ils l'ont fait, nos législateurs aient entendu donner aux juges une telle latitude qu'il dépende d'eux d'ajouter aux contrats des clauses qui les parties peuvent n'avoir pas eues en vüe, ce serait tomber dans l'arbitraire qui est le fléau de la justice. notre art. doit être entendu dans ce sens, que si l'acte est de nature à produire tel ou tel autre effet sans stipulation, on doit y suppléer cet Effet; par exemple, supposons qu'il s'agisse d'une vente qui de sa nature, assujettit le vendeur à la garantie, & que l'acte est resté muet sur ce point, il est évident qu'en cas de trouble, ou d'éviction, le juge pourra prononcer la garantie en faveur de l'acquéreur, quoique cette clause ne soit pas nommément Exprimée dans l'acte.

art. 1161.

En régle générale, chaque clause doit être prise & entendue dans le sens qui lui est propre, lorsqu'elle est conçue en des termes assez clairs pour ne point présenter du doute sur l'intention présumée des contractans. mais si les diverses clauses dont un

generas a [illegible]

contrat est composé, font naître quelque ambiguité. Si la mention de l'une met obstacle à l'exécution de l'autre, on doit alors prendre l'ensemble de l'acte, & donner à chacune des clauses le sens qui résulte de l'acte entier.

art. 1162.

La loi 47, ff. de oblig. & action. nous donne pour ppe que dans le doute, on doit se décider pour la libération, pro mores esse debemus ad liberationem. de là la maxime in dubio pro libertate respondendum. et c'est toujours contre celui qui a stipulé en sa faveur que les clauses ambiguës doivent être interprétées, parce qu'il a à s'imputer de ne s'être point expliqué plus clairement; sibi debet imputare cur legem expertius non dixerit.

art. 1163.

C'est toujours dans l'intention présumée des parties, qu'on doit chercher à connaître quel a été l'objet sur lequel elles ont entendu traiter. ainsi tout ce qui pourrait être étranger à cette découverte ne saurait être d'aucune considération. on aurait beau exciper de la généralité des expressions qui ont été employées, cette généralité ne doit pas moins être restreinte à l'objet qui a fait la matière du traité. de là la maxime ~~traitet~~ transactum de quibus actum. ce serait courir le risque de traiter d'objets étrangers aux vues des parties, que de prendre droit de la généralité des expressions pour soutenir que leur intention a été de faire plus que ce qu'elles ont nommément inséré dans la convention.

art. 1164.

Ce qui est fait exempli gratiâ, n'est ni dispositif, ni restrictif; malgré cet exemple, l'engagement conserve toute l'étendue dont il est susceptible par sa nature. on doit donc en pareille occurrence, statuer sur son sort, tout comme si on n'avait point cherché à l'expliquer par quelque exemple.

Sect. 6.

de l'effet des conventions à l'égard des tiers.

art. 1165.

res inter alios acta, neque nocere, neque prodesse potest. C'est là un adage du droit romain que le code ~~[illegible]~~ confirme par notre art. & la raison ne s'accommoderait pas d'une décision opposée.

art. 1166.

ceci qui paraît d'abord une exception au ppe général dont nous venons de parler, n'en est que la confirmation, & n'est pas introductif d'un droit nouveau. de tous les temps, les créanciers ont été admis à exercer les actions de leur débiteur, pourvu que les actions ne soient pas exclusivement attachées à la personne de ce débiteur: parmi les exceptions de ce dernier genre, on comptait avant la publication du code, le droit qu'avaient les femmes de se pourvoir envers les obligaons qu'elles avaient contractées pour autrui, soit en cautionnant, soit en assumant sur leur compte l'acquit des dettes qui leur étaient étrangères; le S.C. Velleyen leur fournissait cette exception; mais elle était personnelle, & si elles ne jugeaient pas à propos d'en faire usage, nul autre ne pouvait le faire à leur place. on y comptait aussi, & l'on y compte encore aujourd'hui l'exception prise de la minorité qui est personnelle. ainsi le créancier d'un mineur qui aurait contracté quelque engagement, sans remplir les formalités requises, ne saurait exciper de la minorité de son débiteur pour faire déclarer nul cet engagement, parce que l'exercice de ce moyen n'appartient qu'à celui qui a contracté en minorité.

art. 1167.

Ces dispoons sont prises dans le tit. du ff. de his quae in fraud. cred. et elles sont parfaitement conformes aux règles de la justice & de l'équité. alteri per alterum dit un adage de droit, iniqua conditio inferri nol debet mais il y a dans le droit romain & le droit français à cet égard, une différence que je vous ai déja faite remarquer, c'est que le droit romain ne regardait pas comme une atteinte portée au droit des créanciers, l'omission que fesait le débiteur de prendre une chose qui lui était déférée, au lieu que le droit français traite de la même manière l'omission d'acquérir et l'abandon de la chose dont on se trouve actuellement en possession.

Chap. 4.

des diverses espèces d'obligations.

Sect. 1ère

des obligations conditionnelles

§. 1er

de la condition en général & de ses diverses espèces.

art. 1168, 1169, 1170 & 1171.

nous connaissons en droit plusieurs espèces de conditions, le code nous donne ici la définition de quelques-unes. mais c'est par tout que d'être fixé sur les définitions, il faut s'être encore sur la valeur des termes qui sont communément employés pour les former. mr. furgole, en son traité des testaments, tom. 2, chap. 7, sect. 3, n° 19, & suivants, indique ceux qui servent le plus souvent à cet usage, & il nous fait connaître plusieurs autres espèces de conditions que celle dont parle le code. en consultant cet auteur judicieux, vous acquerrez des connaissances que vous ne trouverez pas dans l'explication de nos articles.

art. 1174.

vous devez vous rappeller ici de ce que nous avons dit dans l'explication de l'art. 900. ce dernier n'est applicable qu'aux dispositions testamentaires ou entre-vifs, & celui-ci ne doit être appliqué qu'aux conventions. aussi leur résultat est-il bien différent. dans le premier cas, la condition impossible ou prohibée est réputée non écrite, au contraire, dans le second, elle vicie la convention. remarquez seulement qu'il s'agit ici de conditions ~~in faciendo~~ qui consistent in faciendo.

art. 1173.

après avoir statué par l'art. précédent sur le sort des conditions qui consistent in faciendo dans les conventions, celui-ci s'occupe des conditions qui consistent in non faciendo. ainsi dans les conventions, & les dispositions vont prises dans le §. 11 du tit. de inutil. stipul. aux institutes; ainsi, par exemple, quel sera le sort de l'obligation que j'aurai contractée de vous payer une somme de 10000 tt., si vous ne buvez pas toute l'eau de la mer? cette condition conçue d'une part in non faciendo, & d'autre part, étant physiquement impossible que toute l'eau de la mer soit bue, l'obligation n'en sera pas moins valable, que si elle eut été consentie purement & simplement.

observez que notre art. ne parle que des conditions impossibles, & qu'il ne fait aucune mention de celles prohibées par la loi, ni contraires aux bonnes mœurs: celles-ci doivent-elles être rangées dans la même classe que les impossibles? les auteurs du code n'ont pas voulu y prononcer; ils ont tout laissé à la prudence des juges qui doivent se déterminer par les circonstances

art. 1174.

On ne peut point dire qu'il existe une obligation proprement dite, tant que celui qui l'a contractée reste le maître de la remplir, ou de ne pas la remplir. c'est là une vérité dont la certitude nous est donnée par la définition même de l'obligation.

art. 1175.

Les disputes des mots devaient depuis longtems être bannies des Ecoles: il était naturel de penser qu'une condition devait être exécutée de la manière dont les parties l'avaient entendu, mais comme la volonté de l'homme n'est pas toujours exprimée assez clairement pour ne pas présenter des doutes sur son exécution, il a nécessairement fallu recourir à des présomptions ou des vraisemblances pour la connaître. c'est ce que nous apprend la loi 68, ff. de legat. 2°. prise à contrario sensu, lorsqu'elle dit, ubi non est verborum ambiguitas non est admittenda voluntatis quaestio. cependant plusieurs auteurs avaient cru que la condition devait être accomplie in formâ specificâ, & qu'elle ne pourrait pas l'être par équipollente, par où ils s'éloignaient de la maxime de droit, mens potius quàm verba spectari placuit.

art. 1176, 1177 & 1178.

Nous nous bornons à vous indiquer ici le traité des obligations de pothier, tom. 1, n°. 29, & suiv. où vous trouverez l'explicaõn des ppes contenus en ces divers art.

art. 1179.

Vous avez à faire ici deux observations bien essentielles; la première, que la condition venant à se vérifier, se rapporte au tems où l'obligation a été contractée, comme si elle l'eût été dans le ppe purement & simplement. Nous en trouvons un exemple formel dans la loi 18, ff. de reg. jur. la seconde, que si celui en faveur de qui l'obligation a été contractée sous condition, vient à mourir, avant qu'elle se soit vérifiée, il transmet à ses hers toute l'utilité qui peut en résulter.

cependant vous devez distinguer dans l'application que vous aurez à faire de cette seconde observation, le cas où la condition est apposée dans un contrat, d'avec celui où elle se trouve

dans une disposition testamentaire. Dans le premier Cas, celui qui traite par Contrat, transmet à ses héritiers toute l'utilité qui peut naître de l'exécution ou de l'événement de la condition, quoique cet événement ne soit arrivé qu'après la mort de celui en faveur duquel l'obligation a été contractée. Dans le second Cas, & si l'événement ne s'est réalisé qu'après la mort du Créancier, la condition est censée avoir défailli, & l'engagement conditionnel doit être reputé non avenu. La raison de cette différence est prise de ce que dans les contrats on stipule tant pour soi, que pour ses héritiers, §. 4, instit. de verb. oblig. au lieu qu'en testant, on n'a en vüe que la personne en faveur de laquelle la disposition est faite; Leg. 5, cod. de Cond. inst.

art. 1180.

Il n'est pas douteux qu'avant l'accomplissement de la condition le créancier, c'est-à-dire, celui en faveur duquel l'obligation conditionnelle a été contractée, n'ait aucun droit formé sur la chose soumise à l'exécution, ou à l'événement de cette condition. Mais cela n'empêche point qu'il ne puisse prendre toutes les mesures qu'il croira propres à la conservation de cette même chose: S'il en était autrement, il pourrait arriver que l'accomplissement de la condition ne lui serait d'aucune utilité, contre le Vœu bien prononcé de l'engagement conditionnel, ou de la disposition à laquelle la condition avait été attachée.

§. 2.

De la condition suspensive.

art. 1181 & 1182.

La lecture de ces deux art. suffit pour connaître toute l'étendue de la décision qu'ils renferment: il n'est pourtant pas hors de propos d'observer qu'on ne connaissait pas dans le Droit romain la faculté qu'a le créancier de résoudre l'obligation, lorsque la chose qui devait être livrée, vient à périr ou à se détériorer sans le fait ou la faute du débiteur pendant la durée de la condition suspensive. C'est le Code qui l'a introduite, et elle paraît basée sur l'équité

§. 3.

De la condition relative.

art. 1183 & 1184.

C'est toujours à la volonté des parties nommément déclarée qu'il faut s'en tenir dans l'interprétation des contrats: ainsi lorsqu'elles sont convenues que le contrat serait résilié dans le cas d'inexécution, de la part de l'une d'elles, des conventions qui y sont insérées, il n'est pas douteux que cette inexécution donne lieu à la résolution de l'acte, in rem pacti. mais il y avait plus de difficulté à savoir s'il devait en être de même lorsque l'acte ne renfermait aucune clause résolutoire, en cas d'inexécution; le code la fait disparaître, en décidant qu'elle devait être suppléée dans les contrats synalagmatiques, c'est-à-dire, obligatoires de part & d'autre, & cette décision est fondée sur la loi 21, cod. de pact. qui décide que nul ne peut réclamer l'exécution d'une convention, qu'autant qu'il est prêt lui-même à l'exécuter en tout ce qui le concerne. transactione uti adversario tuo concedendum non est, nisi ea quæ placita sunt adimplere paratus sit.

mais la condition résolutaire, soit qu'elle ait été nommément réservée dans l'acte, soit qu'elle ne s'y trouve que suppléée par la force de la loi, ne produit point l'effet de résoudre ce contrat ipso facto; c'est au créancier à décider s'il lui est plus avantageux de forcer son adversaire à exécuter la convention, lorsqu'elle est possible, que d'en demander la résolution: il est le maître de prendre celui de ces deux partis qui lui convient le mieux, & en conçu'il opte pour le second, rien n'empêche qu'il ne demande des dommages & intérêts en même temps que la résolution de la convention. au surplus, la loi laisse aux juges la liberté d'accorder, ou de refuser un délai à celui qui est en demeure de l'exécuter.

Sect. 2.

Des Obligations à terme.

art. 1185, 1186, 1187 & 1188

une vieille maxime nous apprend que, qui a terme ne doit pas: mais il ne faut pas confondre l'obligation à terme avec celle dont l'exécution est subordonnée à l'événement de quelque condition. la première n'est pas moins pure que si elle eut

été contentie sans apposition de terme, ce n'est que l'exécution qui est renvoyée à un autre tems. au contraire, en matière d'obligation conditionnelle, les choses peuvent tourner de telle manière qu'il en sera tout de même que si elle n'eût jamais été contentie, soit que la condition manque pour n'avoir pas été remplie, lorsqu'elle consiste in faciendo, soit qu'elle manque par l'événement d'un fait qui ne devait point arriver pour rendre l'engagement obligatoire, lorsque la condition consiste in non faciendo.

De là cette conséquence, que si le débiteur a payé avant le terme, il n'a point d'action pour répéter ce qu'il a payé. leg. 10, ff. de condict. indeb., au lieu qu'il n'y a point d'obstacle à ce qu'il puisse exercer l'action en répétition, lorsqu'il s'agit d'une obligation conventionnelle, par la raison que nous avons déjà fait connaître.

Au reste, il est naturel de penser que dans l'obligation à terme, ce terme n'a été apposé qu'en faveur du débiteur, puisqu'il tend à retarder l'exécution de l'engagement, ce qui en diminue le poids par la faculté qu'il donne de se procurer les moyens de les remplir. minus solvit qui tarde solvit, nam et tempore minus solvitur dit le §. 1, de la loi 12, ff. de verb. signif. voilà pourquoi la 3me de nos art. déclare que le terme est présumé apposé en faveur du débiteur.

Enfin, la faillite, ou déconfiture du débiteur rend exigible d'hors & déjà une créance dont le terme n'est point encore arrivé, sans distinguer si la créance est hypothécaire, ou seulement chirographaire; la raison en est bien simple: elle est prise de ce qu'on ne doit pas attendre que le débiteur aura pour s'acquitter à l'échéance du terme, de moyens que, suivant le droit commun, il aurait pu avoir alors, puisque la faillite n'est autre chose que la déclaration qu'il n'y a point à compter sur le payement de la dette, sans distinguer le cas où elle est à terme, de celui où elle ne l'est point.

Sect. 3.

Des obligations alternatives.

art. 1189 jusques & compris l'art. 1196.

il n'y a nulle difficulté à saisir les diverses décisions renfermées dans ces art. la simple lecture du texte suffit pour cela. au surplus, vous en trouverez l'explication dans le traité des obligations de pothier, part. 2, chap. 3, art. 4, où vous pourrez prendre tout ce que nous avions pu vous en dire ici.

Sect. 4.

Des obligations solidaires.

§. 1er

De la solidarité entre les créanciers.

art. 1197, 1198 & 1199.

Il n'est pas ordinaire de voir des obligations contractées solidairement en faveur de plusieurs personnes qui aient concouru à former une somme prêtée depuis, avec stipulation que chacun d'eux pourra la réclamer toute entière, & que le débiteur sera libéré envers tous par le payement qu'il pourra faire à l'un d'eux. on en trouve pourtant un exemple dans la loi 2, ff. de duob. reis constituend. ainsi, en supposant qu'il se présentât un engagement de cette nature sur lequel les tribunaux eussent à prononcer, nous ne doutons pas qu'ils ne le fissent conformément aux dispositions du droit romain, & qu'on ne déclarât bien libéré un débiteur qui aurait payé l'entière dette dans les mains d'un des créanciers. cependant le débiteur n'aurait pas la faculté de payer celui des créanciers solidaires qu'il jugerait à propos, si l'un d'eux avait déjà fait quelques démarches contre lui. ces démarches suffiraient pour faire connaître l'intention de celui qui les aurait faites, & dès lors le débiteur ne pourrait plus disposer de la nature de son engagement.

Il paraîtrait naturel que la stipulation de solidarité entre les créanciers, donnât à chacun d'eux la faculté de recevoir l'entière dette, il dépendait aussi de chacun d'eux de faire remise de cette même dette; & tel était le vœu de la loi 2, ff. de duob. reis constit. cependant notre code en a décidé autrement; et la remise en pareille circonstance, ne produirait l'effet de libérer le débiteur que pour la part qu'avait en la créance solidaire celui qui l'aurait faite.

Quant au dernier de ces trois art. la décision qu'on y lit, est basée sur la loi 5, cod. de duob. reis, & sur la loi 9, ff. de duob. obleg. chacun des créanciers étant dans ce cas regardé comme propriétaire de l'entière somme, il n'est pas étonnant que des actes capables d'interrompre la prescription faite par l'un d'eux, n'opèrent cette interruption vis-à-vis de tous les autres.

§. 2.

De la solidarité de la part des débiteurs.

art. 1200 & 1201.

On ne voit ici que la désignation des attributs qui constituent

la solidarité d'une obligation. ainsi, d'on peut dire avec cet
qu'on ne devrait pas regarder comme solidaire un engagement
qui ne serait pas entièrement éteint par le payement que
ferait au créancier un seul des débiteurs.

art. 1202.

l'ancien droit romain regardait l'engagement comme solid
de celui seul qu'il était contracté par plusieurs individus
promettaient la même chose. le tit. des instit. de duob. reis
stipulandi. & promitt. le décide ainsi. mais la nov. 99
l'authentique hoc ita, cod. de duob. reis, changèrent cette dis
En déclarant qu'il n'y avait jamais d'obligation solidaire,
qu'autant qu'elle se trouvait nommément stipulée dans l'a
c'est à cela qu'il faut s'en tenir, lorsqu'on ne se trouve pas
dans l'exception que fait le code de ce principe général.

art. 1203.

le code fait ici une novation à ce qu'on lit dans la nov. 99
qui, malgré la stipulation de la solidarité, admettait chac
des co-obligés à se défendre du payement de l'entière dette
jusques à ce que le créancier eut justifié de l'insolvabilité des
autres. pour priver un co-débiteur solidaire de cette faculté,
il fallait que l'acte constitutif de la créance portât renoncia
de la part des débiteurs au bénéfice de division & discussion, &
qu'on ne manquât guères de l'exiger d'eux. on faisait ainsi cess
le droit commun, d'après lequel toutes les dettes étant divisib
de plein droit, chacun des co-obligés n'est tenu que pour sa pa
et tout l'effet que produisait la stipulation de la solidarité
se réduisait à autoriser le créancier à exiger de l'un des débit
le payement de l'entière dette, après avoir prouvé l'insolvabi
des autres, lorsqu'il n'avait pas pris la précaution dont nous
venons de parler.

il n'en sera point de même à l'avenir, lorsqu'on n'insé
point dans l'acte la clause de renonciation au bénéfice de divisi
et de discussion, le créancier, sans qu'il soit tenu de justifier que
autres débiteurs sont en état d'insolvabilité, ne sera pas moins
autorisé à réclamer le payement de l'entière dette de celui des débit
qu'il jugera à propos. par là se trouve abrogée la jurisp. dont rend com
maynard, liv. 4, chap. 14, & liv. 8, chap. 97.

art. 1204.

la solidarité n'est pas rompue par l'effet des poursuites dirigées con
l'un des co-obligés seulement, ce qui doit s'entendre du cas où le créanci

n'a pas nommément déclaré qu'il agissait contre l'un des débiteurs, comme co-obligé solidaire; car, en supposant qu'il eût donné cette qualification au débiteur, notre art. devrait être regardé comme superflu, puisque cette poursuite ne serait que l'exécution du droit commun en matière d'obligaons solidaires.

art. 1205.

il semble d'abord que la solidarité rendant chacun des co-obligés débiteur de l'entière chose duë, si cette chose périt par la faute de quelqu'un d'entre eux, le créancier a droit de s'en prendre à ceux des co-obligés, sans la faute desquels la chose a péri, non seulement pour en réclamer le prix, mais encore pour les dommages & intérêts auxquels peut donner lieu cette perte. cependant préférant un sentiment d'équité à la rigueur des ppes, le code n'autorise le créancier à réclamer les dommages & intérêts, que contre ceux des co-obligés qui ont occasionné la perte. l'opinion adoptée par le code ne peut être défendue que sous ce rapport.

art. 1206.

le droit romain l'avait décidé de même par la loi dernière au code de duob. reis; & la raison le commandait ainsi, puisque en agissant contre l'un des débiteurs solidaires, le créancier est censé agir contre tous.

art. 1207.

cette disposon est prise dans la loi dernière au code de duob. reis, qui parle aussi des effets de l'aveu de la dette fait par un des co-obligés, & les arrêts se sont conformés à cette décision, comme on le voit dans Catellan, liv. 7 chap. 12; on retrouve la même doctrine dans le journal des audiences, tom. 1, liv. 1, chap. 53.

on demande si la poursuite faite contre le débiteur ppal, interrompt la prescription vis-à-vis de la caution. dupérier, en ses questions, liv. 3, quest. 7 soutient la négative, lors même que la caution s'est engagée solidairement avec le débiteur ppal: au contraire catellan, au lieu cité, semble vouloir distinguer le cas où la caution s'est engagée solidairement, d'avec celui où il n'a point été fourni de cautionnement solidaire. cependant il finit par être dans l'un & dans l'autre cas d'un avis entièrement opposé à celui de dupérier, & nous croyons que l'avis de catellan mérite la préférence, la raison qu'il en donne ne permettant pas d'en douter.

art. 1208.

la réciprocité qui résulte de la nature des engagements, doit donner à l'exception proposée par le débiteur, le même avantage que l'action fournit au créancier. voilà pourquoi le débiteur solidaire peut opposer au créancier les exceptions qui sont communes à tous les débiteurs, puisque celui-ci par la nature de l'engagement peut agir contre lui tout aussi parfaitement que s'il était seul débiteur. mais ce que nous venons de dire ne doit être entendu que des exceptions puisées dans l'obligaon elle-même. il en est tout autrement, si l'exception est prise de la personne. ce n'est pas que le débiteur solidaire auquel le créancier s'adresse ne puisse, pour repousser l'action, employer des exceptions personnelles, mais celles-ci ne peuvent point dépasser sa propre personne; et malgré la solidarité stipulée dans l'acte il ne peut point faire usage d'une exception qui ne serait propre qu'à la personne d'un de ses co-débiteurs, ainsi, par exemple, un homme qui en minorité avait souscrit un engagement solidaire, sans se conformer à ce que prescrit la loi pour rendre

valable l'obligaõn consentie par un mineur, pourrait exciper de sa minorité pour rompre les liens de son engagement. mais ce moyen ne peut être employé que par lui. Et son co-débiteur solidaire tenterait vainement d'en faire usage, il ne serait point écouté dans cette exception.

art. 1209.

Les dettes, soit actives, soit passives, s'éteignent par la confusion, & il n'y a là que de très naturel, car on ne peut point concevoir l'idée qu'un homme se doive lui-même, ou qu'il soit son créancier; mais on aurait pû douter s'il devait en être ainsi dans le cas d'une dette, ou d'une créance solidaire. Le code a décidé qu'il en était dans ce cas, comme dans tout autre, et en prononçant comme il l'a fait, il s'est conformé à la décision de la loi 91, ff. de fidej. & de la loi 95, §. 2, ff. de Solut.

art. 1210 & 1211.

on a besoin de réfléchir sur ces deux art. pour bien saisir la décision qu'ils renferment. Le premier est dans le cas du consentement donné par le créancier à ce que l'un de ses co-débiteurs ne reste plus dans les liens d'une obligaõn solidaire; il est alors très naturel de penser, comme l'ont fait les auteurs du code, que le consentement ne doit plus s'étendre au delà des bornes que le créancier y a mises lui-même, & qu'il conserve l'action solidaire pour ~~le~~ tout ce qui lui reste dû, sans que les débiteurs puissent exciper contre lui du consentement qu'il a donné à ce que l'un d'eux fût retranché de l'obligation; telle est l'espèce de l'arrêt rapporté par maynard, liv. 8, ch. 9.

quant au 2e art. le premier membre dont il est composé, déroge à la jurisprudence qui s'observait auparavant, & qui était fondée sur la loi creditores cod. de pa[illegible] où l'on voit que le créancier qui reçoit d'un de ses codébiteurs solidaires la part qui le regarde, est présumé avoir voulu diviser l'obligaõn, ce qui ne doit plus avoir lieu.

cependant si, en fournissant quittance, le créancier s'exprime de manière à donner clairement à entendre qu'il a été dans l'intention de diviser l'obligaõn, comme s'il a dit qu'il recevait la somme pour la part concernant celui des co-obligés qui la lui délivrait, dans ce cas il n'est pas douteux que la solidarité est remise, Et que celui qui a fait ce passement ne peut plus être recherché par le créancier. C'est justement le cas qui fait la matière du second membre.

enfin, & c'est le dernier membre de l'art., la demande formée contre l'un des débiteurs solidaires en passement de sa ~~dette~~ part de la dette, ne produit point l'extinction de la solidarité, à moins que le défendeur n'y ait acquiescé par l'offre de passer, ou que les choses n'aient été assez avant poussées, pour qu'il soit intervenu un jugt de condamnation jusqu'alors il n'y a que manifestation de volonté; mais cette manifestation est incapable de dénaturer l'acte qui reste dans toute sa force, lorsqu'elle n'est point suivie d'acquiescement ou de condamnation; il en était de même autrefois, En matière de lods, le seigneur direct était exclu de droit de prélation, lorsqu'il percevait les hommes mais cette exclusion n'était point opérée par le seul fait de la demande, il fallait pour cela qu'il fût intervenu un jugt qui en portât la condamnation, ou que l'acquéreur eût consenti à en faire le passement.

art. 1212.

nous venons de voir dans l'art. précédent qu'en recevant de l'un des co-obligés solidaires la portion le concernant de la dette, le créancier n'est point censé avoir fait remise de la solidarité, à moins qu'il ne se soit exprimé de manière à prouver une intention contraire, celui-ci ne s'occupe que des intérêts, & il distingue les intérêts arrérages de ceux qui ne le sont point; si la quittance fournie n'embrasse que des arrérages, elle prive le créancier du droit qu'il aurait eu de les réclamer en entier des mains de ce débiteur; mais cette inhibition ne s'étend pas au delà, & il conserve toute l'utilité de sa créance, telle qu'elle a été constituée tant pour le ppal, que pour les intérêts à échoir.

Cependant si le créancier recevait pendant dix années consécutives
des mains d'un de ses débiteurs solidaires, le payement des intérêts de sa portion
ou compétant, cette continuité de payement pendant ce délai ferait
présumer que l'intention de ce dernier a été de faire remise de la
solidarité; tel est le vœu du code qui, en cette partie, déroge à la
jurisp. des arrêts, d'après laquelle il ne fallait pas moins de 30 ans
pour établir la présomption dont nous venons de parler, comme
on le voit dans Papon, verb. Solidarité, n.° 49.

art. 1213 & 1214.

Catellan, liv. 5, chap. 49, est l'auteur que nous connaissons qui
a le mieux traité la question de ces deux art; on avait beaucoup
agité le point de savoir si plusieurs co-obligés solidaires sont cautions
entre eux, & les auteurs étaient partagés. Les uns pensaient qu'étant
solidaires, ils étaient cautions entre eux, & delà ils concluaient
que l'un des co-obligés payant l'entière dette, pouvait recourir sur les
autres non seulement pour sa part & portion virilement, mais
solidairement, pour tout ce qu'il eut pris la précaution de
faire subroger aux droits du créancier, & c'est ainsi qu'on le jugeait
au parl. de Toulouse.

Les autres croyaient, à la vérité, que plusieurs co-obligés solidaires
étaient cautions entre eux, mais avec cette précision que tout
l'avantage en résultant consistait à fournir à celui qui avait
payé l'entière dette, le droit de recourir contre chacun des co-
obligés pour sa portion virile de la dette, & non pour agir
solidairement contre les autres co-obligés, & pour les faire
supporter sa portion des insolvables, dans le cas même où le
créancier aurait cédé ses droits à celui des co-obligés qui lui
avait fait le payement.

Cette diversité d'opinions disparaît aujourd'hui, & d'après les
dispositions de nos deux art. chacun des co-obligés n'est tenu que
pour sa part, comme aussi si l'un d'eux paye l'entière dette
soit qu'il y ait, ou qu'il n'y ait point de subrogation de
la part du créancier, celui qui a payé la dette en entier répète
la part de ses co-obligés que la portion compétant chacun d'eux
& de plus s'il se trouve des insolvables dans le nombre des
co-obligés, la perte résultant de cette insolvabilité doit être
répartie par contribution entre celui qui a payé l'entière
dette & les autres co-obligés solvables.

art. 1215.

Nous avons vu dans l'application de l'art. 1210 que le
créancier est le maître d'affranchir de la solidarité celui ou
ceux de ses co-débiteurs qu'il juge à propos, sans perdre le

droit de poursuivre les autres par l'action solidaire. mais que doit-il en être, lorsqu'après cet affranchissement quelqu'un des débiteurs resté dans les liens de l'obligaon solidaire, devient insolvable? Celui, ou ceux qui ont été affranchis de la solidarité, doivent-ils supporter une partie de la perte occasionnée par cette insolvabilité? il semble d'abord qu'ils ne doivent en rien supporter, parce qu'ils sont devenus étrangers à cette dette, en payant leur quote-part du consentement du créancier; cependant notre art. a très sagement décidé le contraire, parceque le fait du créancier ne peut pas nuire aux débiteurs, & c'est là néanmoins ce qui arriverait si la portion des insolvables ne devait être supportée que par ceux qui seraient restés dans les liens de solidarité; il est par conséquent juste que chacun de ceux qui étaient entrés dans l'obligaon, supporte une partie de la perte occasionnée par l'insolvabilité de quelqu'un d'entre eux, sans distinguer ceux qui sont encore débiteurs solidaires de ceux qui ont été affranchis de la solidarité.

art. 1216.

rien n'est plus juste que la disposon portée dans cet art. ne serait-il pas en effet insupportable que le cas avenant de l'insolvabilité de quelqu'un des co-obligés solidaires, chacun des autres supportât une partie de la perte occasionnée par cette insolvabilité, lorsque l'argent emprunté n'aurait tourné au bénéfice que de l'un d'eux seulement? il est évident que dans cette hypothèse, tous ceux des co-débiteurs solidaires qui n'ont rien reçu, ne peuvent être considérés que comme cautions de celui qui seul a profité de la somme empruntée; il n'y a donc alors qu'un débiteur ppal respectivement aux co-obligés entr'eux, & c'est par conséquent à ce débiteur unique à supporter les suites de l'insolvabilité de l'un d'eux.

Sect. 5

des obligations divisibles & indivisibles.

art. 1217, 1218 & 1219.

Les effets de l'obligaon divisible, étant tout à fait différents de ceux que produit l'obligation indivisible, il a fallu commencer par savoir comment se forment ces divers genres d'obligaons; c'est ce que nous apprennent du moulin, en son traité de dividuo & individuo, & après lui, pothier qui a fa

un traité sur la même matière ; nous nous en avons déjà parlé, en expliquant les divers art. du tit. des servitudes relatifs à leur individualité, tout ce que nous pourrions nous en dire ici, vous le trouverez dans ces deux articles qu'il suffit de vous indiquer ; Remarquez seulement que l'indivisibilité de l'obligation n'est pas le résultat nécessaire de la stipulation de solidarité ; au lieu que la solidarité résulte nécessairement de l'indivisibilité de l'obligation.

§. 1er

Des effets de l'obligation divisible.

art. 1220.

on ne saurait admettre la possibilité de diviser une obligation En la personne de celui qui l'a contractée ; c'est là un fait qui lui est personnel ; c'est donc à lui à l'exécuter dans toute l'étendue que comporte son engagement ; nul autre que lui ne peut en être tenu ; mais il n'en est pas de même vis-à-vis de son héritier ; ceux-ci sont tenus, représentant le défunt, quant à la nécessité de remplir l'engagement dans son entier ; mais chacun d'eux En étant tenu, & les actions se divisant de plein droit entre co-héritiers, comme il est dit au tit. des successions sect. 3, du payement des dettes, par l'art. 870 du code ; Le Réunion en matière d'obligation divisible, n'a pour le droit de s'adresser à l'un plutôt qu'à l'autre pour obtenir le payement de son dû ; tel est le droit commun qui a ses Exceptions.

art. 1221.

Ce code fait ici cinq exceptions au droit commun dont nous venons de parler : la maxime, *hypotheca est tota in toto, & tota in qualibet parte*, est la base de la première Et c'est sur cette même Maxime qu'est fondé l'article Que l'on Lit dans l'art. 873 du code ; la 2e qui a pour objet la dette d'un Corps Certain, est fondée sur ce que cette dette ne pouvant être acquittée que par Celui qui a ce corps en sa possession, il est physiquement impossible d'en demander la délivrance à plusieurs à la fois : il en est de même de la 3me où il s'agit de la dette alternative de choses dont l'une est indivisible, & dont

le choix appartient au créancier ; s'il en était autrement le créancier se trouverait privé de l'utilité du droit de choisir. Quant à la 2e, on ne pourrait y admettre la divisibilité, qui en se mettant en opposition avec le titre qui charge un des héritiers exclusivement à tout autre de l'exécution de l'obligation : en sorte la 2e se justifie assez par son seul exposé : Car s'il résulte de la nature de l'engagement, ou de la nature de la chose qui en fait l'objet que l'intention des Contractants a été que la dette ne fut point acquittée partiellement, ce serait aller directement contre leur volonté, que d'en ordonner le payement en une autre forme.

Sect. 2.

Des effets de l'obligation indivisible.

art. 1222 & 1223.

Il est contre la nature d'une obligation indivisible de pouvoir être acquittée divisément, car si elle pouvait l'être en cette forme, elle cesserait d'être indivisible : de là cette conséquence que chacun des héritiers de celui qui a contracté une obligation de ce genre n'est pas plus de droit que leur auteur de l'acquitter divisément, quoique en règle générale, chacun d'eux ne soit tenu des dettes qu'à concurrence de l'intérêt qu'il a dans la succession.

art. 1224 & 1225.

Pour l'intelligence de ces deux art., vous devez voir Pothier en son traité des obligations, N°. 327 ; vous trouverez là tout ce qu'on peut désirer sur cet objet.

Sect. 6.

Des obligations avec clause pénale.

art. 1226 & suiv. jusques & compris l'art. 1233.

Cette section composée de 8 art., a pour objet les conventions dont on a cherché à assurer de plus en plus l'exécution, en stipulant que celle des parties qui serait en demeure, ou qui refuserait de l'exécuter, demeurerait soumise à quelque peine convenue.

La Loi 44, §. dernier, ff. De oblig. & act. fait voir que ces stipulations n'étaient pas inconnues dans le droit romain, mais comme elles ne vont pas par elles-mêmes, que des accessoires à l'obligation principale, il était naturel que la nullité de cette dernière obligation entraînât celle de la clause pénale, tout comme il

Etait dans l'ordre des choses que la nullité de la clause pénale n'influât point sur la nature de l'obligation principale, c'est ce qui a décidé l'un de nos art.

mais il ne faut pas croire que le débiteur puisse échapper à l'exécution de la convention, sous prétexte qu'il a été stipulé une peine en cas d'inexécution; le créancier ne reste pas moins le maître de poursuivre cette exécution, et même de réclamer des dommages-intérêts, c'est-à-dire, l'exécution de la clause pénale pourvu néanmoins qu'elle ait été stipulée pour le simple retard, et ce à compter du jour où le débiteur est en demeure.

Ces dernières mots sont remarquables en ce qu'ils donnent clairement à entendre qu'un débiteur peut être en demeure quoiqu'il n'ait point été formé d'action contre lui; s'il en était autrement, les auteurs du code auraient dit en parlant du débiteur sera mis en demeure, au lieu de, est en demeure; et en effet nous avons vu dans l'art. 1152 du code qu'un débiteur peut être en demeure, quoique non interpellé en justice lorsque la convention enonce un terme. ce n'est pas que la seule énonciation du terme fait son échéance soient constitutive de la demeure, lorsque la convention ne le porte point expressément, mais si la convention le porte, le débiteur est, dès ce moment, en demeure, auquel il a été dérogé à l'ancienne jurisp., comme nous l'avons remarqué sur cet art. 1152.

Enfin, nous devons observer qu'il ne dépend du juge de modérer la peine dont les parties sont convenues, qu'autant que l'obligation principale a été exécutée en partie; que, hors de ce cas, la clause pénale doit être exécutée dans son entier, même contre celui avec cette précision néanmoins que si l'obligation est d'une chose indivisible, elle peut être demandée en totalité contre celui des héritiers qui a fait la contravention, et contre chacun des autres pour sa part et portion, au lieu que si l'obligation primitive est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui a contrevenu à l'obligation, sans recours contre les autres, à moins que la clause pénale n'ait été stipulée que dans l'intention que le payement ne pourrait être fait partiellement; auquel cas la peine peut être exigée de toute entière de la même manière que s'il s'était

agi primitivement d'une obligation indivisible.

Chap. 5.

De l'extinction des obligations.

art. 1234.

cet art. ne renferme que l'énumération des moyens extinctifs de l'obligation, mais il est suivi de divers qui ont pour objet chacun de ces moyens.

Sect. 1.

Du Payement.

§. 1er.

Du payement En Général.

art. 1235.

Leg. 14, ff. de Cond. indeb.

Ce titre du ff. & du code de condict. indeb. renferment plusieurs décisions relatives à ce qui fait la matière de notre § nous y trouverons entre autres des textes qui décident qu'en payant volontairement des obligations naturelles, c'est-à-dire celles pour l'exécution desquelles le créancier aurait vainement invoqué le secours de la loi civile, on s'interdit toute action en répétition, quoiqu'on ait pu se dispenser de les acquitter. De ce nombre est la dette contractée en minorité, celle qui n'aurait été payée qu'après l'accomplissement de la prescription.

Il existe encore d'autres obligations d'un tel genre qu'elles peuvent fournir matière à aucune action en justice pour en réclamer le payement, ni donner ouverture à l'exercice d'aucune répétition; dans cette classe, on peut ranger l'obligation qu'on aurait contractée envers quelqu'un de lui délivrer une somme, à la charge par lui de faire quelque acte réprouvé par la loi, & c'est dans le titre du ff. de cond. ob turp. caus. que nous trouverons les décisions qui y sont relatives.

Catall. liv. 5, ch. 40.

art. 1236.

En règle générale, il dépend de celui qui a fait la promesse d'autrui, à plus forte raison, de lui-même cette faculté, lorsqu'il y a quelque intérêt, comme la caution, le co-obligé &c; c'est là une décision qu'on trouve dans plusieurs lois du ff. au titre

de liberat. & solut., de negot. gest., de exercitoriâ act. & tel
Est le ppe consacré par notre art.; mais la 2e partie dont il
Est composé, y apporte quelque modification, qui peut-être
aurait pû être rendu d'une manière plus claire; il semble
d'abord résulter de sa contexture qu'il n'est pas au pouvoir du créancier
de subroger à son lieu & place celui de qui il reçoit le payement de
son dû, ce qui serait contraire à toutes les règles; aussi n'est-ce
point là l'intention du législateur; elle a été seulement que
celui qui paye, agissant en son nom propre, ne peut pas
forcer le créancier à le subroger, & telle est la doctrine de dumoulin
en son traité de usuris, nos 331 & 332; il n'en est point de même
en matière de commerce, car lorsqu'une lettre de change protestée
a été acquittée par tout autre que celui sur qui elle est tirée,
celui qui l'a acquittée est subrogé de plein droit au porteur
par l'art. 3 du tit. 5 de l'ordce de 1673; mais c'est là une
exception au droit commun qui ne doit pas être tirée à
conséquence pour les autres cas.

art. 1237.

malgré la règle qui per alium facit, per se ipsum facere videtur,
il est des cas où il n'est pas possible que le mandataire fasse faire
par autrui ce dont il a été personnellement chargé, lors surtout
qu'il ne l'a été qu'à la suite de l'opinion qu'on avait conçue de lui
un avocat chargé de la rédaction d'un mémoire; un peintre chargé
d'un ouvrage délicat qui exige tout son talent, ne peuvent point
commettre à des mains tierces l'exécution du mandat qu'ils ont
reçu.

art. 1238.

Quoiqu'en ppe général, un créancier qui a reçu le payement
de son dû, ne soit tenu à aucune restitution, il ne peut néanmoins
s'en défendre qu'autant que la chose n'existe plus dans ses mains,
si elle était de nature à pouvoir être consommée par l'usage, pourvû
que cette consommation ait été faite de bonne foi, lorsque la chose
lui a été délivrée par son débiteur non propriétaire de cette même
chose.

ainsi, par exemple, pierre doit à jean une somme de 1000 ll.;
il a en son pouvoir une pareille somme qui appartient à jacques
son ami, & croyant avoir bientôt les moyens nécessaires pour la
remplacer, il employe l'argent de jacques au payement de sa

× Leg. 17, cod. de solut. Leg. 40, ff. Eod. Leg. 39. ff. de neg. gest.

~~le paiement d'une~~

propre dette envers jean. jacques réclame vainement à son
argent de pierre : la faculté actuelle de celui-ci ne lui
permettant pas de la rendre, jacques pourra-t-il s'adresser
directement à jean, & le forcer à lui rendre la somme qu'il a
reçue, nonobstant qu'elle lui appartenait? il ne le pourra
pas. pourquoi? par cette double raison, qu'il n'a reçu que
son dû, & qu'il l'a consommé de bonne foi. au reste, il ne
faut pas séparer l'une de ces raisons de l'autre, car si la somme
existait encore en nature dans la main du créancier qui en
convient, il n'est pas douteux que jacques pourrait en obtenir
la restitution, & le créancier, pour se dispenser de la rendre,
alléguerait vainement la maxime, nemini reddit, prise de la
loi 14, ff. de condict. indeb. c'est là une exception à la règle
générale établie par la loi 14, §. dernier, ff. de Solut. adoptée
par notre art. qui ne déclare valable un payement, qu'autant
que l'objet baillé appartient en propriété au débiteur —
d'ailleurs capable d'aliéner.

art. 1239.

après avoir déclaré par l'art. précédent que, pour être valable
un payement doit être fait en chose appartenant au débiteur
celui-ci veut que le payement soit fait au créancier, ou au fondé
de sa pouvoir; ensuite que s'il était fait à tout autre, il
serait regardé comme non avenu, à moins que le créancier ne
l'ait ratifié, ou qu'il n'ait profité de la somme d'aliénée. il est
néanmoins des cas où l'on acquiert la libération en faisant le
payement à tout autre qu'au véritable créancier, comme s'il
était fait dans les mains de l'huissier porteur de commission
qui en fournirait quittance au débiteur au bas du commandement,
on peut aussi par des voies indirectes, & sans traiter avec le
Créancier se libérer envers lui, comme par exemple, si mon
débiteur de jean prend des arrangements avec son créancier
de jean, & oppose ensuite à celui-ci en compensation de sa
dette les mêmes arrangements qui le constituent son créan-

art. 1240.

cier. la loi 4, cod. de Solut. avait statué sur cette question de la
même manière. le débiteur qui veut se libérer, a dû croire
que celui-là était vraiment en droit de recevoir qui avait en sa
main le titre de créance, ou qui se trouvait en possession de
l'hérédité.

art. 1241.

L'incapacité de traiter & de s'engager aurait été inutilement prononcée contre les mineurs, les femmes, les interdits, &c. s'il eût été permis à leurs débiteurs de se libérer envers eux, sans observer les formalités requises en pareil cas: tel est le cas. cependant comme la loi n'a pas entendu fournir à ces personnes les moyens de s'avantager sur autrui, mais seulement de les défendre des atteintes que la cupidité & la mauvaise foi pourraient porter à leur fortune, s'il est prouvé que les sommes qu'ils ont reçues, ont tourné à leur avantage, qu'ils en ont fait un emploi utile, l'équité commande que le payement soit déclaré valablement fait, & c'est là justement ce que ordonne notre art. qui charge le débiteur de rapporter cette preuve, parce que dans le cas il n'est qu'à titre d'exception au droit commun que le payement est déclaré valable, & que c'est à celui qui se prétend dans l'exception à en justifier. la loi 49, ff. de solut. renferme la même décision.

art. 1242.

La nullité du payement dont parle notre art. n'est que respective car d'ailleurs il n'a pas d'autre effet que de débiteur ne soit parfaitement libéré envers son créancier, & nul autre que ce créancier opposant ou saisissant ne peut s'en plaindre.

art. 1243.

La loi 3, ff. de reb. credit. nous avait appris la même chose, & il n'y a là rien que de très raisonnable: car tel qui prête, n'entend certainement pas acheter, & cependant ce serait l'investir de la qualité d'acquéreur que de permettre au débiteur de lui donner des immeubles en payement d'une dette contractée pour cause de prêt d'argent. d'ailleurs il est de maxime que aliud pro alio invito creditore solvi non potest.

art. 1244.

La libération ne peut être acquise au débiteur que par le payement de l'entière somme dont il est redevable, à moins qu'il n'ait été convenu qu'elle pourrait être payée en parcelles. c'est ce que nous apprend la loi 41, §. 1, ff. de usur. & fruct: en y supposant toujours que le créancier se refuse à n'en recevoir qu'une partie: il est néanmoins telle circonstance où l'intérêt même du créancier commande que la créance soit divisée, comme si le débiteur, après avoir offert le payement d'une partie de la dette, demande intérêt pour le surplus, dans l'instant qu'il justifie de la

suffisance de ses moyens, & que l'exécution rigoureuse du jugt portant condamnation de la totalité ne pourrait aboutir qu'à grossir les frais, sans être d'aucune utilité au poursuivant; malitiis hominum non est indulgendum: on sent aisément que tout est hypothétique en pareille occurrence; voilà pourquoi la loi s'en remet entièrement à la prudence du juge.

art. 1245.

L'obligation est remplie par la remise de la chose qu'on était tenu de livrer, cependant elle ne le serait pas entièrement si la chose avait été détériorée: il y a donc là un dommage à réparer; mais sur le compte de qui doit-on mettre la réparation de ce dommage? il n'est pas douteux que cette obligation regarde le débiteur, s'il a lui-même, ou les personnes dont il répond civilement, commis la détérioration; dans le cas contraire, le propriétaire de la chose n'a rien à réclamer contre lui, à moins que le détenteur ne fût en demeure, auquel cas, il est tenu du dommage, quoique ni lui, ni les siens ne l'aient point causé, parce qu'il a à s'imputer de n'avoir pas déféré à la sommation de remettre. plusieurs textes du droit romain le décident ainsi, notamment les lois 33 & 37 & 51 ff. de verb. oblig.

art. 1246.

on trouve dans le tit. du ff. de aedilit. edict. plusieurs lois qui ont servi de base à la décision portée en notre art., & cette décision doit avoir lieu, soit qu'il s'agisse d'une obligation, soit qu'il s'agisse d'un legs, c'est-à-dire, que dans l'un & dans l'autre cas, le débiteur ne doit donner, ni ce qu'il y a de meilleur, ni ce qu'il y a de plus mauvais, nec optimum, nec pessimum, comme le dit la loi 37, ff. de legat. 1°. il n'en était pas de même chez les romains, où l'on distinguait le cas de l'obligaon d'avec celui du legs. au premier cas, le débiteur pouvait donner ce qu'il y avait de plus mauvais, au second cas, il ne pouvait pas être forcé à donner ce qu'il y avait de meilleur, mais il ne pouvait pas non plus se libérer, en livrant ce qu'il y avait de plus mauvais.

art. 1247.

on voit ici l'indication, ~~où doit être~~ du lieu où doit être fait le payement, & notre art. décide que c'est au domicile du débiteur.

En quoi il est parfaitement d'accord avec la loi 21, ff. de oblig. & action. telle est la regle générale à laquelle il y a deux exceptions. la 1ère, si les contractans en sont autrement convenus, & la seconde, que s'il s'agit d'un corps certain & déterminé, & s'il n'y a point de désignation du lieu où la délivrance doit être faite, elle doit l'être dans le lieu où était la chose à l'époque de la convention.

art. 1248.

Le débiteur ayant seul intérêt à acquérir sa libération d'une manière ferme & stable, il était juste qu'il en fît les frais. la loi 54, ff. de solut. l'avait ainsi ordonné. mais il ne dépend pas de lui de s'acquitter entièrement avec une monnaie, qui, quoique de cours, pourrait rendre pire la condition du créancier, & même entraver ses opérations commerciales. par exemple, le débiteur d'une somme de 40000tt qui méchamment ou par singularité voudrait la passer à son créancier en monnaie de Billon, s'exposerait à un refus de la part de celui-ci; & il y a tout lieu de croire que s'il en fesait la consignation en ces mêmes espèces, cette consignation serait cassée. l'usage a introduit de n'admettre dans les passemens cette espèce de monnaie qu'à concurrence d'un quarantième, le surplus doit être acquitté en monnaie d'or ou d'argent au choix du débiteur, à moins que les parties ne s'en soient autrement expliquées, auquel cas leur convention doit être exécutée, Pacta sunt servanda.

§. 2.

Du Payement avec subrogation.

art. 1249 & 1250.

plusieurs auteurs, entr'autres Basnages, en son traité des hypothèques, boniface, tom. 4, pag. 504, Louet, Lett. C, somm. 39, dumoulin, en son traité de usuris, n°. 276, catellan, liv. 5, chap. 29, ont agité la question de savoir si celui qui prête une somme pour payer un créancier de celui qui emprunte, avec subrogation, est valablement subrogé, lorsque le payement n'est fait qu'après un certain tems, & qu'il n'y a point d'ailleurs de déclaration d'emploi. on jugeait au parl. de toulouse, que le défaut de déclaration d'emploi n'était pas un obstacle à la subrogation conventionnelle, pourvû d'ailleurs que les circonstances fussent telles qu'il apparût que l'argent emprunté avait été réellement employé à acquitter la dette.

cette jurisp. est abrogée par le second de nos deux art. qui ne déclare la subrogation valable qu'autant qu'il y a concours de deux

circonstances ci-après. La première, que dans l'acte d'emprunt passé devant notaire, il soit déclaré que la somme a été emprunté pour faire le payement : la 2me, que dans la quittance fournie par le créancier, il soit déclaré que le payement a été fait des deniers livrés à ces fins. Si l'une ou l'autre de ces circonstances manque, on ne peut point avec fondement prétendre que la subrogaõn est acquise, en quoi on s'est conformé aux dispoõns de la loi 3, ff. quæ res pig. oblig. possunt.

art. 1251.

après avoir reglé cequi était indispensablement nécessaire pour acquérir une subrogation conventionnelle, la loi s'est occupée de la subrogation légale, & a fait la nomenclature des cas où elle était acquise. Le droit romain l'avait décidé de même pour la plupart de ces cas, dans le tit. du ff. qui potio. in pig. habeant. mais elle a introduit un droit nouveau par cet art. ; lorsqu'il a subrogé légalement aux droits du créancier celui qui avait intérêt à acquitter une dette qu'il avait contractée avec d'autres, ou pour d'autres personnes. il y a même plus ; car cette subrogation n'est pas trop d'accord avec les dispoõns de l'art. 1214 du code qui dit que celui qui paye seul une dette contractée solidairement par plusieurs, & dans laquelle il se trouve pour une partie, ne peut exiger de chacun des autres co-intéressés que la portion compétant chacun d'eux. que devient alors la subrogation légale dont parle le 3e §. de notre art.? c'est à quoi il serait difficile de répondre.

art. 1252.

Ceque décide notre art. semble avoir été pris dans Catellan, liv. 6, chap. 4, où ce magistrat rapporte plusieurs arrêts intervenus dans les deux hypothèses de la subrogation faite par l'acquéreur, & de celle faite par le vendeur lui-même, arrêts qui ont jugé que, dans l'un & dans l'autre cas, le vendeur conserve la préférence sur le subrogé pour le payement de cequi lui reste dû ; & cette jurisp. se trouve consacrée par notre art.

§. 3.

de l'imputation des payements

art. 1253, 1254, 1255 & 1256.

Leg. 1, ff. de sol. leg. 3, eod. leg. 4 & 5, eod. leg. 1 & 48 eod. de sol. leg. 97, ff. eod. l. 5 et 97 ff. eod. leg. 8, ff. eod.

Les quatre art. dont ce §. est composé, ont leur base dans la loi 1, cod. de solut. dans la loi 5, §. 2 & 3, ff. eod. & dans la loi 21, cod. de usur. dont les décisions ont été adoptées par les auteurs : vous pouvez voir cequi en dit Catellan, liv. 5, chap. 52, qui rapporte des arrêts

conformer à ce que prescrit le code.

Le parl. de toulouse a eu souvent à prononcer sur une question qui appartient aux dispoons de ce §; Elle consiste à savoir — si un père ayant constitué à sa fille une somme déterminée pour tous droits paternels & maternels, ou bien, tant pour les droits paternels, & tant pour les droits maternels, n'ayant ensuite payé qu'une partie de la somme constituée pour les uns & pour les autres droits, sans expliquer in quam causam il avait entendu faire ce payement, était censé avoir voulu payer ce qu'il devait de son chef propre, ou ce qui était dû à la fille du chef maternel.

La jurisp. avait fort varié sur ce point; on peut en juger par les arrêts que rapporte Catellan, liv. 5, chap. 53, dont les uns ont décidé que le père était en présomption d'avoir voulu se libérer lui-même; et les autres, au contraire, qu'il devait être présumé avoir voulu libérer le patrimoine maternel. il faut convenir qu'il y a de très fortes raisons à faire valoir à l'appui de l'une & de l'autre opinion. quoi qu'il en soit, le dernier état de cette jurisp. était pour la libération du patrimoine maternel, & c'est ainsi que la question fut jugée en la grand'chambre du parl. de toulouse, le 20 août 1763, au rapport de mr de fajole, en la cause du sr Lagorrée contre le sr pagès.

+ Leg. 185, ff. de solut. catell. liv. 5, chap. 52, serres instit.

Le dernier de nos quatre art. tranche cette difficulté, en décidant que lorsque la quittance ne porte aucune imputation, le payement doit être imputé sur la dette que le débiteur a le plus d'intérêt d'acquitter+; avec cette précision néanmoins que les unes & les autres soient échues, car si elles n'étaient pas toutes venues à échéance, celle échue, quoique moins onéreuse, devrait être réputée avoir été payée la première.

mais supposons que le père eût fait la constitution dotale pour tous droits paternels & maternels, la mère étant encore vivante, le tout payable à un certain terme qui serait venu à échéance, lors d'un payement fait à-compte, sans dire in quam causam sur quoi le payement devrait-il être imputé? serait-ce sur les droits paternels? ou bien sur les droits maternels? il serait censé avoir été fait proportionnellement, parce que les dettes dans cette hypothèse, sont d'égale nature, & d'une égale date: toutes choses, en un mot, sont égales, & dans ce cas, le dernier de nos art. veut que le payement soit réputé fait proportionnellement. nous verrons dans l'explicaon comment ce mot doit être entendu.

§ 4.

Des offres de payement & de la consignation.

art. 1257, 1258, 1259 & 1260.

Les deux premiers de ces quatre art. sont conformes aux dispositions du droit romain qui, en la loi 9, cod. de solut. nous avait appris que la libération était acquise au débiteur par la consignation que fesait celui-ci de l'entière somme dont il était redevable; nous entendons parler non seulement de ce qui était dû en capital, mais encore en intérêts qui font partie de la dette. il en est de même des frais légitimement exposés par le créancier pour obtenir le payement de son dû. de là il suit qu'une consignation valablement faite, rejette sur le créancier qui a refusé la somme offerte, la perte qui peut survenir des sommes consignées, et à plus forte raison, celle qui peut provenir de la diminution des espèces qui sont entrées dans la consignation, parce que res perit domino. automne sur la loi 19, cod. de usur. et Louet, lett. C, somm. 50.

Quant aux deux autres, ils se bornent à indiquer les procédés à observer pour parvenir à faire une consignation valable, et à déclarer que les frais exposés à raison de ce sont à la charge du créancier, même ceux des offres réelles, lorsque la consignation est valable, mais vous devez remarquer que pour être telle, il n'est nullement nécessaire d'en obtenir préalablement la permission du juge, quoique la plupart des auteurs eussent pensé le contraire; & c'est ainsi que le jugea le parl. de toulouse par un arrêt du 8 août 1711, rendu en la grand chambre, au rapport de mr d'agret en faveur du syndic du chapitre régulier de St antoine du T, contre le Sr de Longueval trésorier de france.

art. 1261 & 1262

il ne se forme de quasi-contrat entre le créancier & le débiteur par le moyen de la consignation, qu'autant que la somme consignée a été acceptée par le créancier; voilà pourquoi le débiteur a jusqu'alors la faculté de la retirer. de là il suit que la dette reste telle qu'elle était avant la consignation, et par conséquent que les débiteurs solidaires & les cautions n'ont point acquis leur libération. mais le débiteur s'interdit à lui-même cette faculté, s'il obtient un jugt

souverain, ou passé en force de chose jugée qui déclare valables ses offres & sa consignation. dès ce moment, les codébiteurs & les cautions sont libérés, parceque la consignation équivaut à un payement.

art. 1263.

Ceque nous venons de dire de la libération des co-obligés & des cautions, dans le cas de l'art. précédent, n'est pourtant pas un obstacle à ceque le créancier ne permette à son débiteur de retirer la somme consignée. sans doute qu'il en est le maître, mais le premier contrat n'en est pas moins anéanti, même vis-à-vis de lui. l'hypothèque qu'il avait en vertu de ce contrat est effacée, & s'il veut en acquérir une nouvelle, il ne le peut qu'en faisant revêtir des formes requises l'acte par lequel il a consenti à ceque la consignation fût retirée.

art. 1264.

in animalibus, dit ranchin, en ses décisions, verb. Consignatio, art. unic. Sufficit verbalis oblatio cum animalis depositione in aliquo loco. la glose sur la loi 9, ff. de solut. Et sur la loi 19, cod. de usur. tient le même langage. notre art. prescrit le même procédé; mais il ajoute que le dépôt de la chose mobilière doit être fait en vertu de la permission obtenue de la justice, cequi donne à penser que le mérite de ce dépôt pourrait être contesté, s'il était fait, sans avoir rempli ce préalable.

§. 5.

de la Cession des biens.

art. 1265 & 1266.

Ces deux art. se bornant à donner la définition de la cession, Et à en désigner les différentes espèces, ne sont susceptibles d'aucune explication particulière.

art. 1267, 1268, 1269 & 1270.

après avoir distingué la cession volontaire, de la cession judiciaire l'un de nos art. dit que cette dernière ne transporte point la propriété des biens sur la tête des créanciers, cequi est dire assez clairement que l'effet de la première est tout autre. cette distinction n'est pas sans base, la cession volontaire étant un traité entre le débiteur Et ses créanciers, traité par lequel il leur abandonne tous ses biens,

il est tout naturel qu'ils deviennent propriétaire des biens qui leur sont donnés en payement de leurs créances, dès qu'ils consentent à les recevoir à ce titre; lors au contraire que la cession est judiciaire, comme celle-ci se fait invitis creditoribus, et que c'est des mains de la justice seulement qu'ils reçoivent en totalité ou en partie le montant de ce qui leur est dû, ils ne peuvent le recevoir qu'au moyen du prix provenant de la vente des biens qui appartenaient à leur débiteur, & cette vente devant être faite judiciairement, il n'est pas possible d'attacher à cette espèce de cession l'effet de transporter sur la tête des créanciers la propriété des biens dont la justice est chargée de faire la vente. Cette distinction fut adoptée par un arrêt du 7 septembre 1736, rendu en la 3e chamb. des enquêtes du parl. de toulouse, au rapport de mr de Celés, dans la distribution des biens du Sr du teil.

il y a encore une autre différence bien remarquable entre la cession volontaire & la cession judiciaire, en ce que celle-ci ne libère le débiteur envers son créancier qu'à concurrence de ce qui est payé, en sorte que si l'entière dette n'est pas éteinte, & si le débiteur acquiert d'autres biens par la suite, si venit ad pinguiorem fortunam, il est obligé de les abandonner à ses créanciers jusqu'au parfait payement. nous avons fait sentir d'avance la raison pourquoi il en est autrement, dans le cas de la cession volontaire. Vous pouvez voir là-dessus Bornier, sur l'art. 1 du tit. 10 de l'ordce de 1673; dans tous les cas, excepté ceux indiqués par la loi, la cession judiciaire tout comme la volontaire décharge le débiteur de la contrainte personnelle, mais les étrangers non naturalisés ne peuvent point être reçus à en faire; art. 2 du tit. 10 de l'ordce de 1673, & ibi jousse.

Ces mots de l'art. excepté ceux indiqués par la loi, prouvent incontestablement qu'il est des cas dans lesquels la cession n'est pas admise; & en effet, il y en a plusieurs. de ce nombre sont les receveurs des deniers publics vis-à-vis du gouvernement, bornier sur l'art. 2 du tit. 10 de l'ordce de 1673. le tuteur pour réliquat de compte de tutèle, Bardet, tom. 2, liv. 7, chap. 21. le débiteur d'une dette procédant de perfidie ou de dol, maynard, liv. 4, chap. 7 bouvot, tom. 2, verb. cession, quest. 5. les débiteurs d'une amende pécuniaire,

procédant Ex causâ delicti, ferrière sur la quest. 21 de Guy-pape Catellan, liv. 6, chap. 15. mais si l'amende ne procède point ex delicto, la cession y est admise, comme le remarque gravérol sur Laroche, verb. Cession de biens, art. 1 &c. &c. plusieurs autres personnes dont la nomenclature nous menerait trop loin sont aussi exclus de la cession des biens. Vous pouvez voir là dessus jousse, dans son comment. du tit. 10 de l'ord.ce de 1673, Bornier, ibid. & nombre d'autres auteurs.

Sect. 2.

de la Novation

art. 1271 jusques & compris l'art. 1281.

Les divers art. dont cette section est composée, ont leur base dans les lois romaines, sous les tit. du ff. & du code de novat. & l'on peut dire avec vérité qu'ils ont été tous extraits du traité des obligations par pothier, part. 3, chap. 2, art. 1, 2, 3, 4 & 5; ce que nous pourrions vous en dire ne serait donc qu'une répétition de ce que vous pouvez voir dans cet excellent ouvrage qui est dans les mains de tout le monde; tout ce qu'il importe que vous sachiez d'ailleurs, c'est qu'en matière de novation, le droit nouveau a fait un grand changement à ce qui se pratiquait dans l'ancien, suivant les lois du ff. la novation s'opérait interventu novae en stipulant d'un nouveau débiteur, ou bien, sans changer le débiteur, en ajoutant à la première obligation ou en la diminuant, mais la loi dernière au code de novat, & le §. 3, instit. quib. mod. toll. oblig. en ont depuis autrement décidé, en déclarant que dans les cas dont nous venons de parler, il n'y a novation de dette, qu'autant qu'il est dit expressément dans la 2.e obligation qu'on se départ de la première, & de l'hypothèque qui en était la suite. C'est sur ces derniers pp.es que sont basés les arrêts rapportés par boniface, tom. 2, liv. 4, tit. 11, chap. 1, par Catellan, liv. 5, chap. 48, & par Louet, lett. N, somm. 7. au surplus, ces divers art. sont conçus d'une manière trop claire & trop précise pour que chacun d'eux exige une explicaon particulière.

Sect. 3.

de la remise de la dette.

art. 1282.

Ceci est basé sur les dispoons de la loi 14, cod. de solut.

Et de la loi 7, cod. de remis. pign. mais pour attacher à la remise d'un billet l'effet de produire l'extinction de la dette, il faut qu'elle soit volontaire, leg. 14, cod. de solut. la loi 2, ff. de pact. Exigeait que le débiteur jurât qu'il avait payé. on voit même dans la loi 24, ff. de prob. que le créancier pouvait être reçu à prouver qu'il n'avait point été payé, mais le code en a autrement décidé par les mots qu'on lit, fait preuve de la libération, car les mots sont exclusifs de tout moyen qui tendrait à contrarier la preuve de la libération que la loi déclare faite par le seul fait de la remise du billet.

art. 1283.

Lepretre, cent. 4, chap. 21, traite la matière qui fait le sujet de notre art, & il décide la question comme le fait le code. il en résulte que la remise de la grosse, en première expédition. En par chemin, qu'une présomption de payement. voilà pourquoi en pareille occurrence la preuve que la remise n'en a point été faite par le créancier peut être admise

art. 1284 & 1285.

La dette se trouvant anéantie par la remise du billet, il n'est pas possible de concevoir qu'on la regarde comme subsistante vis-à-vis des co-débiteurs solidaires, lorsque la remise du titre a été faite à l'un d'eux. cependant, si le créancier a manifesté une volonté contraire, il n'est pas dans un tems qu'il conserve tous ses droits à l'égard de ceux à qui la remise du titre n'a pas été faite, & cette volonté contraire doit résulter de la réservation de tous ses droits vis-à-vis des autres. mais la part de celui à qui la remise a été faite, doit être déduite.

art. 1286.

La loi 3, ff. de pact. avait décidé la question de la même manière, ainsi que la loi 2, cod. de remis. pign. le nantissement n'est dans les mains du créancier qu'une assurance de plus pour le payement. voilà pourquoi le transport permis au créancier d'abandonner cette assurance. d'où l'on doit en conclure nécessairement qu'il a fait à son débiteur la remise de la dette.

art. 1287.

Il ne saurait exister de cautionnement, sans une obligation principale à laquelle il se rattache. de là cette

conséquence que les cautions sont libérées par la remise de la Dette au Débiteur; mais il en est autrement de la remise Est faite à la caution, parceque il faut éviter une dette sans caution; tout comme s'il y a plusieurs Cautions, l'une d'elles peut être affranchie du cautionnement, quoique les autres y demeurent assujetties.

art. 1288.

Tout ce qui tend à diminuer la Dette, est très favorable & c'est sur cette faveur que repose la disposition de notre art. Voudroit donc que le créancier fasse remise à l'une de Cautions de son engagement, moyennant un prix d'échange à l'une de Cautions de son engagement, moyennant un prix d'échange à l'une de Cautions de son engagement, moyennant un prix d'échange

de Part & d'autre, car s'il En était autrement, il ne pourrait point y avoir lieu à Compensation. On regarde au Reglement Comme Liquides & qui peuvent fournir matière à compensation Avec des sommes exigibles, Par rentes en grains non contestées Et dont le prix est réglé par les mercuriales, Car on peut les prendre alors pour de l'argent Comptant.

art. 1292.

Si pierre débiteur envers jean d'une somme venue à échéance devient Créancier de son créancier avant l'expiration du terme qu'il avait obtenu de la justice ou de son créancier, il ne peut par Empêcher que la compensation n'ait Lieu, nonobstant que Le délai à lui accordé, & qu'on appelle le terme de grâce n'ait Point Encore échu. cette décision est prise dans la loi 16, §. 16, ff. de compens.

art. 1293.

après avoir établi en thèse que la compensation devait avoir lieu, d'où que procédassent les dettes respectives, notre auteur y apporte quelques exceptions dont il fait Le détail, & Ces exceptions sont fondées sur divers textes du droit romain que nous nous ferons Connaître, Pour Le 1er n°. c'est la loi dernière, cod. de compens., & pour Le 2nd n°. c'est la loi dernière, cod. de commod. On avait d'abord douté si elle était admissible en matière d'aliments, mais Le doute a disparu par la manière dont est conçu Le 3e §. de l'art. qui exige que la somme due pour aliments ait été Constituée avec la clause qu'elle serait insaisissable. Par où il Est décidé que si Cette clause ne s'y trouvait point, il peut y avoir Lieu à compensation.

La loi 46, §. 5, de jur. fisc. traite la question de savoir si la compensation peut être opposée au trésor public, Et elle décide qu'elle ne peut être qu'autant que Le trésor public doit Comme particulier. nous doutons même que dans ce dernier Cas le créancier du trésor public résiste à faire admettre sa créance En compensation de celle qu'il pourrait lui devoir lui-même.

art. 1294.

L'intérêt étant la mesure de toutes les actions, il est sensible que

la caution doit pouvoir opposer la compensation de ce que le créancier doit à celui pour qui elle a cautionné. La raison en est bien simple; elle est puisée de ce que la compensation éteignant la dette, elle éteint le cautionnement par voie de conséquence, attendu qu'il ne peut point exister de caution sans débiteur principal.

Il n'en est pas de même du débiteur principal; & celui-ci ne pourrait avec fondement opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution, parce qu'il peut exister un débiteur sans caution; quant aux débiteurs solidaires, comme chacun d'eux doit l'entière somme vis-à-vis du créancier, il est aisé de sentir que le débiteur tenterait inutilement de lui opposer en compensation ce que le créancier peut devoir à son co-obligé. [art. 1208 supra]

art. 1295.

La première partie de cet art. est basée sur les effets que produit l'acceptation pure & simple d'une cession; cette cession faisant cesser, à l'égard du débiteur cédé, la qualité de créancier en la personne de celui qui l'a faite, il est évident que son débiteur a cessé de lui devoir, & qu'il devient débiteur du cessionnaire; mais en devenant débiteur du cessionnaire, pourquoi perd-il le droit de lui opposer la compensation qu'il aurait pu opposer au cédant? il perd cette faculté par le fait de l'acceptation pure & simple de la cession; car, si en acceptant cette cession, il s'était réservé l'exercice de tous les droits qu'il aurait pu faire valoir contre le cédant, il n'est pas douteux qu'il pourrait opposer la compensation au cessionnaire, tout aussi parfaitement qu'il aurait pu l'opposer au cédant.

La seconde partie du même art. qui ne parle que de la notification de la cession, a décidé que dans ce cas la compensation pourrait avoir lieu, mais seulement pour les créances antérieures à la signification. Ce qui est dire fort clairement qu'elle ne peut pas être opposée pour les créances postérieures. nous en reverrons les motifs dans l'explication

art. 1296, 1297, 1298 & 1299.

Tout ce qu'il y a à dire sur ces art. c'est que la meilleure explication qu'on puisse en faire, se trouve dans le traité des obligations de pothier, part. 3, chap. 4. dont on peut dire que la doctrine n'a point encore fourni matière à ces divers art.

Au reste, nous croyons devoir vous rappeller qu'en appliquant l'art. 1291 du code, nous vous avons fait connaître la jurisprudence

qu'il renferme à la jurisp. du parl. de toulouse sur une question de compensation qui se présentait souvent devant les tribunaux. il semblait naturel qu'elle trouvât ici sa solution. Elle a pourtant dû être placée là où elle est : voilà pourquoi nous nous bornons à vous l'indiquer, pour ne pas tomber dans des répétitions inutiles.

Sect. 5.

de la Confusion

art. 1300 & 1301.

La confusion éteint la dette d'une manière toute aussi parfaite que le payement. Leg. 21, §. 1, ff. de liber. Legat. Leg. 7, cod. de pact. &c. &c. car il n'est pas possible de concevoir qu'un homme se doive à lui-même, ou qu'il soit son créancier; mais vous devez observer que l'extinction des créances opérée par la confusion sur la tête du débiteur ppal, produit un effet bien différent de celui qui résulte de la confusion opérée sur la tête de la caution. dans le premier cas, la caution est libérée : Pourquoi? parceque, diruto principali coruit accessorium. il ne peut pas exister de cautionnement là où il n'y a plus d'obligation principale. Au contraire, dans le second cas, celui de la confusion opérée sur la tête de la caution, l'obligation ppale reste dans toute sa force, parce que rien ne la détruit, & qu'il peut exister une obligaon ppale sans cautionnement.

mais quelle est la condition des débiteurs solidaires, lorsqu'il ne s'opère sur la tête du créancier qu'une confusion partielle. Leur libération n'est aussi que partielle, & ils restent engagés à concurrence de tout ce qui n'a pas été éteint par la confusion.

Sect. 6.

de la Perte de la chose dûe

art. 1302 & 1303.

Ce titre ne renferme que des dispoons entièrement conformes au droit commun qui a toujours mis sur le compte du propriétaire la perte de la chose qui se trouvait dans la possession d'un autre : res perit domino, pourvû néanmoins que la perte soit arrivée sans la faute du débiteur, & avant que celui-ci ne fût en demeure de la livrer.

Cette dernière condition n'est même d'aucune considération dans le cas où le débiteur aurait été constitué en demeure de livrer

la chose, si elle eût péri également dans les mains de celui à qui la tradition devait en être faite, à moins que le débiteur n'ait assumé sur son compte les cas fortuits, & c'est à celui-ci à prouver le cas fortuit dont il excipe pour soutenir que l'obligation est éteinte.

il est néanmoins un cas où la perte de la chose même par cas fortuit, ne dispense pas celui dans les mains duquel elle a péri d'en représenter le prix; c'est le cas où elle aurait été volée. la rigueur des ppes est contraire à cette décision, mais comme le vol est un acte punissable, on a cru devoir former de ce cas une exception à la règle générale pour punir celui qui s'en est rendu coupable.

mais l'extinction de l'action en remise de la chose qui a péri sans la faute du débiteur, n'est pas tellement absolue que celui-ci soit entièrement affranchi de toute remise au créancier même des droits ou actions relatifs à la chose qui devait être livrée. vous pouvez consulter là dessus pothier, en son traité des obligations, part. 3, chap. 5, où il enseigne que le débiteur est tenu de céder ses droits ou actions au créancier, & le code a sur ce point érigé cette doctrine en loi.

Sect. 7.

De l'action en nullité & en rescision des conventions.

art. 1304.

la manière en laquelle notre art. est rédigé, prouve assez clairement qu'on ne doit plus admettre la distinction que l'on faisait autrefois entre les contrats nuls & ceux qui étaient seulement sujets à rescision. cette distinction était d'autant plus remarquable, que le laps de 10 années était, en règle générale le terme fatal après lequel il s'élevait une fin de non-recevoir contre toute demande en rescision, au lieu qu'on avait 30 années pour se pourvoir contre les actes qui étaient argués de nullité, encore même ne rangeait-on pas dans cette classe les actes nuls d'une nullité absolue qui pouvait être opposée dans tous les temps. mr bigot de préameneu, conseiller d'état dit avec raison, lorsqu'il présenta ce titre au corps législatif, que l'art. dont nous nous occupons avait fait un grand

changement à l'ancienne jurisp. si les auteurs des pandectes françaises avaient un peu réfléchi là-dessus, ils se seraient épargnés tous les soins qu'ils se sont donnés pour prouver ici que c'était par erreur qu'on avait compris dans le nombre des actes contre lesquels les femmes devaient se pourvoir dans les dix années qui suivent la dissolution du mariage, ceux qu'elles peuvent avoir passés constante matrimonio, sans autorisation de leurs maris, sous prétexte qu'ils sont radicalement nuls.

Qu'importe en effet cette longue dissertation, dès que les moyens de nullité et ceux de rescision sont rangés dans la même classe, quant à la fixation du délai hors duquel on n'est plus recevable à se pourvoir en déclaration de nullité ou en rescision? il est sensible que cela revient parfaitement au même: quoi qu'il en soit, ce terme est maintenant fixé dans l'un & dans l'autre cas, à dix années, & on applique aux uns & aux autres la décision portée par l'art. 46, de l'ordce de Louis XII, de 1510, & par l'art. 134, de l'ordce de françois Ier de 1539, qui ont servi de base à cet égard aux dispoons portées par notre art.

Au surplus, en se conformant au délai dont nous venons de parler, la jurisp. avait jusqu'ici déterminé l'époque à laquelle ce délai commençait de courir en certains cas qui sont énoncés ici, & de la même manière que le fait notre art.

art. 1305.

Nous voyons ici une distinction entre le mineur émancipé & celui qui ne l'est point. nous avons vu dans l'explication du titre de la minorité, de la tut. & de l'émancip. quels étaient les actes que le mineur émancipé pouvait faire; si en fesant ces actes, il dépassait les bornes que la loi y a apposées, s'il omettait de remplir les formes prescrites pour leur validité, & s'il en éprouvait quelque lésion, nul doute qu'il ne pût se pourvoir contre dans les 10 années qui suivent l'époque de sa majorité. quant au mineur non émancipé, celui-ci n'a point de bornes à transgresser; il n'a le pouvoir de rien faire, par conséquent tous les actes qu'il a passés en minorité sont nuls, & il peut les attaquer tous, pourvu qu'il forme son action avant le complément de sa 31e ans

En justifiant d'ailleurs qu'il a été lésé quoique modo. Au reste, c'est une règle certaine puisée dans plusieurs textes du Droit Romain, que le mineur n'est restitué qu'autant qu'il a été lésé, minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam læsus : mais la Loi le présume toujours tel en matière d'aliénation d'immeubles, lorsqu'il en rapporte la preuve; elle est Constamment suppléée en pareille occurrence. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point.

art. 1306.

Lorsque la condition du mineur ne devient pire que par un événement dont un majeur sage et prudent aurait pu être atteint, il n'est pas juste que la Loi vienne à son secours; déjà plusieurs Lois romaines l'avaient ainsi décidé. C'est ce qu'on trouve dans la Loi 24, §. 1, ff. de minor. dans la Loi 9, cod. de in integ. restit.

art. 1307, 1308 & 1309.

Le Droit romain en la Loi 1, cod. Si min. se maj. dix. avait décidé cette question tout autrement que ne le fait le premier de nos trois art. mais il s'est conformé à la jurisp. qui était basée sur ce qu'il y avait lieu de présumer qu'on avait usé de dol envers le mineur pour l'engager à faire une déclaration mensongère dont toute l'utilité tournait au profit de celui avec lequel le mineur avait traité. Le second est puisé dans l'art. 6 du tit. 1 de l'Ord.ce de 1673, relative au Commerce. enfin le 3.me a son fondement dans la maxime générale que, quant aux conventions insérées dans son contrat de mariage, le mineur est réputé majeur : mais il faut pour cela que le mineur ait contracté avec le consentement et l'assistance des personnes que la Loi a investies du pouvoir d'y consentir.

art. 1310.

La Loi 9, §. 2, ff. de minor. établit cette vérité en principe. Et la Loi 37 du même tit. en donne le motif qui a été adopté par le code.

art. 1311.

La ratification d'un acte opère cet effet qu'il en est tout de même que si cet acte eut été consenti à l'époque à laquelle la ratification en a été faite. de là il suit que le mineur n'a jamais plus droit de revenir contre un acte passé pendant sa minorité, dès qu'il a ratifié cet acte,

après la majorité acquise, que s'il eût été passé après le complement de sa 25me année. La loi 3, ff. de minor. en a une dispoon expresse. elle se trouve encore sous le titre du Code, si maj. fact. &c.

art. 1312.

deceptis, non decipientibus jura subveniunt, disent les lois voila pourquoi lorsque les mineurs & autres à qui la faculté de se faire restituer, est accordée par le code, ont tourné à leur profit, les sommes qu'ils ont reçues pendant leur minorité leur interdiction, &c., il n'est pas douteux qu'ils sont obligés de les rendre, parce qu'il serait souverainement injuste qu'ils trouvassent dans un moyen que la loi ne leur accorde que pour s'affranchir des suites de leur légèreté, ou de leur incapacité, celui de s'avantager sur les personnes avec lesquelles ils ont traité, nemo ex alterius jacturâ locupletari debet. mais il en est tout autrement lorsque les mineurs n'ont pas utilisé l'argent qui leur a été compté. leg. 7, §. 2, ff. de minor. Et c'est à celui qui l'a livré, à justifier du bon emploi de cet argent, parceque le mineur est en présomption de l'avoir dissipé, minori perdituro tradidi.

art. 1313.

Chacun étant le maître de disposer de ses biens à son gré, lorsqu'il n'y a point de motif légal qui y mette obstacle, il semblait naturel que le majeur ne pût, en aucun cas, revenir contre les engagemens qu'il avait contractés, à moins qu'on ne se fût rendu coupable envers lui de dol ou de violence, auquel cas, n'y ayant pas de consentement libre de sa part, on ne peut pas dire qu'il y ait d'engagement, l'un ne pouvant subsister sans l'autre. L'erreur de fait donne les mêmes résultats, & d'après le même motif, non videntur consentire qui errant. cependant comme une forte lésion tient du dol la loi a cru devoir en former un moyen de restitution, & elle en parle au titre de la vente, ce serait anticiper que de s'en occuper ici.

art. 1314.

Les formalités prescrites pour la validité des actes qui intéressent les mineurs, les interdits, &c. n'ayant été introduites que pour suppléer à ce qui leur manque de capacité pour contracter avec autant d'avantage qu'ils auraient pû le faire étant majeurs &

jouissant de tous leurs droits, il était naturel que les formalités ayant été remplies, on les considérât tout comme s'ils avaient traité en majorité et comme non frappés d'incapacité. telle est la décision de notre art. dont les dispoons sont très conformes à la raison. il n'en était pas tout à fait de même autrefois, & sous prétexte de la faveur accordée aux mineurs, on les desservait souvent, au lieu de les servir, en leur donnant la faculté de recourir contre des actes qui avaient été passés, servatis solemnibus, si l'on croyait qu'ils en eussent éprouvé quelque lésion, n'eût-elle été que du tiers au quart. il faudra désormais que cette lésion soit telle qu'elle doit l'être pour qu'un majeur puisse s'en aider, afin d'en former un moyen de restitution.

Chap. 6.

de la preuve des Obligations & de celle du payement.

art. 1315 & 1316.

ces deux art. ne fournissent matière à aucune réflexion.

Sect. 1.

de la preuve Littérale.

§. 1.

du titre authentique

art. 1317 & 1318.

68 –

L'art. 6 de la loi sur le notariat du 25 ventose an 11, en interdisant aux notaires la faculté d'instrumenter hors de leur ressort s'était bornée à prononcer contre eux, en cas de contravention, la suspension de leurs fonctions pendant 3 mois, & leur destitution en cas de récidive, sans préjudice des dommages & intérêts; notre art. va plus loin, lorsqu'il refuse la qualité d'authentique à l'acte qui aurait été reçu par un officier public dans un lieu où cet officier n'aurait pas le pouvoir d'instrumenter. quoique cette manière de s'énoncer ne soit point constitutive d'une déclaration de nullité, puisque l'acte vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties, elle en opère néanmoins tous les effets dans certains cas, comme, par exemple, si c'était des personnes illitérées & ne sachant point signer, qui eussent employé le ministère d'un tel officier public; d'ailleurs la loi ayant attaché à l'acte public plusieurs avantages auxquels ne participent point les écrits privés, on sent aisément combien il importe de n'employer à la confection des actes, que des

homme revêtu par la loi du pouvoir de contracter dans le lieu où l'acte est rédigé.

art. 1319.

on avait toujours observé jusqu'ici que rien n'était capable d'arrêter l'exécution des actes publics, pas même la circonstance prise de ce qu'ils étaient arguës de faux, & ce procédé était fondé sur les dispositions de la loi 2, cod. ad leg. Cornelium de falsis, qui avaient été adoptées par l'art. 13 de la loi du 29 7bre 1791. — le code a cru néanmoins devoir faire une précision, en distinguant le cas où l'acte est attaqué par la voie du faux principal, d'avec celui où il l'est par la voie du faux incident. on a cru devoir suspendre cette exécution dans le premier cas, & laisser aux juges dans le second, la faculté de l'ordonner ou de la permettre suivant les circonstances; En quoi le code s'est conformé à l'art. 19 de la loi du 25 ventôse an 11.

art. 1320.

in antiquis enunciativa probant, c'était là une maxime universellement reconnue, & lorsqu'un acte ancien renfermait quelque énonciation, on regardait cette énonciation comme une preuve de l'existence réelle de la chose énoncée; pourra-t-on s'invoquer encore au préjudice des dispositions de notre art, dans le cas où l'énonciation serait étrangère à la disposition? nous ne le pensons pas, & nous croyons que désormais on devra réduire la valeur de ces énonciations, aux termes que la loi y a attachés, d'après la distinction qu'elle a faite; on donnait trop aux conjectures, & il est très raisonnable de ne voir dans les actes que ce qui est à manifester l'intention des parties contractantes.

art. 1321.

les contre-lettres sont relatives aux contrats de mariage, ou aux contrats d'une autre espèce; il a été pourvu aux premiers dans le code, au titre du contrat de mariage, & c'est là que nous nous en occuperons. quant aux autres, vous pourrez consulter l'art. 40 de la loi du 22 frimaire an 7, où il est décidé qu'elles sont nulles, lorsqu'elles ont pour objet une augmentation du prix stipulé dans un acte public, ou sous-seing privé précédemment enregistré. la même art. ajoute néanmoins que lorsque l'existence en sera constatée, il y aura lieu à une amende d'une somme triple du droit qui aurait été dû sur la somme & valeur stipulées.

cette nullité est absolue & non respective: c'est ainsi que

jugea la cour de Cassation par un arrêt du 13 fructidor an 12, En faveur du Sr Laurier Contre le Sr chenon; Cet arrêt est Rapporté par mr de mallérille, en son Commentaire du présent Art.

§. 2.

de l'acte sous seing-privé.

art. 1322, 1323 & 1324.

Pierre s'engage envers jean par un écrit sous signature privée son engagement n'est pas moins valable, quant à l'intérêt réciproque des parties contractantes, que si elles eussent employé le ministère d'un officier public, mais il n'en est pas de même à l'égard des tierces personnes, comme nous le verrons bientôt, non plus qu'à l'égard des avantages que la loi a attachés aux actes publics; Celui qui a souscrit un écrit privé, ne saurait, sans se rendre coupable de mauvaise foi, dénier sa signature; il y a néanmoins des hommes qui ont tergiversé en cette matière, et en pareille circonstance on a dû procéder à la reconnaissance de l'écriture, en la forme prescrite par la déclaration du mois d'octobre 1684 que notre code a adoptée; quoique les hers ayant-cause de celui qui a souscrit l'engagement, soient son image, cependant on ne peut pas exiger qu'ils reconnaissent une écriture qui peut fort bien leur être inconnue, aussi doit-on, dans ce cas, faire procéder à sa reconnaissance en la forme dont nous venons de parler.

art. 1325.

il est de l'essence des engagemens synalagmatiques d'être ultro citroque obligatorii, il faut donc que chacun des contractans ait en main de quoi forcer à les exécuter, ceux qui pourraient vouloir s'y refuser, et pour cela, il est absolument nécessaire qu'il soit fait de l'engagement autant d'originaux qu'il y a de parties contractantes, pourvu que chacune d'elles ait un intérêt distinct. Ce que décide le code sur ce point, les arrêts l'avaient aussi décidé depuis longtemps. on en trouve un du 6 août 1740 dans Rousseau de Lacombe, en son recueil d'arrêts, chap. 77 et cette jurisp. était conforme à la doctrine des auteurs, comme on le voit dans bourgeon, du droit commun de la france, tom. 1, pag. 410, & dans plusieurs autres.

faber, in cod. lib. 4, tit. 7, def. 7.

il y a néanmoins une exception à cette règle générale, elle est prise de l'exécution de l'écrit privé, de la part de celui qui voudrait exciper du défaut de mention qu'il en eût

Etat fait double, Et rien n'est plus Raisonnable, Car on ne peut
point alléguer Le défaut de connaissance d'une Ecrit. qui a
Exécuté : aussi Le code n'a-t-il fait En cette partie, que se
Conformer à La jurisp. des tribunaux. nous connaissons Encore
Arrêts qui l'avaient ainsi jugé, Entre autres un du 22 avril
1776, rendu en La 1re Chambre des enquêtes, au Rapport
de Mr de Serini, Entre Jacques Chabert & Jean Rascouet, Et
un autre rendu en la 2e Chambre des enquêtes, Le 29 juillet
1784, Au rapport de Mr Gaillard, En faveur des Sr Dubarry
Verqueron, Contre la dame Chipoulet, Laquelle avait
reçu une somme de 1500 # En exécution d'un Ecrit privé,
qu'elle querella ensuite, Soutenant qu'il n'en avait point
Été fait double. Trimis în îndignum ar proprio testimonio resistere.

art. 1326.

Le contenu en cet art. est pris dans La Déclaration du 22 7bre
1733; cette Déclaration fut enregistrée au parl. de toulouse, Le 21
décembre de La même année, Et cette cour dans ses jugements,
s'était toujours conformée à ses dispositions. on peut en juger par
L'arrêt qui fut rendu Le 12 août 1783, En la 1re Chambre des
Enquêtes, au Rapport de Mr Goulhiéré, en faveur de Madame
Spinola fille de Mr de Murvieres, Contre Le Sr Reynaud de
Pechnar. Cet arrêt annulla quatorze billets écrits d'autre
main que de celle du Sr de murvieres; mais Celui-ci avait
apposé au bas de chacun d'eux Ce mot, Bon comme dessus
et puis sa signature. La dame Spinola en demanda L'annullation
Sur Le fondement de La Déclaration dont nous venons de parler,
Et elle L'obtint. Le Sr Rey s'étant depuis pourvu au conseil
d'état En Cassation de cet arrêt, sa requête fut rejettée par
un arrêt du 25 avril 1785, rendu au Rapport de Mr Monthel.

Il faut Pourtant convenir que La déclaration du 22 7bre
1733 ne s'appliquait Pas d'une manière aussi claire & aussi
nette que notre art., Et qu'elle présentait quelque amphibologie
En Ce qu'après avoir déclaré nul Le billet non écrit de La
main de Celui qui L'avait souscrit, Elle ajoutait, ou de
dumoins si La somme portée audit Billet n'est reconnue
par une approbation Ecrite en toutes Lettres, aussi de sa main;
Il semblait qu'on pût conclure de là que Le mot Bon
comme dessus, Ecrit En toutes Lettres de la main de celui
qui avait souscrit Le billet, étaient une reconnaissance
de La somme y portée, Et que Le vœu de La loi Était

parfaitement rempli; c'était là le ppal moyen que faisait valoir le Sr rey dans sa demande en cassation de l'arrêt du parl. de toulouse; mais celui du conseil décida que ce n'était point ainsi qu'on devait entendre la déclaration, & notre art. le décide encore plus nettement par ces mots, un bon ou approuvé portant en toutes lettres la somme ou la quantité promise; ainsi les mots, Bon comme dessus, seraient notoirement insuffisans, comme n'énonçant pas en toutes lettres la somme promise.

art. 1327.

on a supposé que la somme exprimée au bon apposé à un Billet écrit, ou non écrit de la main de celui qui l'a souscrit, fut différente de celle exprimée dans le corps de l'obligation: comme tout ce qui tend à la libération du débiteur, est infiniment favorable, la loi a voulu que l'écrit ne fut obligatoire qu'à concurrence de la somme moindre; cependant ce n'est ainsi décidé qu'à titre de présomption; car si l'erreur peut être prouvée, on devra revenir à la vérité.

mais la preuve vocale pourra-t-elle être admise en pareille circonstance? nous ne le pensons pas; car ce serait créer des obligations sur la foi d'autrui, & pour détruire la présomption de la loi, il faut que la preuve résulte des diverses circonstances dont le juge doit apprécier le mérite.

art. 1328.

On sent aisément les motifs qui l'ont fait ordonner ainsi; l'anti date n'est point à craindre, lorsque l'acte se trouve dans un des cas déterminés par notre art: cependant comme il ne parle point du dépôt fait en un lieu public d'une pièce sous signature privée, on peut demander si ce dépôt serait suffisant pour en assurer la date: nous pensons qu'oui. parceque le dépôt une fois consommé & bien constaté, il n'a plus été possible aux parties contractantes d'en changer la date; cette pièce a acquis, dès ce moment, une preuve d'existence qui remonte à l'époque du dépôt. n'étant pas possible qu'elle soit passée depuis lors dans les mains de ceux qui l'avaient souscrite.

art. 1329, 1330, 1331 & 1332

Les deux premiers de ces art. appartiendraient bien plus naturellement au code de commerce, cependant on a cru devoir les insérer ici comme faisant partie des engagemens contractés sous seing privé, Et la décision qu'ils renferment est remplie de raison. un Marchand ne doit point en effet être le maître de se donner à son gré pour débiteur tous ceux qu'il jugerait à propos d'inscrire comme tels sur ses registres, mais les marchands ne doivent pas non plus être livrés à la mauvaise foi des emprunteurs, voilà pourquoi la loi laisse aux juges la faculté de déférer au marchand le serment, comme la chose lui est véritablement due. cependant les juges ne doivent lui déférer ce serment que après s'être bien assurés de sa moralité, & s'être convaincus par l'état dans lequel sont ses registres, qu'il mérite la confiance publique, & qu'il est incapable de réclamer le payement d'une somme qui ne lui serait pas véritablement due.

il en est autrement pour les créances de marchand à marchand qui ne sont établies que par leurs livres: le motif de cette décision doit être pris de ce que se trouvant en même de faire journellement des affaires entre eux, il n'est pas naturel qu'ils prennent dans chacune de ces affaires, les précautions qu'ils peuvent prendre vis-à-vis de particuliers non marchands voilà pourquoi dans un cas leurs livres font pleine foi, & n'en font pas dans l'autre.

Quant au contenu aux deux autres art., ils sont l'un & l'autre fondés sur la raison, qui n'a jamais permis qu'on pût se faire à soi-même des titres de créance: ces notes sont propria adnotatio quae prodesse non potest; mais si au lieu de se déclarer créancier d'un tiers, celui qui a écrit cette note, se déclare son débiteur, comme nul n'est présumé jactare suum, on doit croire qu'il n'a consigné dans ses registres que l'expression de la vérité, & cette note peut être invoquée comme titre valable, par celui au profit duquel elle a été insérée dans les papiers de celui qui l'a faite.

au surplus, vous devez remarquer que le dernier de nos quatre art. ne parlent que de l'écriture du créancier mise au dos ou à la marge d'une obligation, sans être signée de lui, pour la déclarer utile au profit du débiteur; mais qu'en serait-il si cette écriture, au lieu d'être de la main du créancier,

Etait de la main du débiteur, & se trouvait dans la main du créancier, cette écriture ferait-elle preuve de payement contre ce dernier? nous pensons qu'oui: parce que l'obligation ne peut se trouver dans la main du créancier, avec la note écrite de la main du débiteur, sans qu'il en résulte nécessairement de la part une reconnaissance de la réalité de ce que le débiteur y a écrit de sa main, & cette reconnaissance formerait contre lui une fin de non-recevoir dans le cas où il voudrait quereller le contenu en cette Note.

§. 3.

Des Tailles.

art. 1333.

C'est principalement en matière de boulangerie, qu'on se sert de tailles. ces tailles ne sont d'ordinaire qu'un morceau de bois refendu, dont une moitié reste dans la main du boulanger & l'autre moitié dans celle du particulier à qui est faite la fourniture du pain: lorsqu'on veut venir à compter on rapproche une partie de l'autre, & quand elles sont ainsi raccordées, on compte par nombre de hoches, ou entailleures qui y ont été faites. Et le débiteur n'est obligé de payer que celles qui se trouvent faites sur la partie de la taille qui est restée dans sa main.

Ces tailles, dit notre art:, font foi entre la partie qui a fourni & celle qui a reçu; mais il ne faut pas croire que si le boulanger n'avait pas formé sa demande dans le tems qui est prescrit par la loi, la possession en laquelle il se trouverait de la portion de taille, suffit pour l'autoriser à demander le payement de ce qu'il prétendrait lui être dû: la présomption résultante du Legs du tems, jointe à l'offre que ferait le prétendu débiteur, de se purger par serment qu'il a payé le montant de la taille, devrait opérer son relaps; parce qu'il en serait alors à peu près comme d'un homme qui aurait en main un Billet dont la date remonterait à plus de 30 ans, & qui néanmoins en poursuivrait le payement; duquel payement devrait être relaps celui contre qui une telle demande serait formée.

§. 4.

des Copies des titres.

art. 1334, 1335 & 1336.

Pothier, nos 733, 736 et 737, Rousseaud, verb. preuve Sect. 2, n° 5, despeisses Tom. 2, pag. 520, Lapeirère, verb. preuve

Les auteurs qui ont le mieux traité cette matière, sont Dumoulin & Pothier: Dumoulin l'a approfondie dans son Commentaire de la Coutume de Paris, §. 8, n° 33, Et ce qu'on en trouve dans quelques autres Auteurs, notamment dans Ferrière sur les quest. 2, 19, 118, 122 & 404 de Guy Pape, n'est à peu près que la répétition de ce qu'on lit dans les ouvrages de ce célèbre jurisconsulte. désormais on devra s'en tenir scrupuleusement à ce qu'en dit le code pour juger du degré de foi que peuvent mériter des pièces non originales dont les parties intéressées entendent faire usage, & nous devons au même Code, l'obligation d'avoir fixé l'époque à l'expiration de laquelle un Extrait d'acte devait être réputé ancien, car les auteurs n'étaient pas d'accord sur ce point.

§. 5.

des actes Récognitifs & confirmatifs.

art. 1337.

En règle générale, le titre primordial doit être représenté, lorsqu'on fait de ce titre la base de quelque demande: cette règle a ses exceptions, & notamment celle prise de ce que l'acte récognitif renferme la teneur spéciale du titre primordial: mais s'il y a quelque différence entre l'un & l'autre, on doit compter pour rien tout ce qui se trouve dans le titre récognitif au delà de ce que renferme le titre primordial.

La possession, en cette matière, a de grands avantages, & si le demandeur rapporte plusieurs reconnaissances uniformes dont l'une remonte à 30 années, cette possession jointe aux reconnaissances opère l'effet de le dispenser de la remise du titre primordial.

art. 1338.

il résulte du premier membre de notre art. qu'on devrait regarder comme incapable de produire aucun effet, un acte confirmatif de quelque autre acte précédent sujet à déclaration de nullité, ou à rescision, si cet acte confirmatif portait vaguement ces mots, par exemple "j'approuve & ratifie l'acte d'un tel jour, contre lequel j'étais dans le dessein de me pourvoir en déclaration de nullité ou en Rescision. en s'énonçant de cette manière, on commettrait une contravention à ce qu'exige

l'art., & le premier acte resterait toujours exposé à l'exercice de l'action à laquelle il était précédemment soumis.

il faut remarquer pour l'explication du second membre, que si la cause de nullité ou de rescision, subsiste encore à l'époque où l'acte paraît avoir été volontairement exécuté, cette exécution ne peut former aucune fin de non-recevoir contre l'exercice des moyens qui soumettaient l'acte à l'action en déclaration de nullité, ou en rescision; supposons par exemple, qu'on excipât de la violence pour faire rescinder un contrat; il est clair que si le motif pris de la violence subsistait encore, lorsqu'on a fait des actes qui, dans toute autre circonstance, seraient regardés comme une exécution volontaire du contrat, cette exécution n'apporterait aucun obstacle à l'utilité de la réclamation.

Enfin, le 3me membre déclare anéantis tous les moyens d'attaque qu'on aurait pû faire valoir contre un acte, lorsqu'on a observé tout ce qui est prescrit par les deux premiers; en quoi le code s'est conformé aux dispoons du droit romain, en la loi 2, cod. commun. divid., comme l'observe godefroy sur la loi 2, ff. de reb. eorum qui sub tut. vel cur. sunt. confirmatio namque invalidum validum facit. [non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu. leg. 5, ff. rem rat. rem hab.] art. 1339.

on voit ici une exception au ppe développé dans l'art. précédent, il est si fort dans la nature que les enfans aient les biens de leurs pères, ou les parens dans l'ordre successible, les biens de leurs parents décédés, qu'on a crû devoir faire brèche au droit commun en cette matière en faveur du donateur: il aurait beau confirmer par quelque acte postérieur une donation qui se trouverait nulle dans sa forme, la nullité n'en subsisterait pas moins. Et s'il persistait à rester dépouillé, il serait obligé d'en faire une nouvelle en la forme légale; l'art. 43 de l'ord ce de 1731 l'avait décidé de même.

art. 1340.

mais l'exception dont nous venons de parler, n'a été introduite qu'en faveur du donateur seulement; car les hers de celui-ci, ou ses ayant-cause, après avoir confirmé ou ratifié par acte, ou avoir exécuté volontairement la donation faite par leur auteur, seraient non-recevables à opposer les vices de forme qui pourraient s'y être glissés, tout comme à faire valoir contre elle,

Toute autre exception.

Sect. 2.

de la preuve Testimoniale

art. 1341 jusques & compris l'art. 1348.

Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur, Leg. 1, Cod. de test. (Leg. 12, Cod. de test.) Leg. 8 & 9. eod. Leg. 2, eod.

La connaissance des ppes ramenés dans cette section, est très essentielle car il n'est point de question qui se presente plus souvent que celle tendante à déterminer si la preuve testimoniale est, ou n'est point admissible dans telle ou telle autre circonstance. nos livres sont remplis de questions de ce genre. il existe même un ouvrage uniquement consacré à cet objet, c'est celui de boiceau qui a été commenté par danty, & qui mérite l'éloge qu'on en a constamment fait.

ce qu'on lit ici, n'est à peu près qu'une répétition du contenu aux six premiers art. du tit. 20 de l'ordce de 1667; ce qu'en ont dit les divers commentateurs de cette ordce, s'applique parfaitement à ce qu'ils auraient pû dire sur cette section, ainsi on peut consulter rodier, boutaric, jousse, &c. qui citent plusieurs arrêts propres à déterminer la manière dont ces divers art. doivent être entendus & expliqués.

nous nous bornerons donc à quelques brièves observations: la première consiste à vous faire remarquer que le code a porté à 150tt le taux de la somme que l'ordce de 1667 & l'art. 54 de l'ordce de moulins avaient fixé à cent livres. si l'on pensait que cette augmentation est une preuve qu'on a aujourd'hui des hommes d'une meilleure opinion qu'on n'en avait autrefois, ce serait une grande erreur; la preuve du contraire gît en un simple calcul, car les cent livres du temps de l'ordce de moulins qui remonte à 1566, valaient plus que ne valent aujourd'hui 300tt. la deuxième que les auteurs des pandectes françaises se sont trompés, lorsqu'ils ont dit que dans les tribunaux de commerce on ne pouvait pas admettre à la preuve vocale en convention qui excède 150tt; ils s'appuyent sur l'autorité de jousse qui l'a cru ainsi dans son commentaire de l'art. 2 du tit. 20 de l'ordce de 1667, & qui a pensé que l'exception portée en cet art. ne devait être entendue, que de ce qui aurait été dit avant, lors, ou depuis la convention, à raison de quoi la preuve est prohibée dans les autres tribunaux. mais c'est là une opinion erronée condamnée par la généralité des expressions que l'ordce avait employées, et qui l'est bien encore par celle du code qui porte en l'art. 1341, le tout sans préjudice &c. il n'y a donc plus lieu de faire la précision sur laquelle jousse avait fondé son opinion, car l'exception porte sur tout le contenu en l'art; ce qui exclud nécessairement toute précision.

La 3me enfin qui est fondée sur l'art. 1347 du Code, consiste à savoir si l'on pourrait regarder comme commencement de preuve par écrit des lettres qui n'exprimant pas la quotité de la somme duë, se borneraient à énoncer l'existence d'une dette, & si les parties étant en discord sur la quotité on peut admettre le demandeur à la preuve par témoins, & lui déférer le serment dans le même objet.

cette question se présenta en la cour de Cassation, où elle fut jugée le 29 prairial an 13, sur un pourvoi envers un arrêt de la cour d'appel de Liège qui avait décidé l'affirmative: ce pourvoi fut rejetté & avec raison. il semble d'abord surprenant qu'on ait admis le demandeur à se purger par serment sur la consistance de la somme duë, de préférence au défendeur: mais en cette matière ce sont les circonstances qui décident; quoiqu'en règle générale la condition du défendeur soit meilleure que celle du demandeur, aux termes de la loi 33, ff. de reg. jur.

Sect. 3.

des présomptions —

art. 1349.

il n'y a ici absolument rien à dire, puisqu'on n'y voit autre chose que la définition de ce que la loi appelle présomption.

§. 1er —

des présomptions établies par la loi.

art. 1350.

il a toujours été reconnu dans le droit, trois espèces de présomptions, la première est celle appellée juris & de jure; la 2me juris seulement, & la 3me est celle appellée simple. la preuve contraire à la présomption juris et de jure, n'est point admissible, parceque la loi y attache un tel caractère de vérité que le magistrat est tenu de l'adopter; comme si la preuve du fait était établie par écrit. ainsi par exemple, les juges ne peuvent pas se dispenser de déclarer nul un transport fait par le débiteur dans les dix jours qui ont précédé sa faillite, quoique le transport ne donne lieu, même ouverture à aucun moyen de nullité. pourquoi? parcequ'il y a présomption que ce débiteur a voulu favoriser l'un de ses créanciers au préjudice des autres, ou leur soustraire ~~en effets~~ la valeur des effets qu'il avait alors en main; il y en a plusieurs autres exemples dans le droit.

Lorsque la présomption n'est que juris seulement, la preuve contraire peut être admise, parce que la loi ne l'a introduite comme indicative, & non constitutive de la vérité. voila pourquoi, malgré que dans certains cas, son vœu soit que la présomption tienne lieu de la vérité, néanmoins elle n'y attache point un tel dégré de force qu'il ne soit pas au pouvoir du juge de chercher les moyens de s'assurer du contraire. nous en avons un exemple dans l'art. 1283 du code, où il est parlé de la remise de la grosse du titre qui fait présumer le payement, mais qui n'empêche pas qu'on ne soit admis à la preuve du contraire.

Enfin, on appelle présomptions simples celles que les juges peuvent tirer des circonstances du fait, & déterminer leur opinion, quoiqu'elles ne soient établies sur aucune loi précise; de ce nombre sont, par exemple, celle que les enfans employent quelquefois pour établir que leur père a voulu favoriser l'un d'eux en excédant vis-à-vis de lui les bornes des dispoons qu'il lui est permis de faire, & autres semblables.

Les divers actes dont parle notre art. appartiennent à la première des trois classes dont nous venons de parler, d'où vous êtes autorisé à conclure qu'on tenterait vainement de prouver le contraire du résultat que donne nécessairement ce genre de présomption, parce que la loi a placé ce résultat au niveau de la vérité justifiée.

art. 1351. (D)

Vous venez de voir que la loi attache à la chose jugée un tel dégré de vérité, que son autorité en tient pleinement lieu. Res judicata pro veritate habetur. mais pour pouvoir opposer l'exception de la chose jugée, il faut le concours des diverses circonstances dont parle notre art., qui lui-même n'est qu'une copie de la loi 13 & 14, ff. de re jud. les romains nous avaient appris que pour pouvoir proposer cette exception, il fallait trois choses; idem jus, eadem causa petendi, eadem conditio personarum; & le code n'en exige pas davantage; ainsi le droit romain & le droit franc, sont parfaitement d'accord sur ce point. (leg. 12, 13, 14, ff. de except. rei jud.)

art. 1352.

on ne voit ici que la confirmation du ppe que nous vous avons déja fait connaître, savoir que la présomption légale dispense de toute preuve, parce qu'encore une fois elle tient lieu de vérité justifiée, & qu'il est de maxime que, Certioratus amplius certiorari non debet.

§. 2.

Des Présomptions qui ne sont point établies par la loi.

art. 1353.

Vous savez déja la différence qui se trouve entre la présomption juris & la simple présomption. il faut convenir qu'elle n'est pas bien considérable, et c'est là, sans doute, le motif pour lequel elles sont l'une & l'autre confondues sous la désignation des présomptions non établies par la loi. quoi qu'il en soit, les auteurs du code se trouvant dans l'impuissance de faire connaître les divers cas où elles peuvent être de quelque considération, ont établi pour règle générale que la mesure de leur influence sur l'opinion du magistrat, devrait être celle que la preuve testimoniale pourrait y opérer, s'il était question d'admissibilité de ce genre de preuve. de là il suit qu'elles ne peuvent être d'aucune considération dans les cas où la preuve testimoniale ne pourrait pas être admise. & c'est beaucoup que de nous avoir donné cette mesure en une matière où il semble que tout doive être subordonné aux circonstances.

Sect. 4.

Leg. 9, ff. de except. praescr. — de l'aveu de la partie. — Leg. 1, 3, 6, ff. de confess. Leg. unic. cod. eod. Leg. 29, §. 1, art. 1354, 1355, & 1356. ff. de donat.

En défaut de titre écrit, on ne peut avoir de meilleur titre de créance que celui résultant de l'aveu qu'en fait le débiteur, Leg. 25, ff. de probat. Leg. 5, cod. de transact. Leg. 13, cod. eod. de non num. pecun. mais il y a deux espèces d'aveux, l'un est judiciaire, c'est-à-dire fait en jugt, & l'autre extrajudiciaire, c'est-à-dire, fait hors jugt. Ce dernier est parfaitement inutile, lorsqu'il s'agit d'une demande à l'appui de laquelle la preuve testimoniale ne pourrait point être admise; en voici un exemple: pierre allègue que jean est son débiteur de 300tt, & il prétend en justifier, en offrant de prouver que jean est convenu de la dette en présence de plusieurs personnes administrées comme témoins: cet aveu donnera-t-il de la consistance à la créance alléguée? non: la raison en est dans l'art. 1355.

il en est autrement de l'aveu judiciaire: celui-ci fait pleine foi contre celui de la bouche duquel il est sorti; mais il doit être pris tel qu'il a été fait en matière civile. in civilibus non scinditur confessio. ainsi, par exemple, pierre demande à jean une somme de 600tt qu'il dit lui avoir prêtée sans

Billet, jean convient du prêt, mais il ajoute, pour justifier
Anciennement, qu'il a rendu à pierre 600 ^liv^. l'aveu ne sera utile à pierre
que pour 100 ^liv^ seulement, quoique jean soit convenu qu'il avait reçu
dans le principe l'entière somme de 600 ^liv^.

L'aveu judiciaire n'est point sujet à révocation, parce que in judicio
quasi-contrahitur. tel est le ~~principe~~ général, mais si l'aveu n'a eu
qu'une erreur pour base, il peut être révoqué, parce que non videtur
consentire qui errant, cependant si l'état n'est seulement une erreur de droit
il n'y aurait point lieu à révocation, c'est ce qu'on lit dans la loi 9,
ff. de conf.

peut-on prendre droit de l'aveu consigné dans un testament que
auteur doit telle somme à tel? vous pouvez consulter Lebrun
Furgole, en son traité des testamens, chap. 11, n°. 48, qui décide que
et aveu ne forme point un titre de créance, qu'il peut être révoqué
et que cette confession ne vaut que in rem relicti.

jusjurandum est affirmatio religiosa, cujus in ~~usu~~ fori est. 5.
voluntarium est quod à parte defertur. Du serment.
necessarium quod pars ad litem est referre relatori. art. 1357.
judiciale quod à judice defertur.

cet art. ne faisant autre chose qu'indiquer en peu d'espèces les serments
dont il parle, n'exige aucune explication.

§. 1er

Du serment décisoire.

art. 1358, 1359, 1360 & 1361.

l. 20. 34, §. 6, ff. de jurej. on ne doit pas confondre le serment décisoire dont il est uniquement
leg. 9, cod. de reb. cred. question dans ce §, avec celui qu'on appelle supplétif. par le
ibid. §. 7. premier, celui qui l'a déféré, rend celui à qui il l'a déféré, juge
dans sa propre cause. on en appelle à sa conscience, & tout se
termine là; le droit romain nous avait appris en la loi 38, ff. de
jurej. que celui à qui le serment était déféré, se couvrait de honte
s'il refusait de le prêter, & chacun sent aisément qu'un pareil trait
ne peut être amené que par la conviction où est le défendeur
qu'il succombait à sa cause, en le prêtant: voilà pourquoi ce refus
opère le même effet que si la demande ~~ou~~ l'exception était
pleinement justifiée.

leg. 3, §. 1, ff. h. t. parmi les art. dont nous nous occupons, il y en a deux de bien
remarquables, le 1358e & le 1360e, en ce qu'il résulte de leur contexte
que le serment décisoire peut être déféré sur toute espèce de contestation
et en tout état de cause, lors même qu'il n'existe aucun commencement

de preuve du fait sur lequel il est provoqué.

La généralité de ses expressions peut-elle s'étendre au point de s'en autoriser à dire que le serment décisoire est admissible, lors même qu'il s'agit d'établir par ce moyen le contraire du contenu en un acte public? il est certain que la loi 13, §. 3, cod. de non num. pecun. & la nov. 136, chap. 6, excluent la délation du serment, dans tous les cas où la preuve testimoniale ne serait pas recevable, parce que le serment est une sorte de preuve; cependant on trouve des arrêts, notamment dans m^r de Cambolas, liv. 2, chap. 38, qui ont jugé qu'on pouvait déférer le serment décisoire en pareille occurrence. Catellan, liv. 5, chap. 57, rapporte, à la vérité des arrêts contraires, & tel était le dernier état de la jurisp. au parl. de toulouse, mais on a pensé conformément à la loi 38, ff. de jurej. qu'il y avait de la turpitude à refuser de prêter un serment; que ce refus ne pouvait être qu'une reconnaissance de l'inexactitude du contenu en l'acte, & que ce n'était faire à la partie aucun tort que de la constituer juge dans sa propre cause.

Leg. 5, §. 2, ff. eod. art. 1362, 1363 + & 1364. + Leg. 1, cod. de reb. cred. Leg. 21, cod.

Les lois romaines sont ici d'accord avec le code pour consacrer le principe, que la délation du serment décisoire ne laisse plus rien à désirer pour mettre le juge à portée de statuer sur le différend; cela est si vrai que celle des parties qui a offert de s'en remettre au serment décisoire de son adv^re, ne peut plus rétracter cette offre, dès le moment que celui-ci a déclaré qu'il était prêt à faire ce serment: à plus forte raison, cela doit-il avoir lieu, lorsque le serment a été réellement prêté, mais jusqu'alors la rétractation est pratiquable; inutilement chercherait-on à écarter les effets de ce serment, en l'arguant de fausseté; la loi 1, cod. de reb. cred. dont le code a adopté les dispositions, a rejetté ce prétexte, & la loi 5, ff. §. 2, de jurej. dit expressément, nihil aliud quaeritur an juratum sit.

art. 1365.

On sent aisément qu'un tiers ne peut souffrir aucun préjudice des suites d'un serment prêté par tout autre que lui: il est néanmoins des cas où, par voie de conséquence, il profite à ceux qui ne l'ont point déféré; ces cas sont ramenés dans notre art. & comme ils y sont très clairement exposés, on n'a nul besoin de commentaire pour en saisir l'application.

§. 2.

Du serment déféré d'office. + Leg. 31, ff. de jurej.

art. 1366, 1367, 1368 & 1369.

Ce que vous pouvez faire de mieux pour vous bien fixer sur le contenu en

Ces quatre art. c'est de lire avec attention cequ'en dit pothier, en son traité des obligations, part. 4, chap. 3, sect. 4, Qui cet auteur ne laisse rien à désirer de cequ'on doit connaître en matière de serment déféré par le juge.

Les hommes sont parvenus à un tel degré de perversité, que le serment qui, jusqu'ici avait été regardé comme le plus sûr moyen d'arriver à la découverte de la vérité, n'est plus un frein pour la plupart d'entre eux; l'immoralité a dû nécessairement produire cet effet; l'abandon des ppes religieux en a été la cause primitive et nos législateurs l'ont si bien senti qu'ils n'ont permis aux magistrats d'avoir recours à ce moyen, qu'autant qu'on se trouve dans le cas précis qu'ils ont prévu; au reste, ils n'ont fait qu'adopter la jurisp. qui était en vigueur avant le nouvel ordre des choses; si les hommes n'étaient pas alors tout-à-fait cequ'ils sont aujourd'hui on peut dire, sans choquer la vérité, qu'ils avaient de la tendance à le devenir.

c'est ce même motif qui a engagé les législateurs à prohiber la délation du serment dans tous les cas où il est possible de constater autrement la valeur de la chose demandée, & même dans ce cas, le juge doit déterminer la quotité de la somme à concurrence de laquelle le demandeur doit en être cru sur son serment: cette disposn est prise dans la loi 4, §. 2, ff. de in litem jur. vous devez encore observer que pour ne pas se livrer entièrement à la foi du demandeur, dont la moralité peut fort bien n'être pas connue, on a cru dans certains cas devoir ordonner une enquête pour se fixer sur la probabilité de ses moyens, en sorte que s'il résultait de cette enquête que le demandeur n'a jamais été dans la position de posséder cequ'il réclame, le serment in litem lui serait refusé, quoique, en pareille occurrence, un autre dût y être admis sans difficulté.

Tit. 4.

des engagemens qui se forment sans convention.

art. 1370.

après s'être occupé dans le titre qui précède des engagemens qui sont le résultat des conventions, le code passe à une autre espèce d'engagemens, & cette dernière espèce est étrangère à toute convention, Elle est le fruit de l'autorité de la loi seulement, ou d'un fait propre et particulier à celui qui se trouve obligé: les art. suivans vont nous en donner le developpement.

Chap. 1.

Des quasi-contrats

art. 1371, 1372, 1373, 1374 & 1375.

Les dispositions contenues en ces cinq art. sont toutes puisées dans la loi romaine, notamment dans la loi 11, ff. de neg. gest. dans la loi 21, cod. et dans le §. 1 du instit. de oblig. quæ ex del. nasc. il semble d'abord assez extraordinaire qu'un homme, pour exemple, qui ayant dans ses fonds voisins de celles d'une autre personne absente, aura pris sur lui d'en faire la culture, même par le seul désir de l'obliger, puisse être traité comme s'il en avait reçu un mandat exprès, & qu'il devienne soumis à toutes les obligations que la qualité de mandataire aurait pu lui imposer.

La décision est néanmoins parfaitement juste, car on ne voit que trop de gens officieux qui s'ingèrent dans les affaires d'autrui, quoiqu'ils n'y aient aucun intérêt, & s'en font éprouvé quelque satisfaction à commencer cette gestion, ils n'auraient pas le droit de se plaindre de ce que la loi les oblige à la continuer.

On doit néanmoins convenir que cette obligation doit être entendue avec modération, et en raisonnant sur l'espèce que nous avons sous les yeux, il faut dire que la gestion commencée par ce voisin officieux, doit être terminée à l'époque où finissent les travaux que comporte l'année dans laquelle la gestion a commencé. il en serait autrement s'il avait recommencé ses opérations pour l'année suivante, ou s'il n'avait fait aucune démarche pour la faire cesser, soit en s'adressant au propriétaire lui-même, s'il a été à portée de le faire, soit en employant les autres moyens que la loi indique pour y parvenir, par cette raison qui est bien naturelle qu'il ne faut pas commencer une chose, lorsqu'on n'y est pas obligé, parce qu'il faut la terminer lorsqu'on a fait tant que de la commencer.

Mais il ne faut pas croire que celui à qui le service a été rendu, quoiqu'il ne l'ait pas réclamé, puisse s'affranchir de l'obligation qui aurait été la suite d'un mandat, s'il l'avait donné; il doit y avoir entre eux une juste réciprocité, & s'il est autorisé à demander compte de la gestion à celui qui s'est ingéré, celui-ci est lui également autorisé à réclamer de lui l'exécution des engagements contractés, à raison de cette gestion, pourvu néanmoins que l'affaire ait été bien administrée, car s'il en était autrement, il n'est

pas douteux que le gérant n'aurait aucune action pour répéter ses prétendues impenses.

art. 1376, 1377 & 1378.

Les simples lumières de la raison nous apprennent, qu'on est obligé de rendre ce qu'on reçoit indûment, mais il n'en est pas tout à fait de même, lorsqu'on passe à quelqu'un une somme qu'on croyait lui devoir, & qu'on ne lui devait pourtant pas; ce n'est pas cependant qu'il n'y ait pas lieu à répétition dans ce cas, mais il est telle circonstance qui ne permet pas qu'on exerce cette répétition vis-à-vis de celui à qui le payement a été fait; lors, par exemple, que le créancier a supprimé son titre à la suite de ce payement, il ne peut pas répéter la somme de celui qui l'a reçue, parce que ce dernier se trouverait sans titre & sans argent, ce dont la justice ne s'arrangerait pas, mais il peut s'adresser au véritable débiteur pour obtenir de lui son remboursement; & comme il n'est pas exempt de tout reproche pour ne s'être pas assuré qu'il n'était pas débiteur, il court la chance de ne pouvoir pas être passé, si le véritable débiteur se trouve insolvable.

art. 1379, 1380 & 1381.

La mauvaise foi devant être punie en la personne de tous ceux qui se rendent coupables, il était juste qu'en ordonnant la restitution de la chose indûment livrée, celui qui l'a reçue de mauvaise foi, fût déclaré garant de sa perte, lors même qu'elle est arrivée par cas fortuit; cependant ce n'est pas une raison pour que le propriétaire à qui la chose est rendue, soit dispensé de tenir compte à celui qui la restitue, des impenses utiles & nécessaires qu'il peut y avoir faites pour la conserver: on suppose ici que cette chose existe encore en nature; car si elle a été vendue, il faut distinguer: ou celui qui l'a reçue était de bonne foi, auquel cas il n'est comptable que du prix de la vente: dans le cas contraire, il doit en payer la valeur par l'estimation qui en sera faite.

chap. 2.

des délits & des quasi-délits.

art. 1382 & 1383

qui damnum infert, damnum debet resarcire; c'est là une maxime de droit si conforme à la raison, & aux premières règles de l'équité, qu'on n'a besoin de rien dire pour en faire sentir le mérite. on ne doit pas même distinguer les cas où le dommage a été causé par négligence, ou par imprudence, d'avec ceux où le dommage procéderait d'un fait propre et personnel à celui qui l'aurait causé, sans qu'on pût l'accuser

de négligence ou d'imprudence.

Le §. 2 du tit. 5, Liv. 4, aux instit. de oblig. quae quas. ex del. nasc traite comme délinquant celui qui répand ou jette dans la rüe quelque chose qui nuit aux passans, & même celui qui place sur une fenêtre, ou qui suspend à un mur quelque chose dont la chûte pourrait causer du dommage; vous pouvez voir ce qu'en dit Serres, en ses institutes. Au droit français, au lieu précité, & sur le §. 7, aux inst. de leg. aqu. où il parle des chirurgiens qui blessent ceux dont ils ont eu la confiance.

art. 1384.

il paraît d'abord bien rigoureux de rendre le père, & après la mort de celui-ci, de rendre la mère responsable du dommage causé par les enfans mineurs qui habitent avec eux. cependant rien n'est plus juste: parce que si l'enfant qui vit dans la maison paternelle, y a reçu une éducation convenable, on est moralement assuré que il ne se portera à aucun excès, du moins du genre de ceux qui méritent l'animadversion de la justice. s'il en est autrement, les pères & mères ont à se reprocher de n'avoir pas surveillé leurs enfans assez pour les détourner de commettre des fautes graves; & ils doivent supporter la peine duë à leur négligence sur ce point. au reste, le code n'a fait en cela que confirmer la jurisp. qui était en vigueur, tant à cet égard, que respectivement aux instituteurs, artisans, maîtres, et commettants qui sont responsables du dommage causé par ceux qu'ils sont chargés de surveiller, et dont ils employent les services Et le ministère.

mais vous devez observer que la responsabilité dont nous parlons n'est encourue par eux, qu'autant que leurs subordonnés ont délinqué dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Supposons par exemple, qu'un cocher conduisant une voiture, cause quelque dommage, le maître en sera civilement responsable. mais si ce cocher commet un délit hors des fonctions ordinaires de son état, soit dans un cabaret; soit ailleurs, le maître est absolument étranger aux suites de ce délit, & il n'en est aucunement tenu.

enfin, comme il n'est pas de règle sans exception, & qu'il est très possible qu'il ne soit pas au pouvoir des pères & mères, instituteurs artisans, maîtres & commettans d'empêcher le fait qui donne lieu à la responsabilité, dans ce cas, il y aurait vraiment de l'injustice à les en rendre responsables; mais pour s'en affranchir, ils doivent

prouver qu'ils n'ont pas pû empêcher le fait qui donne lieu à la réclamation.

art. 1385.

pour l'explication de cet art. vous pouvez voir ce qu'en dit Serre en ses instit. au droit français, liv. 4, tit. 9, pag. 581 & 582.

art. 1386.

Le code fait cesser ici une difficulté d'autant plus sérieuse que les lois romaines paraissaient se contredire, en statuant sur cette question la loi 6 & la loi 7, §. 1, ff. de damn. infect. décidaient qu'il n'y avait lieu à aucuns dommages, si avant la chûte on n'avait pas pris les précautions propres à les assurer, non interposita ante cautione; au contraire, la loi 8 & la loi 9, cod. & godefroy décident qu'il était dû des dommages, la question ne sera plus à l'avenir susceptible d'aucun doute, pourvû néanmoins que la chûte du bâtiment ait été occasionnée par un vice de construction ou par une suite du défaut d'entretien.

Tit. 5

Du Contrat de mariage & des droits respectifs des époux.

Chap. 1.

Dispositions générales.

art. 1387.

Le contrat de mariage étant de tous les actes de la vie celui qui influe le plus sur la société dont il est la base, il était naturel qu'on laissât aux hommes la plus entière liberté dans sa rédaction, pourvû que les conventions qui y sont insérées ne portent aucune atteinte aux bonnes mœurs.

art. 1388

Les divers cas énumérés dans cet art. appartiennent tous au droit public et c'est sous ce rapport qu'il y est dit que les époux ne peuvent aucunement y déroger: Privatorum pactis juri publico derogari non potest.

art. 1389 & 1390.

L'ordre des successions étant établi par la loi, il n'est permis de faire aucune convention qui l'intervertisse, ou y porte atteinte. il y avait en France plusieurs coutumes particulières qui en avaient autrement ordonné et les coutumes étaient ponctuellement observées dans toute l'étendue de leur territoire. à toulouse & dans son gardiage, les plus proches parents ex parte patris, quoique plus éloignés du défunt in gradu parentelæ excluaient les parents du côté maternel plus proches dans la succession aux biens régis par cette coutume. dans une partie de

l'ancienne province du béarn, c'était à la fille première-née, qui était dévolue la qualité d'hère, à l'exclusion des mâles même premiers nés, & il existait une infinité d'autres coutumes particulières qui dérogeaient ainsi au droit commun établi par la loi : nous vous avons parlé dans l'explication du titre préliminaire du code civil de plusieurs difficultés que feraient naître ces diverses coutumes ; ce serait tomber dans une répétition inutile, que de vous en parler encore ici.

Quoi qu'il en soit, nos deux art. proscrivent non seulement toute convention par laquelle l'ordre légal des successions serait changé, mais encore tout assujettissement à quelque coutume particulière dont les dispositions ne seraient pas conformes à ce que prescrit le code qui a abrogé les lois, coutumes ou statuts locaux qui régissaient diverses parties du territoire français.

Ce n'est pas qu'il soit défendu, en matière d'association conjugale de stipuler de la même manière qui avait été réglée par les coutumes, mais on ne pourra pas le faire désormais par relation à ces mêmes coutumes, parce que le code a prononcé leur abrogation.

art. 1391.

La loi nouvelle ne reconnaît que deux modes d'association conjugale, celui basé sur le régime de la communauté, & celui fondé sur le régime dotal ; chacun d'eux est réglé par des chapitres particuliers, leur développement se trouve dans les divers art. dont ces chap. sont composés.

art. 1392 & 1393.

Le second de ces deux art. formant du régime de la communauté le droit commun de la france, en matière d'association conjugale, il paraissait naturel de le placer, avant celui qui le précède ; quoi qu'il en soit, il résulte de ces deux art. deux points bien essentiels : le premier, que faute par les futurs conjoints de stipuler qu'ils entendent se soumettre au régime dotal, ils seront censés avoir adopté le régime de la communauté, même dans les pays où le genre d'association conjugale était inconnu, tels que ceux appellés autrefois pais de droit écrit, & le second, que dans toute l'étendue du territoire français, on ne saurait pas censé avoir traité sous le régime dotal, sous prétexte que la femme se serait constituée, ou qu'on lui aurait constitué des biens en dot, ou qu'on aurait stipulé qu'il

n'y aurait point de communauté? Entre les époux, si le contrat de leur mariage ne porte pas nommément et expressément qu'ils ont traité sous le régime dotal.

En le prescrivant ainsi, le code s'est éloigné des dispositions du droit romain qui, en la loi 23, ff. de jur. dot. disait en propres termes, in stipulatione non est necessaria dotis adjectio. il s'en est d'autant plus éloigné que la mention particulière du mot dot était surabondante suivant le droit romain, comme le prouve la loi citée, & qu'aux termes du code elle est insuffisante pour placer les biens constitués dans la classe des biens dotaux.

Quoi qu'il en soit, la chose a été ainsi déterminée; mais elle ne l'a point été sans discussion, & si vous êtes curieux de connaître les raisons que faisaient valoir les partisans du régime ~~[illegible]~~ dotal et ceux du régime de la communauté, vous les trouverez dans l'analyse raisonnée du ~~[illegible]~~ civil par mr. de malleville sur le second de nos deux art.

art. 1394.

ceci apporte un grand changement à ce qui se pratiquait dans les pays de droit écrit, & même dans quelques provinces des pays coutumiers, où l'on regardait comme valables les conventions matrimoniales d'écritures privées, on demande quel sera le sort de pareilles conventions qui porteront une date antérieure à la publication du code, mais dont rien ne garantira la sincérité? on doit répondre que ces conventions seront nulles, si on n'y trouve que la signature des parties contractantes, & que la suite de cette nullité sera de considérer ces parties comme si elles avaient expressément traité sous le régime de la communauté. si au contraire, on trouve dans les conventions d'écriture privée la signature de quelques autres personnes parentes ou amies des contractans qu'on doive présumer incapables de s'être prêtées à une antidate, ces conventions devront être exécutées, tout comme elles auraient dû l'être avant la publication du code.

vous devez remarquer ici qu'en ordonnant la rédaction de toutes conventions matrimoniales par actes devant notaires, le code a coupé la racine à une prodigieuse quantité de difficultés sur lesquelles les tribunaux avaient à prononcer, celle entr'autres de savoir si des conventions matrimoniales insérées dans des accords sous seing privé étaient valables, quoique non revêtues de la formalité de l'insinuation; cette question fut décidée pour l'affirmative par l'arrêt du 10 juillet 1751, qu'on trouve

rapporté dans le traité des donations de mr furgole, tom. 1er pag. 209; mais il est aisé de sentir qu'il en serait tout autrement aujourd'hui, puisque les accords seraient nuls de cela seul qu'ils n'auraient point été passés devant notaire.

il faut en dire autant des donations faites par le père de famille à ses enfans qu'il a en sa puissance, qu'on jugeait valables quoique faites dans des articles de mariage d'écriture privée comme exceptées par l'art. 46 de l'ordce de 1731, des dispoons générales portées en l'art. 1 de la même ordce. toutes ces questions, encore une fois, ne peuvent plus se représenter, parce que la nullité du titre où se trouveraient ces dispoons, entraînerait aussi leur nullité.

art. 1395.

on suivait au Parl. de toulouse les dispoons de l'art. 258 de la Coutume de paris qui déclarait nulles les contre-lettres au contrat de mariage, lorsqu'elles étaient faites hors de la présence des parents qui y avaient assisté; & telle était la jurisp. de tous les tribunaux de france. mais il n'y avait pas uniformité d'opinions sur le point de savoir si les contre-lettres étaient absolument nulles dans tous les cas, ou s'il n'y avait point de circonstance où elles fussent regardées comme valables.

certains auteurs soutenaient qu'il n'y avait point de cause qui pût les autoriser; d'autres prétendaient au contraire qu'elles étaient valables dans six divers cas 1° lorsqu'elles n'étaient point relatives au contrat de mariage. 2° que celles qui y étaient relatives l'étaient aussi, quand elles avaient été passées en présence des parents; 3° quand elles ne regardaient que l'intérêt ou la jouissance de la dot; 4° lorsqu'elles ne faisaient qu'ajouter au contrat de mariage ou l'expliquer. 5° lorsqu'elles étaient passées entre toutes autres personnes que les conjoints, comme les beaux pères respectifs: 6° enfin, lorsqu'elles n'intéressaient point la femme.

mais les termes dans lesquels est conçu notre art. paraissent embrasser tous les cas possibles par leur généralité, & n'admettent aucune précision que celle faite par l'art. suivant dans le cas dont il parle, c'est-à-dire, celui de changements faits avant la célébration du mariage, en la forme qui y est indiquée.

art. 1396 & 1397.

nous verrons de dire qu'on pouvait changer les conventions matrimoniales avant la célébration du mariage, en la forme indiquée par l'art. 1396.

mais ces changemens quoique revêtus de cette forme ne peuvent porter atteinte aux droits des tiers qui autant qu'ils ont été rédigés à la suite du contrat de mariage. L'exécution de cette précaution doit nécessairement donner aux tierces personnes une connaissance aussi étendue des conventions conclues entre parties que si elles eussent été insérées dans le premier contrat.

art. 1398.

on aurait pû douter de la stabilité des conventions matrimoniales passées par un mineur, parce que la présomption de la loi est qu'il a nui à ses intérêts propter lubricum ætatis, cependant le contraire a été décidé & avec très grande raison, car, comme l'observe Catellan, liv. 5, chap. 26, dès que le mineur est habile au mariage, il doit l'être à toutes les stipulations qui en sont comme une suite nécessaire, une sorte de dépendance, de là la maxime, habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia.

vous devez néanmoins observer que, pour obtenir la stabilité dont nous venons de parler, les conventions matrimoniales doivent avoir été faites par le mineur avec l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage sans quoi il serait présumé avoir été subornée, comme le jugea l'arrêt du 8 février 1679 rapporté par Catellan, au lieu précité.

Chap. 2.

du régime en communauté.

art. 1399.

On s'est ici conformé au droit commun pour la fixation de l'époque à laquelle commence la communauté; mais on s'est est écarté en ce qu'il a été défendu toute stipulation contraire. remarquez ces mots du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil; ils prouvent que ce jour est le seul reconnu par la loi, non seulement pour les effets civils, mais encore pour l'utilité des conventions intervenues entre parties.

Première partie.

de la communauté légale.

art. 1400.

Cet art. ne présente absolument aucune observation à faire.

Sect. 1ère

de ce qui compose la communauté activement & passivement

§. 1

de l'actif de la communauté.

art. 1401.

notre art. renferme trois divers membres; le premier qui a pour objet le mobilier que la loi déclare devoir entrer tout entier dans la communauté, n'offre aucune difficulté: tout ce que possédaient les époux avant leur mariage en mobilier, & tous les biens de la même nature qui leur adviennent, constante matrimonio, en font partie, soit qu'ils leur adviennent par succession ou par donation, à moins que le donateur n'ait déclaré qu'il ne l'entendait pas ainsi: c'était là le droit commun en pays coutumier, avant la publication du code.

le second déclare qu'il entre aussi dans la communauté les fruits revenus, intérêts & arrérages échus & perçus pendant le mariage, c'est parce que ces divers objets sont réputés meubles, que la loi les déclare tomber en communauté; mais devra-t-on considérer sous ce point de vue les rentes foncières, & celles-ci devront-elles y entrer? nous ne le pensons point, quoique l'art. 530 du code napoléon les déclare rachetables parce qu'elles font en quelque sorte partie de l'immeuble sur lequel elles sont assises; que la faculté de les racheter n'en change pas la nature, & que les immeubles que possédaient les époux, lors du mariage, n'entrent point dans la communauté.

3°. enfin, la communauté se compose activement des immeubles acquis pendant le mariage.

avant de pousser plus loin nos observations sur le régime de la communauté, il est bon de vous apprendre ce que sont les acquêts les conquêts & les propres.

on appelle acquêts, tous les immeubles qu'a acquis une personne non engagée dans les liens du mariage.

On appelle conquêts, les acquisitions faites pendant le cours du mariage par les conjoints entre lesquels il y a communauté. „et par cette raison, dit ferrière sur le tit. 15, des successions, „art. 298 de la coutume de paris, tom. 4, pag. 363, chacun des „conjoints en a la moitié, en vertu de ladite communauté: cette moitié, „ajoute-t-il, est un acquêt en la personne de chacun d'eux; il ne „devient propre, étant de soi un acquêt, que lorsqu'il a fait souche, &c.

Enfin on appelle propres, les véritables immeubles qui ont fait souche, ou les biens qui sont réputés propres par la loi; c'est ce que nous apprenons de ferrière, sur l'art. 326 de la même coutume

Tom. 4, Pag. 949, n° 5.

art. 1402 & suivant jusqu'en compris l'art. 1408.

après avoir déterminé par l'art. précédent les divers objets dont la communauté se compose aux termes du droit commun, ceux-ci nous font connaître comment il doit en être usé dans certains cas où il s'agit de fruits de certaine qualité non perçus pendant la durée de la communauté, & qui y seraient entrés si la perception en eût été faite. il est décidé ici que ces fruits appartiennent au propriétaire du fonds qui les a produits, mais que ce propriétaire en doit récompense à son communier, pourvu que l'époque ordinaire de leur exploitation fût arrivée durant la communauté.

on demande ce que c'est que récompense ou indemnité en cette matière : il faut répondre que c'est un dédommagement accordé à l'époux commun non propriétaire, en représentation de la moitié de la valeur des fruits qui ne sont pas entrés dans la communauté par défaut de perception, pourvû néanmoins qu'elle eût pû être faite, parce que ces fruits l'auraient augmentée dans l'intérêt de l'époux non propriétaire, à concurrence de la moitié de leur valeur.

vous savez déjà que les conquêts entrent dans la communauté mais il n'en est point de même des propres, non plus que des acquêts c'est-à-dire, des biens immeubles que les époux avaient acquis avant la célébration du mariage, ou de ceux qui leur adviennent à titre de succession pendant le cours de la communauté.

vous savez aussi qu'en règle générale, la communauté ne commence que du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil; mais il y a une exception à cette règle; c'est celle prévue par l'art. 1404 dont je vous donnerai verbalement l'explication.

Quant aux autres art. on n'a besoin que de les lire pour saisir toute l'étendue de la décision qu'ils renferment : vous avez seulement à observer que le code a dérogé aux dispoons de la coutume de paris qui faisait entrer dans la communauté les biens dont un étranger ou un collatéral disposaient à titre de donation en faveur d'un des époux. il en sera désormais tout autrement, à moins que le donateur ne déclare que l'objet donné appartiendra à la communauté.

§. 2.

Du passif de la communauté & des actions qui en résultent contre la communauté.

art. 1409 jusques & compris l'art. 1413.

Après avoir décidé par les huit précédents art. quelles étaient les dettes qui devaient activement entrer dans la formation de la communauté, le code détermine ici en quoi consiste le passif de cette communauté, et les actions qui en résultent contre elle.

Le premier de ces deux art. dont le §. 2 est composé, ne présente à faire aucune réflexion; il ne renferme qu'un détail suffisamment connu par la plus simple lecture: il n'en est point de même du second, celui-ci n'assujettit la communauté au payement des dettes contractées par la femme avant le mariage, qu'autant qu'elles auront une date certaine, soit par la qualité du titre, soit par l'effet des circonstances qui ne permettent pas d'élever de doutes sur la sincérité de la date y exprimée, surtout au moins que leur existence remonte à une époque antérieure au mariage. Chacun sait que s'il en était autrement, rien ne serait plus facile que de présenter des dettes comme existantes avant le mariage, en donnant à des écritures consenties après le mariage, une date qui y serait antérieure, & la femme colludant ainsi avec le prétendu créancier, pourrait épuiser une communauté à laquelle elle est quelque fois étrangère pendant sa durée.

Les art. 1411, 1412 & 1413 règlent la manière en laquelle les dettes des successions échues aux époux pendant le mariage, doivent être acquittées, si elles sont purement mobilières, leur acquittement est à la charge de la communauté; si elles dépendent d'une succession purement immobilière, il faut distinguer: ou la succession échoit à la femme, auquel cas les créanciers peuvent poursuivre le payement de leur dû sur les biens personnels de la femme, pourvu qu'elle ait accepté la succession du consentement de son mari, car s'il n'avait obtenu l'autorisation pour accepter, que de la part de la justice sur son refus, les créanciers ne pourraient se pourvoir que sur la nue propriété des autres biens de la femme, en cas d'insuffisance des biens de la succession.

ou bien, la succession échoit au mari, auquel cas les créanciers peuvent agir, non seulement sur les biens de la succession, mais encore sur ceux de la communauté, sauf en ce cas la récompense dûe à la femme ou à ses héritiers.

La raison d'exiger que les créanciers de la succession échue au mari peuvent agir sur les biens de la communauté, tandis que ceux de

de la succession échue à la femme n'ont par cette faculté, attendu que le mari est, pendant le mariage, seul maître de la Communauté; il peut donc y prendre de quoi acquitter les dettes d'une succession qui lui est propre, sauf à indemniser la femme de ceux qui y a été pris à son préjudice.

art. 1414 & 1415.

Nous n'avons pas oublié que les dettes d'une succession mobilière doivent être acquittées par la communauté, & comment il doit être usé, lorsque la succession est purement immobilière: le premier de nos deux art. prévoit le cas où la succession sera partie mobilière et partie immobilière; on fait alors une ventilation pour connaître à concurrence de combien il y a de meubles, & l'on fait supporter à la communauté une portion des dettes relative à la valeur de ces meubles, c'est-à-dire, que si la valeur des meubles, ou choses mobilières dépendantes de la succession n'apporte par exemple au quart de son entier montant, la communauté devra supporter le quart des dettes de cette succession, dans la même proportion.

Ce qu'il y a d'essentiel à remarquer, c'est que la valeur & la consistance du mobilier doivent être déterminées par un inventaire dont la confection est, dans tous les cas, à la charge du mari comme maître & administrateur de la communauté; & s'il n'en a point été fait, la femme ou ses héritiers, lors de la dissolution de la communauté, doivent être admis à justifier cette consistance en la manière indiquée par l'art. 1415. mais le mari n'a pas la même faculté, parce qu'il ne peut imputer qu'à lui seul la non-confection de l'inventaire sur lequel il aurait pu baser ses réclamations; il doit donc en supporter la peine. observez néanmoins que ceci ne doit être entendu que des effets mobiliers dépendants d'une succession échue pendant le mariage, car il n'y aurait pas la même présomption sur le mobilier que chacun des époux pouvait posséder avant le mariage, le mari n'étant pas plus tenu de faire inventaire du mobilier qui avait la personne à laquelle il a uni son sort, que ne pouvait en être tenue la femme elle-même ou ses parents.

art. 1416 & 1417.

il n'y a pas de faire ici aucune réflexion, si ce n'est que en consentant à ce que la femme accepte une succession, le mari autorise les créanciers

de cette succession à poursuivre leur payement sur les biens de la communauté et qu'il en est de même quoique la femme n'ait été autorisée à accepter que par la justice, lorsque, sans inventaire préalable, le mobilier de la succession a été confondu avec celui de la communauté; mais que doit-il en être, s'il n'y a autorisation que de la justice, & qu'il ait été fait inventaire? alors les créanciers ne peuvent agir que sur les biens de la succession, et en cas d'insuffisance sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme, c'est-à-dire, que si les créanciers en font faire la vente, le mari en conserve l'usufruit.

art. 1418, 1419 & 1420.

Les biens donnés pouvant être grevés de dettes, il fallait pourvoir à leur acquit, & il a été décidé par le premier de nos art. qu'on devait appliquer à celles dépendantes d'une donation, les mêmes règles que celles énoncées dans les art. précédents aux dettes dependantes d'une succession. Si le second décide que les créanciers pour le payement des dettes contractées par la femme avec le consentement du mari, peuvent agir non seulement sur les biens de la communauté, mais encore sur les biens propres des deux époux, c'est parce qu'ils sont engagés tous les deux; la femme, pour avoir traité elle-même dans l'acte; & le mari, pour avoir consenti à ce qu'elle traitât. mais si ce traité est dans l'intérêt d'un seul d'entre eux, il est juste qu'il y ait recompense ou indemnité en faveur de celui des deux époux qui ne doit en retirer aucun avantage.

Enfin, le 3me a pour base les règles ordinaires du mandat, d'après lesquelles on est censé faire soi-même ce qu'on fait par autrui, qui per alium facit, per se ipsum facere videtur.

Sect. 2.

de l'administration de la communauté & de l'effet des actes de l'un et de l'autre époux relativement à la société conjugale.

art. 1421.

On trouve les mêmes dispositions dans les art. 225 & 233 de la coutume de paris, & toutes les autres se décidaient de même.

art. 1422.

C'est là une dérogation à la coutume de paris dont l'art. 225 permettait au mari de disposer, à titre de donation entre-vifs, des biens immeubles de la communauté, sans en avoir obtenu le consentement de sa femme, pourvu que ce fût sans fraude;

quant aux effets mobiliers, on n'a pas cru devoir lui ôter la faculté d'en disposer à titre gratuit, mais ce n'est qu'à condition qu'il n'en réserverait pas l'usufruit pour lui-même : cette condition est capable de détourner les maris de l'exercice de la faculté que leur laisse la loi.

art. 1423.

L'art. 296 de la cout. de paris renferme le ppe de cette décision qui est d'ailleurs conforme au droit commun, car nul ne peut disposer que des biens qui lui appartiennent.

art. 1424.

Quoique toutes les coutumes ne fussent pas d'accord sur ce point, il est pourtant vrai que telle était la jurisp. de la majeure partie des pays régis par le droit coutumier.

art. 1425.

La condamnaon prononcée pour crime qui emporte mort civile, opérant de plein droit la dissolution de la communauté, & la peine ne devant frapper que les auteurs du crime, il est sensible que nuls autres biens que ceux dont la propriété appartenait au condamné, ne pouvaient être atteints par cette condamnaon.

art. 1426.

Si la femme agit d'après le consentement de son mari les actes qui émanent d'elle engagent les biens de la communauté, parce qu'ils doivent être regardés, comme s'ils étaient l'ouvrage du mari lui-même ; il en est tout autrement, si elle n'a point obtenu ce consentement, quand même elle aurait eu celui de la justice, à moins qu'elle ne se fût obligée comme marchande publique et pour le fait de son commerce. Le code n'a fait en cela que se conformer aux dispoons de la coutume de paris, art. 234 & 235.

art. 1427.

Sans doute, il est des cas qui semblent autoriser les femmes à agir tout autrement qu'il ne leur est permis de le faire, aux termes du droit commun ; de ce nombre, est l'établissement des enfans communs en cas d'absence du mari ; celui où il s'agit de tirer leurs maris de prison, & autres semblables qui accompagne la même faveur ; cependant le motif pris de l'abus qu'on pourrait faire de l'ignorance ou de la faiblesse des femmes, l'a emporté sur toutes les considérations, & la loi les a déclarées incapables de s'obliger

et même d'engager les biens de la communauté pour les causes dont nous venons de parler, à moins qu'elles n'y aient été autorisées par justice; la jurisp. antérieure était contraire.

Art. 1428.

Le contenu en cet art. n'est qu'une conséquence du principe qui établit le mari seigneur & maître de la communauté, tous les biens & actions mobilières devant y entrer, l'administration ne peut en appartenir qu'à celui qui en est le chef, celui-ci est donc obligé à faire tous les actes propres à en procurer la conservation. mais il en est autrement des biens immeubles personnels à la femme; quant à ceux-ci, il y a en la personne du mari une incapacité absolue d'en disposer sans le consentement de sa femme, en quoi le code s'est conformé à ce qu'en avait dit l'art. 226 de la coutume de paris.

art. 1429 et 1430 –

L'administration qu'a le mari des biens de sa femme, l'autorise, sans doute, à les bailler à ferme, mais quel est le sort de ces baux, s'ils ne sont point arrivés au terme de leur expiration, ~~avant~~ l'époque où la femme demande la dissolution de la communauté? Si ces baux embrassent plus de 9 années, & s'il ne s'est point encore écoulé ce laps de temps, le fermier ne pourra exciper de son bail que pour autant de temps qu'il en restera à courir pour le complément de ces 9 années: si au contraire les 9 premières années sont passées et les 9 secondes commencées (si tant est que le bail soit porté à un aussi long terme) ce bail ne finira qu'au bout de 18 ans à compter du jour où il a commencé. mais il finira là, quelque long que fut le temps pendant lequel il devait durer encore, aux termes de la stipulation; en un mot, le bail prend fin à l'expiration de la période de 9 années dans laquelle se trouve le fermier à l'époque à laquelle la femme ou ses hers demandent la dissolution de la communauté.

Si le bail a été consenti par anticipation, il sera regardé comme non-avenu dans le cas où il l'aurait été en contravention aux termes énoncés dans le second de nos art., & d'après la distinction qui y est faite des héritages ruraux d'avec les maisons, si non ils doivent être exécutés pour leur durée entière que la loi suppose n'être que de neuf années ou d'une moindre durée.

art. 1431.

En portant cette décision, le code a pourvu à la conservation des droits de la femme sur les biens de la communauté, & quoique la femme se trouve solidairement engagée avec son mari vis-à-vis de ceux avec qui ils ont traité l'un & l'autre, néanmoins sa condition est bien différente de celle de son mari, puisque la loi lui accorde sur les biens de ce dernier, une indemnité correspondante au dommage qu'elle aurait éprouvé des suites de son engagement solidaire. Le motif de cette décision est pris de ce que la femme est en présomption dans ce cas de n'avoir fait qu'obéir à la volonté de son mari.

art. 1432.

En garantissant la vente d'un immeuble consentie par la femme qui en était propriétaire, le mari contracte un engagement personnel qui ne doit pas tourner à son préjudice: voilà pourquoi la loi lui accorde, s'il est inquiété, un recours sur tous les biens de sa femme, quels qu'ils soient.

art. 1433.

L'aliénation des biens appartenant propriétairement à l'un des conjoints, a toujours donné lieu à la reprise sur les biens de la communauté en faveur de celui des époux qui en était le propriétaire & qui s'en trouve ainsi privé, ce n'est donc ici que l'expression du droit commun, mais il faut pour cela qu'il n'en ait point été fait de remploi

art. 1434.

Le mari devient propriétaire de l'immeuble acquis avec les fonds provenant de la vente de quelqu'un de ses immeubles, et il suffit pour cela qu'il ait été énoncé dans la nouvelle acquisition qu'elle avait été faite à titre de remploi ou avec les deniers provenus de la vente d'un immeuble qui lui appartenait.

art. 1435.

mais il n'en est point de même, si l'immeuble aliéné appartenait à la femme, pour qu'il y ait remploi vis-à-vis d'elle, il faut qu'elle l'ait accepté, & si elle n'accepte point, la loi lui accorde le droit de demander la récompense du prix de son immeuble vendu, lors de la dissolution de la communauté; la raison est prise de ce que la condition de la femme ne peut pas

Etre changée, sans qu'elle y consente, & pour cela il faut qu'elle agrée l'immeuble qui lui est assigné ~~par la~~ représentation de celui que son mari a vendu.

Art. 1436.

on a adopté ici la doctrine des auteurs qui avait décidé la question de la même manière, sur ce fondement que le mari est seul administrateur de la communauté; par la raison des contraires, la femme, en pareille circonstance, devait pouvoir exercer ce recours sur les biens personnels du mari, en cas d'insuffisance des biens de la communauté, puisqu'elle est étrangère à cette administration.

art. 1437.

il faut voir pour l'explication de cet art. ce qu'en a dit mr. Pothier en son traité de la communauté, chap. 1, sect. 2, part. 4.

art. 1438.

Pour ne point tomber dans des répétitions inutiles, nous renvoyons ce que nous pourrions dire ici aux observations que nous aurons à faire sur l'art. 1544 du code, qui est relatif au régime dotal; l'un & l'autre sont basés sur le même ppe, celui de l'égalité de la portion contributoire en matière de constitution de dot.

art. 1439.

il en est de même de celui-ci, pourvu néanmoins que la dot ait été constituée en effets de la communauté, & que la femme l'ait acceptée à moins qu'en constituant la dot seule, le mari n'ait déclaré qu'il entendait se charger d'une portion plus forte.

art. 1440.

on distinguait autrefois en matière de garantie pour cause de dot, le cas où la constitution était faite par un père d'avec celui où elle était faite par tout autre. La raison de cette distinction était prise de ce que le père était obligé de doter ses enfans, tenetur pater dotare filiam, dit la loi 19, ff. de rit. nupt. & sous ce rapport il demeurait assujetti à la garantie de la dot qu'il avait promise: lors au contraire que la constitution dotale avait été faite par tout autre que le père, comme, dans ce cas, la dot était une pure libéralité du chef du constituant, on ne voyait pas devoir l'assujettir à la garantie, d'après le ppe consigné dans la loi 18, §. 3, ff. de donat. telle est la

doctrine de burgundius, en son traité de eviction, et de bouvot, tom. 2, verbo garantie-eviction. La loi 1, cod. de eviction., après avoir posé en principe que la garantie était duë, lorsqu'elle avait été promise fesait cette distinction, où le fonds avait été baillé estimé, ou non estimé : au premier cas, la garantie était duë par qui que la constitution fût faite, mais elle ne l'était pas dans le second, à moins qu'il n'y eût du dol de la part du constituant.

Le code a fait disparaître ces diverses distinctions : il a décidé que la garantie était duë par toute personne qui a constitué la dot, & dans le fait c'est un engagement que doit remplir celui qui l'a contracté, quoique la garantie n'ait point été promise, parce qu'elle résulte du fait même de la constitution : quant aux intérêts, ils courent du jour même du mariage, quoique le constituant eût pris un terme pour le payement, à moins qu'il n'y ait stipulation contraire, en quoi le code déroge à la jurisp. du parl. de toulouse attestée par catellan, liv. 4, chap. 42.

Sect. 3.

de la dissolution de la communauté & de quelques-unes de ses suites art. 1441 & 1442.

Il n'y a de remarquable dans cet art. que l'abrogation des dispositions de la coutume de paris qui, en l'art. 240, lorsqu'il y avait des enfans mineurs, déclarait la communauté continuée par le défaut d'inventaire. cette continuation de communauté était une source intarissable de discussions ; & le code a très sagement fait d'y couper la racine, en la proscrivant ; il a d'ailleurs suffisamment pourvu à l'intérêt de ces enfans, en privant l'époux survivant de la jouissance de leurs revenus, & en rendant le subrogé tuteur solidairement responsable envers eux des condamnations qu'ils pourraient éprouver, en punition de sa négligence à obliger l'époux survivant à faire inventaire.

art. 1443, 1444 & 1445.

On jugeait, avant la loi nouvelle, dans tous les pays de france que les séparations volontaires n'étaient pas permises, & que pour être valables, elles devaient être ordonnées en justice

mais le code ajoute à l'ancienne jurisp. en cequ'il exige que la séparation soit effectuée par le payement réel de la reprise de la femme, ou par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugt & continuées sans interruption. cette précaution a été prise afin d'empêcher, surtout dans le ménage des marchands & négociants, des concerts frauduleux entre les époux pour frustrer les créanciers; voilà pourquoi outre l'affiche prescrite pour toute séparation de biens, & qui doit avoir lieu dans la grande salle du tribunal de première instance, il doit encore en être faite une autre au tribunal de commerce du lieu de son domicile, si le mari est banquier ou commerçant; le tout à peine de nullité de l'exécution.

art. 1446.

La faillite ou déconfiture d'un débiteur ouvre en faveur de ses créanciers le droit de réclamer tout ce qui leur est dû. d'après cela, il n'est pas étonnant qu'en pareille occurrence les créanciers de la femme, en exerçant les actions de leur débitrice, puissent demander, de son chef, sur les biens du mari, ce que elle aurait pu réclamer elle-même, mais à concurrence seulement du montant de leur créance. ce n'est point là un privilège personnel dont l'exercice soit prohibé à tout autre que celui à qui il est acquis. Et dont nous avons parlé dans l'explication de l'art. 1166, c'est la simple & pure exécution du droit commun.

art. 1447.

on lit ici deux dispositions qui ont leur base dans le tit. du ff. de pactis in fraud. cred. par la première, la loi donne aux créanciers le droit de s'opposer contre la séparation de biens, lors même qu'elle a été exécutée, si leurs droits en souffrent quelque atteinte: par la seconde, ils sont autorisés à intervenir dans l'instance en séparation pour la contester. il suit de là que le code a pour but de prendre les mesures possibles pour empêcher qu'il ne soit rien fait au préjudice des créanciers.

art. 1448.

En prononçant une séparation de biens entre mari & femme, les Tribunaux ne dégageront rien celui des époux qui l'a obtenue de l'obligation naturelle de fournir à l'entretien & à l'éducation de ses enfans : cette obligation subsiste toujours, & le vœu de la Loi est si bien prononcé à cet égard, que si des revenus du mari sont devenus absolument nuls par la perte de ses biens, quelle qu'en soit la cause, la femme est tenue de tout fournir pour cela.

art. 1449.

Ce terme absolu & illimité dans lequel est conçu l'art. 217. ci-dessus, pourraient donner à penser que toute aliénation était interdite à la femme même non commune ou séparée de biens, sans le concours de son mari, ou son consentement par écrit dans même qu'il ne s'agirait que d'objets mobiliers : mais celui-ci lève le doute que pourrait faire naître cette contexture, puisqu'il déclare formellement que la femme séparée soit de corps & de biens seulement, soit de biens seulement en reprend la libre administration, & qu'elle peut disposer de ses mobiliers, même les aliéner sans avoir besoin du consentement de son mari, ni de l'autorisation de la justice. cette précaution n'est requise que lorsque l'aliénation projetée a pour objet quelque immeuble réel, ou une chose que la loi réputé immeuble ainsi la femme séparée peut être valablement remboursée des capitaux qui lui sont dus à titre de rente constituée, parce que le code les réputé meubles ; mais elle ne pourrait être du capital d'une rente foncière, parce que celle-ci est réputée immeuble, & qu'il y aurait véritablement aliénation d'immeubles par la conservation d'une telle rente en un capital en dernier.

art. 1450.

S'il n'en est point entièrement de même, lorsqu'il s'agit de quelque immeuble, c'est-à-dire, si la femme séparée a pas la faculté d'en consentir l'aliénation, sans en avoir obtenu l'autorisation de la justice, du moins est-il certain que si elle ne fait pas l'emploi ou le remploi du prix de l'immeuble, le mari n'en est point garant, comme il l'était avant le code. la seule cas où l'on puisse le tenir comme tel, est celui où il aurait concouru au contrat, ou celui où il serait prouvé qu'il en avait touché les deniers : ce qu'il y a de singulier, c'est que le mari n'est pas

garant de l'utilité de l'emploi, quoiqu'il le soit du défaut d'emploi ou de remploi, lorsque la vente a été faite en sa présence et de son consentement. mais à quoi donc peut aboutir la responsabilité du mari pour n'avoir pas fait faire l'emploi ou le remploi du prix de la vente, si cette responsabilité ne doit pas s'étendre jusqu'à son utilité? il paraît difficile de donner un juste motif de cette précision;

art. 1451.

Presque tous les auteurs des pays coutumiers, tels que Louet, Auzanet, Dumoulin, Lebrun & Pothier, ont parlé des moyens de rétablir une communauté dissoute par la séparation soit de corps, soit de biens, & notre art. a adopté leur doctrine au fond, mais les moyens d'exécution ne sont pas les mêmes. Le code exige l'affiche d'une expédition de l'acte portant le rétablissement, ce qui est une formalité toute nouvelle: il a aussi exigé un acte de rétablissement dans le cas où la séparation de biens était la suite d'une séparation de corps, tandis qu'autrefois les réunions des époux produisaient seules l'effet de rétablir la communauté qui avait été dissoute par ce moyen; mais il y aurait nullité si les époux avaient dans cet acte stipulé des conditions différentes de celles qui avaient précédemment réglé leur communauté.

art. 1452.

La jurisp. des pays coutumiers a été adoptée sur ce point par le code, et elle doit devenir commune aux pays qui étaient régis par le droit écrit, puisqu'il n'admet plus aucune différence entre les uns & les autres. on peut voir ce qu'en disent Louet & Brodeau, Lett. C, n°. 26, & Lett. D, n°. 36.

Sect. 4.

de l'acceptation de la communauté & de la rénonciation qui peut y être faite avec les conditions qui y sont relatives.

art. 1453 & suiv. jusques & compris l'art. 1466.

La plupart des divers art. dont cette section est composée ne sont que la répétition de ce qu'on trouve prescrit au tit. des successions sect. 3. où il est parlé du bénéfice d'inventaire, de ses effets & des

obligations de l'hér. bénéficiaire. on peut donc appliquer à tout ce que nous avons dit sur cette section, & nous nous bornerons à quelques courtes réflexions sur quelques-uns de ses art. qui renferment une décision particulière.

de ce nombre est l'art. 1462 qui, en se référant à l'art. 1456, exige de la femme d'un individu mort civilement qu'elle fasse inventaire dans les trois mois qui suivent le moment où cette mort civile est encourue, & que cet inventaire fait contradictoirement avec les hérs du mari, soit affirmé par elle devant l'officier public qui l'a reçu.

nous avons vû, en expliquant le titre du code qui parle de la privation des droits civils par suite des condamnations judiciaires, que le mariage était dissous par la condamnation à une peine emportant mort civile, comme s'il l'eût été par par la mort naturelle. il était donc dans l'ordre des choses que les effets en fussent les mêmes, & que la femme dût, en cette occurrence, faire tout ce que lui prescrit la loi, lorsque le mariage est dissous par la mort naturelle; mais en supposant que le mari condamné par contumace à une peine emportant mort civile, vînt à mourir avant l'expiration des cinq années qui ont suivi l'exécution figurative, il n'est pas douteux que la femme devrait faire inventaire dans le délai porté en l'art. 1456, & qu'elle n'aurait pas trois mois à dater de l'expiration des cinq années de la contumace, parce que la mort naturelle de son mari le ferait rentrer dans le droit commun.

remarquez sur l'art. 1463, qu'on a cru, en cas de divorce ou de séparation de corps, devoir statuer sur la rénonciation à la communauté, ou sur son acceptation d'une manière toute opposée à celle consacrée par le droit commun.

En effet, en toute autre circonstance, la femme reste commune, tant qu'elle ne manifeste pas l'intention de ne plus l'être, son silence sur ce point est conservatoire, ici au contraire il est déclaratoire de la rénonciation par le seul laps de temps que

la loi lui accorde après le divorce ou la séparation prononcée si, dans le cours de ce délai, elle ne déclare pas qu'elle accepte la communauté. nous ne savons pas trop quel a été le motif de cette décision, mais elle existe, & c'en est assez pour qu'on doive s'y conformer.

Enfin, vous devez observer sur l'art. 1466, que cas avenant du décès de la femme, ce qui entraîne la dissolution de la communauté, ses hers peuvent y renoncer, quoiqu'elle n'ait point fait inventaire. la raison pourquoi ils ont cette faculté, est prise de ce que la femme n'ayant jamais eu l'administration de la communauté, administration qui, pendant toute sa durée, est exclusivement sur la tête du mari, elle ne peut être comptable de rien de ce qui peut y être relatif, ses hers ne peuvent par conséquent pas en être tenus.

Sect. 5.

du Partage de la communauté après l'acceptation.

art. 1467

il n'y a absolument rien à dire sur cet art. qui est purement d'ordre.

§. 1.

du Partage de l'actif.

art. 1468 & suiv. jusques & compris l'art. 1481.

Les quatorze art. qui forment ce §, ne sont autre chose que des corollaires des règles ci-devant établies, & sous ce rapport, ils ne comportent aucune explication particulière; nous ferons seulement une observation sur le dernier.

il résulte des dispoons qu'il renferme que le mari n'est point obligé de porter le deuil de sa femme, & que celle-ci est tenue au contraire de porter le deuil de son mari; ce qui le prouve, c'est que la loi ne s'est occupée de la dépense qu'entraîne la mort de l'un des époux, que dans l'intérêt de la femme, & en cela, le code s'est conformé aux dispoons des lois romaines qui disaient, d'une part, tenetur uxor lugere maritum expensis mariti, & de l'autre, uxores viri lugere non compelluntur. il faut pourtant convenir que l'usage n'est pas tel en france, et que les époux y portent réciproquement le deuil

les uns des autres; mais ce n'est là qu'un usage dont l'inobservation ne ferait encourir aucune peine au mari, au lieu que la femme courrait risque d'être privée de ses avantages, si elle se permettait de ne point porter le deuil de son époux, c'est là un devoir pour elle, mais c'est purement convenance pour le mari. au reste cette dépense est si fort privilégiée qu'on la regarde comme fesant partie des frais funéraires.

§. 2.

du Passif de la communauté & de la contribution aux dettes.

art. 1482 & suiv. jusques & compris l'art. 1491.

Aucun de ces dix art. ne présente à faire de réflexion particulière; les divers cas qui y sont décidés le sont en conformité des anciennes coutumes.

Sect. 6.

de la rénonciation à la communauté & de ses effets.

art. 1492, 1493, 1494 & 1495.

il en est de même de ces quatre art. nous observerons seulement que le premier qui déclare que la femme renonçant à la communauté perd tout droit aux biens dont elle est formée, doit être entendu dans ce sens qu'elle ne peut en rien retirer que les linge & hardes à son usage, mais non pas de manière qu'elle ne puisse point agir sur les biens de la communauté pour la répétition des divers objets dont l'art. suivant fait l'énumération; l'entendre autrement, ce serait mettre l'art. 1492 en oppoon avec l'art. 1495.

mais vous devez remarquer que quoique, en regle générale, les hôrs aient les mêmes droits que ceux à qui ils ont succédé, cette règle ne doit pas être étendue au cas où le décédé pouvait exercer un droit qui ne compétait que sa propre personne, comme celui qu'a la femme de prélever sur les biens de la communauté à laquelle elle a renoncé, ses linges & hardes, & d'exiger le logement & la nourriture pendant le délai accordé pour faire inventaire & pour délibérer.

dispoon relative à la communauté legale, lorsque l'un des époux ou tous deux ont des enfans de précédents mariages.

art. 1496.

C'est-à-dire, que l'existence d'enfans provenus d'un autre mariage

que de celui, lors duquel a été stipulée la communauté, soit qu'il n'y en ait que d'un des conjoints, soit que chacun d'eux en ait ne met aucun obstacle à ce que, lors du partage de la communauté ou dans toutes les autres opérations qu'il peut y avoir lieu de faire à la suite d'une communauté légale, il soit procédé en la forme déterminée par les art. précédents.

cependant comme il pourrait résulter de ce procédé un avantage indirect pour le conjoint survivant, en ce que ce conjoint aurait plus qu'un des enfans d'un autre lit d'un époux prédécédé, en contravention à l'art. 1098 du code, celui-ci laisse aux enfans du premier lit une action en retranchement pour rétablir l'égalité; c'était ainsi qu'on en usait avant le code, comme l'établit mr de malleville sur cet art.

deuxième partie.

de la communauté conventionnelle, & des conventions qui peuvent modifier ou même exclure la communauté légale.

art. 1497.

Quoique le législateur ait pensé que le régime de la communauté devait en contrat de mariage, régir toutes les parties de l'empire il n'a pourtant voulu qu'il en fût ainsi, qu'autant que les contractans n'auraient pas expressément déclaré qu'ils entendaient qu'il en fût autrement, soit en fesant choix du régime dotal, soit en conservant le régime de la communauté modifiée de l'un des moyens indiqués par notre art., pourvu néanmoins que cette modification ne porte point sur les dispoons énoncées dans les quatre premiers art. de la communauté légale, qu'on a regardés comme appartenant au droit public.

chacun de ces moyens a fait le sujet d'une section particulière nous allons les parcourir dans le même ordre qu'on a employé à les proposer.

Sect. 1.

de la communauté réduite aux acquêts.

art. 1498 & 1499.

En pays coutumier, on voyait peu de communautés bornées à celle des acquêts, et quoiqu'on ne puisse pas dire qu'elles formaient un droit commun dans les pays de droit écrit, il est pourtant sur la question de savoir si on ne [illegible]

vrai qu'elles y Etaient d'un plus grand usage, sinon dans le Ressort du parl. de toulouse, du moins dans celui du parl. de bordeaux mr de maleville, après avoir annoncé dans son commentaire du présent art. que ce qu'il avait à dire à cet égard, appartenait bien plus naturellement au Régime dotal, qu'au régime de la communauté, a consacré plusieurs pages de son analyse raisonnée du code civil à nous bien fixer sur ce qu'on doit entendre par société d'acquêts dont la stipulation est permise par cet art. c'est sur le 1581e du code qu'il en a parlé; & pour ne pas tomber dans des répétitions inutiles, il nous suffira de vous renvoyer à ce qu'en a dit cet Estimable auteur qui a concouru à la confection de nos nouvelles lois.

Sect. 2.

de la clause qui exclud de la communauté le mobilier en tout ou en partie.

art. 1500, 1501, 1502, 1503 & 1504.

Ces cinq art. sont consacrés à la formation & à l'explicaon de la seconde des sections indiquée par la loi, comme autant de moyens de modifications des ppes de la communauté légale. Lorsqu'on a lu ces divers art. & qu'on a jetté les yeux sur ce qu'en a dit Pothier, en son traité de la communauté, on n'a plus à y réclamer l'explicaon.

Sect. 3.

de la clause d'ameublissement.

art. 1505, 1506, 1507, 1508 & 1509.

L'ameublissement était parfaitement inconnu dans les pays de droit Ecrit, & cela ne pouvait pas être autrement, dès qu'on n'y connaissait point de communauté, & qu'aux termes de la définition que le code nous donne de l'ameublissement, il n'est autre chose qu'une mise en communauté de tout ou de partie des immeubles présents ou futurs des parties contractantes.

Les dispoons portées en ces divers art. n'exigent aucune explicaon; il suffit de les lire pour être fixé sur la différence qu'il y a entre l'ameublissement déterminé, & l'ameublissement indéterminé; Et pour l'être aussi sur les conséquences qu'amènent ces divers genres d'ameublissement. au reste, vous pouvez consulter la dessus du moulin sur la cout. de paris, §. 78, Glos. 1, n° 102. renusson, en

son traité des propres, chap. 6, sect. 8, n° 17 &c. remarquez seulement que le mineur peut ameublir ses immeubles pour les faire entrer en communauté, quoique ce soit là une espèce d'aliénation, mais pour que cette clause soit valable, il faut que la stipulaon ait été faite en présence de celles des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage du mineur. cela résulte évidemment des dispoons de l'art. 1398 du code.

Sect. 4.

de la clause de séparation de dettes.

art. 1510, 1511, 1512 & 1513.

C'est encore ici un nouveau moyen de se soustraire à l'exécution de la communauté légale que vous savez être constitutive du droit commun de l'empire, en matière d'association conjugale. il est aisé de sentir que si les futurs conjoints prennent la précaution de stipuler que chacun d'eux payera les dettes par lui contractées avant de s'engager dans les liens du mariage, leur intention a été nécessairement qu'à la dissolution de la communauté ils se fissent respectivement raison des dettes qu'il serait justifié avoir été acquittées par la communauté à la décharge de celui des époux qui en était débiteur; c'est là une suite nécessaire de la clause même: il est aussi fort aisé de sentir que cette stipulaon doit être exécutée dans l'intérêt du mari & de la femme, même dans le cas où il n'a été fait aucun inventaire, mais qu'il n'en doit pas être de même, lorsque des tiers peuvent y avoir quelque intérêt, et c'est justement ainsi que l'avait décidé l'art. 222 de la cout. de paris; la doctrine des auteurs sur ce point a été adoptée par le code.

La stipulaon que chacun des futurs conjoints resterait chargé du payement des dettes qu'il avait contractées avant le mariage rendait nécessaire l'examen de la question de savoir quelles dettes devaient être regardées comme antérieures ou comme postérieures au mariage; vous pouvez voir là-dessus pothier, en son traité de la communauté, part. 1, chap. 3, art. 5, §. 1, le répert. universel de jurisp. verb. communauté, part. 4, & une foule d'autres auteurs, à la doctrine desquels le code n'a point dérogé.

Au surplus, vous pouvez voir ce que dit mr mallévile sur la question de savoir si l'on ne doit pas inquiéter la séparation

des dettes antérieures au mariage de ce seul fait que les futurs conjoints ont borné leur apport en communauté à une somme certaine, ou à un corps certain; vous devez vous en tenir à ce qu'enseigne cet auteur qui a pour garant de son opinion pour l'affirmative celle de pothier au lieu par lui cité & les principes du droit romain.

Sect. 5.

de la faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc & quitte.

art. 1514.

ce n'est qu'à la faveur singulière dont jouissent les contrats de mariage, qu'on doit attribuer les dispoons renfermées dans cet art. car elles sont évidemment contraires au droit commun en matière de société; suivant les règles & les ppes de la raison naturelle, celui qui cherche à faire des profits, court la chance d'éprouver des pertes; cependant la femme, en stipulant qu'elle reprendra son apport franc & quitte, en cas de renonciation à la communauté, se ménage les moyens de s'affranchir des pertes que cette communauté peut avoir faites, quoiqu'en n'y renonçant pas, elle conserve le droit de profiter des gains qui peuvent en être résultés.

Tout ce qu'on peut dire pour sauver cette clause du reproche d'injustice qu'il semble qu'on puisse justement lui adresser, c'est que la femme étant étrangère à l'administraon de la communauté, pendant toute sa durée, il ne paraissait pas juste qu'elle fût victime des opérations vicieuses auxquelles elle n'a pris aucune part, & qui en ont amené la ruine.

Quoi qu'il en soit, tout ce qu'il vous importe de savoir, c'est qu'une telle stipulation fait cesser les effets de la communauté légale, & qu'elle doit être exécutée telle qu'elle est écrite, sans être susceptible d'aucune extension, comme l'on peut en juger par les exemples qu'en donne notre art. lui-même.

Sect. 6.

du Préciput conventionnel.

art. 1515, 1516, 1517, 1518 & 1519.

Le code ne parle point d'une espèce de préciput qu'on appelait légal, parce qu'il était fondé sur la dispoon de plusieurs coutumes qui formaient autant de loix particulières; ces coutumes ayant été abrogées, il était naturel qu'on ne s'occupât plus de leur résultat.

il en est autrement du préciput conventionnel, celui-ci n'étant que le fruit de la convention, rien ne s'oppose à ce que cette convention soit exécutée telle qu'elle a été arrêtée entre les parties.

La preuve la plus certaine de cette vérité, est écrite en toutes lettres dans le premier des cinq art. dont cette sect. est composée, car quoiqu'il paraisse bien naturel de penser qu'il ne puisse y avoir de préciput que là où il y a stipulation d'acceptation de la communauté, lors de laquelle le préciput a été stipulé, ce préciput n'est pas moins dû à la femme qui renonce à la communauté, pourvu toutefois que le droit de le réclamer lui ait été réservé même dans le cas où elle renoncerait.

une telle stipulation modifie la communauté légale, comme toutes celles dont l'art. 1497 renferme l'énumération, il n'est donc ce rapport seulement qu'il en est parlé ici, car la autre effet qu'elle produit, n'est besoin, pour être saisi, que d'une simple lecture des art. dont notre sect. est composée.

Sect. 7.

Des clauses par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté.

art. 1520, 1521, 1522, 1523, 1524 & 1525.

Il est sensible qu'en stipulant de l'une des manières exprimées dans notre présente section, on s'écarte des effets de la communauté légale; d'où est nécessairement la conséquence de l'autre, car on ne peut pas être tout à la fois copartageant légal à concurrence d'une moitié, et copartageant pour toute autre quote en vertu d'une convention particulière.

Des stipulations, ces conventions peuvent être de diverse nature et chacune d'elles produisant des effets divers, nous avons mal besoin de vous les retracer ici: la lecture que vous ferez des divers art. dont la sect. est composée, suffira pour vous en donner une parfaite connaissance.

Sect. 8.

De la communauté à titre universel.

art. 1526.

C'est là une faculté que le code refuse à toutes autres associations, comme on le voit dans l'art. 1837; l'unique point

sur lequel vous devez vous fixer, c'est qu'il n'est possible de stipuler une communauté universelle, en la forme portée en notre art. qu'en dérogeant aux règles de la communauté légale, et c'est sous ce rapport seulement qu'on a fait de cette stipulation la matière de la présente section.

Dispositions communes aux huit sections ci-dessus.

art. 1527 & 1528.

Ces deux art. ne présentent à faire d'autre réflexion, si ce n'est qu'on ne doit pas regarder comme limitatives aux cas précis énoncés dans chacune des huit précédentes sections, les clauses constitutives d'une communauté conventionnelle qui serait contraire à la communauté légale, c'est-à-dire, que pour déroger à la communauté légale, on n'a pas absolument besoin d'employer un des moyens énoncés dans ces diverses sections, et qu'on peut se servir pour cela de tout autre moyen, pourvu qu'il ne contrarie point les modifications portées aux art. 1388, 1389, 1390, et qu'il ne résulte en faveur des conjoints qui ont des enfans de quelque précédente union, aucun avantage indirect qui porte atteinte aux dispositions générales contenues en l'art. 1098 du code.

Du reste, pour soustraire aux règles de la communauté légale les conventions intervenues entre parties, il faut que le contrat s'en explique d'une manière explicite, ou du moins implicitement, c'est-à-dire, de telle manière qu'il ne soit pas possible d'exécuter la convention, sans s'écarter du droit commun en matière de communauté.

Sect. 9.

Des conventions exclusives de la communauté.

art. 1529.

Cet art. ne fait autre chose qu'annoncer de quelle manière on devra prononcer, lorsque les parties seront convenues qu'elles se marient sans communauté, ou avec clause qu'elles seront séparées de biens, quand elles ne se soumettent pas d'ailleurs au régime dotal, & la décision est renfermée dans les art. suivans.

§. 1er

De la clause portant que les époux se marient sans communauté.

art. 1530.

nous ne dirons pas comme les auteurs des pandectes françaises que

la clause dont parle notre art. rend dotaux tous les biens de la femme, mais seulement que le mari en a l'administration, comme s'il y avait eu constitution dotale; ce n'est au surplus que pour abréger les règles, que nous faisons cette précision, parce qu'il est de principe qu'il n'y a de biens dotaux que ceux que la femme a livrés à son mari à titre de dot; ce n'est pas que la femme en conserve la jouissance et la libre disposition, comme elle la conservait auparavant, de tous les biens non-constitués en dot; mais elle en perd la jouissance parce que la loi répute les fruits en provenant destinés à supporter les charges du mariage; elle perd aussi la faculté d'aliéner ses biens quoique non constitués, à cause de la puissance maritale sous laquelle la femme tombe elle-même.

art. 1531 & 1532.

Ces deux art. règlent le sort des effets mobiliers qui appartiennent à la femme qui s'est mariée, avec cette stipulation qu'il n'y aurait point de communauté; ils ne fournissent matière à aucune explication.

art. 1533.

En assujettissant le mari à toutes les charges dont sont tenus les usufruitiers, notre art. a nécessairement voulu qu'on le regardât comme tel. en le considérant sous ce point de vue, il est juste qu'on ne puisse l'obliger à restituer à la femme, lors de la dissolution du mariage, les effets mobiliers usés et détériorés par l'usage, tels que le linge, les meubles meublants &c. en l'état où ils étaient au commencement de cette union. il doit donc être libéré de toute obligation à cet égard par la représentation de ces divers objets, en l'état où ils se trouvent lorsque le mariage est dissout. mais il en est autrement pour les objets qui se consomment par l'usage qu'on en fait, lequel cas a il faut se régler par les dispositions du code au titre de l'usufruit, et d'après ceux qui en disent les autres précédents.

art. 1534.

Les conventions qui n'ont rien de contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, n'étant que le fruit de la volonté des parties, rien ne doit s'opposer à leur exécution; il n'est donc pas étonnant que celles dont parle notre art. jouissent & doivent être exécutées

nous recommandons la discussion du chap. qui traite de ce régime total que les biens constitués en dot sont inaliénables de là cette conséquence que de la clause dont parle notre §, valoit constitution dotale, les biens de la femme ne pourroient pas dans cette occurrence être aliénés, cependant ils pourront être, il n'est donc pas vrai que la clause dont il s'agit équipolle à une constitution dotale.

§. 2.

De la clause de séparation de biens.

art. 1536, 1537, 1538 & 1539.

La clause dont parle ce §, opère cet effet, que les conjoints demeurent étrangers l'un à l'autre, quant à leurs biens, mais ce n'est que relativement à leur administration & à la perception des fruits, car s'il s'agit d'aliénation, il en est tout autrement, et la femme, par le fait de son mariage, perd le droit d'en disposer à titre d'aliénation ou d'hypothèque, à moins qu'elle n'y ait été spécialement autorisée par son mari, ou par la justice à son refus.

on dit spécialement, car une autorisation générale seroit insuffisante, & elle seroit regardée comme nulle, quand même elle auroit été accordée à la femme en contrat de mariage, comme on le voit dans les art. 217 & 1449 du code.

mais est-il nécessaire que cette autorisation soit donnée à la femme dans l'acte même d'aliénation, ou suffit-il qu'elle le soit antérieurement et par tout autre acte? mr. Delvincourt dans son analyse raisonnée du code civil, appliquant l'art. 1538 de ce code, rapporte un arrêt de la cour de cassation du 22 Brumaire an 12, qui a prononcé sur cette question, & décidé que l'autorisation étoit valable, quoiqu'elle eut été donnée dans un acte antérieur à celui d'aliénation. cet arrêt fut basé sur la disposition de l'art. 223 de la coutume de paris qui ont été renouvellées par le code, sa décision est donc applicable aux cas qui pourroient se présenter à l'avenir & qui sont postérieurs à sa publication.

Enfin, rien n'est plus sage que cette disposition de la loi qui affranchit le mari de toute comptabilité des fruits dont la

sa femme, lorsque celle-ci, nonobstant la cause de séparation de Biens, s'a saisi jouir de ses immeubles. nous verrons en expliquant quelques art. du chap. suivant les motifs qui ont déterminé cette décision.

Chap. 3.
Du régime dotal.
art. 1540 & 1541.

Dos est illud quod mulier, vel alius ejus nomine marito dat ad sustinenda matrimonii onera.

secundum sent. Sup. Rubric. ff. Sol. mat.

Dos est jus quod dans in se continent id quod à muliere vel ejus patre vir aut ejus pater traditum est, vel pro tradito habitum ad onera matrimonii supportanda.

Benedictus in caput Raynutius, part. 1, n°. 12, pag. 173.

Vide pro oneribus Cod. de jur. dot.

Il n'est aucun de nous qui ne sache que c'est que la dot; c'est ce que la femme apporte à son mari pour supporter les charges du mariage; mais si la femme contracte mariage sans constitution de dot, devra-t-on présumer que les biens qui lui ont été donné sont dotaux? avant le nouvel ordre de choses, on décidait communément que la femme était fondée à soutenir qu'elle devait jouir de tous ses biens comme paraphernaux, lorsqu'ils n'avaient pas été nommément constitués dot, quand même elle en aurait laissé jouir son mari. telle est l'opinion d'une foule d'auteurs indiqués dans la 25e quest. sur la dénonciation par m^re Furgole, où cet auteur rapporte un arrêt du 6 juillet 1744 qui l'a jugé ainsi: j'en ai vu rendre un pareil en l'audience de la grand' chambre du parl. de Toulouse, le 18 février 1765, en faveur de la dame Gibert épouse Jouery, contre le s^r Jouery son époux — la dame Gibert épouse Jouery, contre le s^r Jouery son époux — mûtre particulier des eaux & forêts de Rhodez, conformément aux conclusions de m^re Lecomte, avocat général, & aux observations de m^re Faure sur l'art. 9 de l'ord^ce de 1731 in fine.

il devra d'autant plus en être autrement: l'art. 1541 du code y est exprès, & si les donateurs, quelque soit, en entendent par que les biens donnés leur appartiennent, il devront nommément stipuler la contraire.

on peut demander ce que serait le sort d'une femme dont le Contrat de mariage énoncerait seulement qu'elle a contracté sous le régime dotal, sans ajouter qu'elle constitue ses biens en dot, ces biens devront-ils être réputés dotaux ou paraphernaux? pour répondre pertinemment à cette question qui peut se présenter chaque jour, il faut bien se pénétrer sur les termes & sur l'esprit des art. 1541 & 1574 du code.

on doit remarquer dans le premier de ces art. deux dispositions qu'il ne faut pas confondre: la première a pour objet un fait purement

personnel à la femme qui se constitue, ou qui ne se constitue pas les biens qu'elle a déja. se fait-elle cette constitution elle-même? ses biens seront dotaux. ne se les constitue-t-elle pas? ils seront paraphernaux. la deuxième s'occupe des dons qui sont faits à la femme en contrat de mariage; par qui que les dons aient été faits, les biens seront dotaux, s'il n'y a stipulaon contraire. telles sont en substance les dispoons de l'art. 1541 du code.

ce serait une erreur de croire qu'il y a antinomie entre la 2me partie de l'art. 1541 & les dispoons de l'art. 1574 qui porte que tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot, sont paraphernaux. tout se concilie parfaitement en restreignant ce dernier art. au cas pour lequel il a été fait, c'est-à-dire, celui où il ne s'agit que des biens possédés par la femme au moment où elle contracte mariage, autres que ceux qui lui sont donnés à cette époque.

de là deux conséquences: la première qu'il n'y a constitution dotale des biens possédés par la femme, lors de son mariage, que autant que cette constitution est expressément déclarée; la seconde, que les biens donnés à la femme en contrat de mariage, sont dotaux quoique le contrat n'en dise absolument rien; & par qui que les dons lui aient été faits, à moins d'une stipulaon contraire.

Sect. 1.

de la constitution de dot.

art. 1542 & 1543.

c'est dans la manière dont les parties se sont expliquées, qu'on doit chercher l'étendue de la constitution dotale; elle peut être bornée à une partie des biens présents, ou en embrasser la totalité, tout comme elle peut comprendre les biens à venir; mais il faut pour cela qu'on s'en soit nommément expliqué. car la constitution de tous les biens faite en termes généraux ne renfermerait pas les biens à venir, parceque l'on n'est censé traiter que de ce que l'on a au moment où l'on traite.

mais le second de nos deux art. introduit un droit nouveau par la manière dont il prononce sur la question dont il s'occupe. le § 3 aux instit. sur le tit. de donat. l'avait décidé tout autrement en ces termes, quemadmodum dotes constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt &c. & la jurisp. française s'était conformée à cette décision: on peut en juger par les arrêts qui sont rapportés par Cambolas, liv. 4,

chap. 20, & par Catellan, liv. 4, chap. 55. on ne doit pourtant pas se dissimuler qu'il pourrait résulter de grands inconvéniens de la faculté qu'on aurait de constituer une dot, ou de l'augmenter constante matrimonio. C'est justement là le motif qui avait amené la diversité d'un arrêté qu'on lit dans Catellan au lieu cité. il n'y a donc pas lieu de s'étonner de la décision rapportée en notre art.

la manière dont la loi prononce sur cette question rend inutile une question que les lois romaines & les arrêts avaient décidée; elle consistait à savoir si la reconnaissance faite par un mari en faveur de la femme, dont même que les deux ne renferment aucune atteinte, était au préjudice du mari. La loi 88, §. 10, ff. de Legat. 2°. & la loi 28, §. 14, ff. de Liberat. Legat. avaient décidé l'affirmative. Et les arrêts l'avaient jugé de même. voyez Soefve, tom. 1, cent. 1, chap. 1, & le président Faber, Erroni cod. lib. 5, tit. 10, def. 5 & 7.

Art. 1514.

l'ancienne jurisp. du parl. de toulouse rapportée par d'olive, liv. 3, chap. 24, en la nouvelle édition, sur le fondement de la loi 7, cod. de dotis promiss. faisait supporter au patrimoine paternel l'entière constitution dotale faite par le père à sa fille pour tous droits paternels & maternels, quoique la mère fut présente au contrat: le patrimoine paternel supportait aussi la constitution toute entière, lorsque le père & la mère la faisaient conjointement, sans déterminer dans le contrat la portion à concurrence de laquelle la mère entendait y être.

mais cette jurisp. avait changé depuis, et les arrêts rapportés par Catellan, liv. 4, chap. 70, avaient jugé que lorsque la mère était présente au contrat, son patrimoine devait supporter la moitié de la constitution faite par le père seul pour tous droits paternels & maternels: ils avaient aussi jugé qu'il en était de même, lorsque le père & mère avaient fait la constitution conjointement.

notre code a adopté cette dernière jurisp. en une partie, & il l'a rejetée en une autre; il a déclaré que, lorsque la constitution était faite par le père & mère conjointement, chacun d'eux devait en supporter la moitié, en défaut de stipulation particulière de la portion pour laquelle la mère entendait y contribuer: mais il a voulu que malgré la présence de la mère au contrat, lorsque le père a constitué à sa fille une

somme pour tous droits paternels & maternels, celle-ci n'en supportait absolument aucune portion, & que cette dot restât toute entière à la charge du père. cet art. coupe la racine à une infinité de contestations qui étaient portées devant les tribunaux, & qui y étaient diversement jugées. je pourrais en citer deux arrêts rendus sur mes écrits dont l'un a jugé la question d'une manière, et l'autre d'une manière toute contraire, & il faut convenir qu'il y avait beaucoup à dire de part & d'autre.

art. 1545.

Le plus ancien arrêt que nous connaissions sur ce qui fait le sujet de notre art. est celui qu'on lit dans d'olive, liv. 4, chap. 10, en l'addition nouvelle, pag. 585. cet arrêt jugea que le payement fait par le père d'une partie de la constitution dotale, sans désignaon de la personne du chef de laquelle ce payement était fait, devait être présumé l'avoir été du chef de la mère qui était prédécédée. bientôt après cette jurisp. changea, car l'on trouve dans catellan, liv. 2, chap. 82, & liv. 5, chap. 53, plusieurs arrêts qui décidèrent qu'en pareille occurrence le payement devait être imputé sur la constitution faite du chef du père.

peu de questions ont éprouvé autant de variations que celle qui nous occupe. un arrêt postérieur rapporté par catellan, au lieu cité, jugea que le payement devait être présumé fait du chef de l'épouse prédécédée, & cette dernière opinion prévalut peu de temps après dans le jugement du procès d'entre le sr. lagorré & le sr. pagès: l'arrêt qui y prononça fut rendu le 20 août 1763, en la grand'chambre, au rapport de mr. de fajole. telle est encore la doctrine de boniface, tom. 2, pag. 224.

c'est pour faire cesser cette diversité d'opinions parmi les auteurs & l'incertitude qui en était le résultat nécessaire, que notre art. a prononcé, comme il l'a fait, & il faut convenir que s'il y avait beaucoup à dire en faveur de l'une & de l'autre opinion, l'avis des partisans de cette dernière paraissait devoir l'emporter. une remarque bien essentielle que vous avez à faire, c'est que le constituant n'entre de son chef dans la constitution pour tous biens paternels & maternels, qu'à concurrence de ce qui excède les droits de l'enfant dans les biens du conjoint prédécédé. je vous le ferai sentir dans mon explicaon orale.

art. 1546.

Celui qui constitue une dot, même le père, exerce une libéralité d'après la maxime, ne dote qui ne veut. cette maxime a dérogé aux principes du droit romain qui faisaient au père un devoir de doter son enfant. paternum est officium dotare filiam. quoi qu'il en soit, cette constitution dotale devant être une libéralité, cesserait d'être telle, si elle devait être prise sur les biens autrefois appartenant aux constituants : il faut par conséquent une stipulation contraire pour qu'il en soit autrement.

art. 1547.

quoique aux termes de la loi unic. ff. de donat. il soit de la nature des libéralités de ne point donner d'action en garantie, rien n'était cependant plus juste que de décider le contraire en matière de constitution dotale : la raison en est prise de ce que la dot est dû au mari à titre onéreux. en s'engageant dans les biens du mariage, celui-ci a dû compter sur cette dot, pour soutenir les dépenses qui en sont la suite inévitable ; il est donc juste que le constituant reste garant de l'engagement qu'il a contracté.

art. 1548.

Que les intérêts de la dot courent sans interpellation au profit du mari, il n'y a pas rien qui ne soit très conforme à la raison, il telle était la jurisp. de tous les anciens tribunaux, comme on le voit dans catellan liv. 4, chap. 42, mais était-il également juste de faire courir des intérêts dès le jour du mariage, lors même que le constituant a prié un terme pour le payement de la dot, comme celui de son décès ou autre ? il y aurait beaucoup à dire la dessus ; ce qu'il y a de bien vrai, c'est qu'en se décidant ainsi, notre art. a dérogé à la jurisp. attestée par catellan, au lieu cité, où l'on trouve un arrêt qui a précisément jugé que les intérêts n'en étaient point dus, quoique le contrat de mariage ne portât pas qu'il ne serait point passé jusqu'au à l'échéance du terme.

Le droit romain renfermait sur ce point une disposition singulière. la loi dernière, §. 4, cod. de jure dot. décidait que les intérêts de la dot qui n'avaient point été promis, n'étaient dus qu'après un an de la célébration du mariage.

Sect. 2.

des droits du mari sur les biens dotaux, & de l'inaliénabilité du fonds dotal.

art. 1549.

il est écrit partout que les biens dotaux deviennent en quelque sorte la propriété du mari : la femme en conserve le domaine naturel, mais le domaine civil passe sur la tête du mari voilà pourquoi celui-ci a seul le droit d'en percevoir les fruits, s'ils sont immeubles, & qu'il peut les négocier, s'ils sont meubles ou réputés tels, comme on le voit dans catellan, liv. 4, chap. 47. ce ppe se trouve dans une infinité de lois dont il serait trop long de faire ici l'indication, & entr'autres dans la loi 30 au code de jur. dot.

art. 1550.

Le titre du code ne fidejuss. vel mandat. dot. dent. renfermait la même décision. on demande si cela devrait avoir lieu, dans le cas même où le futur époux aurait été, lors du contrat, dans un tel état de pauvreté qu'il y eût à craindre que la dot fût perdue pour la femme, si elle lui était livrée? cet état d'insolvabilité notoire, au jour du contrat, aurait dû, sans doute, être une raison d'engager le père ou autre constituant à exiger du futur époux une caution pour l'assurance de la dot, mais si cette précaution n'a point été prise alors, le constituant ne pourrait point prendre de cette insolvabilité un prétexte pour se dispenser de remplir l'engagement qu'il a contracté, parce qu'il aurait à s'imputer de n'avoir pas fait l'acte de prudence que la loi l'autorisait à faire au moment du contrat.

mais il en serait autrement, si l'insolvabilité était survenue après le mariage, & nous ne doutons pas qu'alors le débiteur de la dot ne fût fondé dans le refus qu'il ferait de la compter, jusqu'à ce que le mari donnât des assurances qui en garantissent la restitution, quoiqu'on ne les eût pas exigées, lors du mariage.

La raison est prise de ce que le mari vergens ad inopiam pouvant être forcé à la restitution de la dot, il est bien plus naturel & plus utile pour la femme de ne lui en point faire la délivrance, que d'avoir à la répéter de lui : satius est intacta jura servare, quam post vulneratam causam remedium quaerere.

Art. 1551 & 1552.

Dans le temps où le fisc ne s'était attribué aucun droit à raison des clauses insérées dans les contrats de mariage, il est sensible qu'on ne pouvait attacher aux estimaons faites dans des actes de cette nature, d'autre effet que celui de la vente, voilà pourquoi le droit romain, dans les lois 5 & 10, ff. & Cod. de jur. dot. avait dit, aestimaõ facit emptionem.

mais en était-il de même, depuis l'édit de 1671, portant établissement du contrôle qu'on appelle aujourd'hui enregistrement? ne pourrait-on pas supposer que l'estimaon n'avait été faite que pour satisfaire aux dispoons de cet édit, & nullement pour se dépouiller de la propriété? cette difficulté a été souvent agitée dans les tribunaux, & elle y a été avec raison décidée d'après les circonstances comme on le voit dans le journal du palais de toulouse, tom. 5, pag. 43, 44 & 45.

L'annotateur de boutaric, en son traité des droits seigneuriaux, pag. 158, avait fait une distinction qui paraissait bien raisonnable. Si l'estimation, disait-il, est apposée à la substance du contrat, c'est-à-dire, lorsqu'elle est jointe à la constitution même, elle fait partie des conventions, & doit produire un effet entre les parties; si au contraire elle est seulement dans l'exécution, c'est-à-dire, si, après avoir réglé toutes les conventions, on ne met l'estimaon qu'à la fin de l'acte, l'on doit supposer qu'elle a été faite dans la seule vüe de mettre le traitant à portée de percevoir les droits fiscaux auxquels l'acte donne ouverture, & alors on ne doit pas présumer l'intention de vendre.

La manière dont nos art. ont prononcé là-dessus a fait disparaître tous ces doutes. S'agit-il d'une dot en effets mobiliers? l'estimaon de ces effets en produit la vente, à moins de déclaration contraire, & le mari n'est tenu à autre chose qu'au payement du prix qu'on leur a donné. S'agit-il au contraire d'une dot immobilière? l'estimation qui a été faite de ces immeubles n'en rend dans aucun cas le ~~propr~~ mari propriétaire, à moins que le contraire n'ait été expressément convenu.

art. 1553.

Le titre du code Si quis alteri vel sibi &c nous a appris que l'acquisition faite avec les deniers d'autrui, est la propriété, non de celui à qui les deniers appartiennent, mais bien de celui qui a acquis en son nom. Telle est la règle qui se trouve ici directement consacrée : il y a néanmoins une exception, c'est celle où il serait dit dans le contrat de mariage que le mari ferait emploi des deniers dotaux. cette convention devait naturellement produire l'effet dont nous venons de parler : elle manifeste clairement l'intention où était le constituant que la dot fût convertie en immeubles, & c'en est assez pour que l'immeuble acquis avec des deniers dotaux devienne par cela même dotal, pourvu que dans l'acte d'acquisition il soit dit qu'elle a été faite en exécution du contenu au contrat de mariage : Subrogatum sapit naturam subrogati.

il semble, d'après ce que nous venons de dire, qu'on devrait regarder comme dotal un immeuble donné en payement de la dot constituée en argent, puisque cet immeuble est livré en représentation d'une somme dotale. il n'en est cependant rien et quoique, aux termes de la loi 4, cod. de eviction. & de la loi 4, ff. de dol. mal. & met. excep. le bail en payement doive en règle générale, être regardé comme une vente, il n'en est pourtant pas ainsi dans le cas où il s'agit de la tradition d'un immeuble faite en payement d'une constitution en deniers ; c'est là ce que nous lisons dans le journal du palais de Toulouse, tom. 6, pag. 239, où l'on trouve un arrêt du 7 7bre 1740, qui l'a ainsi jugé d'après la doctrine de ferrière sur la quest. 48 de Guy pape & de plusieurs autres auteurs qui y sont indiqués. le code consacre cette doctrine.

art. 1554.

dans les pays de droit écrit on se conformait scrupuleusement aux dispoons de la loi unique, §. 15, cod. de rei uxor. act. qui déclare le fonds dotal inaliénable, malgré le consentement de la femme. nos livres sont pleins d'arrêts qui l'ont ainsi jugé : ce ppe a été adopté par le code, ensorte que la jurisp. antérieure à sa publicaon pourra être désormais aussi utilement invoquée qu'elle l'était auparavant. On avait d'abord pensé au conseil d'état que le principe de l'inaliénabilité de la dot, ne devait pas être maintenu ;

mais on revint de cette Opinion qui s'appuyait dans son fondement le régime dotal qu'on avait déjà déclaré devoir être conservé.

art. 1555 & 1556.

Le droit romain ne permettait pas plus le don de la dot que il n'en permettait l'aliénation. c'est ce que nous apprend la loi 21, cod. de donat. Les auteurs n'ont pas été d'accord sur la question de savoir quel était le motif de la prohibition d'aliéner la dot. Les uns ont cru que c'était à cause de l'intérêt qu'a le mari à sa conservation, & il n'est pas étonnant que ceux-là aient pensé que la femme pouvait disposer de sa dot, même en faveur d'un étranger, pourvu qu'elle le fit avec le consentement de son mari.

Les autres avaient cru que cette prohibition avait sa base dans l'intérêt qu'a la femme à ce que sa dot reste intacte, ~~[illegible]~~ Ne sexus muliebris fragilitas in perniciem earum convertatur, comme s'en exprime le §. 15, de la loi unique, cod. de rei uxor. act. Et ceux-ci étaient parfaitement d'accord avec la loi romaine, lorsqu'ils ne comptaient pour rien le consentement que pouvait donner le mari à l'aliénation du fonds dotal.

Au reste, le mot aliénation comprend si fort celui de donation, qu'il ne revient à la femme aucun avantage réel de ce genre de disposition, donare est perdere, dit la loi. que la donation transfère la propriété, & que tout acte translatif de propriété est une aliénation; est autem alienatio omnis actus per quem dominium transfertur, ce sont là les termes de la loi 1ère cod. de fund. dot.

Le parl. de toulouse déclarait valable la donation de la dot, lorsqu'elle était faite en faveur des enfans, & elle déclarait nulle celle faite au profit de personnes étrangères, quand elles l'auraient été en contrat de mariage. Cette jurisp. était fondée sur les bons principes, & nos deux art. l'ont adoptée, avec néanmoins la modification résultante du nouvel ordre des choses relatif à la puissance maritale, que le code a rendu commune à toutes les parties de l'empire; dans ce cas, la donation n'est pas proprement une aliénation, mais bien, comme le dit la loi 11, ff.

de Lib. & posth. une continuation de propriété en la personne des enfans, une anticipation de la succession.

art. 1557.

C'est là, dit Catellan, liv. 4, chap. 45, in fin. une exception au ppe général sur l'inaliénabilité du fonds dotal, & il en rapporte un arrêt du 22 xbre 1656. la jurisp. sur cette question a toujours été la même; on peut en juger par l'arrêt du 10 7bre 1732 qui est rapporté dans le journal du palais de toulouse sous cette date.

art. 1558.

il n'est point de principe, quelque général qu'il soit, qui n'ait ses exceptions. si l'ordre public est intéressé à la conservation de la dot des femmes, il ne l'est pas moins à l'exécution des devoirs que la nature & le maintien de leur propre fortune imposent aux époux, & c'est dans l'exécution de ces mêmes devoirs que se trouvent les exceptions au principe de l'inaliénabilité de la dot; cependant malgré la faveur dont ces exceptions sont accompagnées, la loi n'a pas cru devoir laisser dans la main des époux la faculté de vendre à leur gré les biens dotaux dans les circonstances où elle en permet l'aliénation; on doit en obtenir la permission de la justice, et lorsque cette permission a été accordée, on ne peut vendre qu'aux enchères & après trois affiches. cette mesure a été prescrite pour acquérir la certitude de deux points bien essentiels; le premier, que le fonds dotal ne sera aliéné que autant qu'il y aura nécessité: c'est là l'objet que la loi s'est proposée, en prescrivant l'obligaon d'obtenir la permission de la justice pour l'aliénation du fonds dotal. le second, que ce fonds sera vendu à juste prix, car le concours des acheteurs produit ordinairement cet avantage au vendeur.

Sans nous appesantir sur aucun des cas que la loi désigne comme formant autant d'exceptions au droit commun en cette matière, nous croyons devoir vous faire remarquer qu'ils sont basés sur les règles de la bienséance & sur les lumières de la droite raison. il serait vraiment messéant qu'une femme riche dont tous les biens seraient entrés dans sa

Constitution dotale, fut dans l'impuissance de rendre à son mari la liberté dont il aurait été privé, sous prétexte de l'inaliénabilité des biens dotaux; la nature serait outragée, si le même prétexte donnait à la femme l'occasion de dire qu'elle ne peut fournir des alimens, ni à ses enfans, ni à ses ascendants, ni aux personnes qui en tiennent lieu. La saine raison s'indignerait de la perte que pourrait éprouver le propriétaire de l'immeuble dotal, si cette perte n'était occasionnée que par l'impossibilité de fournir aux frais des réparations indispensables ou de procéder à un partage. il fallait donc que dans ces divers cas, il fût permis d'aliéner le fonds dotal servatis servandis; & c'est ce qu'a fait notre art.

Quant au motif d'aliénation du fonds dotal pris de la nécessité d'acquitter les dettes du constituant, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage, il a souvent fait la matière de discussions sérieuses devant les tribunaux.

on peut dire, d'un coté, que celui qui constitue une dot ne peut être réputé avoir fait entrer dans cette constitution que ce qu'il possède, déduction préalablement faite de tout ce dont il se trouve débiteur, d'où il suit que toute la partie des biens du constituant dont le prix doit servir au payement de ses dettes, n'est jamais entrée dans la constitution dotale. on invoque à l'appui de cette opinion la loi 72, ff. de jur. dot. d'où a été prise la maxime: non plus est in possessione bonorum quam quod superest deducto aere alieno. Le parl. de toulouse l'avait adopté par deux arrêts récemment rendus, l'un sur mes écrits le 11 juillet 1781, en la première chambre des enquêtes au rapport de mr. l'abbé de firmy, en faveur de jn. antoine buisson contre mathieu traversier, & l'autre le 10 avril 1783 en la grand'chambre au rapport de mr. de montgazin en faveur de jean lauscon contre mre. boisset, avocat, & madame peyret, mariée.

il fut décidé par ces deux arrêts qu'il suffisait d'avoir prouvé que les dettes existaient avant la constitution dotale pour qu'on dût maintenir la vente d'une partie des immeubles constitués

dont le prix avait servi au Payement de ces mêmes dettes, quoiqu'on n'y Eût observé aucune formalité.

d'autre côté On peut dire que les créanciers du constituant n'étant propriétaires d'aucune portion des biens de leur débiteur tous leurs droits se bornant à l'exercice d'une simple action sur ces mêmes biens, il faut nécessairement que cette propriété résidât toute entière sur la tête du constituant au moment de la constitution; qu'à la vérité ses biens étaient grevés du payement des dettes du constituant, parce que res transit cum onere suo mais que cette circonstance ne met aucun obstacle à ce qu'ils doivent être regardés comme dotaux, puisqu'ils n'ont cessé d'appartenir au constituant, qu'à l'instant même où il s'en est dépouillé par cette constitution, & où il en a investi son donataire.

c'est sous ce dernier Rapport que le code a considéré cette difficulté, par où il a dérogé à la jurisp. dont nous venons de parler, en sorte qu'il y aurait désormais nullité dans la vente qui serait consentie d'une partie ou de la totalité des Biens donnés & constitués en dot, quoiqu'elle ne l'eût été que pour le payement des dettes bien constatées & antérieures à sa constitution, si cette vente n'était pas précédée d'une permission de la justice, & des autres formalités requises par la loi.

art. 1559.

L'échange étant improprement une aliénation, il Etait naturel qu'on appliquât à ce genre de contrat les procédés requis pour la validité de la vente, quant à l'autorisation de la justice. mais comme il ne saurait y avoir lieu, ni à affiches, ni à enchères notre art. a prescrit l'exécution d'une formalité qui les supplée elle consiste à faire procéder par experts que le tribunal nomme d'office, à l'estimation des divers objets qui doivent faire la matière de l'échange, pour juger si l'immeuble reçu en contre-échange Est de même valeur pour les quatre-cinquièmes au moins que celui qui appartient à la femme.

vous devez remarquer encore que le consentement de la femme Est absolument Requis pour la validité d'un traité de cette espèce Et que le juge ne doit accorder l'autorisation, qu'autant qu'on a mis sous ses yeux la preuve que la condition de la femme en devient meilleure. Lorsque tous ces préliminaires ont été observés Et que l'échange est consommé, la femme se trouve investie à titre de dot, de l'immeuble qui a été livré en contre-échange la loi 27, ff. de jur. dot. avait décidé la question de la

même manière.

art. 1560.

Cet art., par sa contexture, termine un grand nombre de difficultés qui avaient partagé les jurisconsultes & les tribunaux. ce n'est pas qu'ils ne fussent tous d'accord que le bien dotal était inaliénable, soit que la femme ou le mari l'eussent vendu seul ou conjointement, la loi y est trop expresse pour cela : mais il ne l'était pas sur la question de savoir, si le mari pouvait lui-même & pendant le cours du mariage, faire révoquer l'aliénation qu'il aurait consentie du fonds dotal, sans demeurer assujetti aux dommages-intérêts envers l'acheteur.

On ne peut pas se dissimuler que, d'après les ppes du droit, tout vendeur avec promesse de garantie, doit être déclaré non recevable à revenir contre son engagement, aussi bien que son hér, & que l'acheteur a le choix, ou de demander les dommages-intérêts, à raison de l'éviction, ou de s'opposer à l'éviction par l'exception du dol, à cause de la maxime, quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio. vous pouvez voir du périer, tom. 1. liv. 1, chap. 9.

cependant plusieurs auteurs, entre autres boniface, tom. 1er pag. 377 & suiv. ont pensé, & les arrêts que cet auteur rapporte ont jugé que le mari, malgré son engagement personnel, pouvait demander la cassation du contrat de vente, & même qu'il ne devait aucun dommages, à raison de l'éviction, si l'acquéreur savait que le fonds était dotal.

Le code a adopté cette doctrine, & a dérogé par là à la dernière jurisp. de toulouse qui venait d'acquérir un nouveau degré de force par l'arrêt qui y fut rendu le 26 juin 1782, en la 2e chamb. des Enq. au rapport de mr de Jurin dans l'espèce suivante.

jeanne fulcran se mariant avec jacques fabre, se constitua tous ses biens présents & à venir par contrat du 15 août 1732. pendant le mariage, fabre vendit à jean campagnac un champ faisant partie de la dot de sa femme ; il le vendit en qualité de maître des biens dotaux ; & s'obligea à la garantie. fabre fils hér de ses père & mère demanda à campagnac le délaissement de ce champ, demeurant son offre de lui rendre le prix de son acquisition

l'acquéreur refusa, & soutint que la qualité d'hér. de son père dont était investi fabre fils rendait celui-ci non recevable à réclamer le fonds dotal, à cause de la maxime quem de evictione &c. Et l'arrêt accueillit cette exception.

il en serait autrement aujourd'hui : la demande en délaissement serait accueillie, malgré la promesse de garantie que fabre père avait faite, campagnac n'obtiendrait que la restitution du prix, parce qu'en lui consentant la vente, fabre avait déclaré qu'il vendait, en qualité de maître des biens dotaux, ce qui était dire bien clairement que le champ était dotal.

art. 1561.

On a établi ici en ppe que la prescription ne peut point frapper les immeubles dotaux pendant la durée du mariage, à moins qu'elle n'ait commencé auparavant, & ce ppe est établi sur la loi 16, ff. de fund. dot. Catellan, liv. 4, chap. 45, distingue (assez mal à propos à notre avis) le cas où il s'agit de sommes dotales d'avec celui où il s'agit d'un immeuble constitué en dot, pour admettre la prescription dans le premier cas, quoique non commencée avant le mariage, & pour la rejetter dans le second. Quoi qu'il en soit, il demeure d'accord que lorsqu'il s'agit d'immeubles constitués en dot, la prescription ne court pendant le mariage, qu'autant qu'elle avait commencé auparavant, & l'arrêt qu'il rapporte au lieu cité, l'a ainsi décidé. Par où le code confirme la jurisp. de toulouse & la décision du droit romain.

mais il en est autrement, lorsqu'il y a séparation de biens entre les conjoints, & dans ce cas, soit que la prescription n'ait commencé qu'après le mariage, soit qu'elle ait commencé auparavant, son cours n'est pas suspendu pendant sa durée.

art. 1562.

La loi assignant au mari sur les biens dotaux tous les droits qu'elle donne à l'usufruitier, il était juste de l'assujettir à toutes les obligations dont celui-ci est tenu. comme tel, il doit veiller à leur conservation, & si ces biens éprouvent quelque détérioration par sa faute, il en demeure responsable, comme il l'est de toute prescription, videtur alienare qui patitur usucapi, leg. 28, ff. de verb. signif.

art. 1563.

c'est dans la loi ubi adhuc, 29, cod. de jur. dot. qu'est prise

cette disposon ; mais cette séparation de biens n'autorise point la femme à aliéner ses fonds ; ils ne restent pas moins dotaux, & elle demeure obligé à fournir avec les revenus tout ce qui est nécessaire à l'entretien de son mari & de ses enfans.

Sect. 3.

de la restitution de la dot.

art. 1564 & 1565.

Ces deux art. sont pris dans le droit romain, & dans la jurisp. des cours souveraines qui statuaient de la même manière sur l'époque à laquelle la restitution de la dot peut être exigée. vous trouverez cette question amplement discutée par mr. furgole, en son commentaire de l'art. 21 de l'ordce de 1731 concernant les donations. cet auteur, après avoir fait la chronologie des lois qui y sont relatives, nous apprend qu'il en est de l'exaction de l'augment comme de celle de la dot, quant à l'époque où elle peut être faite.

art. 1566.

Vous savez déja qu'en matière de meubles constitués en dot, la propriété en est acquise au mari, lorsque le contrat en renferme l'estimation, à moins d'une déclaration contraire : on suppose ici que cette déclaration a été faite, ou qu'il n'y a point eu d'estimation auquel cas la propriété reste sur la tête de la femme, alors l'usage de ces meubles est pour le compte de la femme, & le mari en est quitte en les rendant dans l'état où ils se trouvent, pourvu qu'ils soient exempts de tout reproche sur l'usage qu'il a pu en faire pendant le mariage.

La deuxième partie de notre art. renferme une exception au ppe général, d'après lequel la femme ou ses hers ne peuvent réclamer la dot qui consiste en meubles estimés, qu'un an après la dissolution du mariage, & cette exception a pour objet les linges & hardes qui servent à son usage actuel, ainsi lors même que l'estimaon de ces objets a été faite dans le contrat, le mari ou ses hers ne peuvent point s'opposer à ce que la femme en obtienne la délivrance en nature, sauf à celle-ci à en précompter la valeur sur l'estimaon qui en avait été faite primitivement.

art. 1567.

ceci est pris dans la loi 49, cod. vol. mat. & dans les lois 33 & 53, ff. de jur. dot. mais si, par des demandes inconsidérées, le mari était cause de la perte ou du retranchement que pourraient éprouver les obligaõns ou constitutions de rente dont parle notre art. il n'est pas douteux que ce serait au mari à les supporter. Leg. 71, ff. de jur. dot.

art. 1568.

Ce qui est dit ici peut être considéré sous deux rapports différents, celui où il serait fait constitution dotale des fruits que le mari pourrait retirer de la chose désignée, & celui où la constitution ne porterait que sur le droit de percevoir les fruits de cette même chose. au premier cas, la femme après la dissolution du mariage serait fondée à réclamer sur les biens de son mari l'entier montant des fruits qu'il aurait perçus, attendu que ces fruits auraient formé sa dot. dans le second cas au contraire qui est celui de notre art. le mari ne serait comptable d'aucuns fruits envers les hêrs de la femme, parce qu'il n'y aurait eu de constitué que le droit de les percevoir.

art. 1569.

on jugeait, sans difficulté, au parl. de toulouse qu'après dix ans de mariage, le mari devenait responsable envers sa femme de la dot qu'il avait négligé de se faire payer, & notre art. confirme cette jurisp. qui est attestée par Catellan, Liv. 4, chap. 46, mais il ne parle point d'une exception à cette règle. cette exception consistait à distinguer le cas où la femme s'est faite elle-même cette constitution, d'avec celui où elle lui a été faite par tout autre. le motif de la responsabilité prononcée contre le mari, étant pris de la négligence qu'il a mise à se faire payer, ne peut pas être raisonnablement appliquée au cas où le mari n'aurait pû diriger ses poursuites que contre sa femme, il fallait donc que dans cette hypothèse, il en fût tout autrement qu'aux termes du droit commun, & nous ne doutons pas qu'on ne jugeât encore la question de la même manière, quoique le code ne fasse point cette précision.

le code laisse encore indécise une autre question qui était diversement décidée dans les tribunaux. elle consiste à savoir si la

mari devenu responsable envers sa femme par le laps de 30 années de la dot qu'il n'a point reçue, conserve, pendant 30 ans, son action contre le constituant, ou s'il en est déchu à cause de la présomption légale qu'il a été payé de la dot. Louet & Brodeau, lett. D, Somm. 19, argou, en ses institutes au droit français, liv. 3, chap. 8, pag. 88, ferrière, sur la coutume de paris, tom. 2, pag. 359, n°. 5, attestent que, suivant la jurisp. de paris, le mari est déclaré non recevable à réclamer du constituant la dot qu'il avait promise; mais cette jurisp. n'a son fondement, ni dans le droit, ni dans aucune ord^ce. Le mari a contre le constituant une action personnelle qui dure 30 ans, & qui ne peut être prescrite que par ce délai. Berroyer, sur bardet, tom. 2, pag. 624 & suiv. a fait une savante dissertation pour prouver que cette jurisp. était contraire aux règles, & l'on trouve dans le journal des audiences, tom. 3, liv. 10, chap. 1, un arrêt du 9 janvier 1684, qui a jugé que la dot ne se prescrivait que par 30 ans pour la ci-devant province d'auvergne qui était pays de droit écrit, quoique du ressort du parl. de paris. Telle était aussi la jurisp. du parl. de toulouse, comme le dit Catellan, liv. 4, chap. 46, & celle-ci mérite la préférence.

art. 1570.

La loi n'accordant au mari les fruits ou les intérêts de la dot, que pour l'aider à supporter les charges du mariage, il est naturel que ces charges prennent fin par la mort de la femme, & lorsqu'il y a lieu à la restitution de la dot, ses fruits ou ses intérêts tournent au profit de ses hers, dès l'instant de son décès.

Si c'est le mari qui prédécède, elle peut, à son choix, réclamer les intérêts de sa dot, ou agir contre les hers du mari pour en obtenir des alimens pendant l'année du deuil, quelque modique que fût cette dot, sans préjudice, quelle que soit son option, du droit que lui accorde la loi d'être logée et vêtue aux dépens de la succession. Tenetur uxor lugere maritum expensis mariti. au parl. de toulouse on donnait aux habits de deuil le même privilège qu'aux frais funéraires.

art. 1571.

La manière de partager les fruits des immeubles dotaux entre le mari & la femme ou leurs hêrs indiquée ici, est une exception au droit commun établi par le code dans le titre de l'usufruit; vous n'avez pas, sans doute, oublié que, d'après ce titre, l'usufruitier n'a de droit sur les fruits autres que les civils, qu'autant que ces fruits ont été séparés du sol. or, le mari n'étant qu'usufruitier des immeubles dotaux, on aurait pû croire qu'il devait en être de même des fruits de la dernière année du mariage.

il en a été autrement décidé & avec raison, parce que les fruits des biens dotaux étant acquis au mari pour la supportation des charges du mariage, & ces charges ne finissant qu'au décès de la femme, il était juste que le partage en fût fait de telle manière que le mari en jouit pendant toute sa durée.

art. 1572.

notre art. apporte un grand changement à ce qui se pratiquait en pays de droit écrit, & notamment à toulouse où le droit romain était scrupuleusement observé, en faveur de la femme ou de ses hêrs, en matière de restitution de dot.

personne n'ignore les dispoons de la fameuse loi assiduis, cod. qui pot. in pign. hab. par laquelle l'empereur justinien accorda aux femmes le privilège singulier de répéter leurs dots sur les biens de leurs maris par préférence aux créanciers même antérieurs au mariage. nous aurions beaucoup de choses à vous dire sur la manière dont cette loi était exécutée au parl. de toulouse et sur les exceptions qu'on y fesait: nous vous les ferons connaître dans l'explicaon orale: nous nous bornerons, quant à présent, à vous dire que ce privilège est aboli: cependant les femmes ont encore un avantage dont il serait inutile de vous parler ici. ce que vous devez en savoir trouvera mieux sa place dans l'explicaon du titre des hypothèques.

art. 1573.

Ce qui est dit ici est pris, pour ainsi dire, en toutes lettres dans Catellan, liv. 4, chap. 17, où ce magistrat rapporte des arrêts qui ont décidé que la perte de la dot tombait sur la femme uniquement, lorsque le mari était solvable à l'époque du mariage

diversement [illegible]

ou lorsqu'il avait une profession qui lui tenait lieu de biens mais qu'il en était autrement, lorsque l'insolvabilité était survenue depuis.

Sect. 4.

des biens paraphernaux.

art. 1574.

L'explication de cet art. se trouve faite d'avance partout ce que nous en avons dit sur les art. 1540 & 1541 ci dessus.

art. 1575.

La règle générale est telle que c'est au mari à fournir tout ce qu'il faut pour le ménage, & que la femme n'y contribue que par les revenus de sa dot. elle ne doit donc pas y contribuer, lorsque, par son contrat de mariage, elle s'est réservé tous ses biens pour en jouir à son gré; le droit romain l'avait ainsi décidé dans la loi 8, cod. de pact. conv. cependant on a cru qu'il serait messéant qu'une femme se regardât comme étrangère aux besoins du ménage, & agît comme telle, en employant ses revenus entiers à tout autre objet. En conséquence notre art. a décidé qu'elle y contribuerait à concurrence du tiers de ses revenus, si la quotité de contribution n'avait pas été autrement fixée par le contrat.

On ne peut pas se dissimuler que cette disposition est diamétralement contraire à la nature des biens paraphernaux, mais elle est juste, & nous ne doutons pas qu'il ne fût décidé que cette contribution devrait avoir lieu, même dans le cas où la prévoyance des parties les aurait engagées à convenir expressément que la femme ne souffrirait aucun retranchement dans la jouissance de ses biens paraphernaux pour quelque cause que ce fût.

art. 1576.

Ce qui est dit dans la première partie de notre art. est conforme au droit romain, mais on s'en est bien éloigné dans la seconde. avant le code & respectivement à ses biens paraphernaux, la femme était de la même condition que si elle ne s'était point mariée; ce changement est une suite du pyre nouvellement

admis dans les pays de droit Ecrit, qui fait tomber la femme sous la puissance maritale.

art. 1577.

Le mari Etant étranger aux Biens paraphernaux de la femme, il est sensible que s'il les administre & la suite & En exécution du mandat qu'il En a reçu, il doit en rendre compte, aussi bien que tout autre.

art. 1578.

il en est autrement, lorsque la jouissance du mari a son ppe dans la simple tolérance de la femme; on aurait pu croire que le mari étant le procureur légal de sa femme devait Etre regardé comme son mandataire dans la jouissance de ses biens paraphernaux, Et qu'en cette dernière qualité il devenait comptable envers elle des fruits qu'il en aurait perçus d'après les dispoons de l'art. précédent: c'est pour aller au devant de cette difficulté que a été fait cet art., en quoi le code se trouve parfaitement d'accord avec le droit romain en la loi 8, cod. de pact. conv.

art. 1579.

il est des hommes qui, dans le mariage, se permettent d'étendre leurs droits au dehors des bornes qu'ils se sont prescrits En contractant ce lien, et qui s'emparent des Revenus des biens de leurs femmes, contre le gré de celles-ci: la loi a voulu réprimer cet abus, En assujettissant le mari à rendre compte des fruits, tant existants, que consommés; mais il faut pour cela que l'oppoon de la femme à la jouissance des biens paraphernaux dont le mari se serait Emparé, soit constatée il paraît difficile qu'elle puisse l'être autrement que par des actes, & nous ne pensons pas que la preuve vocale de la prohibition, En cette matière, fût admissible.

art. 1580.

C'est sur les fruits des biens que doivent Etre prises les sommes devenues nécessaires pour la conservation & l'entretien de ces mêmes biens: il était donc juste que le mari jouissant des Biens paraphernaux de sa femme, demeurât assujetti à toutes les obligaons de l'usufruitier, & c'est ainsi que notre

art. 4. à déterminé.

Disposition particulière

art. 1581.

Nous devons soumettre à l'interprétation de cet art. ce qu'en a dit mr De malleville, dans son analyse raisonnée du code civil, ainsique nous vous avons déjà annoncé sur les art. 1698 & 1699.

Tit. 6.

De la vente.

chap. 1er

De la nature & de la forme de la vente.

art. 1582 & 1583.

La vente est un contrat du droit des gens que l'habitude a introduit, leg. 1, in ppio, & §. 2, ff. de contrah. empt. leg. 5, ff. de justit. & jur. §. 2, instit. de jur. nat. &c. mais il a été approuvé et réglé par le droit civil, §. 41, instit. de rer. divis. §. 1, instit. de oblig. l'écriture n'entraine de la vente de ce contrat, leg. 10, cod. de fid. instrum. & il ne faut pas croire que le code ait dérogé aux loix, lorsqu'il a dit que la vente pouvait être faite par acte authentique ou sous seing privé. en s'exprimant ainsi, il a entendu seulement que si on faisait tout que d'écrire on pouvait employer l'une ou l'autre de ces formes sans encourir la peine de nullité, & que le transport de la propriété dans l'intérêt du vendeur & de l'acheteur s'opérait également pourvu qu'on n'ait aucun autre vice à imputer au traité.

art. 1584, 1585 & 1586.

Ce qui est dit dans cet art. est entièrement puisé aux droit romain, comme on le voit dans les textes, notamment dans la loi 35, §. 5, ff. de contrah. empt. & dans la loi 1, ff. de peri. & comm. rei vend. au reste, c'est dans la contexture du traité qu'on doit chercher la solution des difficultés qui peuvent s'offrir en cette matière. en voici des exemples.

pierre vend à jean toutes ses marchandises à tant le quintal. Ces marchandises périssent par cas fortuit, avant qu'elles aient été pésées. pour le compte duquel des deux du vendeur ou de l'acheteur auront-elles péri? l'acheteur devra supporter cette perte. pourquoi? parceque dans cette hypothèse le poids n'est requis que pour déterminer le taux auquel revient l'entier prix de la vente; que cette vente a été parfaite d'ailleurs dès l'instant où les parties sont convenues de l'objet et du prix qui devait en être payé par quintal. Les auteurs des pandectes françaises sont tombés dans une erreur grossière, lorsqu'ils ont soutenu qu'il n'y avait pas de vente, avant le mesurage ou la pesée. [vid. Pothier, contrat de vente, part. 4, n.° 308.]

Supposons au contraire que pierre ait vendu à jean une partie de ces marchandises & à concurrence d'un certain nombre de quintaux. ces marchandises venant à périr, avant que la pesée en soit faite, pour le compte de qui sera la perte? elle sera pour le compte du vendeur. pourquoi? parce qu'en matière de vente d'objets qui doivent être pésés ou mesurés, lorsqu'elle n'a point été faite en bloc, le transport de la propriété ne s'opère que par la pesée ou le mesurage; et que jusqu'alors le vendeur en conserve la propriété.

art. 1587.

Ceci est prins dans la loi 34, §. 5, ff. de contrah. empt. qui dit en propres termes: gustus ad hoc proficit ut improbare liceat; il n'est donc pas vrai que jusqu'alors il y ait vente.

art. 1588.

Quoi qu'en disent les auteurs des pandectes, la vente à l'essai a dû être regardée comme faite sous une condition suspensive et non résolutoire, car les choses restent véritablement en suspens jusqu'à ce qu'après l'essai celui qui l'a faite déclare qu'il veut, ou qu'il ne veut pas de la chose. [vid. Pothier contrat de vente, part. 2, chap. 3, art. 3, n.° 264. - leg. 3, ff. de contrah. empt.]

art. 1589 & 1590.

Le code a adopté ici la doctrine de ferrière sur la quest. 627 de guy pape, & du président faber, en son code, lib. 2, tit. 3, def. 11, & lib. 4, tit. 7, def. 10. peu de personnes sont bien

fixées sur la manière dont on doit entendre le tit. de emptione, Et vend. aux inst. in ppio. vous en trouverez la bonne Explicaon dans les institutes de boutaric, au commencement de ce titre, pag. 473 & 474; & cette explicaon Est celle qu'En a donné m^r portalis, en présentant ce titre au corps législatif. Vous y verrez aussi à quel cas doit Etre appliquée la faculté de résoudre l'engagement par la perte ou par le doublement des arrhes.

art. 1591, 1592 & 1593.

Ces trois art. ne présentent à faire aucune Réflexion; il suffit de les lire pour les bien connaître.

chap. 2.

Qui peut acheter ou vendre.

art. 1594, 1595, 1596 & 1597.

Le ppe Général, En cette matière, Est tel que chacun Est le maître de vendre & d'acheter comme il le juge à propos, à moins que la loi ne le lui défende. ce n'est qu'à titre d'exception au droit commun que ce genre de contrat est prohibé. ainsi tout individu qui ne se trouve point dans l'exception peut, à son gré, vendre ou acheter; point d'obstacle à ce que le père puisse vendre à son fils, tout dol & fraude cessant. il n'y en a pas non plus à ce que le condamné à une peine emportant mort civile ne puisse, après l'exécution figurative du jug^t porté contre lui, vendre ou acheter, quoiqu'il soit déchu de la jouissance des droits civils, parce que la vente & l'achat sont du droit des gens.

Vous devez remarquer qu'on ne doit pas argumenter d'un cas à l'autre pour multiplier les exceptions, parce qu'il est de ppe que ce qui n'est pas prohibé par la loi est permis. au reste, les lumières de la simple raison suffisent pour se bien pénétrer de la justice que renferment les art. 1596 & 1597, En ce qu'ils défendent aux personnes y dénommées de se rendre adjudicataires ou d'acquérir les de ce

divers objets qui y sont désignés.

Vous avez encore à faire une observation bien essentielle; c'est que l'art. 1597 du code est bien plus étendu que ne l'était l'art. 54 de l'ord.ce d'orléans de l'année 1560. celui-ci ne défendait aux juges avocats & procureurs d'acheter aucun transport ou cession de procès & droits litigieux. Ce sont là les propres termes de la loi que pour le regard des causes & procès dont ils auraient charge ce qui laissait aux avocats, procureurs & autres, la faculté de prendre cession de droits & actions litigieux, lorsqu'ils n'étaient point chargés de la poursuite des procès.

à l'avenir, il n'en sera point de même, & il suffira que le procès soit de la compétence du tribunal, dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, pour qu'ils soient inhibés d'en prendre cession, à peine de nullité de l'acte & des dommages & intérêts.

chap. 3.

des choses qui peuvent être vendues

art. 1598, 1599, 1600 & 1601.

nous avons déja dit qu'aux termes du droit commun toute personne pouvait vendre & acheter, à moins qu'elle ne fût dans la classe de celles à qui ce genre de contrat est prohibé. il en est de même des choses. toutes sont susceptibles de vente, à moins que l'aliénation n'en ait été défendue. Le droit romain permet même la vente du fonds d'autrui consentie sciemment, sinon pour forcer le vendeur à délivrer la chose, du moins pour l'assujettir au payement des dommages & intérêts: tel est le vœu de la loi 28, ff. de contrah. empt. on n'a pas voulu qu'il en fût de même en france, & il faut convenir que c'était pousser trop loin la faculté de disposer dont les romains étaient fort jaloux. on a conservé l'action en dommages à l'acheteur qui a ignoré que le vendeur ne fût pas propriétaire.

du reste, le code a confirmé la jurisp. française attestée par Louet & Brodeau, lett. H, Somm. 6, lorsqu'il a déclaré qu'on ne pouvait pas vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement: en quoi on s'était éloigné des dispositions

du droit romain qui le permettait dans cette circonstance comme nous l'apprennent les lois 1 & 2, ff. de hæred. vel act. vend. [Ca leg. Mt. Cod. de pact.]

Enfin, comme il ne saurait y avoir de vente là où il n'y a point d'objet qui puisse faire la matière de ce contrat, il est sensible que si la chose vendue avait péri au moment du traité, la vente serait nulle; mais qu'en doit-il être si elle n'avait péri qu'en partie? comme il est très possible qu'elle n'aurait pas été achetée, si l'on avait connu son état, la loi a cru devoir laisser à l'acheteur le choix, ou d'abandonner la vente, ou d'en réclamer l'exécution pour la partie conservée, & dans ce dernier cas, il doit être fait ventilation pour la fixation du prix, c'est-à-dire, que si la chose est conservée pour une moitié, le prix sera réduit de moitié &c.

Chap. 4.

des Obligations du Vendeur.

Sect. 1.

dispoons générales.

art. 1602 & 1603.

Le droit romain, en la loi 39, ff. de pact. & dans plusieurs autres textes, nous avait enseigné la même chose. remarquez qu'il résulte de la contexture de l'art. 1603 que la garantie est de la nature de la vente, c'est-à-dire, que tout vendeur la doit à son acquéreur, quoiqu'elle n'ait pas été nommément stipulée.

Sect. 2.

de la délivrance

art. 1604 jusques & compris l'art. 1615.

Ces douze art. ne font autre chose que déterminer quels sont les actes constitutifs de la délivrance de la chose meuble ou immeuble qui a fait la matière de la vente, et nous fixer sur l'étendue des obligations qui résultent de ce

genre de contrat dans quelques hypothèses particulières qui forment autant d'exceptions au droit commun.

il est aisé de sentir que sous ce rapport, ils n'exigent aucune explication particulière; mais il est des cas où tout doit se décider par la possession; par conséquent il est du plus grand intérêt de connaître l'époque où elle a commencé. Et cette connaissance ne peut être acquise qu'autant qu'on est bien fixé sur ce qui est nécessaire pour opérer la tradition.

maintenant supposons qu'un propriétaire, après avoir vendu son immeuble par acte public, vende encore ce même immeuble sous seing privé; quel est celui de ces deux acquéreurs qui sera préféré? sera-ce le porteur de l'acte public qui a pour lui la fixité de la date de son titre, ou bien sera-ce le porteur de l'écrit privé qui le premier se sera mis en possession de l'immeuble? la loi quoties 15, cod. de rei vind. & généralement tous les auteurs indiqués par m^r furgole dans la 39e du sesquest. sur les donations, décident que le premier qui s'est mis en possession doit obtenir la préférence. il en sera désormais autrement, le code a prévu cette difficulté, dans les art. 1140 et 1141 où l'on trouve une distinction entre les choses mobiliaires et les immeubles; le sort de ces derniers est (dit l'art. 1140) déterminé par le titre de la vente & par celui des privilèges et hypothèques; au contraire le sort des choses mobiliaires se détermine par la possession, pourvu que cette possession soit de bonne foi.

Art. 1616, 1617, 1618 & 1619. (vid. la pag. à la fin)

On distinguait autrefois, comme nous l'apprenons de m^r magnan liv. 4, chap. 28, de charondas, liv. 8, déf. 54, & de plusieurs autres, le cas où la vente commençait par le corps auquel on ajoutait ensuite la contenance, d'avec celui où la vente commençait par la contenance; comme par exemple: je vous vends 30 arpents de terre dont mon domaine est composé: l'on décidait, dans le premier cas, que le vendeur n'était pas obligé de parfaire la contenance annoncée mais qu'il l'était dans le second.

Cette distinction était contraire à la décision portée en la loi 2

de act. empt. & vend. ainsi qu'à la loi 42 du même titre. ces deux textes décident clairement que l'entière contenance doit être délivrée, si in emptione modus dictus est, et non praestatur, ex Empto actio est. Le code a corrigé cette erreur, en assujétissant le vendeur à délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat. il a pourtant été fait à cette règle générale des modifications que nous vous ferons connaître dans l'explicaõn orale. nous nous bornons, quant à présent, à vous faire remarquer que le dernier de nos quatre art. n'est relatif qu'au cas où la vente n'a point été faite à tant la mesure, quoiqu'énonciative d'une mesure, & dans ce cas il n'y a lieu à augmentation ou à diminution du prix convenu qu'autant que la contenance est plus grande, ou moindre d'un vingtième que celle énoncée dans l'acte.

art. 1620, 1621, 1622, 1623 & 1624.

Ces cinq art. quoique uniquement relatifs au mode d'exécution de l'art. 1619, présentent néanmoins quelques réflexions à faire. vous devez observer

1°. que le code introduit un droit absolument nouveau, lorsqu'il autorise l'acquéreur à se désister du contrat, dans le cas où la contenance réelle excède d'un vingtième celle qui y est énoncée, & que cette faculté ne peut point être par lui exercée dans le cas où elle est moindre d'un vingtième.

La raison de décider la première question est prise de ce que nul ne doit être forcé d'acquérir plus qu'il ne se l'est proposé. cette obligaõn pourrait porter quelque atteinte à ses intérêts. La deuxième a son ppe dans cette vérité incontestable que toute personne qui a de quoi payer une somme quelconque, a nécessairement de quoi en payer une moindre.

2°. Qu'en fournissant à l'acheteur un prétexte légitime de se désister de son acquisition, le vendeur doit supporter les frais de ce contrat, parce qu'il a à s'imputer une espèce de dol, dont les suites ne doivent pas retomber sur l'acheteur.

3°. que l'action relative à la demande en supplément, ou en diminution du prix, ou résiliation du contrat, doit être intentée dans l'an à partir du jour de sa date.

f. 42, ff. de act. Empt. & vend.

4° Enfin, qu'il se fait compensation de la sur-contenance qui peut se trouver dans un des objets vendus, avec le déficit qui a pû se rencontrer dans un autre, lorsque deux fonds ont été vendus à un seul prix & par le même contrat, quoique la mesure de chacun d'eux y soit désignée, en sorte qu'il doit en être tout comme s'il s'agissait d'un fonds unique.

Sect. 3.

de la Garantie.

art. 1625.

il ne se présente ici aucune observation à faire.

§. 1.

de la garantie en cas d'éviction.

art. 1626, 1627, 1628, 1629 & 1630.

Nous vous avons déja fait remarquer que la garantie était de la nature de la vente; & ce ppe a pour base la loi 66, ff. de Contr. empt. la loi 19, ff. de evict. & la loi 6, cod. eod. le code en prononce la confirmation; mais il est bon de vous fixer sur ce que c'est que garantie.

Sans nous arrêter à examiner la différence qu'il y a entre la garantie formelle & la garantie simple, que vous devez connaître et que vous savez avoir lieu, la première pour les matières réelles & hypothécaires, & la seconde pour toute autre matière nous vous indiquerons ici ce qu'on entend par garantie de droit et par garantie de fait; il est très essentiel de ne pas les confondre.

La garantie de droit est celle qui consiste à assurer la possession de la chose vendue, & celle de fait consiste à faire valoir la bonté de la chose livrée. La première est dûe indépendamment de toute convention, & par la nature même du contrat. La deuxième au contraire n'est dûe, qu'autant qu'elle a été nommément promise comme on le voit dans Loyseau, en son traité de la garantie des rentes, chap. 2, n°. 7, 8 & suiv.

C'est du premier de ces deux genres de garantie que parle le code lorsqu'il dit qu'on peut ajouter à cette obligation ou en diminuer et même en dispenser totalement le vendeur, ce qui nous prouve que la garantie n'est pas de l'essence de la vente. mais dans

dernier cas. & lorsque le vendeur a été affranchi de toute garantie, il n'y reste pas moins soumis, si c'est par son fait qu'il y a lieu à la demande en garantie de la part de l'acquéreur. Ce serait alors un vrai dol de sa part, puisqu'il resterait le maître d'évacuer l'objet de la vente, sans courir aucun risque. voilà pourquoi la loi déclare nulle toute convention contraire.

mais lorsque la vente porte rénonciation à toute garantie, cette stipulaon dispense-t-elle le vendeur même de la restitution du prix qu'il a reçu? la loi 11, §. 18, ff. de act. empt. décide en expressément que la rénonciation à toute garantie n'emporte point rénonciation à la restitution du prix; cette rénonciation doit être expresse en matière de vente. il n'en est point de même du cas où il s'agirait d'une subrogation à une hypothèque avec rénonciation à toute garantie. vous pouvez voir la différence qu'il y a d'un cas à l'autre, dans Catellan, liv. 5, chap. 22;

telle est la régle générale. cependant si l'acquéreur connaissait le danger de l'éviction, comme, par exemple, si le mari avait déclaré dans le contrat qu'il vendait le fonds dotal de sa femme, la rénonciation à toute garantie dans cette hypothèse produirait l'exclusion de la demande en restitution du prix: cette exclusion aurait lieu aussi dans le cas où l'acquéreur aurait acheté à ses périls & risques.

Enfin, on doit si peu douter que la garantie de droit ne soit de la nature de la vente, que le dernier de ces cinq art. attribue à l'acte de vente, en cas d'éviction, le même effet, lorsqu'il n'y a point de stipulation de garantie, que lorsqu'elle y a été expressément promise.

art. 1631 jusques & compris l'art. 1640.

Loy. 13, ff. de Eviction. il serait inutile de vous donner ici l'explicaon particulière de ces dix articles. vous la trouverez dans le traité du contrat de vente par pothier, chap. 1, sect. 2, part. 2. & dans une infinité d'autres auteurs dont l'énumération nous mènerait trop loin.

§. 2.

de la garantie des défauts de la chose vendue.

art. 1641 jusques & compris 1649.

la lecture la plus simple & la moins réfléchie suffit pour

se bien fixer sur les dispoons que renferme chacun de ces neuf articles. il s'y agit de la garantie que tout acquéreur est fondé à exercer contre son vendeur, lorsque la chose vendue se trouve affectée de quelque vice qui l'aurait probablement détourné de l'acquérir, si ce défaut eût été connu de lui, si alias non esset empturus, ou qui ne lui aurait pas permis de l'acheter aussi cher. mais si ce vice était apparent, l'acheteur ne pouvant, dans ce cas, imputer qu'à lui-même la conclusion de son traité, malgré l'existence de ce défaut, ne saurait en prendre droit pour le faire renverser, parceque la loi ne vient au secours que de ceux qui ont été trompés. hoc tantùm intuendum est ne emptor decipiatur,

un des auteurs qui nous a paru le mieux traiter la matière relative au §. qui renferme ces divers art. est catellan, liv. 3, chap. 19 vous trouverez dans ce chap. ce que c'est que l'action Ex empto, & celle en quanti minoris; vous y trouverez aussi quels sont les cas où il y a lieu à l'action rédhibitoire, & à la résiliation de la vente, aux termes du droit romain. la ppale base des distinctions admises en cette matière, était la connaissance qu'avait le vendeur, ou l'ignorance dans laquelle il se trouvait des vices dont la chose était entachée. cette distinction est encore conservée par le code, & cette connaissance ou ignorance donne des résultats bien différents. dans le premier cas, l'acheteur a des droits que la loi lui refuse dans le second.

Quant aux délai dans lequel l'acquéreur doit exercer l'action à laquelle donnent ouverture les vices rédhibitoires, il faut distinguer: ou la vente porte sur un objet mobilier, ou elle porte sur un immeuble: dans le premier cas, notre code veut que l'on se conforme à l'usage du lieu où la vente a été faite, & il faut convenir qu'en france cet usage n'était rien moins qu'uniforme, quoiqu'on ne puisse pas se dissimuler que certains de nos art. doivent être appliqués aux choses immobilières, il n'est pas moins certain qu'en règle générale, on ne parlait de rédhibition que respectivement aux choses mobilières, & celles-ci sont les seules que le code a eues en vüe, lorsqu'il a dit que l'action résultant des vices rédhibitoires devait être intentée, suivant leur nature, & l'usage du lieu de la vente

suivant Loysel dans ses institutions ~~contractuelles~~ coutumières, liv. 3, tit. 4, Règ. 17, cette espèce d'action se prescrivait par huit jours; mornac sur la loi 19, §. dernier, ff. de ædilit. edict. disait que la prescription n'était acquise que par le laps de 9 jours, en matière de vente de chevaux, & bas nages sur l'art. 40 de la cout. de normandie, la portait dans le même cas à 40 jours; presque chaque pays avait sa coutume particulière sur ce point.

Dans le second cas, c'est-à-dire, lorsqu'il y a lieu à l'action rédhibitoire en vente de choses immobilières, il n'en est point de même; celle-ci est une action rédhibitoire civile qui fait partie de l'action ex empto aux termes de la loi 11, §. 3, ff. de ædilit. edict. & doit durer 30 ans comme les autres actions civiles.

Enfin, l'action rédhibitoire n'a point lieu dans les ventes faites par autorité de justice. ce que le code prescrit ici, l'était déja par le §. 3 de la loi 1, ff. de ædil. edict.

chap. 5.

des obligations de l'acheteur.

art. 1650 jusques & compris l'art. 1657.

Ce chap. renferme à peu près le tableau des obligations que s'impose l'acheteur; nous disons à peu près, car il en est quelques autres que celles qui y sont énoncées, comme, par exemple, celle d'enlever les choses vendues dans le tems convenu, celle encore de rembourser au vendeur tout ce qu'il lui en aurait coûté pour la conservation de la chose vendue &c.

Le payement du prix & des intérêts, s'il en est dû, tient le premier rang parmi ces obligations. ce prix n'étant que la représentation de la chose elle-même, ne saurait, sans injustice, rester dans les mains de celui qui l'a reçu, l'intérêt doit aussi en être payé; mais seulement dans les cas et en la forme expliquée par la loi.

Parmi les art. dont ce chap. est composé, il y en a deux de remarquables, en ce qu'ils apportent un grand changement à

ce qui se pratiquait en matière de vente. Le Premier Est celui qui autorise l'acheteur à ne point délivrer le prix d'achat au vendeur, lorsqu'il a déja éprouvé un trouble dans la possession de la chose qui lui a été vendue, ou qu'il a juste sujet de craindre qu'il sera troublé; il y a néanmoins une exception à cette règle; elle cesse, lorsque le vendeur offre de donner caution, ou lorsqu'il a été convenu dans l'acte que, non-obstant tout trouble, l'acheteur serait tenu de délivrer la chose promise. il n'en était pas de même auparavant; le trouble réel éprouvé par l'acheteur, Etait le seul prétexte qui put l'autoriser à ne point délivrer le prix convenu. La crainte du trouble, quelque imminent qu'il put paraître, ne produisait pas le même Effet.

Le Second Est celui qui autorise le vendeur à demander la résolution de la vente, si l'acheteur ne paye point le prix de la chose qui a fait la matière du traité. Le vendeur ne pouvait, avant le code, rentrer en possession de l'objet vendu qu'en poursuivant judiciairement son acheteur, Et en obtenant contre lui une condamnaon au payement du prix. il arrivait souvent que le vendeur Etait forcé de jetter une saisie réelle sur son propre bien, & de s'en rendre adjudicataire: ce procédé Etait conforme aux dispositions de la loi 14, cod. de rescind. vend. qui ne prononçait pas la résolution de la vente pour cause d'inexécution de quelques conventions; Elle ouvrait seulement au profit du vendeur une action pour la faire exécuter, & l'on n'avait pas dans les tribunaux adopté la doctrine de bourgeon du droit commun de la france, tom. 1, liv. 3, tit. 4, chap. 9, pag. 423 & suiv. où il enseigne que le vendeur peut demander la résolution de la vente, si l'acheteur ne payât point le prix, ou n'exécute point les conventions, parce que ce sont, dit-il, des conditions légales.

il n'en sera point de même à l'avenir, car désormais le défaut de payement du prix convenu donnera lieu à la résolution de la vente, avec néanmoins cette précision que s'il s'agit de la vente de quelque immeuble, on distingue le cas où le vendeur Est en danger de perdre la chose & le prix d'avec celui où ce danger n'existe pas. au Premier cas, la résolution de la vente est prononcée

de suite; dans le second au contraire, il dépend du juge d'accorder un délai, mais à son expiration, la vente est résolue.

il y a encore une autre distinction à faire; s'il y a pacte commissoire, c'est-à-dire, s'il a été stipulé que faute de payement du prix, la vente serait résolue, & la voici. ou le vendeur a fait à l'acquéreur une sommation pour le constituer en demeure, ou il n'en a point faite. s'il n'y a point eu de sommation, l'acquéreur est recevable à payer, quoique le terme où il devait le faire soit expiré, comme semble le permettre la loi 25, ff. de obl. & act. Et s'il y en a eu, le juge est inhibé d'accorder aucun délai.

Au reste, ce que nous venons de dire n'est appliqué qu'au cas où il s'agit de la vente d'un immeuble, car en matière de vente de denrées ou d'effets mobiliers, l'expiration du terme convenu pour le retirement opère seule & sans sommation l'effet de résoudre la vente: ceci néanmoins doit être entendu des ventes faites par autres que des négociants.

chap. 6.

de la nullité & de la résolution de la vente.

art. 1658.

il n'y a rien de particulier à dire sur cet art. qui n'est lui-même que déclaratif de la faculté qu'a le vendeur d'opérer la résolution de la vente par la stipulation de la faculté de rachat & pour cause de l'ésion. nous allons voir que chacun de ces moyens fait le sujet d'une section particulière.

Sect. 1.

de la faculté de rachat.

art. 1659, 1660, 1661, 1662 & 1663.

nous avons réuni ces 5 art. parcequ'ils sont tous relatifs à la durée de l'exercice de la faculté de rachat. Cette matière a donné lieu à une quantité prodigieuse de difficultés qui se trouvent tranchées par le nouvel ordre des choses.

On observait à toulouse la maxime: qui a un jour pour le rachat a 30 ans: catellan, liv. 3, chap. 31, rend compte de cette jurisp.

qui était à peu près celle de tous les autres tribunaux de france. Les auteurs du code n'ont pas cru devoir conserver cet usage; s'ils ont pensé qu'il est probable que le vendeur a donné la chose à un prix inférieur à sa juste valeur, à cause de la stipulation du rachat, qui semblait lui donner la certitude de la ravoir, ils ont pensé aussi que le délai de cinq années était assez long, pour que, pendant son cours, le vendeur pût se procurer les moyens de rentrer en possession de la chose aliénée, et que ce serait mettre des entraves au commerce, que de porter, jusques à 30 années à compter du jour de l'acte, l'exercice de la faculté de rachat.

en bornant au terme de cinq années la faculté de rentrer, par la voie du rachat, dans la possession de la chose aliénée, et en la réduisant à ce délai, en cas qu'elle ait été stipulée pour un terme plus long, le code n'a pas expressément déclaré si le vendeur demeurait soumis à l'obligation d'exercer cette faculté dans le délai porté en l'acte, si ce délai était moindre de cinq ans; mais ce qu'il aurait pû y avoir de douteux sur ce point, disparaît à la lecture de l'art. qui porte que le terme fixé est de rigueur, et qu'il n'est pas au pouvoir du juge de le prolonger.

j'ai vû, il y a environ 35 ans, se présenter un cas bien singulier, en matière de faculté de rachat. vous savez déja que, suivant la jurisp. de toulouse, qui avait un jour pour le rachat, avait 30 ans. vous devez savoir encore qu'aux termes de cette même jurisp. la faculté de rachat était cessible, comme on le voit dans Catellan, liv. 1, chap. 9, et liv. 3, chap. 31, cela posé, voici le fait.

Le Sr. pierre gay vendit par acte du 6 xbre 1755, au Sr. pierre-jean David 2 pièces de terre au prix de 2700 ll avec stipulation qu'il pourrait en faire le rachat pendant 11 ans. peu de tems après, et le 26 février 1756, le Sr. gay vendit à jean david le domaine duquel dépendaient auparavant les deux pièces de terre dont nous venons de parler avec cette clause qu'il serait permis à son acquéreur d'exercer sur pierre-jean david la faculté de rachat qu'il s'était réservée dans le contrat du 6 xbre 1755, dans le délai et aux conditions portées audit contrat. c'était là les propres termes de l'acte.

il se passa plus de 11 années, sans que jean david fit

Aucune démarche pour rentrer, par la voie du rachat, dans les pièces qui avaient fait la matière du contrat du 6 xbre 1755 : ce ne fut que dans le cours de l'année 1770, qu'il forma son action à cet égard. La dame valaigue veuve & hère de pierre-jean david lui opposa une fin de non-recevoir prise de ce qu'il s'était passé, lors de l'introduction de l'instance en rachat, plus d'onze années à compter du 6 décembre 1755. L'arrêt qui fut rendu sur mes écrits au parl. de toulouse, le 12 août 1772, en la chambre des enquêtes, au rapport de mr de Rouville, accueillit cette exception.

ce préjugé, au premier coup d'œil, semble contraire à l'usage constant où était cette cour d'accorder pour l'exercice du rachat 30 ans à celui qui ne se l'était réservé même que pour un jour. mais ce serait une erreur que de le croire ainsi, car, quoiqu'en règle générale, le cessionnaire soit l'image du cédant, & qu'il puisse exercer les actions de ce dernier, comme celui-ci l'aurait pû lui-même, cependant si l'action à exercer dans un délai déterminé forme une condition du traité, cette condition doit être exécutée dans le délai, à peine de déchéance. je vous donnerai le développement de ce ppe dans l'explication orale.

art. 1664, 1665 & 1666.

Suivant l'usage constamment observé en france, le droit de racheter stipulé, lors de la vente, affecte la chose de telle manière qu'en quelques mains qu'elle passe, le vendeur peut s'adresser à celui qui la possède, pour la ravoir. telle est la doctrine de bouvot, tom. 2, pag. 936, où il dit que cette action peut être exercée adversus quemcumque possessorem. Ranchin, sous le mot emptio, tient aussi le même langage; mais cela n'empêche pas que l'acheteur ne puisse exercer tous les droits de son vendeur, parce que le titre est par lui-même translatif de propriété, non-obstant la stipulation du rachat. nullo modo conditionalis censetur, quamvis sub conditione resolvi possit, leg. 2, cod. de pact. int. empt. & vend. comp. vous pourrez voir ce qu'en dit maynard, liv. 3, chap. 68. [leg. 2, §. 1, ff. de in diem addictio.

art. 1667 jusques & compris l'art. 1673.

Le code, dans ces divers art. s'occupe de l'étendue des actions que peut faire naître l'exercice de la faculté de rachat, & de l'étendue des Exceptions qui peuvent en résulter. il suffit de les lire pour se convaincre qu'ils ont pourvu également aux intérêts du demandeur en rachat, & aux intérêts du défendeur à cette action.

une des questions qui se présentait le plus souvent en cette matière était de savoir si le rachat pouvait être exercé sur la chose entière par un seul des vendeurs non subrogé à leur place par ses covendeurs. Le parl. de toulouse se conformait sur ce point à la doctrine de dumoulin, en son traité de dividuo & individuo, part. 3, n° 582, où il distingue le cas où il s'agit d'une chose individue d'avec celui où il s'agit d'une chose dividue. il admet l'exercice du rachat par un seul dans le premier, & il le refuse dans le second en distinguant aussi la vente faite par plusieurs avec clause de solidarité d'avec celle où cette clause ne se rencontrait pas, comme on le voit dans Catellan, liv. 5, chap. 58.

d'orénavant on n'aura plus à faire ces distinctions. Le code en consacrant la maxime que les actions se divisent de plein droit pour exclure un des co-vendeurs de la faculté d'exercer le rachat pour toutes les portions de la chose vendue qui lui sont étrangères, a néanmoins pourvu aux intérêts de l'acquéreur qui est en présomption de n'avoir acquis que pour conserver la chose dans toute son intégrité, en l'autorisant à exiger que tous les vendeurs ou tous les co-hérs soient mis en cause pour se concilier entre eux sur la reprise de l'entier héritage, & faute de conciliation, la loi le renvoye de la demande en rachat. [l'art. 1673 consacre la jurisp. du parl. de toulouse. vid. un arrêt du 21 juin 1734, rendu au rapport de Mr de St Félix, jour. du p. tom. 5, p. 1457]

Sect. 2.

De la rescision de la vente pour cause de lésion.

il est peu de questions qui se présentent aussi souvent devant les tribunaux, que celles en rescision du contrat de vente pour cause de lésion: si l'on en excepte le court intervalle qui s'est passé dans le cours de la révolution, pendant lequel avait été supprimée l'action en rescision pour cause de lésion, par la loi du 14 fructidor an 3, on peut dire que tous les tribunaux avaient admis ce moyen de rescinder une vente, & pour l'obtenir il suffisait de justifier qu'on avait été lésé de plus de moitié, c'est-à-dire, qu'on avait vendu la chose à un prix qui n'atteignait point la moitié de sa juste valeur, voilà pourquoi cette lésion était appellée ultramédiaire.

Ce n'est pas que dans la rigueur des pp.es en matière de vente,

comme le dit la loi 16, §. 4, ff. de minor. il ne s'introduit à l'acheteur de s'avantager sur le vendeur, et vice versâ; in pretio emptionis et venditionis, dit la loi, naturaliter licet contrahentibus se circumvenire, mais comme il est dans la vie des positions où l'on est forcé de subir la loi de la nécessité, & qu'il en résulte un grand préjudice pour ceux qui ont le malheur de s'y trouver, la loi 2, cod. de rescindenda vend. crut, par un pur sentiment d'humanité, devoir accorder au vendeur qui avait donné la chose, pour moins de moitié de sa valeur, la faculté de la reprendre, à moins que l'acheteur ne voulut la conserver, ce qu'il était en son pouvoir de faire en payant au vendeur ce qui manquait pour atteindre le juste prix.

La question de savoir si cette espèce d'action serait rétablie, donna lieu au conseil d'état à de grands débats: enfin, l'humanité l'emporta sur plusieurs autres considérations que faisaient valoir les partisans de l'opinion contraire: elle fut rétablie, mais avec plusieurs modifications que vous allez connaître.

art. 1674.

Vous venez de voir qu'aux termes de la loi 2, cod. de rescind. vend. il suffisait que le vendeur eut été lésé de plus de moitié du juste prix de la chose, pour qu'il fut autorisé à se pourvoir en rescision pour cause de lésion. D'ordinaire il n'en sera point de même, & s'il veut obtenir la rescision de l'acte portant vente d'un immeuble, il devra justifier qu'il a été traité de telle manière qu'il n'a point reçu ou ne doit pas recevoir les cinq douzièmes de la valeur réelle. moins que cette renonciation qu'il a été faite à la faculté de se pourvoir par cette voie contre une vente qui renfermerait la lésion dont nous venons de parler, eut-il même fait donation expresse de la plus-value, le vendeur ne serait pas moins bien fondé à invoquer le bénéfice de la loi: telle est la décision portée en notre art. qui a adopté la jurisp. de toulouse dont rend compte maynard, liv. 3, chap. 60.

art. 1675.

ceci est pris dans la loi 8, cod. de rescind. vend.

art. 1676.

notre art. renferme une dérogation bien remarquable à l'ancienne jurisp. le délai des actions de Rescision étant fixé à 10 années par l'art. 46 de l'ordre de 1510, on avait constamment jugé jusqu'ici que un vendeur qui

se prétendait lésé d'autre moitié, avait dix années pour se pourvoir: il n'en sera point de même à l'avenir, & le cours de deux années qui se seront passées, sans réclamation de sa part, élèvera une Barrière qui le rendra non recevable à faire valoir ce moyen de rescision: ce délai n'est pas même suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte de rachat, parceque cette stipulation n'empêche l'acquéreur d'être vrai propriétaire, & qu'on n'a pas cru devoir laisser un acquéreur pendant plus de deux ans dans l'incertitude sur le sort de son acquisition. ce motif a été pris en si grande considération, qu'on a pensé ne pas devoir affranchir de la Règle générale les femmes mariées, les mineurs & les interdits qui jouissent d'ailleurs d'une si grande faveur.

art. 1677, 1678, 1679 & 1680.

Ces quatre art. déterminent la forme en laquelle doit être rapportée la preuve de la lésion, lorsque la réclamation du vendeur a été admise par un jugt., & cette forme est toute autre que celle qu'on observait auparavant en pareille circonstance. autrefois le vendeur nommait son expert, de son côté, l'acquéreur fesait choix du sien, & si dans leur estimation ces deux experts étaient tellement en discors qu'il y eût lésion à l'avis de l'un, & qu'il n'y en eût point à l'avis de l'autre, on s'adressait pour la nomination du tiers expert au juge qui avait rendu le jugt. interlocutoire.

il était rare que ce procédé n'amenât point un discors entre les experts, en sorte que l'opération d'un tiers devenait nécessaire, à peu près dans toutes les occasions, où il s'agissait d'expertise. C'est ce que la loi a voulu éviter en prescrivant celle dont parlent nos art. il est, sans doute, fâcheux d'être obligé de recourir aux lumières des autres pour se fixer sur la véritable valeur de l'immeuble aliéné, mais l'on ne devait pas ajouter à ce désagrément, en laissant aux parties la faculté de nommer chacune leurs experts, parceque, de quelque probité que ces experts soient doués, ils ont toujours de la tendance à trouver bien fondés ceux qui emploient leur ministère: aussi la loi a-t-elle voulu attribuer aux juges leur nomination au nombre de trois, à moins que les parties ne se soient accordées pour les nommer tous conjointement.

art. 1681.

Les lois 2 & 8, cod. de rescind. vend. renferment la même décision, mais elles n'avaient pas admis la déduction du dixième du prix

Total en faveur de l'acheteur qui opte pour le paiement du supplément. c'est là une disposition toute nouvelle qu'on a cru basée sur l'équité. on ne serait pas en peine de justifier que c'est pas ser bien loin la faveur duë à un acquéreur.

art. 1682.

On trouve ici la solution d'une difficulté que les auteurs avaient diversement décidée, elle consiste à savoir si, dans le cas de la lésion, l'acquéreur qui ne veut pas suppléer le juste prix, & qui abandonne l'immeuble, doit en rendre les fruits du jour du contrat, ou seulement du jour de la demande en rescision.

Les uns soutenaient que l'acquéreur étant de bonne foi jusques à l'introduction de l'instance, l'on était assez pour qu'il dût rester affranchi de toute comptabilité des fruits pour le temps antérieur à l'interpellation judiciaire.

Les autres pensaient au contraire que cette règle générale ne devait pas être appliquée au cas où l'acte est emporté par la voie de la lésion, : il y a un texte dans le droit en la loi 1, cod. si major factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit, qui décide formellement le contraire, & tel est l'avis de cujas sur cette loi, du président faber en son code, liv. 3, tit. 27, déf. 8, & de plusieurs autres.

Cette question s'étant présentée au parl. de toulouse, y fut jugée le 30 mai 1753 au rapport de mr. de cambon, en la première chambre des enquêtes, en faveur du sr. bruguières contre mr. furgole mon père; l'arrêt ordonna en faveur de ce dernier le délaissement d'un domaine que les auteurs de ma mère avaient vendu moins de moitié de son juste prix; mais on ne lui accorda la restitution des fruits que du jour de la demande, quoiqu'il soutint que les fruits devaient être restitués du jour du contrat. Le code a embrassé cette dernière opinion qu'on peut dire avec vérité n'être pas la meilleure en point de droit.

art. 1683.

Les auteurs du plus grand poids, tels que du moulin sur la coutume de paris, §. 33, glos. 1, nos. 46 & 47, d'argentré sur la coutume de Bretagne, perezius sur le tit. du code de rescind. vend. no. 7, Pothier en son traité du contrat de vente, tom. 1, §. 4, art. 2, no. 372 et une infinité d'autres donnent pour maxime que l'opinion de ceux

qui refusent le bénéfice de restitution à l'acquéreur lésé, est contraire aux ppes du droit; ils disent que dans les contrats commutatifs, tels que la vente, chacun des contractans n'entend donner ce qu'il donne, que pour en recevoir l'équivalant, d'où il suit que ces contrats sont vicieux & doivent être rescindés comme tels, lorsque l'un d'eux en souffre une lésion énorme.

cependant l'opinion contraire a été soutenue par quelques autres, sous prétexte que rien ne force à acheter, tandisque mille circonstances forcent à vendre: les arrêts ont même fort varié sur cette question, & le dernier état de la jurisp. de toulouse était que l'acquéreur ne devait pas jouir du même avantage que le vendeur. cette question se présenta en ce parl. où elle fut jugée en la grand chambre, au rapport de mr. de Cassan-clairac, en l'année 1782 ou 1783, en faveur du Sr. martel du lieu de voganse, contre le Sr. Borne, ménager du lieu de fournats, pour lequel j'écrivais: Quoi qu'il en soit, le code vient de faire cesser cette difficulté, en déclarant que la lésion n'aurait point lieu en faveur de l'acheteur.

art. 1684.

La jurisp. avait devancé les dispoons portées en cet art. comme on le voit dans pothier, en son traité du contrat de vente, part. 5, chap. 2, §. 2, n°. 340, dans Boutaric, en ses instit. au droit français, sur le §. 4 du tit. de locaone & conductione, pag. 490. cette jurisp. a sa base dans la loi 3, cod. de jur. fisc.

art. 1685.

cet art. se borne à rendre communs à la section relative à la rescision des contrats pour cause de lésion toutes les décisions qui sont renfermées dans la section relative à l'exercice de la faculté de réméré, pour les cas dont il parle, il n'exige par conséquent aucune discussion particulière.

chap. 7.

De la licitation.

art. 1686, 1687 & 1688.

Le code ne fait que répéter ici ce qu'on voit dans le tit. des successions relativement aux partages; il serait très inutile de le rappeller, vous pouvez revenir sur ce que nous en avons dit, en expliquant ce titre.

chap. 8.

du transport des créances & autres droits incorporels.

art. 1689 jusq. & compris l'art. 1701.

Les arrêts rapportés par Catellan, liv. 4, chap. 49, avaient

dévancé les dispoons du code sur la question de savoir comment s'opérait le transport de la propriété des créances : ils avaient décidé qu'il s'opérait par la signification faite au débiteur, & que jusque là le cédant en restait propriétaire, de telle sorte que les créanciers de ce dernier pouvaient agir sur ses créances, comme n'étant jamais sorties de son patrimoine.

Quant à la garantie, à laquelle peut donner lieu la cession, il faut distinguer la garantie de droit de la garantie de fait : la première est due en vertu du titre qui renferme la cession, quoiqu'il n'en ait été fait aucune mention dans l'acte, c'est-à-dire, que le cédant n'est tenu d'autre chose, que de justifier que la créance cédée existait au tems du transport ; la deuxième au contraire, c'est-à-dire, la garantie de fait, n'est due qu'autant qu'elle a été expressément promise : celle-ci consiste en l'assurance donnée par le cédant que le débiteur cédé était solvable à l'époque de la cession : mais cette assurance ne doit pas s'étendre au delà, ensorte que l'insolvabilité du débiteur survenue depuis, reste pour le compte du cessionnaire, à moins qu'on n'ait expressément stipulé que le cédant serait garant, même de l'insolvabilité future.

il existe une infinité de lois dans le titre du ff. de hæred. vel act. vend. qui, en matière de vente d'hérédité, sans entrer dans aucun détail des divers objets dont cette hérédité est composée, n'assujettissent le vendeur à d'autre garantie, qu'à celle de la qualité d'hér., mais si ce vendeur, après avoir profité de quelques fonds ou de quelques fruits provenus de cette hérédité, veut être affranchi de toute restitution à cet égard, il doit en faire la réservation à son profit, sinon il en demeure comptable envers son acquéreur.

Enfin, le code a adopté les dispoons des lois per diversas & ab anasthasio, cod. mand. qui avait proscrit la vente de l'action litigieuse, sauf dans certains cas qui forment autant d'exceptions au droit commun en cette matière.

La cession d'un immeuble litigieux tombe-t-elle dans la prohibition dont parlent ces lois ? Le code ne parle que de droits litigieux, ce qui semble devoir être entendu des actions seulement, & non des immeubles. Telle était la jurisp. des cours comme on le voit dans maynard, liv. 7, chap. 90, dans bouguier, lett. C, chap. 2, dans expilly, arrêt 194, &c. & nous ne pensons pas

Qu'il doive en être autrement à l'avenir. [on trouve #

cependant dans le j. du p. du part. de T. Tom. 6, pag. 168, un arrêt rendu le 21 mai 1737, au Rapport de Mr. De boyer-drudas, dans la cause de jn blandinière et anne monier mariés, contre le Sr. Delpi, qui jugea que ce dernier était au cas des lois par div. & ab. anast. pour avoir acquis de marie Sebelly le droit de propriété qu'elle prétendait avoir sur neuf fêtérées de terre que lesdits mariés possédaient paisiblement eux ou leurs auteurs, au moins depuis plus de 20 ans.

Tit. 7.

de l'échange.

art. 1702, 1703, 1704, 1705, 1706 & 1707.

il y a tout lieu de croire que l'échange est le premier contrat dont les hommes se soient servis pour satisfaire à leurs besoins. Avant l'émission d'un signe représentatif d'une valeur quelconque, ce ne pouvait être qu'en livrant une chose qu'on pouvait se flatter d'en obtenir une d'une espèce différente. c'est donc aux besoins respectifs des hommes réunis en société qu'on doit rapporter l'origine du contrat d'échange.

ce contrat tenant en quelque sorte de la nature de la vente, devait, comme la vente, s'opérer par le seul consentement; cependant les anciennes lois romaines en avaient autrement ordonné, & sous prétexte que l'échange est un contrat innommé, on ne le déclarait obligatoire qu'autant que l'une des parties avait commencé de l'exécuter. Les tribunaux de france n'avaient point admis cette précision, & notre code a suivi la même marche, en sorte que le seul consentement suffit pour la perfection de ce contrat. mais quelque parfait qu'on puisse le supposer, cela n'empêche pas que si l'un des co-permutans n'est point propriétaire de la chose qu'il avait déja donnée en échange, l'autre co-permutant ne soit fondé à refuser la délivrance de celle qu'il avait promise, parce que, dans ce cas, le contrat manque dans sa base par l'impossibilité où se trouve l'un des co-permutans d'acquérir la propriété de la chose qui devait lui être baillée en échange, ou qui lui avait été déja livrée à ce titre; voilà pourquoi, en cas d'éviction de la chose reçue par l'un des co-permutans, celui qui est évincé peut reprendre celle qu'il a livrée, ou demander des dommages & intérêts.

Enfin, en prononçant comme il l'a fait, le code a terminé une difficulté qui avait partagé les auteurs & les tribunaux. Elle consistait à savoir si la lésion pouvait être utilement invoquée dans les échanges: les uns soutenaient qu'elle ne pouvait pas l'être, parce que les co-permutans sont des acquéreurs à qui le bénéfice de la loi 2, cod. de rescind. vend.

Est étranger. Les autres prétendaient au contraire qu'il n'y avait pas plus de raison de considérer les co-permutans comme acheteurs que comme vendeurs, & que sous ce rapport, on devait sans difficulté étendre jusqu'à eux les dispositions de la loi précitée. La jurisprudence de toulouse était pour cette dernière Opinion, comme on peut en juger par l'arrêt qu'on trouve dans mr de Cambolas, liv. 2, chap. 12. mais on ne donnait point à celui qui s'était trop avantagé dans l'échange, la faculté de suppléer le juste prix, parce que ç'aurait été dénaturer le contrat & convertir en vente ce qui, dans l'intention des parties, ne devait être qu'un échange. Le code a rejetté la lésion en cette matière.

mais en la rejettant, le code a-t-il aussi entendu interdire toute réclamation dans le cas où l'un des co-permutans aurait donné à l'autre un immeuble dont la valeur excéderait de beaucoup celle des meubles qu'il aurait reçus en contre-échange?

il semble d'abord que cela devrait être, puisque la lésion, en matière d'échange, est proscrite, & qu'il y a échange, quoique l'un des co-permutans ne reçoive que des meubles pour l'immeuble qu'il a livré. on doit cependant décider le contraire, parce que, dans ce cas, l'échange est un contrat équipollent à la vente, suivant la doctrine de plusieurs auteurs, notamment de pothier, dans son traité du contrat de vente, part. 7, art. 5, n°. 628.

Tit. 8.

du contrat de louage.

art. 1708, 1709, 1710, 1711 & 1712.

nous ne ferons sur ces cinq art. qu'une seule observation, c'est qu'ils sont puisés dans le tit. du ff. locati-cond. & dans le titre du code de locat. et cond. & qu'ils se bornent à donner la définition des diverses espèces de louages, après avoir distingué celui des choses d'avec celui d'ouvrages.

Chap. 2.

Du louage des choses.

art. 1713.

Ceci n'a pas besoin de commentaire. Le droit romain en disoit autant d'une loi 24, cod. de locat. & cond.

Sect. 1.

Des Règles communes aux baux des maisons & des biens ruraux.

art. 1714 & 1715.

La loi auroit inutilement permis le bail à louage verbal, si elle n'avoit pas entendu que la preuve pourroit en être faite par témoins: mais il ne faut pas croire que cette preuve puisse être admise dans tous les cas; elle ne peut s'être qu'autant que le bail a commencé de recevoir son exécution. Hors de ce cas, il n'y a, pour en prouver l'existence, lorsque l'une des contractans la nie, d'autre ressource que celle du Serment, & ce Serment, quelque modique que soit la somme pour laquelle on prétendroit qu'il avoit été convenu, doit être déféré à celui qui nie le bail; la preuve par témoins ne seroit donc pas admissible.

art. 1716.

Après avoir statué sur le sort d'un Bail consenti verbalement qui n'a encore reçu aucune exécution, & qui est nié par l'un des contractans, le code prononce ici sur la forme en laquelle il doit être prouvé, lorsqu'il y a contestation sur le prix d'un Bail verbal dont l'exécution a commencé. Il a pu en défaut de quittance qui auroit servi à en faire connoître le terme, le Serment fut déféré au propriétaire, en réservant néanmoins au locataire la faculté d'en faire faire l'estimation par experts.

art. 1717.

Les lois romaines avoient accordé le même droit aux locataires, comme on le voit dans la loi 6, cod. de locato & cond. & dans la loi 60 ff. locato cond.

art. 1718.

Semble-t-il une certaine spécialité, telle que ceux qui appartenoient aux clergés, aux communes, aux mineurs, ne pouvoient être astreints qu'en observant dans les baux les formalités que la loi avoit introduites; ces formalités ne seront plus nécessaires pour la validité

de la cause des mineurs, mais leur durée devrait être déterminée comme l'est celle de ceux dont la propriété appartient aux femmes, lorsque leurs maris ont baillé à ferme pendant le cours de la communauté. vous pourrez voir Pothier sur les art. 1429 & 1430 du code.

art. 1719, 1720 & 1721.

Ces trois art. sont relatifs aux obligations que contracte le bailleur sans stipulation & par la seule nature du contrat. Le code ne fait ici que rappeller les dispositions qu'on trouve répandues dans une infinité de textes du Droit romain, tels que la loi 15, §. 1, la loi 19, §. 2, la loi 25, §. 1 & 2, la loi 30 & la loi 33, ff. locati conducti.

art. 1722.

Il est clair que si, pendant le cours du bail, la chose louée vient à périr par cas fortuit, le bail prend fin de plein droit; mais si elle n'est détruite qu'en partie, le locataire aura-t-il le choix de demander la résiliation du bail, ou une diminution du prix? Le code lui accorde ce choix, mais il lui refuse toute indemnité; & c'est très juste, parceque le preneur est le maître de résilier le bail.

art. 1723.

Tel qui a loué une chose, ne s'est peut-être décidé à la prendre à ce titre, que parceque son état lors actuel n'y a déterminé. on ne doit donc pas permettre au bailleur d'en changer la forme pendant le cours du bail. il s'est tacitement imposé cette servitude en le consentant, & quoique tout propriétaire puisse, suivant le Droit commun, user & même abuser de sa propriété, il ne peut pas se plaindre de ne pas la pouvoir, après l'avoir louée, puisque c'est par son fait qu'il éprouve cette privation.

art. 1724.

Il arrive toujours que une chose louée exige des réparations qui sont d'une telle urgence qu'elles ne peuvent pas être différées jusqu'à l'expiration du bail. notre art. a prévu ce cas, & il a décidé que le locataire ne pourrait pas réclamer de la privation qu'il éprouverait à moins que cette privation ne se prolongeât au delà de 40 jours, auquel cas il pourrait demander une indemnité en proportion du tems & de la portion de la chose dont il aurait été privé; encore faudrait-il que les réparations n'eussent pas rendu la chose inhabitable pour lui, car si elle était devenue telle, le locataire aurait la faculté de demander la résiliation du bail.

art. 1725, 1726 & 1727.

Le code, dans ces trois art. s'occupe du trouble donné au locataire dans sa possession. il distingue le trouble provenant de tierces-personnes qui prétendent avoir des droits sur la chose louée, du trouble donné au possesseur sans prétention à la propriété de cette même chose. dans le premier cas, le locataire est en droit de réclamer sur le prix du bail une diminution proportionnée à la privation qu'il a éprouvée, pourvû que le trouble ait été dénoncé au propriétaire. dans le deuxième au contraire, il n'a d'autre droit que celui de poursuivre les auteurs du trouble en son nom, pour obtenir d'eux la réparation du dommage qui lui a été causé. mais qu'en doit-il être, si le locataire ou le fermier ne sont troublés dans leur possession que par des ennemis du bailleur? la loi 25, §. 4, ff. locat. cond. décide que le preneur est fondé à réclamer une indemnité. nous croyons cette décision dans les règles de la justice, mais elle nous paraît bien rigoureuse.

art. 1728 jusques & compris l'art. 1735.

après nous avoir fait connaître l'étendue des obligations que le bailleur contracte sans stipulation & par la seule nature de l'engagement, le code fait ici le détail de celles que le même engagement produit contre le preneur. le payement du prix du bail est, sans doute, la première, parce qu'il est le prix de la servitude que s'impose le propriétaire, en louant la chose à autrui; le preneur s'engage aussi à verser dans la jouissance de la chose louée, comme le fait un bon père de famille voilà pourquoi le §. 5 du tit. des institutes de locat. & cond. le rend responsable des dégradations & des pertes survenues pendant sa jouissance; il en serait néanmoins autrement, s'il prouvait que ces dégradations proviennent de toute autre cause que de celles auxquelles il aurait pû donner lieu par son incurie ou autrement.

l'incendie est un des cas qui font le plus souvent agiter la question de savoir qui doit en répondre. la loi 3, §. 1, ff. de off. praef. vigil. donne pour maxime que les incendies sont en présomption de n'arriver que par la faute de ceux qui habitent les maisons, culpâ inhabitantium; c'est donc à eux, pour faire cesser cette présomption légale à prouver que l'incendie procède

d'une toute autre cause que de leur faute. ces ppes qui ont été adoptés par le code sont bien développés par Catellan, liv. 5, chap. 3, Et par le journaliste des audiences, tom. 1, liv. 1, chap. 20; le répert. univ. de jurisp. sur le mot incendie, ne laisse non plus rien à désirer sur cette question.

Au surplus tout est hypothétique en cette matière; c'est dans les circonstances que le juge doit prendre les motifs de sa décision, car quelque certains que soient les ppes, ils sont tous subordonnés, quant à leur applicaon, à l'hypothèse particulière où se trouvent les parties.

art. 1736, 1737, 1738, 1739 & 1740.

il est très essentiel de se bien fixer sur la décision que renferment ces art. parce qu'il s'élève tous les jours des difficultés relatives à cet objet. on doit d'abord commencer par distinguer le cas où il n'existe qu'un bail verbal, d'avec celui où le bail a été consenti par écrit. au premier cas, le congé ne peut être donné que conformément à l'usage des lieux; cet usage est bien loin d'être uniforme: dans les uns, il embrasse l'espace d'une année; dans les autres, celui de six mois seulement; il est plus court encore dans quelques autres. à toulouse il est de six mois, ainsi lorsque le bail est purement verbal, le locateur ne peut attendre d'autre utilité du congé qu'il donne, que celle d'obtenir que ses locaux seront libres à l'expiration du terme fixé par l'usage des lieux. jusqu'alors le locataire est en droit de s'y maintenir.

Au second cas, c'est-à-dire, lorsque le bail a été fait par écrit, l'échéance du terme qui y est fixé, amène la cessation des droits du preneur, sans qu'il soit nécessaire de lui donner congé, parceque dies interpellat pro homine. nous verrons dans notre explicaon orale comment doivent être entendus les art. 1738 & 1739.

art. 1741 & 1742.

La décision renfermée en ces deux art. a été puisée dans les lois 19, 10 & 34, cod. de locat. & cond. ainsi les obligaons respectivement contractées entre le bailleur & le preneur doivent être remplies par leurs représentants, tanquam si mors non contigisset.

art. 1743 jusq. & comp. 1751.

C'était un point certain dans la jurisp. que l'acquéreur d'un immeuble pouvait expulser le locataire ou le fermier, sans

s'opposer à aucun dommage, sans distinguer non plus le cas où il avait un titre authentique ou qui avait une date certaine, d'avec celui où le titre n'avait aucun de ces caractères ; le fermier ou le locataire avait, sans doute, le droit de réclamer une indemnité, mais cette demande ne pouvait être dirigée que contre le bailleur ; rien ne s'opposait d'ailleurs à l'exécution des ventes de la chose louée ou affermée. cette jurisp. était fondée sur la l. emptorem, 9, cod. de Locat. & cond. Et sur cette maxime de droit resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis. notre code a néanmoins cru devoir distinguer le bail authentique et celui dont la date est certaine, du bail qui n'a aucun de ces caractères. dans le premier cas, l'acheteur ne peut expulser ni le fermier, ni le locataire, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit : il le peut au contraire dans le second.

Avant nos nouvelles lois sur cette matière, on avait agité la question de savoir si l'acquéreur pouvait expulser le locataire ou le fermier, avant qu'il fut pourvu à leur indemnité. on distinguait : ou le bail était public, ou il était privé. Si le bail était public, le fermier ou le locataire ne pouvait être expulsé, qu'autant qu'il avait été pourvu à son indemnité. S'il était privé, le fermier ou le locataire pouvait être expulsé de suite par l'acquéreur, sauf à lui à se pourvoir contre le vendeur pour les dommages & intérêts.

Le code a bien retenu quelque chose de cette distinction, mais ce n'est pas dans le même sens qu'autrefois : que le bail soit public ou privé, il n'importe : le locataire ou le fermier devra désormais être payé d'indemnité déterminée par la loi, avant de pouvoir être expulsé, à moins qu'il ne soit autrement convenu, si le bail est public, qu'autant que le bailleur s'en sera réservé la faculté. s'il y a encore quelque distinction à faire à cet égard, sur la qualité du titre, c'est seulement pour affranchir l'acquéreur de l'obligation où il serait de payer lui-même l'indemnité, si le vendeur ne le payait point, lorsque le bail n'est point authentique ou n'a pas une date certaine, ou bien qu'il en serait tenu si le bail était public, ou s'il y avait pris date d'une autre date.

Sect. 2.

des Règles particulières aux Baux à Loyer.

art. 1752 jusq. & comp. l'art. 1762.

il n'y a à faire sur ces onze art. que trois observations essentielles.

La première, que par les dispoons qu'il renferme, le code a pour objet de pourvoir à la sûreté du bailleur pour le payement du prix du Loyer, & que pour y parvenir, on a pris dans le droit romain, en la loi 11, §. 1, ff. de pignor. act. la décision qui déclare les meubles des sous-locataires engagés pour cet objet. Ceux-ci ne peuvent même pas exciper des payemens qu'ils prétendraient avoir faits au preneur ppal, à moins que ces payemens n'eussent été faits, en vertu d'une stipulation portée dans le bail, ou qu'ils n'eussent pour base l'usage des lieux.

La seconde, que, sans porter atteinte à l'usage des lieux, usage qui varie infiniment, le code détermine ce qu'on doit entendre dans tous les pays par réparations locatives ou de menu entretien: elles prennent leur nom, de ce que les locataires sont obligés de fournir à la dépense qu'elles entraînent, sans diminution du prix du Loyer, & le propriétaire qui est censé avoir mis tout en règle au commencement du Bail, est bien fondé à exiger du locataire qu'à sa sortie, il rétablisse les choses dans le même état, à moins que la détérioration survenue n'ait été occasionnée par une force majeure.

La troisième enfin, que le code a abrogé formellement les dispoons de la loi 3, cod. de locat. conduct. qui autorisait le propriétaire à demander la résiliation du bail à louage, lorsqu'il justifiait que la maison louée lui était devenue nécessaire pour sa propre habitation, si eam propriis usibus necessariam esse demonstraverit.

Tous les tribunaux de france s'étaient conformés à cette décision. Cependant si les circonstances pouvaient faire présumer que le propriétaire élevait cette prétention pour se procurer un plus fort loyer, il était débouté de sa demande: on peut en juger par l'arrêt qu'on trouve dans Soefve, tom. 1er, cent. 2, chap. 18. Le dol est une exception à toutes les règles.

Notre code en a autrement décidé: il n'a pas voulu que le bailleur pût revenir contre son propre fait, ensorte que le privilège qui lui était accordé par cette loi, ne pourra plus être invoqué,

à moins qu'il n'en ait été autrement convenu dans le bail. Encore même dans ce dernier cas, le propriétaire sera-t-il tenu de signifier d'avance au locataire un congé pour être exécuté aux époques déterminées par l'usage des lieux.

on comprend aisément le motif qui a présidé à cette dernière dispoon du code; il est pris de ce qu'il faut laisser au locataire le temps de se pourvoir d'un logement ailleurs, & lorsque le locateur a pris la précaution dont nous venons de parler, il ne s'expose à aucuns dommages-intérêts envers le preneur qui a connu le risque qu'il courait d'être forcé à déménager.

Sect. 3.

Des Règles Particulières aux baux à ferme.

art. 1763 & suiv. jusques & comp. 1778.

La plupart de ces art. ne renferment que des ppes généraux pris dans les lois romaines dont le résultat est de pourvoir également aux intérêts du propriétaire & aux intérêts du fermier; mais quelques-uns d'entr'eux statuent sur la question dont nous allons nous occuper, tout autrement qu'on n'était dans l'usage de le faire à toulouse & dans tout le ressort du parl. de cette ville.

On y jugeait que, sans égard à la modicité, ou à l'abondance des récoltes faites ou à faire dans les années antérieures ou postérieures à celle où s'est passé l'évènement qui donne lieu à la réclamation du fermier, si celui-ci éprouvait perte d'une partie notable des fruits, il était fondé à demander une indemnité au propriétaire; les années qui devaient s'écouler pendant la durée du bail étaient isolées les unes des autres, & la perte essuyée dans l'une d'elles était calculée, sans aucun rapport à ce qui pouvait être arrivé en gain ou en perte dans les années qui s'étaient déjà écoulées, ou qui pourraient s'écouler pendant le cours du bail.

Ce n'est pas qu'on ne trouvât dans le droit romain les bases de la décision que renferme le code, on les voit écrits en toutes lettres dans le §. 4 de la loi 15, ff. locat. pour le cas de stérilité, mais non pas avec l'étendue que lui donne la nouvelle loi.

il résulte des dispoons de l'art. 1769 que le fermier, dans le cas prévu, ne peut réclamer une indemnité de la perte qu'il a éprouvée, qu'autant qu'il n'en serait pas indemnisé

Par les récoltes précédentes. Or, c'est là justement ce que ne permettait pas le droit romain, en la loi citée. quid tamen si novissimus erat annus sterilis in quo ei remiserit? verius dicetur etsi superiores uberes fuerunt, non debere eum ad computationem vocari.

mais si l'année où les fruits avaient été perdus, était suivie pendant le cours du bail, de quelques autres abondantes en fruits, l'abondance de celles-ci rendait inutile, aux termes du droit romain, la remise que le propriétaire avait faite au fermier pour l'année de stérilité; si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit ubertas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam ejus anni quo remisit, exigendam.

Ainsi donc le code a adopté en partie, & proscrit en une autre partie, la décision que le droit romain avait portée dans le cas de stérilité, en statuant qu'il n'y avait lieu d'accorder au fermier une remise du prix de sa location, qu'autant qu'il n'aurait point été indemnisé par les récoltes précédentes, ou qu'il ne le serait à la fin du bail, qu'autant que les années postérieures ne fourniraient pas matière à compensation.

ce système de compensation paraît juste; en effet, il est raisonnable de penser qu'en baillant ses biens à ferme, le propriétaire a compté sur une production à peu près égale pour chacune des années de la durée du bail, & que le fermier en a fait autant de son côté; que c'est sur cette base qu'a été faite entre eux la fixation du prix de ce bail, & que tout ce qu'il peut y avoir en dessus ou au dessous, en gain ou en perte, n'est qu'un accident qui doit donner lieu à compensation de l'un avec l'autre.

cependant on ne peut pas se dissimuler que le procédé nouvellement introduit n'entraîne avec lui bien des difficultés; comment établira-t-on que l'abondance des récoltes faites antérieurement à l'année où est arrivé le cas fortuit, est suffisante pour fournir à l'indemnité réclamée? devra-t-on exiger d'un fermier qu'il tienne un état exact de la récolte de chacune des années? sont-ils tous également

capable de tenir cet état? c'est ce dont il est très fort permis de douter. En défaut de cet état, pourra-t-on y suppléer par enquête ou bien fera entendre des voisins ou voisines qui, en payement de leurs soins, prennent une partie des fruits en nature? ce parti paraît le plus convenable: mais il est encore sujet à beaucoup d'inconvénients: ces hommes pourront exciper d'un défaut de mémoire, sans pouvoir être accusés de partialité. faudra-t-il enfin recourir à la voie de l'expertise? mais quelque secours qu'on puisse en attendre, comme il y a toujours bien loin de la probabilité au fait, et qu'il ne peut ici être question que d'un fait, celui de la perception d'une certaine quantité de fruits, cette voie ne paraît pas non plus fort sûre.

ce que nous venons de dire des récoltes, avant l'événement du cas fortuit, relativement à la difficulté d'en constater la quotité, nous pouvons à peu près l'appliquer aux récoltes faites postérieurement: il y a cependant cette différence que l'événement rend, ou doit rendre le fermier plus avisé, et qu'il ne négligera probablement aucun des moyens de justifier que la modicité des récoltes postérieures est due à ce qu'il puisse y avoir lieu à compensation.

Quoi qu'il en soit, la loi a prononcé, s'il ne nous appartient pas de l'interroger: mais on devait remarquer que le fermier ne peut en aucun cas, former la demande en remise d'une partie du prix de ferme, si la perte est moindre de moitié de la valeur des fruits; encore même doit-il faire la dénonce du cas fortuit aux propriétaires, dans un court délai, pour qu'il n'y ait point d'obstacle pris du fait de tiers, à ce que des experts puissent reconnaître en quoi consiste la perte: si le fermier n'a point pris cette précaution, il s'expose à voir rejetter sa réclamation par fin de non-recevoir. On peut en juger par l'arrêt que rapportent les auteurs de la jurisp. du code civil, tom. 8, pag. 292.

Vous devez remarquer encore que notre code, après avoir déterminé ce qu'on doit entendre par cas fortuits ordinaires qui donnent lieu à rabais du prix de ferme, à moins que le preneur n'en ait été chargé par une stipulation expresse, ajoute que cette stipulation ne doit pas être entendue des cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, les inondations &c. ainsi donc un fermier qui aurait renoncé à tout cas fortuit, pourrait réclamer une indemnité, si ses possessions qu'il a prises à ferme venaient à être ravagées ou submergées: cependant la loi fournit au bailleur

un moyen de s'affranchir de ce recours, il faut pour cela qu'il stipule que le fermier demeurera chargé de tous les cas fortuits prévus & imprévus, en quoi le code déroge à l'ancienne jurisp. qui, non obstant cette clause, admettait la réclamation, lorsqu'elle avait pour base un de ces évènements qu'on ne devait pas raisonnablement prévoir.

chap. 3.

du Louage d'ouvrage & d'industrie.

ce chap. se divise en trois sections qui embrassent 21 art. Le 1779e jusques & compris le 1799. la première traite du Louage des domestiques & ouvriers: la seconde, des voituriers par terre & par eau; & la 3me des devis & des marchés.

L'esclavage n'ayant pas été reçu en France, il est sensible que nul ne peut s'engager à servir une autre personne pendant tout le cours de sa vie. cette convention ne mettrait aucun obstacle à ce que celui qui se serait ainsi engagé, n'usât de la faculté qu'a tout homme de quitter le service d'un autre. mais s'il s'élève des discussions entre eux, c'est au maître que doit être déféré le serment, & celui-ci en est cru sur son affirmation. il y a chez les hommes d'un certain état une présomption de véracité qui, dans l'ordre des probabilités, doit leur valoir la préférence sur les hommes qui appartiennent à une classe inférieure. ce n'est pas que cette règle soit sans exception, mais ces exceptions ne font que confirmer la règle, lorsqu'il n'y a point d'ailleurs des preuves contraires du fait affirmé.

Le tit. du ff. nauta, caupones, stabularii ut recep. restit. renferme plusieurs lois qui ont statué sur l'étendue des devoirs que s'imposent ceux qui chargés du transport des choses à eux remises, les laisseraient perdre ou avarier, à moins qu'ils ne justifient qu'elles ont été perdues ou avariées par cas fortuit ou force majeure.

La sûreté respective du propriétaire de la chose & de l'entrepreneur qui se charge de la transporter, exigeait que ce dernier fût tenu d'inscrire sur un registre à ce destiné les effets

et paquets qui lui seraient livrés, & c'est là une précaution que le code a prise, en quoi il s'est conformé aux dispositions des anciens Réglemens faits sur cette matière. vous pouvez voir là dessus plusieurs questions qui furent agitées lors de la confection du code, elles sont ramenées par mr. de malleville sur l'art. 1786.

enfin, on ne lit dans la section relative aux dévis & marchés que ce qu'on trouve décidé par les lois romaines dans les titres de ff. locati-conducti & de verb. oblig. pothier, en son traité du contrat de louage, ne laisse non plus rien à désirer sur tout ce que nous pourrions vous dire ici à titre d'explication; il serait par conséquent inutile de nous y arrêter: vous devez néanmoins observer que l'art. 1793 renferme une disposition toute nouvelle & très utile, en ce qu'elle prévient les discussions auxquelles donnaient lieu entre le propriétaire & l'entrepreneur les augmentations faites à un plan convenu & arrêté. il arrivait journellement qu'en réfléchissant sur l'exécution d'un plan, on réformait ou ajoutait à ce qui devait être fait, & que ce changement augmentait la dépense. en règle générale, ce n'était point au propriétaire qu'on devait imputer ces changemens, ils l'étaient bien plus naturellement à l'architecte, ou à l'entrepreneur qui seuls avaient à gagner à cette augmentation de dépense, & c'est pour arracher le propriétaire à cette espèce de surprise que la loi leur a défendu de demander sous aucun prétexte une augmentation de prix à raison de ces changemens, à moins qu'ils n'aient fait la matière d'une convention écrite avec énonciation du prix qu'il doit en coûter pour les faire.

Chap. 4.

du bail à cheptel.

Sect. 1.

dispositions Générales.

art. 1800, 1801, 1802 & 1803.

il n'y a point de réflexion à faire sur ces quatre art. qui se bornent à énoncer la définition du bail à cheptel, & à nous apprendre qu'à défaut de convention particulière, cette espèce de contrat doit être régie par les principes consignés dans les art. suivans.

Sect. 2.

du cheptel simple ou ordinaire.

art. 1804 & suiv. jusq. & comp. L'art. 1817.

On voit par la définition qu'en donne le code que le Bail à cheptel simple est une sorte de société dans laquelle chacun fournit la mise, celle du bailleur est le bétail qu'il livre, après avoir fait faire l'estimation de sa valeur actuelle; celle du preneur est la garde, la nourriture & les soins qu'un bon père de famille prendrait de son propre bétail, s'il le gardait chez lui.

Si cette société prospère, le preneur doit avoir la moitié du croît des animaux; si elle tourne à mal, la perte est supportée en commun, à moins que le cheptel ne périsse en entier sans la faute du preneur, auquel cas la perte toute entière demeure pour le compte du bailleur.

mais comment peut-on savoir s'il y a perte ou profit? rien n'est plus aisé. la loi ordonnant qu'il soit fait estimation du bétail à l'époque de sa livraison, & qu'il en soit fait une autre à l'expiration du bail, (qui est censé fait sous cette condition, s'il n'appert d'une convention contraire) on peut facilement d'après ces deux bases, reconnaître s'il y a eu perte ou profit dans le bail.

Au reste le bailleur ni le preneur ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer des bestiaux qui sont censés de cheptel, ni de son croît. C'est une propriété qui est devenue commune par l'intérêt qu'ils ont tous deux à la conservation de ces animaux, et comme l'égalité doit être la base de cette association, la loi proscrit d'avance toute convention qui tendrait à faire supporter par le preneur la perte totale du cheptel quoique arrivée par cas fortuit et sans sa faute. elle n'a pas voulu non plus qu'il pût être stipulé que le preneur supporterait dans la perte une part plus grande que dans le profit, ou que le bailleur prélèverait, à la fin du bail, autre chose de ce qu'il a fourni à titre de cheptel.

Sect. 3.

Du cheptel à moitié.

art. 1818, 1819 & 1820.

il n'y a du cheptel dont nous venons de parler à celui qui fait la matière de la présente section, d'autre différence, sinon que dans celui-ci le preneur fournit la moitié des bestiaux, au lieu que dans l'autre la fourniture entière est faite par le bailleur.

Et c'est précisément cette égalité de mise qui a fait décider que les profits & les pertes devaient être supportés également.

cependant le preneur profite seul du fumier, des travaux & du fonds entier du cheptel, & c'est bien juste, puisqu'il est seul chargé de la garde & de l'entretien de ces animaux. toute convention d'après laquelle le partage du croît, ou de la tonte devrait être fait en portions inégales, est proscrite par la loi, à moins que le bail à cheptel ne fût fait par le propriétaire du domaine, en faveur de celui qui est chargé de son exploitation comme fermier, ou comme colon. le motif de cette exception est pris de ce qu'il est possible que le colon ou le fermier trouvent dans son bail d'autres avantages qui font plus que compenser l'inégalité résultante du bail à cheptel.

Sect. 4.

du cheptel donné par le propriétaire à son fermier ou colon partiaire

§. 1.

du cheptel donné au fermier.

art. 1821, 1822, 1823, 1824, 1825 & 1826.

il est assez ordinaire dans les pays méridionaux que le propriétaire livrant ses fonds de terre à un fermier pour en faire l'exploitation, lui livre aussi le bétail à ce nécessaire, même du bétail de simple croît. c'est là précisément le cas prévu & décidé par nos 6 art. cette tradition ainsi faite, ne rend pas le fermier propriétaire du bétail qui lui a été livré, dans ce sens qu'il puisse le vendre sans le remplacer, ou le garder pour lui, en en payant le prix; mais il l'en rend dans ce sens que la perte de ces animaux survenue pendant le cours du bail, soit en totalité soit en partie, ne regarde que lui & reste entièrement sur son compte. aussi tous les profits qu'il peut en retirer lui appartiennent-ils, à moins qu'il n'en ait été autrement convenu.

Ces bestiaux étant en quelque sorte une partie de l'immeuble le fermier doit, à la fin du bail, en laisser sur les biens une quantité suffisante dont la valeur soit égale à celle qu'avaient vers du bail les bestiaux qui lui furent livrés, & il n'en peut réserver qu'à concurrence de ce qui se trouve sur le domaine en bétail, en sus du prix auquel en fut portée l'estimation au commencement de la ferme.

La déchéance de la valeur nominale du papier-monnaie, mitt la convention nationale dans la nécessité de rendre le 15 germinal an 3, (5 avril 1795) une loi repressive de l'abus que fesaient les fermiers de cette même déchéance du papier-monnaie; ils fesaient estimer les bestiaux à la fin du bail, et il résultait de l'estimation jointe à la forme du payement que le propriétaire ne recevait pas la valeur de la centième partie de ce qu'il avait livré. c'est pour obvier à cet inconvénient que le fermier & le colon furent assujettis par cette loi à rendre le même nombre, espèce & qualité de bestiaux qu'ils avaient reçu; ce procédé nous paraîtrait de toute justice, mais depuis la publication du code qui parle de deux estimations dont l'une est faite au commencement du bail, & l'autre à la fin; parceque l'accroissement de valeur que toutes les choses ont reçue depuis la révolution, expose le propriétaire à ne recevoir, à la fin du bail, qu'une partie de ce qu'il a donné dans son ppe.

Remarquez au surplus que dans cette espèce de cheptel le fermier ne peut point disposer à son gré du fumier; il est destiné à l'engrais des terres qui lui ont été livrées.

§. 2.

du cheptel donné au colon partiaire.

art. 1827, 1828, 1829 & 1830.

il n'y a sur cette espèce de cheptel aucune autre réflexion à faire, si ce n'est qu'il est soumis à toutes les règles du cheptel simple, & qu'on peut d'ailleurs y faire des stipulations qui ne sont pas permises dans l'autre; nous en avons déja touché la raison sur quelqu'un des précédents art. elle est prise de ce que le colon peut trouver dans le bail à colonage des bénéfices qui font plus que remplacer dans son intérêt ce qu'il semble souffrir de dommage, en stipulant, par exemple, que le bailleur aura sur les profits une plus grande part que lui, et autres conventions qu'il n'est pas permis de faire dans le bail à cheptel simple; mais on ne peut pas convenir que le

Colon supportera toute la perte; ce serait là une société leonine proscrite par les lois, quoiqu'il soit vrai que dans cette espèce de cheptel, comme dans les autres, le bailleur en supporte seul la perte, lorsqu'elle arrive sans la faute du colon.

Sect. 5.

du Contrat improprement appellé cheptel.

art. 1831.

Vous trouverez tout ce qui a du rapport à cet art. dans pothier, en son traité des cheptel, sect. 1, art. 3, n° 28, nous observerons seulement qu'il n'est point en usage dans les pays méridionaux de la france.

Tit. 9.

du contrat de Société.

Chap. 1.

dispoons générales.

art. 1832, 1833 & 1834.

après nous avoir donné la définition du contrat de société dont les bases se trouvent dans le ff. & dans le code romain, sous les tit. pro socio, notre code rappelle un ppe pris dans la loi 57. ff. pro socio, qui proscrit toute association pour les choses déshonnêtes. les simples lumières de la raison le commandaient ainsi. mais ce qui appartient au droit positif, c'est la prohibition que fait le premier de nos trois art. d'admettre la preuve par témoins de l'existence d'une société, lorsque son objet est d'une valeur de plus de 150tt.

L'art. 1 du tit. 4 de l'ordce de 1673 relative au commerce renferme une dispoon semblable, & la jurisp. y était conforme, comme on peut en juger par l'arrêt qui fut rendu en la grand'chambre de toulouse, au rapport de mr de bojat, le 10 7bre 1766, en faveur du sr duranton de vocanse contre le sr richon. cependant il faut bien se garder d'équivoquer sur l'interprétation des premiers mots de l'art. 1834, qui porte que toutes sociétés doivent être rédigées par écrit. on serait dans l'erreur, si l'on prétendait pouvoir s'affranchir des suites d'une société, sous prétexte qu'elle n'aurait point été rédigée par écrit, si elle était convenue d'ailleurs. la formalité de l'écriture n'est requise que pour constater la société

Sera donc qu'elle est convenue; lorsque son existence est constatée par l'aveu qu'en font les parties intéressées, il n'y a plus lieu à désirer pour prouver son existence & la société doit recevoir son exécution, aussi pleinement que s'il en eut été retenu acte pardevant notaire.

Chap. 2.

Des diverses espèces de Société.

art. 1835.

Dans cette division est prise dans la loi 5. ff. pro socio. nous allons en voir le développement dans les art. suivants.

Sect. 1.

Des Société universelle.

art. 1836, 1837, 1838, 1839 & 1840.

Ces cinq art. établissent ce qu'on doit entendre par société universelle. Il y en a de deux sortes, celle de biens, & celle de profits. celle de biens, quelque étendue qu'aient voulu leur donner les parties qui la contractent, ne peut embrasser que les biens qu'elles possèdent au moment du traité, soit meubles, soit immeubles et les gains qui peuvent en résulter. elle peut comprendre aussi les gains qu'on pourroit faire d'ailleurs d'où qu'ils proviennent mais jamais elle ne peut porter sur les biens à venir; ceux qui arrivent par donation, legs, ou succession, restant toujours étrangers à la société universelle, quant à la propriété; mais ils peuvent y entrer quant à la jouissance, c'est-à-dire, qu'on peut licitement convenir que les associés jouiront des biens qui pourront échoir à l'un deux qui en conservera néanmoins la propriété.

celle de profits ou gains, quoique universelle sous un certain rapport, en ce qu'elle embrasse tous les profits, d'où qu'ils désirent, Et neanmoins particulière dans ce sens qu'elle est bornée aux profits, & qu'elle ne comprend d'autres biens de ceux qui l'ont contractée, que leur meubles. il y a même plus: car la convention indéfinie de société universelle n'emporte que celle de gains, c'est-à-dire, que les biens présents de ceux qui

la contractent, n'y entrent point, pas plus les meubles que les immeubles au surplus, comme ce genre de société peut devenir donation, & tenir lieu éventuellement, la loi a voulu qu'il pût être contracté qu'entre personnes respectivement capables de se donner & de recevoir.

Sect. 2.

de la société particulière.

art. 1841 & 1842.

On trouve la définition de la société particulière qui, par elle-même, ne fournit matière à aucune réflexion.

chap. 3.

des engagemens des associés entre eux & à l'égard des tiers.

Sect. 1.

des engagemens des associés entre eux.

Les 19 art. dont cette section est composée, ne présentent que peu d'observations à faire sur les dispositions qui y sont renfermées. Les plus remarquables sont

1° que celui des associés qui prend des sommes dans le fonds de la société, en doit les intérêts sans interpellation à compter du jour qu'il les a prises.

2° que si l'un d'eux dans le contrat même de société, a reçu des autres la mission d'administrer, ce qu'il fait en cette qualité, lie les autres de telle manière qu'il n'est pas en leur pouvoir d'en réclamer.

3° qu'un associé qui a contracté des obligations de bonne foi au nom de la société, a contre elle action pour en être indemnisé et pour obtenir le remboursement des sommes qu'il peut avoir déboursé pour elle.

4° qu'un associé qui a reçu payement d'une dette commune en eût-il fourni quittance pour sa part de l'intérêt qu'il pouvait avoir personnellement dans cette société, n'est pas moins tenu d'en faire le rapport à la masse commune. La maxime socius pro socio vigilat, s'oppose à ce que l'un d'eux fasse sa condition meilleure au préjudice des autres.

5° qu'on ne peut point stipuler que l'un des associés ne

prendra aucune part à la perte, lors qu'il en conservera tous les bénéfices. c'est ainsi que l'avait décidé l'empereur Justinien, en son institutes, au tit. de société. §. 2;

2°. qu'en défaut de stipulation expresse sur la quotité des bénéfices ou des pertes résultant de la société, la part de chacun doit être réglée en proportion de sa mise, ce qui suppose une mise réelle de chacun des membres qui la composent; mais si l'un d'eux n'y a apporté que son industrie, la portion de ce sociétaire qui n'a rien de réel, doit être réglée sur le taux de la mise de celui des autres associés qui y a le moins apporté. au reste, vous pouvez voir ce que dit sur toutes ces questions, pothier, dans son traité du contrat de société, ce qui nous dispense de donner ici plus de développement.

Sect. 2.

Des Engagements des associés à l'égard des tiers.

art. 1862, 1863 & 1864.

Remarquez d'abord qu'il ne s'agit point ici, comme dans l'art. de ce titre, des sociétés de commerce. c'est là une observation que fit m^r. Treilhard, conseiller d'état, lorsqu'il présenta ce titre à la sanction du corps législatif.

Ce point de fait une fois connu, rien n'est plus simple que les trois articles que nous offrent à faire nos trois art.

1°. dans le genre de société dont nous nous occupons, un des sociétaires ne peut obliger ses co-associés envers des tiers, qu'autant que ceux-ci lui en ont conféré le pouvoir; quoique, aux termes de l'art. 1859, les associés soient censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. il semble au premier coup d'œil qu'il y ait contradiction entre l'art. 1862 & le §. 1er de l'art. 1859. il n'en est pourtant rien, & ils se concilient fort bien par cette seule observation que l'engagement subsiste à l'égard des associés entre eux, en vertu de l'art. 1859, quoiqu'il n'y ait pas de mandat spécial, au lieu qu'il n'y en a point vis-à-vis des tiers, à moins que celui qui a traité n'ait reçu de ses associés le pouvoir de les obliger.

2° en admettant que tous les associés contractent avec un chacun d'eux et tous avoir contracté pour une portion égale à celle des autres, quoique la part de quelqu'un d'entre eux dans la société ne fût point égale, le tiers ne doit pas avoir à souffrir de cette inégalité qui n'est relative qu'aux associés entre eux. il en serait néanmoins autrement si, dans l'acte de société, on avait restreint l'obligation de cet associé proportionnellement à la mise qui se trouverait moindre.

3° mais qu'en doit-il être lorsque l'un des associés a contracté avec un tiers, en France qui il contracte pour le compte de la société? la condition de ce tiers n'est pas meilleure pour cela, car les autres associés ne sont pas engagés envers lui: la raison en est bien simple. l'associé qui a contracté n'ayant reçu de ses co-associés aucun pouvoir de les engager, il est bien sensible qu'il n'a pas pu conférer à un tiers un droit qu'il n'avait pas lui-même, à moins qu'il n'ait reçu ce pouvoir, auquel cas les associés seraient valablement engagés, parce qu'ils seraient censés avoir contracté l'obligation eux-mêmes.

chap. 4.

des différentes manières dont finit la société.

art. 1865 jusques et comp. l'art. 1872.

C'est dans le droit romain que nos législateurs ont puisé ces dispositions qu'on lit dans ces huit art. après avoir décidé qu'une société peut être contractée valablement (ce qui est contraire à notre droit français tant ancien que moderne) la loi 4, §. 1, ff. pro socio n'exprime en ces termes: Dissolvuntur renuntiatione, morte, capitis minutione, egestate. Les 1er de nos art. renferme à peu près la traduction de la loi Romaine à cet égard. il n'est pas étonnant que l'art. 1866 n'admette la preuve de la prorogation d'une société à terme fixe que par écrit, puisque l'art. 1834 ne reconnaît d'autre société que celles qui sont constatées de la même manière, quand leur objet est d'une valeur excédant 150 fr.

lorsque l'art. 1868 a permis des stipulations qu'on aurait

mort de l'un des associés, la société devait continuée avec
les héritiers du défunt, il s'est écarté des dispositions du droit romain
qui avait jugé que la confiance était la principale base
des sociétés, qu'il était possible que les héritiers ne la
méritât pas, & que c'en était assez pour que cette
stipulation ne fut pas reçue. mais il en était autrement
même suivant le droit romain de la convention que la
société devait continuée avec les individus survivans, & il
n'y a en cela rien d'extraordinaire, parceque la moralité
de chacun d'eux était connue, ou censée telle au moment où
la société était contractée.

Enfin, le dernier art. établissant en ppe que nul ne peut
demander à rompre une société, qu'autant que la durée
est illimitée, encore même cette demande ne peut-elle être
formée, que de bonne foi, & en temps opportun, comme nous
l'avait appris la loi 65, §. 5, ff. pro socio.

Disposition relative aux Sociétés de Commerce.

art. 1873.

nous avons déjà vu que notre titre n'était point relatif aux
Sociétés de commerce, celles-ci ont fait la matière d'un titre
particulier dans un code uniquement consacré à ces sortes d'affaires.
Cependant on a voulu que dans les points qui n'ont rien de
contraire aux lois & aux usages du commerce, on put
invoquer dans cette dernière espèce d'affaires les dispositions de
notre titre.

Tit. 10.

Du Prêt.

art. 1874.

notre art. se borne à rappeller ici en ppe ce que l'on
trouve dans la loi 2, ff. de reb. cred. c'est-à-dire, la
distinction qu'il y a lieu de faire entre le prêt à usage
qu'on appelle commodat, & le prêt de consommation
qu'on appelle simplement prêt. chacune de ces espèces

va faire la matière d'un chap. particulier.

chap. 1er

du prêt à usage ou commodat.

Sect. 1.

de la nature du prêt à usage.

art. 1875, 1876, 1877, 1878 & 1879.

nous voyons ici la définition du prêt à usage ou commodat, ses qualités, ses attributs & l'indication des personnes sur la tête de qui portent les engagemens qui en résultent.

1° il est de son essence d'être gratuit, car si le propriétaire en retirait quelque rétribution, il n'y aurait plus de commodat, ce serait un louage.

2° une conséquence qui dérive de ce ppe, c'est que celui qui prête conserve la propriété de la chose prêtée, sans cela le contrat serait dénaturé, il se résoudrait en vente, puisqu'il produirait l'effet de transférer la propriété.

3° enfin, les hers étant tenus tant activement, que passivement des mêmes droits & des mêmes actions que leurs auteurs, il suit de ce ppe qu'il en est des suites du commodat & des engagemens qui en dérivent, tout de même que si le commodant et le commodataire étaient encore en vie, sauf l'exception énoncée au dernier de nos art.

Sect. 2.

des engagemens de l'emprunteur.

art. 1880, 1881, 1882, 1883, 1884, 1885, 1886 & 1887.

Le droit romain nous avait déja fait connaître l'étendue des obligations que contracte l'emprunteur; vous les trouverez dans les institutes, liv. 3, tit. 15, §. 2, dans la loi 5, §§ 2 & 5, ff. Commod. tout ce qu'il vous importe de remarquer, c'est l'exception au ppe général qui se trouve renfermée dans l'art. 1883. suivant ce ppe, la chose prêtée périt pour le compte du prêteur, lorsqu'on ne peut imputer à l'emprunteur aucune faute dans l'administration, ou dans l'usage de la chose prêtée. il en est néanmoins autrement si, lors du prêt, il a été procédé à l'estimation de la chose prêtée: la raison est prise de ce que l'estimation n'ayant pu avoir d'autre but que de connaître si le prix de la chose a augmenté ou diminué par l'usage qu'en doit faire l'emprunteur, il s'ensuit alors nécessairement

que la perte survenue ne peut être que pour le compte de l'emprunteur, puisque cette précaution le rend comptable de l'entier prix de l'estimation, à moins que les parties ne soient convenues du contraire. vous devez observer encore que, non-obstant le pp.e qui n'admet de solidarité dans les engagemens que autant qu'elle a été nommément stipulée, elle a cependant lieu sans stipulation dans le cas où plusieurs personnes se réunissent pour emprunter la même chose. enfin, vous devez remarquer que le prêt serait dénaturé, si l'on autorisait l'emprunteur à garder par compensation avec ce qui lui est dû la chose qui lui a été prêtée, le prêt deviendrait alors un bail en payement contre le gré des parties dont l'une a entendu emprunter, & l'autre prêter. au surplus cette décision a été prise dans la loi 4, cod. de commod.

Sect. 3.

des engagemens de celui qui prête à usage.

art. 1888, 1889, 1890 & 1891.

Les réflexions auxquelles ces quatre art. peuvent donner lieu, se réduisent à peu près à celles-ci.

1.° qu'en règle générale l'emprunteur ne doit pas prendre sur lui de faire réparer la chose prêtée, si la réparation est extraordinaire, à moins qu'elle ne soit tellement urgente qu'il ne lui ait pas été possible d'en prévenir le prêteur; auquel cas il a action pour s'en procurer le remboursement. en le statuant ainsi, la loi laisse évidemment sur le compte de l'emprunteur les réparations ordinaires, c'est-à-dire, celles que l'exercice de l'usage rend nécessaires.

2.° que le prêteur est responsable du dommage que la chose prêtée peut avoir fait éprouver à l'emprunteur, s'il a connu ses défauts, s'il ne les a point déclarés. les lois 18, §. 3, & 22, ff. commod. tiennent le même langage.

chap. 2.

du prêt de consommation ou simple prêt.

Sect. 1.

de la nature du prêt de consommation.

art. 1892 = 1897.

Les six art. qui composent cette section, nous fixent sur la

différence qu'il y a entre le prêt de consommation & le prêt à usage. Le premier fait passer la propriété de la chose prêtée sur la tête de celui qui la reçoit; au contraire, dans l'autre, celui qui livre la chose, en conserve la propriété. il semble d'abord que ce soit là une discussion diffuse & sans intérêt; cependant elle sert de base à la décision d'une question importante, celle de savoir pour le compte duquel des deux de l'emprunteur ou du prêteur la chose périt.

mais qu'en doit-il être en matière de prêt d'argent, si dans l'intervalle qui se passe entre l'époque où il a été fait & celle fixée pour le remboursement, les espèces éprouvent une augmentation ou une diminution de valeur; sera-ce eu égard à la valeur des espèces au tems du contrat que le remboursement devra être effectué, ou bien sur leur valeur actuelle? l'art. 1895 du code décide qu'on ne doit rendre que la somme numérique portée au contrat, & que cette restitution doit être faite en espèces qui ont cours au moment du payement.

cette décision est très juste, quoiqu'il puisse en résulter que le prêteur reçoive plus ou moins d'argent qu'il n'en a livré; mais comme en pareille circonstance, il ne s'agit que d'une valeur numérique qui appartient bien plus à l'opinion qu'à la réalité, il suffit que cette opinion soit basée sur les opérations du gouvernement pour qu'un débiteur puisse se libérer valablement envers son créancier avec des espèces dont le gouvernement a lui-même fixé la valeur. cette question avait été agitée par beaucoup d'auteurs, entr'autres par maynard, liv. 7, chap. 99, & liv. 8, chap. 94, par laroche, des droits seigneuriaux, chap. 2, art. 1, chap. 6, art. 1 & chap. 10 art. 4. par graverol sur laroche, liv. 6, tit. 61, art. 5, par guy pape & ses commentateurs, en sa quest. 493; par le prêtre, cent. 1, chap. 17, &c. &c.

il ne doit point en être de même, lorsqu'au lieu d'espèces numériques l'emprunteur a reçu des lingots d'or ou d'argent avec énonciation de leur poids; dans ce cas, ce dernier, pour se libérer, ne peut rendre que des lingots d'un même poids, quelque augmentation ou diminution qui pût être survenue au marc d'or ou d'argent, parce qu'alors ce n'est pas une valeur numérique dont il s'agit, mais bien d'une valeur réelle qui ne consiste qu'au poids, & qui ne peut recevoir

Aucune atteinte par la valeur d'opinion.

Sect. 2.

des obligations du Prêteur.

art. 1898, 1899, 1900 & 1901.

Quoiqu'il soit très vrai en règle générale que celui qui prête une chose sans terme fixe pour la restitution, puisse la réclamer à sa volonté, in quibus dies non apponitur, praesenti die debentur. cependant il est des circonstances où l'on pourrait regarder comme dérisoire un prêt, notamment celui de consommation, à la suite duquel celui qui l'aurait fait viendrait le réclamer presque incontinent, sous prétexte qu'on n'aurait pas fixé l'époque à laquelle la restitution devait en être faite.

d'un autre côté, il ne serait pas juste que, malgré la convention qu'une chose prêtée ne serait restituée qu'à l'époque où l'emprunteur pourrait la rendre, ou qu'il en aurait les moyens le prêteur en fût privé pendant toute sa vie, voilà pourquoi il est décidé ici que dans l'un & dans l'autre cas c'est au juge à déterminer un délai dans lequel la restitution devra être faite.

Sect. 3.

des engagemens de l'emprunteur.

art. 1902, 1903 & 1904.

Le Premier de ces trois art. est basé sur la disposon de la loi 3, ff. de rebus cred. c'est là un ppe général: mais il a ses exceptions comme nous l'avons vû sur l'art. 1895. vous devez remarquer ici que l'emprunteur ne doit les intérêts de la chose qu'il a reçue, que du jour de la demande en justice, & que l'échéance du terme convenu entre parties est incapable d'en ouvrir le cours; cependant il y avait en france une cour souveraine qui adjugeait les intérêts du simple prêt du jour des obligations. c'était le parl. de pau (en béarn) la coutume particulière de cette province l'avait ainsi réglé, & l'on en trouve un arrêt dans vedel sur Catellan, liv. 5, chap. 15.

chap. 3.

du prêt à intérêt.

art. 1905.

cet art. est introductif d'un droit nouveau, si l'on en excepte le tems qui s'est écoulé depuis le 6 juin 1791* jour auquel l'assemblée

* vid. une loi du 12 8bre 1789, à la fin, pag.

Constituante décida qu'on pouvait prendre les intérêts d'un prêt fait à jour. cette question avait fait la matière de très amples et très sérieuses discussions avant l'époque dont nous venons de parler, & nous devons convenir que dans presque toute la France, on avait jugé jusqu'alors que la stipulation d'intérêt pour prêt d'argent n'était permise, qu'autant que le prêteur s'interdisait la faculté de réclamer le capital qu'il avait livré.

quoi qu'il en soit, l'assemblée constituante n'avait pas poussé les choses plus avant; elle s'était bornée à permettre la stipulation des intérêts dans un cas où la majorité des tribunaux l'avait proscrite, mais elle n'avait point touché au taux de ces intérêts qui étaient restés tels qu'ils l'étaient auparavant, c'est-à-dire, au dénier 20.

La convention nationale se permit d'aller plus loin, et sous le prétexte que l'argent est marchandise, elle crut pouvoir admettre la stipulation des intérêts à un taux dont les parties conviendraient entre elles. un décret du 6 floréal an 3 consacra cette opinion, & dès ce moment, l'usure prit un tel accroissement que la convention ne laissa subsister ce décret que très peu de jours; il fut rapporté par un autre en date du 2 prairial suivant.

il est bien vrai que dès lors il ne fut plus permis de consigner dans les actes publics des monumens parlants d'une usure abominable par une stipulation d'intérêts dont le taux s'élevait souvent pour une année au delà de la moitié de la somme prêtée: mais la cupidité & l'agiotage n'en conservèrent pas moins leur dévorante activité. des hommes pervers possesseurs de quelque numéraire se fesaient consentir par ceux qui avaient le malheur de s'adresser à eux des lettres de change où il n'était fait nulle mention de ces intérêts; & ces sangsues couvraient ainsi du voile de l'obligeance, les actes qui consommaient la ruine de tous ceux que la nécessité avait conduits dans leur antre.

de là le renchérissement de tous les objets de manufacture, parce que les chefs des établissemens de cette espèce, ne pouvant les activer qu'à l'aide d'un certain argent comptant, le taux énorme des intérêts qu'ils sont forcés d'en payer, ne leur permet pas de livrer la marchandise à un prix que le peuple puisse atteindre.

de là encore cette démoralisation presque générale qui a gangrené les cœurs, & qui a fait de certains hommes une

Espèce de Bêtes féroces qui se nourrissent du sang de leurs victimes.

un tel état de choses étant subversif de tout ordre social ne pouvait point être toléré par un gouvernement sage & éclairé. il a ouvert les yeux sur l'abus que fesait l'avarice des dispoons de la loi relatives à la stipulation d'intérêt conventionnel et un décret du 3 7bre 1807 publié le 13 du même mois, a fixé l'intérêt conventionnel de l'argent en matière civile au dénier 20 sans retenue, c'est-à-dire, au même taux que l'intérêt légal.

mais l'agiotage & la cupidité ne trouveront-il pas le moyen d'échapper à d'aussi sages dispoons? la loi ne change pas les cœurs mais ce qu'on n'obtient pas d'un retour à la moralité, on le doit quelquefois à la crainte des peines, & c'est là le motif qui a engagé le législateur à ordonner la traduction devant le tribunal correctionnel de tous les individus qui seraient prévenus & convaincus de se livrer habituellement à l'usure; dans ce cas le tribunal est autorisé à prononcer contre eux la condamnation à une amende qui pourra être portée jusqu'à la moitié des capitaux qu'ils auront prêtés à usure: & s'il y a escroquerie de la part du prêteur, il pourra être condamné à un emprisonnement dont la durée n'excédera pas deux années.

Les dispoons de cette loi nous amènent à l'examen d'une question importante. elle consiste à savoir comment pourra être faite la preuve de l'usure? suivant le droit commun, nul fait n'est justifié en défaut de preuve écrite, qu'autant qu'il est attesté par deux témoins, unus testis, nullus testis. si ce procédé devait être observé en matière d'usure, il est sensible qu'on ne parviendrait jamais à en acquérir la preuve; l'usurier se garde bien d'appeller des témoins qui pourraient déposer de son infamie; aussi a-t-on décidé dans tous les tems qu'il en était autrement, lorsqu'il s'agit de prouver une habitude, parce que le genre se constate par la preuve de plusieurs espèces de faits particuliers dont chacun tend à la même fin. c'est là ce qu'on trouve dans Ferrière, en son dictionn. de droit, verb. témoin singulier. où cet auteur cite la maxime; quando plura tendunt ad perficiendum unum totum tunc quae non prosunt singula, si sint simul collecta, juvant. on peut voir encore ce que dit là dessus Ranchin, en ses décisions sous

le mot testis, art. 117. c'est d'après ce ppe que l'art. 37 du tit. 13 de l'ordce de 1670, après avoir enjoint aux juges d'informer des exactions que les geoliers & guichetiers pourraient commettre envers les prisonniers, ajoute que la preuve en sera complette s'il y a six témoins, quoiqu'ils déposent chacun de faits singuliers & séparés, & qu'ils y soient intéressés. ainsi nous devons tenir pour certain qu'on peut acquérir la preuve de l'usure par le langage de divers témoins, quoiqu'ils déposent d'un fait particulier propre à chacun d'eux, & que chacun de ces faits ne soit établi que par une déposition unique.

il y a plus encore: car rien ne nous autorisant à penser que l'ancienne jurisp. en matière d'usure, soit abrogée, nous pensons que ce crime peut être constaté par la voie du serment que le débiteur a la faculté de déférer au créancier, et faute par celui-ci de le prêter, les arrêts admettaient le débiteur à le prêter lui-même sur la quotité de l'usure exercée contre lui. ces arrêts sont rapportés par d'olive, liv. 4, chap. 19.

Enfin, on peut encore obtenir la preuve de ce crime par les propres livres de raison de ceux qui exercent l'usure. on a cru que ce cas devait être excepté du ppe général, d'après lequel nul n'est forcé de remettre des titres contre soi-même, nemo tenetur edere contra se. la jurisp. des arrêts était constante sur ce point. nous devons pourtant convenir qu'en pareille circonstance, on n'obtenait pas la remise des livres de commerce. le parl. de toulouse fit cette précision par un arrêt rendu en la 1ère chambre des enquêtes au rapport de mr de rigaud, le 13 7bre 1780; j'écrivais dans ce procès pour le Sr pouzet & compagnie négt de moissac, contre le Sr lacoste qui prétendait pouvoir prendre la preuve de l'usure dont il se plaignait dans les livres de commerce de ces négociants.

art. 1906 = 1914 —

Ces divers art. ne fournissent matière à aucune réflexion intéressante. personne n'ignore en effet que s'il a été payé des intérêts non stipulés d'un simple prêt, ces intérêts ne peuvent point être répétés. tout le monde sait qu'on peut placer son argent à titre de constitution de rente, soit en perpétuel, soit en viager, que ce contrat est essentiellement rachetable, & que le capital devient exigible en cas de

faillite ou de déconfiture du débiteur ; mais on n'était pas également d'accord sur la question de savoir si l'on devait recevoir le débiteur qui avait passé deux années sans payer les intérêts d'une rente constituée, à s'affranchir de la demande qu'on lui faisait du remboursement du capital, moyennant son offre de purger la demeure Celeri praestaone catellan, liv. 5, chap. 20, traite cette question avec une certaine étendue, & il finit par dire que, suivant la commune jurisp. on reçoit le débiteur à purger la demeure dans le bref délai qu'on lui donne pour exécuter l'offre qu'il fait de payer la rente échue.

nous ne pensons pourtant pas que ce soit là le bon avis d'après les ppes du droit romain ; & nous pouvons invoquer à l'appui de notre opinion la loi 12, cod. de contrah. vel comm. stipul. & la loi 4, §. dernier, ff. de leg. commiss. qui décident nettement qu'on n'a nul besoin de faire une sommation au débiteur pour le constituer en demeure. des considérations prises dans le droit canonique, ont quelquefois engagé les anciens tribunaux à s'écarter des ppes du droit en cette matière, mais les lois nouvelles semblent respecter encore plus que les anciennes la maxime, pacta sunt servanda : le créancier n'a prêté son argent que sous cette condition ; rien ne saurait donc affranchir le débiteur de la peine qu'il s'est imposée lui-même, en cas d'inexécution de l'engagement qu'il a contracté. [opinion consacrée par un arrêt de la C. de C. du 6 juillet 1812] tit. 11.

du dépôt & du séquestre.

chap. 1.

du dépôt en général & de ses diverses espèces.

art. 1915 & 1916.

La définition qu'on nous donne ici du dépôt, est prise dans la loi 2, ff. depos.

chap. 2.

du dépôt proprement dit.

Sect. 1ère

Sect. 1.

De la nature et de l'essence du contrat de dépôt.

art. 1917 = 1920.

on a toujours voulu regarder comme gratuit le contrat de dépôt s'il n'était autrement dit; par exemple, celui qui fait le dépôt, stipulait des intérêts, il est visible que le contrat serait converti en prêt; il est également certain qu'on devrait le regarder comme louer, si le dépositaire recevait un salaire pour les soins qu'il pourrait prendre de la chose déposée. on trouve exprimé dans la loi 1, §. 8, & dans la loi 7, §. 2. ff. depos. les deux art. suivans ne présentent à faire aucune réflexion.

Sect. 2.

Du dépôt volontaire.

art. 1921 = 1926.

il n'y a de remarquable dans les 6 art. dont cette section est composée que la disposition qui exclud de toute preuve testimoniale celle du dépôt dont la valeur excède une somme de 150 liv. delà cette conséquence que celui qui prétendrait avoir fait un dépôt entre les mains d'un autre, pourrait demander d'être reçu à la prouver par témoins, pourvu que la valeur de la chose déposée fut au dessous de 150 liv. lors même qu'il n'exhiberait point de commencement de preuve par écrit. il ne reste donc pour le présent moment nous venons de parler d'autre ressource à celui qui a fait un dépôt volontaire, que de déférer le serment au dépositaire, et si celui-ci le prête, foi pleine et entière doit être ajoutée à sa déclaration, soit qu'elle renferme le dénie du dépôt, soit qu'elle en établisse comme, il ajoute que la restitution en a été par lui faite, parce que in civilibus non sufficit negare.

on peut demander si un dépositaire convaincu que la chose qui lui a été donnée en dépôt, n'appartient point à celui qui la lui a confiée, peut en faire la restitution au vrai propriétaire au préjudice du déposant. il ne le peut point; tout ce qu'il est en son pouvoir de faire, c'est d'en donner avis au vrai propriétaire; celui-ci fera probablement les démarches convenables pour rentrer en possession de la chose déposée. Et le résultat de ces démarches sera d'empêcher ensuite le dépositaire en faisant la restitution à celui-là même qui s'avait mise dans ses mains; sans cela, rien ne pourrait autoriser le dépositaire à refuser la chose à celui de qui il la tenait.

Sect. 3.

des obligations du dépositaire

art. 1927 = 1946.

Toutes les décisions qu'on trouve renfermées dans ces 20 articles sont prises dans les lois répandues sous les tit. du ff. & du code depos. vel cont. pothier a fait sur cette matière un excellent traité dans lequel nous pourrions aisément puiser de quoi fournir à l'explicaon de tous nos art. et en grossir notre cahier; mais ce ne serait là qu'un luxe dont nous devons nous garantir, en nous bornant à vous indiquer les sources dans lesquelles vous pourrez prendre tout ce qu'on peut désirer de savoir sur ce point. ce que vous ne devez jamais perdre de vüe, c'est que les moindres circonstances en cette matière peut-être plus qu'en toute autre sont de la plus grande considération; c'est au juge à les peser dans sa sagesse.

Sect. 4.

des Obligations de la personne par laquelle le dépôt a été fait.

art. 1947 & 1948.

ce qu'on lit ici, on le voit dans le contrat de dépôt par pothier, Et ce n'est pas sans garant que cet excellent auteur enseigne cette doctrine; elle est basée sur les lois 2 & 8, ff. de p. & sur la loi 61, §. 5, ff. de furt.

Sect. 5.

du dépôt nécessaire.

art. 1949 = 1954.

après nous avoir donné dans l'un des 6 art. dont notre section est composée, la définition du dépôt nécessaire, le code a adopté les dispoons de l'art. 2 du tit. 20 de l'ord ce de 1667, en ce qu'il était permis par cette loi de prouver par témoins le fait de dépôt que les circonstances avaient rendu nécessaire, quelle que soit la valeur de la chose déposée.

mais tous les auteurs n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si l'on devait regarder comme dépôt nécessaire l'importation d'effets que font les voyageurs dans les hôtelleries & sur les conséquences qui en résultent.

les uns voulaient qu'il n'y eût dépôt qu'autant que la remise est directement faite dans les mains de l'aubergiste ou

des Empoisonneurs, de telle manière que si le vol avait été fait dans toute autre circonstance, l'aubergiste n'en était point responsable, à moins qu'il n'eut été commis par des domestiques. Maynard, liv. 8, chap. 82, Basnage, tom. 2, liv. 8, chap. 21.

quelques autres prétendaient que les hôteliers étaient responsables de tout ce que les voyageurs apportaient dans la maison, parce que tout était censé avoir été remis à la garde par le seul fait de l'importation. Voyez pour cela Loüet, Brodeau sur la Roche, liv. 6, tit. 8, principal, et les arrêtés, tom. 1, pag. 65, la loi 1, §. dernier, et la loi 3, ff. nautæ, caupones &c.

enfin, d'autres distinguaient les hardes & les effets de l'argent comptant & des bijoux. ils mettaient les objets de la première espèce sur le compte de l'hôtelier en faute, mais ils ne le rendaient responsable des autres, qu'autant que la remise lui en avait été faite d'une manière spéciale & particulière on peut voir ce qu'en dit Bacquet, des droits de justice, chap. 11, §. 71, pag. 274.

il y a eu dans le droit sur de questions aussi diversement jugées que celle dont nous nous occupons; tout ce qu'on peut dire avec vérité, c'est que les circonstances influent singulièrement sur la décision à porter en pareille matière, & comme les circonstances varient à l'infini, il n'est pas étonnant qu'on trouve des arrêts dont les uns ont jugé la question d'une manière, & les autres tout différemment. ex modica circumstantia facti magnam inducit diversitatem juris. on trouve ces arrêts dans Loüet, cent. 1, chap. 19, dans Soefve, tom. 2, cent. 3, chap. 26, dans le traité de la police, liv. 1, tit. 16, tom. 1, chap. 24, pag. 793 & suiv. dans Brodeau sur l'art. 175 de la Coutume de Paris, n°. 3, &c.

aujourd'hui il n'est plus permis d'élever de doutes sur ce point, il y a dépôt par le fait de l'importation des effets dans une hôtellerie, & ce dépôt doit être regardé comme nécessaire. il y a plus encore, les hôteliers sont responsables du vol ou du dommage des effets des voyageurs, ou du dommage que l'imprudence ou l'inexpérience des domestiques ou préposés de l'hôtellerie a fait essuyer aux voyageurs, sans distinguer comme l'on faisait autrefois celui qui provenait de domestiques ou préposés de l'hôtellerie d'avec ceux qu'on n'imputait qu'à des étrangers allant & venant dans cette hôtellerie mais dans aucun cas, Grenoble aujourd'hui qu'autrefois

On ne peut mettre sur le compte des hôteliers le vol ou autres événemens dus à une force majeure, parce que la responsabilité est le fruit de l'incurie qui ne se rencontre point en pareille circonstance.

Chap. 3.

du séquestre.

Sect. 1.

des diverses espèces de séquestre.

art. 1955.

Le séquestre est ou conventionnel, ou judiciaire.

Sect. 2.

du séquestre conventionnel

art. 1956 = 1960.

ces cinq art. ne fournissent matière à aucune réflexion. La lecture la plus rapide suffit pour en saisir les diverses dispositions.

Sect. 3.

du séquestre ou dépôt judiciaire.

art. 1961, 1962 & 1963.

en indiquant les trois cas dont parle le premier de nos art. le code a-t-il entendu borner l'exercice du séquestre à ces trois cas, ou bien, le juge a-t-il conservé le droit d'ordonner le séquestre dans quelque autre circonstance? ce moyen de conserver la chose, en la mettant dans les mains de tierces personnes, ne peut produire que de bons effets, de là on est autorisé à conclure que la nouvelle loi n'a pas entendu restreindre au seul cas qu'elle énonce, la faculté d'ordonner le séquestre, & que cette faculté peut être mise en pratique dans toutes les autres circonstances qui peuvent comporter cette mesure.

Tit. 12.

des Contrats aléatoires

art. 1964.

Le droit romain, dans le tit. 5, du liv. 11 du ff. & dans le 43e titre du liv. 3 du code, nous donne plusieurs exemples de ce genre de contrat qui n'est par conséquent pas d'institution nouvelle

Chap. 1.

du jeu & du Pari.

art. 1965, 1966 & 1967.

on trouve dans catellan, liv. 5, chap. 61, un arrêt qui déclare valable un gageure intervenue sur un fait bien singulier que je vous ferai connaître dans mon explication Orale, nous pensons même que s'il se présentait aujourd'hui une question à peu près semblable, elle serait jugée tout autrement qu'elle ne le fut alors.

quoi qu'il en soit, les ord.ces de france, notamment celle de moulins, art. 59, & celle de 1629, art. 140, d'accord avec la loi 1, cod. de aleator. avaient défendu toute gageure; ce n'est qu'à titre d'exception au droit commun en cette matière, qu'elles étaient tolérées dans certains cas énoncés en la loi précitée et qui ont fait depuis le sujet du second de nos trois articles, encore même est-il au pouvoir des juges de rejetter la demande si la somme leur paraît excessive, ce dont ne parlait point la loi romaine.

enfin, le dernier de nos trois art. prohibe toute action en répétition des sommes que le perdant peut avoir délivrées à la suite d'un pari; en quoi le code s'est écarté des dispositions de la loi 1, cod. de aleat. on a cru que s'il n'y avait point d'action civile à exercer pour obliger le perdant à s'acquitter il y avait au moins de sa part une obligation naturelle, & celle-ci suffit pour interdire toute action en réclamation des sommes qu'on aurait pu se dispenser de payer, comme nous l'avons vu sur l'art. 1235 du code.

Chap. 2.

du contrat de rente viagère.

Sect. 1.

des conditions requises pour la validité du contrat.

art. 1968 – 1976.

Rien n'est plus simple & plus facile à saisir que ce qui est porté en ces 9 art. aussi ne ferons-nous que de très courtes réflexions sur leur contenu.

Pour se fixer sur la forme que doit avoir le contrat à rente

viagère, on doit distinguer celui qui est constitué à titre onéreux d'avec celui qui l'est à titre gratuit. L'engagement le plus simple suffit pour la validité du premier, n'importe qu'il ait été passé sous seing privé, ou par acte notarié, il sera toujours valable, pourvu qu'au premier cas il soit fait en double Original, & que dans le second il ait été revêtu des formes requises pour la validité des actes notariés.

Il n'en est pas de même pour le second, c'est-à-dire, pour le contrat à rente viagère constitué à titre gratuit; celui-ci est une véritable Libéralité, & la Loi ayant introduit des formes particulières pour les dispositions à titre gratuit, soit par acte entre-vifs, soit par acte de dernière volonté, il était naturel que celui-ci ne fût valable, qu'autant qu'on y auroit observé une de ces deux formes.

mais il ne faut pas croire que ce genre de disposition puisse être employé pour se soustraire à l'exécution du droit commun relatif à la quotité des biens dont valide laisse la liberté de disposer aux donataires ou Légataires. la réserve légale doit toujours rester intacte; & si le constituant y portait quelque atteinte, il y auroit lieu à réduction, comme si l'acte avait été qualifié de donation, tout comme il y auroit nullité, si la rente était créée en faveur d'un incapable, tout aussi bien que si la disposition eut été faite par testament.

Vous devez remarquer que si la rente est créée sur la tête d'une personne qui, lors du contrat, jouit d'une bonne santé, l'acte est valable, quoique cette personne décède avant le vingtième jour, à compter de celui où l'acte a été passé. cependant il n'en est pas de même que la rente créée sur la tête d'une personne attaquée d'une maladie dont elle est décédée dans les 20 jours, nonobstant aucun effet; mais il faut prendre garde que dans le premier cas, rien n'annonce la non-probabilité de la durée de l'acte, au lieu qu'il y a probabilité contraire, lorsque la personne est attaquée malade au moment où la rente est créée sur sa tête.

Enfin, le dernier de nos arrêts confirme les anciens, par qui ne reconnaissaient ni lésion, ni usure, dans la stipulation du taux auquel pouvait être constituée une rente viagère à cause de l'incertitude de l'événement. on en trouve un arrêt dans le journal du palais de paris

sous la date du 26 août 1687.

cependant s'il n'y avait absolument aucun rapport entre le taux de la rente, & le capital pour lequel elle aurait été constituée, comme, par exemple, si pour un capital de 2000 ₶ il avait été constitué une rente de 1000 ₶, on ne pourrait la regarder que comme créée à titre gratuit, & sous ce rapport, elle serait nulle, si l'on n'y avait point observé les formes du testament ou de la donation.

Sect. 2.

des effets du contrat entre les parties contractantes.

art. 1977 = 1783.

Parmi les 7 art. dont cette section est composée, il en est qui mettent fin à des difficultés sur lesquelles tous les tribunaux ne prononçaient pas d'une manière uniforme. La première observation qu'ils présentent à faire, c'est qu'en cette matière, aussi bien qu'en toute autre, conformément à la décision portée en la loi 99, ff. de verb. oblig. les contrats qui sont volontaires dans leur ppe, deviennent obligatoires dans leur exécution, contractus initio voluntatis, postea necessitatis fiunt. voilà pourquoi en matière de contrats à rente viagère, celui qui a contracté l'obligation d'en payer une, moyennant un prix qu'il a reçu, n'est pas le maître de revenir sur ses pas & de se libérer de cette obligation, en offrant de rembourser le capital & de renoncer à la répétition des sommes qu'il a payées à ce titre.

mais, s'il n'est pas permis au débiteur de la rente de s'affranchir du payement qu'il s'est obligé d'en faire, comme nous venons de le voir, il n'est pas plus permis au créancier, faute de payement de la rente, de réclamer le remboursement du capital qu'il a payé lors de son établissement, ou de demander à rentrer en possession de son immeuble, s'il en avait livré quelqu'un à cette époque; il ne lui reste pour obtenir son payement d'autre ressource que la vente des biens de son débiteur, & de faire ordonner que sur le produit de cette vente, il sera placé en des mains sûres un capital dont les intérêts serviront au payement de la rente;

cependant si les parties étaient convenues que, faute de payement de la rente, le créancier reprendrait ce qu'il aurait

livré, cette convention n'ayant rien d'illicite, devrait être exécutée mais dans ce cas, il reste une difficulté, c'est de savoir si celui qui s'était obligé de payer la rente, serait fondé à réclamer tout ce qu'il aurait payé à titre de rente viagère, au delà de l'intérêt légitime de la somme qu'il avait reçue. Mr de Maleville pense que cette réclamation serait fondée; nous ne partageons pas cette opinion; parceque, soit que la résiliation de l'acte provienne de ceque le débiteur n'a point fourni au créancier les sûretés convenues, soit qu'elle provienne de l'inexactitude à payer la rente, lorsque la convention a été telle, le débiteur ne peut s'en prendre qu'à lui-même, & il est juste qu'il en supporte la peine. S'il en était autrement, le créancier se trouverait avoir absorbé une partie de son capital, sans qu'il eût à se reprocher d'avoir abusé de sa fortune.

La deuxième observation est relative au droit de celui à qui la rente viagère doit être payée. On distinguait autrefois la rente créée par testament, de celle qui l'était par contrat, & l'on pensait que dans le premier cas, la rente était acquise dès le moment du décès du testateur, quoique le pensionnaire ne vécut pas l'année entière, au lieu que dans le second cas on n'adjugeait la rente qu'en proportion du tems que le pensionnaire avait vécu.

Cette distinction n'est plus admissible, & dans tous les cas il n'est dû de rente viagère à celui à qui elle est servie que dans la proportion du nombre des jours qu'il a vécu, à moins qu'il n'ait été convenu qu'elle serait payée d'avance, auquel cas l'échéance du terme auquel le payement doit être fait, acquiert un droit irrévocable au rentier, droit qu'il transmet à ses hers, quand il décéderait le lendemain du jour où la rente devait lui être payée.

On n'était pas d'accord sur la question de savoir si une rente viagère était, ou n'était pas saisissable. Le code a fait cesser cette difficulté, en décidant qu'elle n'était insaisissable, qu'autant qu'elle était constituée à titre gratuit, & sous cette condition. Cette décision est remplie de justice, car chacun étant le maître d'attacher à sa libéralité telle condition qu'il juge à propos, on doit nécessairement respecter sa volonté qui déclare la rente insaisissable. Il n'en peut pas être de même, lorsqu'elle est constituée à titre onéreux, parceque la rente représente les

intérêts des capitaux livrés, & que les créanciers ont des droits sur les intérêts qui appartiennent à leur débiteur.

Enfin, il est décidé ici que la mort civile n'produit pas l'extinction de la rente viagère, en quoi le code se trouve d'accord avec la doctrine des auteurs que je vous ai fait connaître dans l'explication du tit. de l'usufruit, sur l'art. 617. (ou Ed.)

Tit. 13.

du mandat.

chap. 1.

de la nature & de la forme du mandat.

art. 1984 = 1990.

on ne voit ici que des ppes généraux pris dans les lois romaines et que l'on trouve consignées dans le titre des instit. de mandat. ainsi que dans le ff. & dans le code au tit. mandati.

les institutes nous donnent l'indication de plusieurs espèces de mandats, & cette diversité a son ppe dans la diversité d'intérêts qui ont donné lieu au mandat.

mais il ne faut pas confondre le simple conseil, ou la simple recommandation avec le mandat proprement dit; celui-ci produit une obligation, les autres n'en produisent point: consilii non fraudulenti nulla est obligatio, nisi dolus intercesserit, dit la loi 47, ff. de reg. jur.

le mandat est gratuit; s'il ne l'était point, il deviendrait louage, §. 4, instit. de mandat. cependant rien n'empêche qu'on ne puisse stipuler une récompense, sans le dénaturer. nous l'apprenons de la loi 56, §. 3, cod. mandati.

il doit être fidèlement rempli, sans en excéder les bornes, qui fines mandati excedit, nihil agit. ces derniers mots nous fournissent l'occasion d'examiner la question de savoir si un mandataire qui a excédé les bornes du mandat qu'il a reçu, a action contre le mandant pour la répétition de ce qu'il a dépensé en conformité du mandat. les jurisconsultes n'étaient pas d'accord là-dessus: les uns soutenaient qu'il ne pouvait rien réclamer; les autres pensaient au contraire qu'en abandonnant la somme à concurrence de laquelle le mandat avait été excédé, il était fondé à demander le remboursement de ce qu'il avait été autorisé à dépenser; que le mandataire était suffisamment puni par cette perte, sans lui faire perdre encore ce qu'il aurait pu

réclamer, en supposant qu'il n'eût point excédé les bornes du mandat. La loi 3, §. 2, & la loi 4, ff. mand. ont adopté cette dernière opinion.

l. 60, ff. de proc. l. 63 eod. La contexture de l'art. 1989 du code nous autorise à penser qu'il en doit être de même aujourd'hui, car cet art. n'improuvant que ce qui est fait au delà de ce qui est porté au mandat, il paraît s'en suivre naturellement que le mandant est obligé pour tout ce en quoi le mandat n'a point été excédé.

au reste, il est conforme aux ppes que le mandat général n'embrasse point celui d'aliéner, ou d'hypothéquer; il faut pour cela un mandat exprès; s'il ne l'est point, son exécution est bornée aux simples actes d'administration. ce que nous venons de dire doit avoir lieu, même dans le cas où la procuration contenant mandat, serait conçue en des termes dont la généralité pourrait faire croire que le mandant avait fait passer tous ses droits sur la tête du mandataire, comme s'il y était dit que celui-ci était autorisé à faire tous les actes que le mandant pourrait faire lui-même. En un mot, rien n'est capable de suppléer le mandat exprès, lorsqu'il s'agit d'aliénation ou d'hypothèque.

Enfin, le code s'est conformé aux dispoons du droit romain, en la loi 31, ff. de negot. gest. lorsqu'il dit que le mineur & la femme mariée pouvaient être chargés de l'exécution d'un mandat; on n'a cependant pas voulu que l'acceptation de ce mandat pût nuire aux intérêts du mineur, non plus qu'à ceux du mari: voilà pourquoi le dernier de nos art. a limité l'action du mandant. Et il y a tout lieu de croire que les personnes prudentes se garderont bien de leur donner la préférence sur beaucoup d'autres pour les représenter.

Chap. 2.

des obligations du mandataire.

art. 1991 = 1997.

Ce sont encore ici des ppes généraux pris dans les lois romaines que notre code a adoptés; nous venons de voir dans le précédent chap. que le mandat ne devenait obligatoire que par l'acceptation qu'en fait celui à qui il est donné; que c'est alors seulement que se formait le contrat, & nous apprenons dans celle-ci que l'acceptation une fois faite, il ne dépend plus du mandataire de

ne pas l'exécuter, à peine de répondre des dommages qui pourraient résulter de son inexécution, comme aussi que cette obligation dure jusqu'à ce que le mandat soit révoqué, en quoi le code est parfaitement d'accord avec le texte des instit. au tit. de mand.

et non seulement le mandataire est tenu de remplir la mission qui lui a été donnée, mais encore il doit la remplir de telle manière qu'on n'ait à lui reprocher aucune négligence dans son exécution, moins encore aucun tort. Præstat procurator tam dolum quam omnem culpam, disent les lois 11 & 13, cod. mand.

Ce n'est pas qu'on doive scruter ses opérations dans tous les cas avec la même rigueur, car si le mandataire n'a reçu aucun salaire, s'il a exercé un office purement gratuit, il serait bien dur qu'on le traitât à l'égal de celui qui a été salarié, aussi cette nuance n'est-elle point échappée à nos législateurs.

il est de l'essence du mandat d'assujettir à comptabilité celui qui l'a rempli, eût-il été convenu que le mandataire ne rendrait aucun compte. c'est encore là une décision prise dans le droit romain en la loi 119, ff. de legat. 1°. & si le mandataire a fait faire par autrui ce dont il avait été chargé, le mandant a une action directe à exercer contre ce dernier, sans que pour cela le mandataire soit déchargé des suites du mandat qui lui avait été donné; en sorte que dans cette hypothèse, le mandant au lieu d'une seule personne, en a deux qui lui répondent des suites de la mission qu'il en a donné.

mais il n'y a point de solidarité entre les mandataires, si le même en constitue plusieurs; ce genre d'obligation n'a jamais lieu qu'autant qu'il a été nommément exprimé d'après le chap. 1 de la nov. 99.

On peut demander depuis quelle époque le mandataire est comptable des intérêts des capitaux, ou autres fonds qu'il a reçus en exécution du mandat. ce n'est que du jour qu'il a été constitué en demeure à moins qu'il n'en eût fait l'emploi pour lui-même, auquel cas il les devrait à compter du jour où il aurait fait cet emploi.

Enfin, rien n'est plus raisonnable que les dispositions renfermées dans le dernier de nos art. où on lit que le mandataire n'est comptable d'aucune garantie pour cause d'excès de mandat, lorsqu'il a fait connaître ses pouvoirs à celui avec qui il a traité. l'utilité de cette garantie ne pourrait tourner qu'au profit de ce

dernier, & certes il n'y aurait point là de justice, car celui-ci n'a pas moins à s'imputer l'excès dans l'exécution du mandat, que celui à qui il avait été donné.

Chap. 3.

des obligations du mandant.

art. 1998 = 2002.

Après vous avoir fait connaître l'étendue des obligations du mandataire, le code parle dans ce chap. de celles du mandant. Ses divers art. sont conçus en des termes si clairs & si précis qu'ils ne sont susceptibles d'aucune explication; ils sont d'ailleurs fondés sur diverses lois Romaines qu'il serait superflu de citer, & sur la jurisp. des tribunaux dont rendent compte Maynard Liv. 4, chap. 16, & Serres, en ses instit. au droit français, tit. du mandat.

nous bornerons donc à vous faire remarquer que dans le cas où le mandataire a été constitué par plusieurs personnes, ce mandataire a une action solidaire contre chacun des constituants; en quoi l'art. 2002 qui le décide ainsi, conformément à la loi dernière, ff. quod jussu, semble être en oppoon avec l'art. 1995 qui n'admet point la solidarité contre plusieurs mandataires constitués par le même acte.

il n'y a cependant point d'oppoon entre ces deux art. & la raison de la différence n'est pas difficile à saisir; elle est prise de ce que, dans le premier cas, l'exécution du mandat profite également à tous les constituants, au lieu que dans le second, y ayant plusieurs mandataires constitués, chacun d'eux n'est censé avoir reçu de mandat, quant à son exécution qu'à concurrence d'un tiers, s'ils sont trois, ou d'un quart, s'ils sont quatre, &c. à moins que le contraire n'ait été expressément convenu.

Chap. 4.

des différentes manières dont le mandat finit.

art. 2003 = 2010.

Le code énumère ici les diverses causes qui amènent la cessation

du mandat; la première est la révocation faite par le mandant; la deuxième la rénonciation faite par celui à qui il avait été donné, la 3me est la mort naturelle ou civile, tant du mandant, que du mandataire, ainsi que leur interdiction ou la déconfiture de leurs biens.

L'empereur justinien n'avait, dans ses institutes, indiqué d'autre cause que la cessation du mandat, que celle prise de la révocation faite rebus adhuc integris, la mort du mandant ou celle du mandataire, et la rénonciation faite par celui-ci. notre code y a ajouté celle prise de l'interdiction du mandant ou du mandataire, ou de leur déconfiture.

d'abord, rien de plus naturel que l'extinction du mandat par la mort de celui qui l'a donné, ou de celui qui l'a reçu. mais cette extinction du chef du mandant est subordonné à la connaissance que doit avoir le mandataire du décès de celui qu'il s'était chargé de représenter, car s'il ignorait ce décès, l'opération qu'il aurait faite; même après cet événement, serait aussi valable que s'il eût agi pendant la vie du Mandant.

il en est de même de la révocation. le mandant ne devant son existence qu'à la volonté de celui qui le donne, et son exécution à la volonté de celui qui l'accepte, une volonté contraire doit en opérer l'anéantissement. la manifestation de cette volonté contraire peut-elle produire quelque effet, lorsque les choses ne sont plus entières? justinien, en ses institutes, avait décidé que non, en déclarant que le mandat pouvait être révoqué rebus adhuc integris, ce qui était dire bien clairement qu'il ne pouvait pas l'être, si les choses n'étaient plus entières; mais les tribunaux s'étaient écartés de cette décision, et leur jurisp. a été adoptée par le code.

Ce que nous avons dit de la validité des opérations faites par le mandataire après la mort du mandant, lorsque le décès de celui-ci a été ignoré, reçoit son application au cas où la révocation a été signifiée au mandataire, lequel non-obstant cette révocation, a traité avec diverses personnes qui n'en avaient point connaissance, c'est-à-dire, que les opérations faites par le mandataire, depuis que la révocation du mandat

lui a été signifiée, sont aussi valables que si le mandat n'avait pas été révoqué, & ce dans l'intérêt des tierces personnes qui n'ont pas connu cette révocation, car si elle était connu d'elles, n'importe comment, les opérations du mandataire ne seraient pas valables.

Vous devez observer que la mort civile produit le même effet que la mort naturelle, quant à l'extinction du mandat; celui qui en a été frappé étant comparé à celui qui a cessé de vivre, pro mortuo habetur.

notre code a attaché les mêmes effets à l'interdiction du mandant ou du mandataire, ainsi qu'à leur déconfiture, & c'est très raisonnable. on doit supposer qu'en matière de confiance dont les gens sages sont avares, on se serait bien gardé de la donner à une personne qui depuis a encouru l'interdiction, si on eut pu croire que ses moyens moraux mettraient sa famille dans la nécessité d'en venir à cette extrémité vis-à-vis d'elle. il en est de même de la déconfiture des biens de l'un ou de l'autre, cette déconfiture peut, sans doute, être le résultat de quelque malheur, mais elle est le plus souvent le fruit de l'inconduite, et des personnes de cette espèce ne sont pas capables de régir les affaires d'autrui, puisqu'elles ont si mal fait les leurs propres.

enfin les hers du mandataire ne peuvent rien faire après la mort de ce dernier, à moins que l'intérêt du mandant ne le commandât impérieusement; mais ils doivent s'empresser de donner au mandant connaissance de ce décès afin que celui-ci avise aux moyens de remplacer celui à qui il avait donné sa confiance.

Tit. 14.

du Cautionnement.

Chap. 1.

de la nature & de l'étendue du cautionnement.

art. 2011 = 2020.

Nous avons tant dans le droit ancien que dans le droit nouveau plusieurs titres sur cette matière. chez les romains, on distinguait le fidéjusseur de la caution; le premier était celui qui, accédant à

d'obligation d'un autre, s'engageait à grayer cette obligation, si celui qui l'avait contractée ne l'payait lui-même: le second était celui qui promettait qu'un autre ferait telle chose et qui, en défaut, s'obligeait à indemniser celui à qui la promesse avait été faite.

Cette distinction tenait de la subtilité dont on voit beaucoup d'exemples dans le droit romain; aussi n'a-t-elle été jamais admise en France, & personne n'ignore que le cautionnement est d'accession à une obligation déjà contractée par une autre personne: c'est ainsi qu'est défini ce genre d'obligation dans le titre de fidejuss. aux institutes.

La §. 1 du même titre nous apprend qu'une caution est valablement engagée, alors même que le débiteur principal ne l'est point d'une manière absolue & définitive. cette doctrine a été adoptée par le second de nos art. qui en donne un exemple, en parlant du mineur dont l'obligation a été cautionnée. il y en a beaucoup d'autres dans le droit.

Lorsque le cautionnement n'est qu'un acte dépendant de l'obligation principale à laquelle il se rattache, il est aisé de sentir qu'il ne peut point dans l'ordre des choses que l'on puisse lui donner plus d'étendue qu'à l'obligation dont il n'est que l'accessoire, & y attacher de plus grandes charges. cependant il ne faut pas croire que l'acte fut nul pour cela, car en supposant qu'on y eut dépassé les bornes de l'obligation principale, tout se terminerait à une action en réduction qui ne pourrait point manquer de réussir. Le droit romain en avait porté la même décision dans le §. 5, aux instit. de fidejuss.

Il en est autrement, lorsque le cautionnement est moindre que l'obligation principale, & il n'est pas loisible au créancier de l'étendre aussi loin que l'obligation principale, sous prétexte que le cautionnement en est un accessoire. l'obligation à titre de cautionnement ne doit pas avoir plus d'étendue que les parties n'ont voulu lui en donner; elle doit donc être restreinte dans les bornes qu'elle a reçues, lorsqu'elle a été contractée.

Le cautionnement étant un acte volontaire, rien n'empêche qu'il ne puisse être prêté sans ordre du débiteur, même à son insçu; rien n'empêche non plus qu'il ne puisse être

prêté en faveur de celui qui s'est déjà engagé dans des liens de la même nature, en faveur du débiteur ppal. mais il ne se présume dans aucun cas, & il est insusceptible d'extension: ce sont là autant de vérités consacrées par la nov. 99.

mais ce n'est pas étendre le cautionnement fourni pour l'exécution d'un engagement, que de l'appliquer à tout ce qui n'est qu'accessoire de cette même obligaon, parceque celui qui l'a fourni a pû & dû connaître les suites de l'obligaon. voilà pourquoi il aurait fallu une stipulaon contraire pour en demeurer affranchi.

non solum nobis, sed et haeredibus nostris paciscimur, disent plusieurs textes du droit Romain. Le code consacre ici ce ppe en déclarant que les engagemens des cautions passent à leurs hers. en quoi il n'a fait autre chose qu'adopter les dispoons du droit Romain en la loi 4, ff. de fidejus. mais la stipulaon de la contrainte personnelle dans le cas où elle est permise, ne jouit point du même avantage. ainsi, par exemple: un homme meurt débiteur d'une somme par lettre de change pour le payement de laquelle un tiers a cautionné. ce tiers sera, sans doute, obligé de payer, le cas y échéant, en vertu de son cautionnement. mais il ne sera point passible d'une condamnation avec contrainte par corps; il ne pourra être poursuivi que dans ses biens.

Le créancier n'ayant exigé de cautionnement que pour assurer de plus en plus sa créance, lorsque le débiteur s'est obligé à fournir une caution, cette caution doit posséder une fortune telle qu'elle puisse répondre de la sûreté du remboursement; s'il en était autrement la précaution du créancier deviendrait illusoire, & l'objet de la loi serait manqué. la loi 2, ff. qui satisd. cog. a été, pour ainsi dire, traduite, par l'art. 2018 du code, comme lui elle avait parlé des facultés de la caution, & de la facilité qu'il devait y avoir à la poursuivre. idoneus non tantum ex facultatibus, sed etiam ex conveniendi facilitate.

il y a un grand nombre de personnes dont la fortune est très considérable, mais qui est toute entière dans leur portefeuille. ces personnes auraient, sans doute, plus de moyens qu'il n'en faut pour répondre du payement d'une dette considérable.

mais la loi ne les admet point à cautionner, Excepté dans les cas prévus par elle: elle exige des propriétés foncières qui ne puissent point Etre détournées au gré des débiteurs. de là la maxime; plus cautionis est in re, quàm in personâ. Cependant si les immeubles possédés par celui qui est offert pour Caution, étaient si éloignés que leur discussion dût nécessairement Exposer le créancier à des frais considérables, il est possible qu'on obligerait le débiteur à fournir une autre Caution, & il est probable que cette demande serait accueillie. ce qui nous autorise à le penser ainsi, c'est ce qu'on lit dans l'art. 2018, savoir que la caution doit Etre prise parmi des personnes domiciliées dans le ressort de la cour impériale où elle doit Etre donnée, d'où on peut conclure que ses propriétés foncières doivent aussi être situées dans l'étendue du même ressort.

au surplus, tout ce que nous venons de dire doit être entendu des Cautions discutées, & ne peut nullement s'appliquer aux Cautions convenues.

Enfin, le dernier de nos art. qui est relatif au Bail d'une nouvelle caution, si celle qui avait été fournie devient insolvable, donna lieu a de sérieuses discussions, lors de la rédaction du code; il est inutile de les rappeller ici. vous les trouverez dans l'analyse raisonnée du code civil sur l'art. 2020.

Chap. 2.

de l'effet du cautionnement.

Sect. 1.

de l'effet du cautionnement entre le créancier & la caution.

art. 2021 = 2027.

En vous Expliquant oralement les art. 1203 & suiv. de notre code nous vous avons appris qu'aux termes du droit commun, chacun des co-obligés n'était tenu du payement de la dette qu'à concurrence de la part qu'il a prise dans l'obligation, Ensorte que si ses co-obligés sont au nombre de quatre, chacun d'eux n'est obligé que pour un quart, & ainsi dans la même proportion.

mais le prêteur qui cherche à s'assurer autant que possible le recouvrement de ses fonds, n'est pas curieux de multiplier le nombre de ses adres, voilà pourquoi il ne manque jamais d'exiger des emprunteurs qui s'engagent solidairement,

et si le créancier a pris la précaution de demander des cautions il a aussi le soin d'exiger de ses cautions qu'elles renoncent aux bénéfices de division & de discussion, par où il se procure l'avantage de pouvoir s'en prendre à son gré à tel des co-obligés ou des cautions qu'il juge à propos.

Voyons maintenant ce que c'est que le bénéfice de division & de discussion.

Le bénéfice de division est une exception par laquelle l'un de plusieurs co-fidéjusseurs auquel le créancier demande le payement de la dette entière peut le forcer à diviser son action contre les autres co-fidéjusseurs qui sont solvables au tems de cette action.

Le bénéfice de discussion est une exception par laquelle la caution à qui le créancier demande le payement de l'obligation peut, avant de payer, exiger qu'il discute les facultés du débiteur ppal.

ainsi donc dans le cas de non stipulation de la solidarité, chacun des co-obligés à qui le créancier demanderait le payement de l'entière dette, serait bien fondé à lui opposer qu'il doit en être quitte, moyennant l'acquit de la portion le concernant en l'obligation.

Ainsi encore dans le même cas de non stipulation de solidarité entre les co-obligés & la caution, le créancier qui demanderait à la caution le payement de l'obligation, serait exposé à l'exception prise du bénéfice de discussion, c'est-à-dire, que cette caution serait fondée à opposer au créancier qu'il ne peut point agir contre elle avant d'avoir justifié que le débiteur ppal est en état d'insolvabilité.

vous devez remarquer que toutes les dispositions portées en la présente sect. ne sont applicables qu'au cas où il n'y a de la part de la caution, ni stipulation de solidarité avec le débiteur envers le créancier, ni renonciation au bénéfice de discussion car s'il y avait l'un ou l'autre de la part de la caution, tout ce qui est dit dans notre sect. lui serait parfaitement étranger.

Lorsque la faculté d'opposer le bénéfice de discussion est ouverte à la caution, il est de son devoir d'employer cette exception in limine litis; elle ne serait plus recevable à la faire valoir après la contestation en cause, parceque

cette exception Est Purement dilatoire, au moins dans son ppe
Ce n'est pas que par événement elle ne puisse devenir péremptoire
si les facultés du débiteur ppal suffisent pour le payement de
la dette; mais il n'est pas moins vrai qu'elle est dilatoire dans
son ppe, & c'en est assez pour qu'elle doive être proposée tout
d'abord; c'est ainsi que le prescrit le code, en quoi il a dérogé à la
jurisp. du parl. de toulouse attestée par d'olive, liv. 4, chap. 22,
qui soutenait que la discussion du débiteur ppal pouvait être
demandée par la caution En tout Etat de cause.

mais il faut pour cela que la caution indique au créancier des
Biens appartenant au débiteur ppal, & qu'il lui fournisse en
d'iniers les moyens suffisans pour faire cette discussion: si elle
se met en règle de ce côté, l'insolvabilité du débiteur survenue
depuis, ne peut atteindre la caution, que déduction préalablement
faite de la valeur des biens indiqués, c'est-à-dire, que si les
biens indiqués, & qui, lors de l'indication, étaient libres dans
la main du débiteur, avaient suffi pour le payement de la dette,
la caution n'a plus rien à redouter des suites de son cautionnement.

Vous devez observer qu'en conformité du §. 4 des instit. de fidej.
il y a solidarité, quoique sans stipulation, Entre plusieurs personnes
qui se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une
même dette, & que chacune d'elles En est tenu pour la totalité,
sauf le bénéfice de division, si elles n'y ont point renoncé dans
l'engagement: remarquez encore que si la division est praticable
et est pratiquée, les cautions ne sont pas garantes de
l'insolvabilité de quelques-unes d'entre elles. [Survenue depuis
la division art. 2026]

Sect. 2.

de l'effet du cautionnement entre le débiteur & la caution.

art. 2028 = 2032.

Parmi les cinq art. dont cette sect. est composée, il y en a un qui
fait un grand changement à la jurisp. du parl. de toulouse: c'est
celui qui déclare que la caution peut agir contre le débiteur ppal
même avant d'avoir payé, lorsqu'il s'est passé 10 années depuis
l'obligation contractée, & que cette obligation n'a point de terme
fixe d'échéance, à moins qu'elle ne soit de nature à pouvoir
être Eteinte avant un temps déterminé.

personne n'ignore que les contrats à constitution de rente
Renferment aliénation du Capital prêté, & que cette aliénation

Est irrévocable, tant que le débiteur Est exact à payer la rente convenue dans le contrat portant Etablissement de cette même Rente.

Supposons maintenant que dans un contrat de cette nature celui qui a créé la rente en faveur du prêteur, ait fourni une caution pour la sûreté de l'emprunt, cette caution pourra-t-elle, après le laps de dix années, demander la résiliation de son engagement Et d'être affranchie des liens de son obligation? on trouve dans le journal des audiences, tom. 1, liv. 2, chap. 64, un arrêt qui a jugé qu'un débiteur pouvait forcer son co-débiteur au rachat de la rente qu'ils devaient en commun; mais les ppes du parl. de toulouse sur cette question, étaient tous différents; & il faut convenir qu'ils n'étaient pas dénués de raison.

En effet, chacun étant censé connaître toute l'étendue de l'engagement qu'il contracte, & le cautionnement n'étant que l'accessoire de la dette ppale, Et que cette dette est de nature à n'exposer en aucun tems celui qui l'a contractée à l'obligation de l'éteindre pendant tout le tems qu'il Est exact à payer la Rente, il paraissait naturel que la caution d'un débiteur à titre de Rente constituée, ne pût jamais forcer ce débiteur à se libérer pour sortir lui-même des liens de son obligaon.

Les termes généraux que le code a employés dans le §. 5 de l'art. 2032, ne permettent pas de douter que la jurisp. du parl. de toulouse sur cette question, ne soit abrogée, Et qu'on ne doive s'en tenir à l'opinion de pothier qui était contraire.

Quant aux autres art. de notre Sect. ils ne renferment rien qui ne soit parfaitement conforme au droit commun & à l'équité. Lorsqu'on paye la dette d'autrui, il est juste que celui qui l'a acquittée puisse recourir sur le débiteur qui l'a libéré, & que ce recours puisse Etre exercé avec les mêmes avantages qu'aurait pu faire valoir le créancier contre son débiteur, même sans subrogation.

mais cette faveur bien naturelle ne va pourtant point jusqu'à autoriser la caution à agir contre le débiteur dont elle a payé la dette, lorsqu'elle n'a fait ce payement que volontairement, sans y Etre forcé & sans avertir le débiteur, pourvu

néanmoins qu'à l'époque où ce payement a été fait, le débiteur eut des exceptions propres à opérer l'extinction de la dette : il serait injuste que la condition du débiteur devînt pire par la précipitation que mettrait la caution à faire ce payement ; aussi la loi n'accorde-t-elle dans ce cas à la caution qu'une action en répétition contre le créancier ; cette exception est fondée sur la loi 10, §. 12, ff. mandat.

Enfin, il suffit de lire le code pour connaître les divers motifs qui autorisent la caution à agir contre le débiteur ppal, même avant d'avoir payé ; aussi n'exigent-ils aucune explication.

nous observerons seulement que, quoiqu'en règle générale les intérêts ne produisent point d'autres intérêts, il en est néanmoins autrement vis-à-vis de la caution qui a payé le créancier à la libération du débiteur ; cette caution, comme nous l'avons déjà observé, a, par une subrogation légale, le droit d'agir contre le débiteur tout aussi parfaitement que le créancier l'aurait pu lui-même, mais ce n'est point là tout ; elle a encore le droit de réclamer de ce débiteur les intérêts non seulement du capital, mais encore des sommes qu'elle a payées à titre d'intérêts. c'était là un point certain dans la jurisp.

Sect. 3.

De l'effet du cautionnement entre les cofidejusseurs.

art. 2033.

Si une de plusieurs personnes engagées comme cautions d'un même débiteur et pour la même dette, paye cette dette, elle a, dit notre art., le droit de réclamer de chacun de ses co-obligés comme caution, la portion la concernant en cet engagement. cette décision est contraire ~~et~~ au droit romain qui en la loi 39, ff. de fidej. n'accordait ce droit à celle des cautions qui avait acquitté l'entière dette, qu'autant qu'elle s'était faite subroger aux droits du créancier. le motif de la loi était pris de ce que les cautions ne s'engagent pas les unes envers les autres, et cela est très vrai. mais il n'est pas moins vrai aussi qu'il existait un engagement qui atteignait chacune des cautions, et que le payement de la dette par l'une d'elles a été fait à la libération de toutes les autres ; or, comme il n'était pas juste qu'elles

fussent libérées d'un engagement qu'elles avaient volontairement contracté, sous prétexte qu'il n'y avait point de subrogation de la part du créancier. notre droit français, pénétré d'équité, avait statué que la caution qui avait payé l'entière dette, devait sans stipulation subrogée dans tous les droits, actions et hypothèques du créancier; et c'est en conformité de ce droit que notre code a autorisé la caution payante à réclamer de ceux avec qui elle était obligée comme caution, tout ce qu'elle avait déboursé pour les acquitter.

ce n'est pourtant que sous une condition, savoir, que le payement fait par une des cautions aura été fait dans un des cas prévus par l'art. précédent: ainsi en supposant que la caution ait payé le créancier avant d'être poursuivie en justice, ou avant que le débiteur fut en faillite, il n'aurait aucune action à exercer contre ceux qui, comme lui, avaient cautionné pour le débiteur, mais il aurait action pour le faire, quoiqu'il ne se trouvât dans aucun des cas dont nous venons de parler, si le débiteur s'était obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain terme, ou si la dette était devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée, ou enfin au bout de dix années, lorsque l'obligation primitive n'aurait point de terme fixe d'échéance.

chap. 3.

de l'exécution du cautionnement.

art. 2034 = 2039.

Nous avons vu dans l'art. 1234 du code l'énumération des causes qui éteignent l'obligation: la même cause produisant l'extinction de l'obligation principale produit aussi celle du cautionnement; c'est pourquoi nous appliquons le 1er de nos art. en vertu duquel le créancier devenant héritier de la caution ne peut plus utiliser l'action qu'il s'était ménagée contre elle, il ne pourrait le faire qu'en agissant contre lui-même, ce qui est impraticable.

mais le créancier conserve-t-il son action contre la caution de sa caution dont il est devenu héritier? il la conserve par cette raison bien simple, que la caution devient alors caution du débiteur principal qui est identifié avec celui qu'il avait cautionné.

quoique en règle générale, d'après le droit commun, la caution

nous appliquant l'art. 1124 du code, nous avons eu occasion de

ne doit engagée que secondairement, c'est à dire qu'elle
doit tenue de payer la dette qu'autant que le débiteur
principal est dans l'impuissance de s'acquitter lui-même, à
moins qu'elle n'ait renoncé aux bénéfices de division et de discussion.
Ce n'est pourtant pas une raison qui mette obstacle à ce qu'elle
puisse opposer au créancier tous les vices dont peut être atteint
le vice constitutif de la dette, comme s'il y eut intervenu
erreur, ou qu'on eut usé de dol, lorsque l'acte constitutif de
la dette, ou si cet acte donnait lieu à rescision pour cause de
lésion &c. mais il n'en est point de même des moyens de nullité
ou de rescision qui seraient propres au débiteur principal comme
tenant à sa personne; ceux-ci ne pourraient être proposés
que par lui, et la caution ne serait point admise à les
faire valoir, parce que non transgreditur personam.

La condition de la caution ne peut point devenir pire par le
fait du créancier, voilà pourquoi si le créancier met hors
chose dans un tel état qu'il ne soit point au pouvoir de la
caution d'opérer la subrogation aux droits, privilèges et hypothèques
de ce créancier, comme s'il libère le débiteur, il est visible
que la caution est déchargée de son obligation.

Voilà pourquoi encore si le débiteur est libéré par le seul
de quelque effet remis au créancier en payement de la dette,
la caution est déchargée, quoique le créancier vienne à être évincé de la
chose. La loi dernière, ff. de pact. en a une disposition.

En est-il de même, lorsque le créancier proroge le terme du payement
d'une obligation cautionnée? La dernière de nos act. décide que non;
la caution reste donc dans les liens de cette obligation prorogée,
quoiqu'il peut lui causer quelque dommage; mais la loi a pourvu à
son indemnité, en lui accordant la faculté d'agir contre le débiteur
s'il n'exigeait de cette faculté; celui qui a prêté le cautionnement
ne peut s'en prendre qu'à lui-même, s'il devient engagé pour plus
de temps qu'il ne l'avait entendu dans le principe. cette question a
été fort controversée par nos auteurs; mais le code a fait cesser cette
opposition de sentiments sur la question qui nous occupe, en adoptant
l'opinion de pothier.

La cession de biens faite par le débiteur cautionné libère-t-elle
la caution? il ne serait pas raisonnable de le croire ainsi, parce
qu'il est très possible que le créancier n'ait exigé de caution que
de crainte de ne

parce qu'il se doutait de la solvabilité du débiteur ppal, en sorte que ses vues seraient trompées, si la cession des biens faite par ce débiteur opérait la décharge de la caution.

Chap. 4.

De la caution légale & de la caution judiciaire.

art. 2041, 2042 & 2043.

Le 1er de nos art. requiert en la personne des cautions légales ou judiciaires toutes les conditions exigées par les art. 2018 & 2019, c'est-à-dire, qu'elles soient capables de contracter, & que domiciliées dans le ressort de la cour d'appel où la caution doit être donnée, elle y possède des biens immeubles non litigieux suffisants pour répondre de sa dette: outre ces conditions, il faut encore que la caution judiciaire puisse être contrainte par corps; d'où il suit que les personnes affranchies par la loi de la contrainte personnelle, ne peuvent pas être valablement offertes pour cautions judiciaires.

Le juge peut-il dispenser la caution judiciaire de la contrainte personnelle? nous ne le pensons point, parce que ce serait aller contre l'essence de cette espèce de cautionnement. Si celui qui s'engage ne trouve personne qui veuille lui servir de caution doit-il être écarté de l'engagement sous ce prétexte, ou bien, peut-il remplacer cette caution de quelque autre manière? l'art. 2041 déclare qu'on peut y suppléer, en donnant en nantissement un gage qui puisse répondre de son exécution; ce qui a été prévu traité des obligations de pothier, part. 2, chap. 6, sect. 3, §. 3.

La renonciation au bénéfice de discussion est présumé faite dans tous les cas où se trouve une caution judiciaire; voilà pourquoi cette caution ne peut pas demander la discussion du débiteur ppal. pothier, trait. des oblig. sect. 6.

C'est par le même motif que celui qui a cautionné simplement une caution judiciaire ne peut demander la discussion, ni du débiteur ppal, ni de la caution; les engagements pris avec la justice sont en quelque sorte contractés avec des liens plus forts que ceux qu'on contracte avec toutes autres personnes; cette question présentait des doutes dans l'ancien ordre des choses, mais le code les a faits disparaître en prononçant comme il l'a fait.

En vous expliquant l'art. 1124 du code, nous avons eu occasion de vous

parler d'un moyen qu'avait la femme de résoudre les engagemens qu'elles avaient contractés en cautionnant pour autrui; ce moyen était pris dans les tit. du ff. & du code ad S.C. velleian. mais il paraît certain que les femmes, pour des engagemens de ce genre pris depuis la publication du code, ne seraient plus admises à faire valoir ce moyen; le silence qu'il a gardé sur ce point dans le chap. dont nous venons de nous occuper, & la manière dont il s'est exprimé en l'art. 1124 qui est relatif aux incapacités des contractans ne paraissent laisser aucun doute à cet égard.

Tit. 15.

des transactions.

art. 2044.

"Les transactions, dit catellan, liv. 5, chap. 46, sont des actes très considérables "de la société civile, les plus puissantes considérations les rendent dignes "d'une grande recommandation, et ont fait dire que celui qui perd en transigeant "gagne beaucoup, parce qu'il évite un procès, multum lucratur qui a lite discedit

Voilà pourquoi il n'est pas nécessaire qu'un procès soit actuellement mû, pour pouvoir qualifier de transaction un accord passé entre deux personnes, il suffit pour cela que le différend fût sur le point de faire la matière d'un procès entre elles, super lite motâ vel movendâ, leg. 2, cod. de trans. & c'est ce que le code a très bien rendu en ces mots, ou préviennent une contestation à naître "ce contrat, porte encore notre art. doit être rédigé par écrit; "on demande si la preuve par témoins que les parties ont transigé sur leurs différends, pourrait être reçue dans le cas où l'objet serait d'une valeur moindre de 150 fr. m. de malleville traitant cette question sur cet art. paraît incliner pour l'affirmative sous prétexte de ce qu'en ont dit les orateurs du gouvernement et du tribunat sur l'art. 1582 du code.

nous ne saurions nous décider à partager cette cette opinion; les expressions de la loi nous paraissent trop claires pour permettre cette précision, nous pensons que l'écriture qui est de l'essence de la transaction n'est pas de l'essence de la vente, & que ce dernier contrat est parfait par le seul consentement, solo consensu perficitur.

au surplus, lorsque l'art. 1582 dit que la vente peut être faite par écrit privé, ou par acte public, il n'a point entendu proscrire le ppe dont nous venons de parler, mais seulement déclaré qu'on pouvait employer l'une ou l'autre forme, sans encourir la peine de nullité. vous pouvez voir ce que nous en avons dit sur cet art.

art. 2045.

on ne se décide guère à transiger sur un différend qu'après avoir pesé les avantages qui pourraient résulter de cette démarche,

et tel qui, par une transaction, a l'air de faire un sacrifice en abandonnant des immeubles, gagne infiniment à faire cet abandon. En calculant les suites qu'a pu avoir une transaction dont l'issue ne serait point heureuse. comment cette transaction pourrait-elle être exécutée, si celui qui transige n'avait point capacité pour disposer des effets qui y sont compris? aussi notre art. refuse-t-il la faculté de transiger à tous ceux qui n'ont pas la libre disposition des biens qui pourraient faire la matière du traité. nous avons vu sur les art. 467 & 472 la forme en laquelle le tuteur peut transiger pour son mineur, ainsi que les conditions requises pour la validité de la transaction passée entre le tuteur & le mineur devenu majeur. il nous suffit donc de vous renvoyer à ces art.

Quant aux communes et aux établissements publics, comme ils étaient, suivant les lois anciennes de la même catégorie que les mineurs, & que ils exigent aussi la protection spéciale du gouvernement, il était naturel qu'ils ne pussent transiger qu'avec une autorisation expresse, & c'est justement ce que commande notre art.

art. 2046.

Vous pourrez voir dans le rapport qui a fait mr. bigot de préameneu du titre des transactions au corps législatif quelle a été l'origine des officiers chargés de la vindicte publique. ils furent longtems inconnus à Rome, où chaque citoyen avait la faculté de poursuivre la réparation d'un délit, quoiqu'il n'en eut personnellement éprouvé aucun dommage, ce qu'on appelait actions populaires. il résultait de ce procédé de graves inconvénients, & ce fut pour les faire cesser qu'il fut créé des officiers chargés de la poursuite des crimes qui intéressaient la société. il a été toujours agi de cette manière en france, & notre code l'a décidé de même. ce n'est parque la partie civile, c'est-à-dire, celle qui a éprouvé quelque dommage en sa personne ou en son bien, ne puisse transiger avec l'auteur du délit, quelque grave qu'il soit, mais le vengeur public stipule pour la vindicte et l'action que la loi a mise dans sa main, n'est aucunement entravée par la démarche de la partie civile, quelque arrangement qu'elle ait pu faire en réparation du délit commis envers elle.

art. 2047.

nous avons déjà vu dans l'explication des art. 1226 & suiv. ce que

C'est qu'une clause pénale stipulée pour assurer l'exécution d'une convention. Cet art. paraît frustratoire, car on ne voit pas trop pourquoi une stipulation de cette nature ne serait pas permise dans une transaction, d'ou que le droit commun l'autorise dans tout autre genre d'obligation. cet art. n'est donc que l'exécution du droit commun, & comme tel non indigebat speciali nota.

art. 2048 & 2049.

Ce qu'on lit dans ces deux art. n'est qu'une traduction raisonnée de la maxime, Transactum de quibus actum, & quelques générales que soient les expressions qu'on emploie dans une transaction, elles ne peuvent être étendues au delà de l'objet sur lequel portait le discord; il n'est point en effet raisonnable de penser que les parties aient entendu traiter par voie de transaction d'autres objets que de ceux sur lesquels portaient leurs différends. iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non docetur, dit la loi 9, cod. de transact. & pour se bien fixer sur l'étendue des droits résultant d'une transaction, il faut commencer par bien connaître l'étendue de l'objet constitué du différend; les bornes de celui-ci sont les bornes nécessaires de l'autre.

art. 2050.

Ceci est pris dans la loi 9, ff. de transact. et n'en est à proprement parler que la traduction. transactio, dit le texte, non porrigitur ad jus postea quaesitum, licet simile sit.

art. 2051.

On ne peut prendre droit du contenu en un acte contre une personne qui n'a point été partie dans le même acte, c'est pour elle, res inter alios acta quae neque nocere, neque prodesse potest. notre art. confirme cet adage.

art. 2052.

Elles ont même un avantage sur les jugts rendus en dernier ressort. „ceux-ci, dit Catellan, liv. 5, chap. 46, souvent ne „convainquent pas celui qui est condamné de la justice de sa „condamnation, il n'en est pas de même de la transaction qui „est le fruit de la volonté respective de ceux qui l'ont „souscrite.“ au reste la loi 20, cod. de transact. en a une dispoon expresse.

La partie de l'art. qui prohibe toute réclamation envers une

transaction sous prétexte d'erreur de droit, est prise dans la loi 23 du même tit. mais il en serait autrement si c'était une erreur de fait, comme par exemple; si l'une des parties entendait traiter sur une chose, & l'autre sur une chose différente, ou si l'on traitait avec une personne que l'on croyait avoir quelque droit à la chose, quoiqu'elle n'en eût réellement aucun.

Quant à la lésion, ce moyen de renverser un acte avait été déja déclaré incapable de produire cet effet, en matière de transaction. l'ord.ce de 1560 l'avait ainsi formellement décidé. (R)

art. 2053.

nous venons de vous expliquer la première partie de notre art. en nous occupant de celui qui précède, mais vous avez à remarquer ici que le dol & la violence forment une exception à la règle générale qui statue que les transactions sont des actes inébranlables: cette exception a pour base le défaut de consentement sans lequel nul acte ne peut recevoir de stabilité. les lois 9 & 13, cod. de transact. la décident ainsi d'une manière expresse, en quoi elles sont parfaitement d'accord avec l'ord.ce de 1560.

art. 2054.

Les parl. des pays du droit écrit n'étaient point uniformes dans la manière dont ils prononçaient sur la question de savoir si la transaction basée sur un testament nul d'une nullité non reconnue, & dont il n'était pas par conséquent fait mention dans la transaction, pouvait ou ne pouvait pas être renversé sur ce prétexte. on jugeait au parl. de bordeaux que la moindre approbation du testament rendait non recevable toute attaque dirigée contre les dispositions y contenues; d'où l'on concluait qu'une transaction basée sur un tel testament était ferme & inébranlable.

On jugeait au contraire au parl. de toulouse, que la division faite entre co-hérs conformément au testament était cassée si, dans la suite, on en découvrait la nullité ou la fausseté, sans que l'approbation résultante du traité, lors duquel on avait procédé en conformité des dispositions y contenues pût y mettre obstacle, en quoi on se conformait à la loi 4, cod. de jur. & fact. ignor., c'est ce que nous apprenons de Catellan, liv. 5, chap. 46.

notre art. a adopté la jurisp. du parl. de toulouse, & il faut convenir qu'elle méritait la préférence, car le consentement ~~[illegible]~~ ne pouvant se rencontrer que là où il n'y a point d'erreur, & y ayant nécessairement erreur en la personne de ceux qui ont

ignoré le vice dont le testament était entaché, on ne saurait dire avec vérité qu'il y a eu approbation du testament, & par voie de suite que la transaction est inébranlable.

il en serait autrement si la nullité du testament était connue et s'il avait été expressément traité sur cette nullité; ce serait alors le cas de la maxime - remittentibus jura sua non datur regressus.

art. 2055.

On ne doit pas confondre la transaction qui peut avoir été passée sur le fondement de pièces fausses, avec celle qui peut l'avoir été sur le fondement de pièces dont la fausseté a été reconnue depuis. il n'y a point lieu à réclamation dans le premier cas, parce que si les parties connaissaient la fausseté des pièces, elles n'ont été ni trompées, ni induites en erreur: au contraire, dans le second cas, la transaction peut être attaquée & renversée, parce qu'elles n'ont consenti à transiger, que dans l'opinion où elles étaient que les pièces étaient sincères, erreur manifeste, & constitutive d'un vice qui s'oppose à la validité de la transaction.

Les suites de ce vice sont l'anéantissement de la transaction entière, parce qu'elle n'aurait pas eu lieu, si la fausseté des pièces avait été reconnue, lorsqu'elle a été passée; voilà pourquoi il est dit dans notre art. que la transaction est entièrement nulle.

art. 2056.

Nous voyons ici la confirmation de la doctrine des auteurs sur le sort d'une transaction passée entre majeurs qui ignoraient que la justice eût souverainement prononcé sur leurs différends, lors surtout qu'il y a lieu de croire que l'une d'elles seulement était informée du jugt: le droit romain en la loi 9, cod. de pact. & les lois 32 & 42, cod, de transact. en ont une disposon expresse.

mornac, sur la loi 40, §. 1, ff. de pact. rapporte un arrêt du 27 novembre 1524 qui admet la restitution en cas semblable.

la peyrère, verbo transactions, n°. 138, en rapporte un autre du 11 janvier 1646, & il en a été rendu un pareil en la 1ère chambre des enquêtes, au rapport de mr. daignan, sur mes écrits le 29 juillet 1779, en faveur de géraud malvy hant de St paul en quercy contre le Sr. joseph verdier, cet arrêt, avant-dire droit

sur Les Lettres en Rescision Envers la transaction du 19 juin 1777
ordonna que malvy prouverait que Le Sr. verdier était à toulouse
Lors de l'arrêt rendu Le 16 du même mois, & qu'il se purgerait
par serment qu'il n'avait Lui-même aucune Connaissance de
l'arrêt. en prononçant ainsi, la cour préjugeait d'une manière
incontestable qu'il y aurait Lieu à Restitution en faveur de malvy
Envers la transaction du 19 juin 1777, S'il prouvait que verdier
Etait à toulouse Le 16 du même mois, jour auquel fut prononcé l'arrêt,
et S'il se purgeait par serment qu'il n'avait Lui-même
Aucune connaissance de ce même arrêt, on ne pouvait par
En tirer une conséquence différente, sans blesser la maxime,
frustra admittitur probandum quod probatum non relevat.

mais Si Le jugt. déjà rendu et ignoré de l'une des parties,
n'émanait que d'une cour souveraine, il en serait tout autrement
La manière dont notre art. est conçu, ne permet point d'en douter.

art. 2057.

Sub præceptis nova instituenti portèa reperta, dit la Loi 19, cod.
de transact. transactionem rescindi jura non patiuntur; Telle est
la règle générale; on ne doit pas bouleverser Légèrement, & l'on doit
être bien fondé sur Ses droits, avant de recourir à ce moyen de terminer
Les différends.

cependant, comme Le dol est une exception à toutes Les règles,
S'il était justifié que l'une des parties eut soustrait à l'autre
La connaissance de quelques actes qui, S'ils eussent été connus,
auraient probablement donné Lieu à un arrangement tout différent,
il est juste alors que cette infidélité soit punie, & la loi accorde
pour tout moyen à celle des parties qui a été trompée, en
Lui donnant La faculté d'attaquer la transaction. nemini fraus
sua patrocinari debet. Les transactions ayant, quant à Leur
Exécution, la même autorité que Les jugts. souverains, on Leur
fait participer aux mêmes avantages, & tout comme Les arrêts
peuvent être rescindés par la voie de la Requête civile, lorsque
l'une des parties a retenu par Son fait des pièces dont la
Connaissance aurait vraisemblablement opéré un jugt. différent
de même on a cru En haine de la perfidie, devoir traiter
Les transactions comme entraités Les arrêts, quoiqu'elles soient
inébranlables de Leur nature.

mais quoique non retenue par le fait de la personne avec laquelle
on a transigé, une pièce peut être tellement destructive du titre, que

sur lequel la transaction est basée qu'elle en opère l'anéantissement supposons, par exemple, que jean, nouvel hér, transige avec un soi-disant créancier de l'hérédité, & qu'il trouve ensuite parmi les papiers du défunt la quittance de la somme sur laquelle il a été transigé, dans ce cas la transaction sera anéantie, parce que la découverte de la quittance justifiera que le demandeur n'avait aucun droit. au reste, si la quittance produit un tel effet dans l'hypothèse dont nous venons de parler, c'est parceque l'objet de la transaction est unique, car s'elle eût porté en même tems sur quelques autres objets, il en serait autrement, attendu qu'on pourrait croire qu'il avait été fait un abonnement sur tous les points agités, abonnement dont le résultat aurait été l'engagement pris dans la transaction.

art. 2058.

il ne faut pas entendre l'erreur dont il est parlé ici de celle qu'une partie peut avoir commise, en omettant de faire usage de quelqu'un de ses titres; à l'effet de porter ses prétentions à une plus forte somme, c'est tant pis pour elle, si l'erreur ne procède que d'une omission de ce genre; mais il en est tout autrement, si l'erreur vient d'une opération de calcul, comme, par exemple, si après avoir parlé de diverses sommes (1) et les avoir ablotées, on donnait à cette opération de calcul un résultat qui ne fût point exact; ce sont seulement les erreurs de cette dernière espèce dont le code a entendu parler, & ce serait frauder les ppes universellement admis en matière de transaction, que de leur donner un sens différent.

Tit. 16.

(2) de la contrainte par corps en matière civile.

art. 2059, 2060 & 2061.

La liberté étant le plus précieux de tous les biens, il est naturel que chacun commisse par quels moyen elle peut être perdue en matière civile. nous disons en matière civile, parce que c'est la seule dont parle le code napoléon, et que la privation de la liberté qui est la suite des délits, appartient aux lois pénales qui sont étrangères au sujet dont nous avons à nous occuper.

Si vous êtes curieux de savoir comment en agissaient dans l'ancienne rome les créanciers qui ne pouvaient point parvenir à se faire payer par leur débiteur, vous n'avez qu'à voir ce qu'en a dit mr. bigot de préameneu dans son discours de présentation de ce titre au corps législatif. les bornes de notre cahier ne nous permettent point d'entrer dans un détail qui appartiendrait bien plus au luxe qu'à l'instruction.

La plupart des dispoons portées dans nos trois art. sont prises dans l'Ettit. 34. de l'ord.ce de 1667, & comme une infinité d'auteurs

Telle que Bourjon, Jousse, Boutaric, Rodier, ont commenté cette ord.e rien n'est plus facile que de connaître ce qu'ils en ont dit dans leurs ouvrages; il serait par conséquent très inutile de vous le rapporter ici. Rousseau de Lacombe observe que l'ord.ce de 1667, ne renfermait aucune disposition sur le genre d'emprisonnement qu'il pouvait y avoir lieu de faire contre des personnes qui auraient abusé de leur état pour s'emparer des propriétés d'autrui, et qui refuseraient à en faire la restitution. Telle que les avoués, les notaires, les huissiers, et leurs fonctions mettent souvent en même de recevoir des autres, ou d'en soudoyer leurs commettants: il n'est d'ailleurs qu'ils font corps à blanc et dol et de perfidie. Tous ceux qui se permettent un pareil abus. Et que la loi a très sagement fait d'en ordonner la répression avec contrainte par corps, en vertu de cet article conforme à la jurisp.ce du parl.t de Toulouse attesté par m.e Maynard, liv. 6. Chap.e 1. d'après laquelle on n'admettait point de la cession de biens les débiteurs à qui l'on pouvait justement reprocher des actes de dol de perfidie &c.

art. 2062 & 2063

L'action en payement d'un prix de ferme d'un bien rural ne peut être exercée avec contrainte par corps, qu'autant que le fermier s'y est formellement soumis par le bail à ferme: remarquez qu'il n'est fait ici aucune mention d'un cautionnement à loyer des maisons; cette précision nous autorise à penser que la stipulation de contrainte personnelle en ce cas, ne produirait aucun effet, et que cet engagement serait regardé comme non avenu. nous le pensons d'autant plus volontiers que le second de nos art.s prescrit la contrainte par corps dans tout autre cas que ceux déterminés par les art.s précédents, Ensorte que tous les cas non exprimés sont nécessairement exclus de cette classe.

vid. Rodier sur l'art. 7, tit. 34 de l'ord.ce de 1667. et Malleville, pag. 149.

une observation bien essentielle que nous avons à faire, c'est qu'on doit distinguer les cas où le juge ne peut point s'abstenir de prononcer la contrainte personnelle en contestant sur la contestation, d'avec ceux où la loi lui laisse la faculté de la prononcer, ou de ne la point prononcer: on doit ranger dans la première classe tous les cas énoncés dans les articles 2059 & 2060 du code napoléon, et dans la seconde ceux dont parlent les art.s 2061 & 2062.

ainsi, par exemple, la contrainte personnelle quoique stipulée par le bail à ferme, peut n'être point ordonnée par le juge, parce qu'elle n'est point de l'essence de l'engagement, autrement qu'elle

dépend par du juge d'en affranchir celui qui est reconnu coupable de stellionat, ou entre les mains de qui a été fait un dépôt nécessaire non représenté &c.

Cette différence est fondée sur la manière dont la loi est conçue respectivement à ces divers cas: dans le premier, elle se borne à dire: la contrainte peut être ordonnée: on laisse au juge la faculté de l'ordonner, ou de ne point l'ordonner, suivant les circonstances: dans le second au contraire, la loi déclare que la contrainte personnelle a lieu, ce qui veut dire qu'en statuant sur la question, le juge ne doit pas se mettre de ne point ordonner cette contrainte.

Observez encore qu'en matière de baux à ferme, il n'est nullement nécessaire que le fermier soit assujettissable à la contrainte personnelle pour la représentation des objets énoncés en l'art. 2062, qu'il a reçus au commencement du bail; ces objets sont tellement attachés au fonds, qu'on doit regarder et traiter comme volontaires ceux qui s'en détournent de leur destination; voilà pourquoi la loi laisse aux juges la faculté d'en ordonner la restitution avec contrainte par corps, tant contre le fermier que contre les colonspartiaires.

art. 2064 & 2065.

L'ord.ce de 1667, au tit. 34, accordait la contrainte par corps pour l'exécution d'un jug.t portant condamnation à dommages qui s'élevaient à 200.tt; ainsi que pour les dépens dont la liquidation se serait portée à la même somme, & après quatre mois de la signification du jug.t. notre tit. n'emploie point, d'où l'on était autorisé à conclure que désormais la contrainte personnelle ne pouvait plus être prononcée en pareille occurrence, vu la prohibition portée en l'art. 2063.

cependant il faut dire le contraire, au moins quant aux dommages en matière civile qui excèdent la somme de 300.tt: l'art. 126 du code de procédure civile le décide ainsi d'une manière expresse, mais il dépend du juge de ne pas le prononcer, dès lors que dans quelques autres cas dont cet art. fait l'énumération: dans cette nomenclature ne se trouve point ce qu'on lisait dans l'ord.ce de 1667, relativement aux dépens liquidés à plus de 200.tt: ainsi il ne peut y être prononcé de contrainte personnelle pour cet objet après les quatre mois de la signification du jugement.

Quant au mineur, il était raisonnable qu'il fut affranchi, dans tous les cas, de la contrainte personnelle en matière civile; la loi le présumant lésé dans toutes les obligations qu'il contracte

si les formalités voulues par elle n'ont pas été observées, & la contrainte personnelle n'étant qu'un accessoire de la condamnation, il aurait été inconvenant qu'on eût commencé de s'emparer de sa personne & de le priver de la liberté, tandis que la loi met en son pouvoir des moyens d'anéantir une obligation dont la contrainte personnelle n'est que l'accessoire, et chacun sait que le sort de l'accessoire est de suivre le sort du ppal.

Enfin, quoiqu'il soit très naturel qu'un créancier puisse employer tous les moyens propres à se procurer le remboursement de ce qui lui est dû, on a attaché un tel prix à la liberté, qu'on n'a pas cru qu'il fût au pouvoir de ce créancier d'en priver son débiteur pour une somme moindre de 300f. on a ainsi fait prévaloir les sentiments d'humanité sur la rigueur de la règle.

art. 2066.

il y avait eu diversité d'arrêts sur la question de savoir si la qualité de septuagénaire dont parlait l'ord.ce de 1667, était acquise seulement par le complément de la 70e année, ou s'il suffisait que cette année fût commencée pour jouir des avantages qui y sont attachés: les uns avaient prononcé pour l'affirmative, & les autres pour la négative. cette difficulté ne pourra plus se présenter à l'avenir, la faveur de la liberté a fait prononcer le code en conformité de la seconde de ces deux opinions.

mais il ne faut pas croire qu'un homme pût se jouer en quelque sorte des engagemens qu'il aurait contractés, en consentant des lettres de change, & après s'être ainsi assujetti à la contrainte personnelle prétendre que son âge doit l'en affranchir. la cour de cassation a rendu le 12 frimaire an 14, un arrêt rapporté par Sirey, qui jugea que les dispoons de notre art. doivent être restreintes aux matières purement civiles, & que la loi du 15 germinal an 6, non abrogée en ce point, ayant établi que les matières commerciales étaient toute autre chose que les matières civiles, on tentait vainement de s'aider des dispoons du code napoléon pour soutenir que, dans ce cas, il n'y aurait point lieu à la contrainte personnelle.

hors de ce cas particulier (que le code de commerce vient de restreindre aux négociants & aux personnes qui se mêlent de commerce) les hommes qui sont parvenus à leur 70e année, ne peuvent éprouver de condamnaon avec contrainte par corps, que pour cause de stellionat; il en est de même

BIBLIOTHEQUE TOULOUSE CAPITOLE ARSENAL

des femmes & des filles ; mais la loi n'a pas voulu que la femme pût être regardée comme stellionataire, lorsque n'étant en communauté, elle se serait obligée par contrat conjointement ou solidairement avec son mari.

art. 2067.

C'est toujours la faveur dont jouit la liberté, qui a prêté aux dispositions de cet art., car d'ailleurs il paraissait naturel que la contrainte personnelle pût être mise à exécution, sans avoir besoin de la faire prononcer par un juge, lorsque l'acte constitutif de l'obligation est authentique.

art. 2068.

Il n'en était pas de même auparavant : l'art. 12 du tit. 34 de l'ord.ce de 1667, avait décidé que l'appel suspendait l'exécution du jugement portant contrainte par corps ; il avait attaché le même effet à l'opposition, pourvu que le jugement n'eût pas encore été mis à exécution.

art. 2069

L'ord.ce de 1667, au lieu indiqué, art. 13, renferme une disposition semblable qui avait été prise dans l'art. 48 de l'ord.ce de mariage.

art. 2070.

Lorsque cet art. vient à l'appui de la décision renfermée dans l'arrêt qui fut rendu par la cour de cassation le 12 frimaire an 14, dont nous avons fait mention sur l'art. 2066, sur les matières dont il est parlé ici, a des gages particuliers, & c'est pour éviter qu'on n'abusât de la disposition prohibitive de toute contrainte personnelle portée en l'art. 2063, sur les cas déterminés par les art. antérieurs, que le code a déclaré ne point déroger aux lois particulières qui régissent les divers objets dont notre art. renferme l'énumération.

Au reste, lorsque nous avons dit que cet titre ne recevait aucune application au cas où un français aurait obtenu quelque condamnation contre un étranger qui ne possédait point de biens immeubles dans le territoire français, une loi du 10 septembre 1807, a pourvu à ce cas particulier, en déclarant que l'étranger peut être contraint par corps, à moins qu'il ne fournisse une caution domiciliée en France, & reconnue solvable.

Tit. 17.

Du nantissement.

art. 2071 & 2072.

On peut, pour la sûreté d'une créance, donner en nantissement des meubles ou des immeubles: dans le premier cas, le nantissement se résout en gage, & dans le second, il se résout en engagement ou en antichrèse.

Si nous disons ou engagement, ou antichrèse, ce n'est pas que nous prétendions qu'il y a encore, malgré les lois nouvelles, quelque différence entre le bail à engagement & le bail à antichrèse, c'est seulement pour vous faire connaître la différence qui on faisait autrefois entre ces deux espèces de contrats dans les pays de droit écrit, en quoi les lois romaines qui servaient de base à cette distinction, étaient en opposition avec la jurisprudence du bail qui ne distinguait pas l'antichrèse de l'engagement.

par le bail à engagement, le preneur d'un immeuble à ce titre, en jouissait de telle manière qu'après avoir fait compensation des fruits qu'il en retirait, avec l'intérêt légitime de sa créance le surplus de la valeur de ces fruits était imputé sur le capital de la créance, ensorte qu'il pouvait fort bien arriver que par la jouissance de cet immeuble pendant quelques années la créance absorbait son capital.

il en était tout autrement de l'antichrèse; le bail fait à ce titre transportait au créancier le droit de jouir de l'immeuble & d'en percevoir tous les fruits, à quoi qu'ils puissent se porter; en représentation des intérêts de la somme dûe au créancier, & sans imputation sur le capital, de l'excédant de la valeur de ces fruits, sur l'intérêt légitime de ce même capital; on excepte le cas où le propriétaire avait lui-même baillé à ferme, car alors il y avait lieu à imputation, comme si le bail eut été fait à titre d'engagement.

il est aisé de sentir l'énorme différence qu'il y avait d'après ces suites & les effets de ces deux espèces de contrats; cependant on les avait confondus dans les pays Coutumiers; c'est ce que nous verrons en expliquant le chapitre 2ème de ce titre où il est parlé de l'antichrèse.

chap. 1.

Du gage.

art. 2073.

voyons d'abord ce que c'est que le gage : ensuite, sur le tit. du ff. de pign. act. on donne la définition en ces termes : pignus est contentio quæ quid suppositum vel depositum propter alterius obligationis fidem, et adimplendæ rei vinculum.

La Loi 4, §. 1, ff. de pign. & hyp. dit : dit qu'il n'y a qu'une différence de nom entre le gage & l'hypothèque, inter pignus [redacted] et hypothecam tantùm nomine sonat differt. il est pourtant vrai qu'il y en a de bien plus réelles Zoëzius sur le tit. du ff. de pignor. n° 1, 2 & 3, les a remarquées. elles consistent 1°. en ce que le gage ne se constitue qu'en choses mobilières, au lieu que l'hypothèque a lieu préalement sur les immeubles : 2°. En ce que le gage se contracte par la tradition, & l'hypothèque par la convention suivant le droit romain : 3°. En ce que le possesseur du gage conserve son action, ensorte que le débiteur ne peut lui opposer aucune prescription, au lieu que l'hypothèque se prescrit : 4°. enfin, En ce que l'action pignoratitia compète au débiteur pour réclamer le gage, après avoir payé le créancier, au lieu que l'action hypothécaire ne compète qu'à ce dernier.

Ces remarques sont bien justes, sans doute ; il ne faut pourtant pas croire que la loi ne fut aussi bien juste, lorsqu'elle avait dit qu'il n'y avait qu'une différence de nom entre l'hypothèque & le gage. à l'époque où cette Loi fut portée, l'hypothèque ne se constituait que par tradition, comme le gage ; mais depuis que les Empereurs eut statué que l'hypothèque pourrait être constituée sans la tradition, (laquelle ne reste requise que pour le gage), il a fallu depuis nécessairement reconnaître qu'il y avait de la différence entre le gage et l'hypothèque, et c'est justement ce qui a fait Zoëzius.

Quoi qu'il en soit de ces différences qui sont étrangères à ce qui fait la matière du présent art. il est certain que en promulguant, comme il l'a fait, le code s'est écarté de la juris. qui était observée au parl. de toulouse, où l'on jugeait que les créanciers n'avaient aucun privilège sur l'effet qui lui avait été

remis en gage, mais on a adopté celle du parl. de Paris où l'on décidait conformément à l'art. 181 de la coutume de celle-ci que le créancier, ou en cas de déconfiture du débiteur, n'était pas obligé de rapporter dans la distribution l'effet qu'il avait reçu en gage; c'est à celui il faudra désormais s'en tenir.

art. 2074.

Pour pouvoir jouir de l'avantage dont parle l'art. précédent celui de se faire payer par privilège et préférence aux autres créanciers, sur la chose qui a été donnée en gage, il faut que la tradition de cette même chose, soit constatée par un acte public, ou par un écrit sous seing privé dûment enregistré: en l'ordonnant ainsi, le code s'est écarté des lois romaines qui avaient décidé que la tradition n'était pas de l'essence du gage, et que le gage pouvait être constitué de la même manière que l'hypothèque.

quoi qu'il en soit de l'usage des romains à cet égard, il est certain que des cout.s de France qui n'admettaient le gage qu'autant qu'il était intervenu tradition, avaient exigé qu'il fut constaté par acte public: on trouve cette disposition dans l'art. 8 du tit. 6 de l'ord.ce de 1673, par où il se trouvait prohibée la faculté de constituer le gage par convention sous seing privé.

cette prohibition ne subsiste point depuis la publication du code, mais il faut pour cela que la pièce privée soit revêtue de l'enregistrement: en l'ordonnant ainsi, la loi n'a eu d'autre but que d'éviter les fraudes au préjudice des tiers, et il est aisé de sentir que sans cette précaution, le débiteur pourrait soustraire ses meubles à ses créanciers qui en seraient frustrés par un engagement simulé: cependant on n'a pas cru qu'il fut nécessaire d'en user ainsi, lorsque la chose baillée en gage est d'une valeur moindre de 150 f.s cette prévision a été faite d'après la même vue qui a fait admettre la preuve locale d'une obligation dont le tout n'excède pas la même somme, comme nous l'avons vu sur l'art. 1341 du code.

art. 2075 & 2076.

Vous avez déjà que le gage ne peut consister qu'en choses mobilières quoique le droit romain en eût autrement décidé, mais il est des choses mobilières de diverse nature; les unes sont proprement meubles, les autres sont réputées telles, quoiqu'elles ne

consistent qu'en action ; voilà pourquoi on les appelle meubles incorporels. L'acte constitutif du gage fait en choses de cette dernière espèce, pour acquérir au créancier l'avantage dont parlent les art. précédents, doit être signifié au débiteur de la créance donnée en gage, tout comme s'il s'agissait d'en transporter la propriété sur la tête de l'engagiste : ce n'est pas que cette signification opère en sa faveur le transport de la propriété, mais comme le bail à titre de gage a cependant à celui à qui il est fait, lorsqu'il est d'ailleurs revêtu des formes voulues par la loi, le droit de se faire payer de sa créance préférablement aux autres créanciers sur le prix provenant de la vente qui en est consentie, on a dû lui donner par cette signification la certitude qu'il jouirait des avantages attachés à ce genre de contrat, quoiqu'il n'ait pas en main l'effet mobilier qui lui répond de la sureté de sa créance, parce qu'en cette matière la signification du titre équivaut à une tradition réelle.

art. 2077 & 2078.

La remise du gage n'étant point translative de la propriété de ce gage, ce serait le dénaturer dans son essence que de prétendre y attacher cet effet ; voilà pourquoi l'engagiste ne peut en disposer d'aucune manière ; cependant comme l'intention de celui-ci n'a jamais été de garder en sa main un effet qui ne lui a été remis qu'à titre d'assurance qu'il serait remboursé de la somme prêtée, la loi lui offre un moyen d'obtenir le remboursement, en lui donnant la faculté de poursuivre par jugement qui l'autorise à retenir le gage, à concurrence de ce qui lui est dû, d'après une estimation faite par experts, ou qui en ordonne la vente aux enchères.

Ce que prescrit le code à cet égard, n'est que la confirmation de la manière dont les tribunaux avaient constamment statué sur cette question. Serres, en son institutes au droit français pag. 195 & 456, rend compte de cette jurisp. qui était conforme à la doctrine des auteurs.

art. 2079 & 2080.

Si la propriété de la chose baillée en gage, quoique livrée au créancier, ne passe point sur la tête de celui-ci, il est sensible que si cette chose vient à périr par la faute ou négligence de celui qui l'a en main, cette perte est pour le compte du débiteur,

créancier en avant-

d'après la maxime res perit domino : par la raison des contraires, si le gage périt, ou éprouve quelque détérioration par la faute de celui qui l'a en main, celui-ci en est seul comptable. cette décision est renfermée dans la loi 14, ff. de pignor. act.

mais qu'en doit-on dire si le gage périt par cas fortuit? — comme nul n'est tenu des événements de ce genre, à moins d'une convention contraire, la perte survenue restera pour le compte du propriétaire, leg. 13, ff. de pign. act.

par la même raison qui conserve au débiteur la propriété de la chose baillée en gage, on a dû décider comme l'a fait le code, que le débiteur est comptable envers l'engagiste de toutes les dépenses devenues nécessaires pour la conservation de cette même chose. rien n'est plus conforme à la raison. et la loi 33, ff. de pign. act. avait devancé sur ce point la décision du code.

art. 2081 & 2082.

Nous avons déjà vu que la remise du gage n'était faite que pour donner au créancier l'assurance qu'il serait payé de son dû; or, cet objet serait évidemment manqué, s'il était permis au débiteur de retirer le gage avant l'extinction totale de la dette en capital, intérêts & frais, leg. 25, § 14, ff. famil. ercisc. cependant si le créancier abusait de la chose reçue, il pourrait en être dépouillé, rien ne l'autorisant à en agir autrement que ne doit le faire un bon père de famille, mais il faudrait pour cela invoquer le secours de la justice.

Le titre du code etiam ob chirograph. pecun. pign. ten. décide formellement que le gage peut être retenu, malgré le payement de la dette pour sûreté de laquelle il a été livré, lorsque le débiteur contracte une nouvelle dette envers le même créancier. vous pouvez voir ce qui en dit catellan, liv. 3, chap. 9, en cette que notre art. confirme l'ancienne juris. sur ce point. cependant il éprouva des discussions au conseil d'état, on prétendit que le gage ne peut se constituer que par écrit, on disait que l'acte sous lequel il est constitué, étant étranger à la nouvelle dette, c'était choquer ce principe que d'étendre le gage à cette nouvelle dette. mais on répondit avec raison que le créancier n'ayant consenti à faire le premier prêt qu'avec l'assurance résultante du gage, il était naturel de penser qu'il n'aurait pas fait le

second sans gage, s'il n'en avait pas déja eu un en main qui lui répondit du second prêt.

art. 2083 & 2084.

Si le gage n'est point lui-même divisible, on exciperait mal à propos, pour réclamer une portion du gage, de ce que la dette en payement de laquelle il a été livré, est divisible, & qu'il en a été payé une partie; il ne serait pas moins vrai pour cela que le gage doit rester dans les mains du créancier pour répondre de la sûreté de ce qui lui reste dû; s'il en était autrement, il ne serait pas vrai de dire que le gage eût répondu de la totalité de la dette, il n'aurait répondu que d'une partie, contre le vœu bien prononcé de celui-là même qui l'avait livré, et à plus forte raison, contre le vœu de celui qui l'avait reçu.

nous avons dit si le gage n'est pas divisible lui-même. et ce n'est pas sans raison; car, en admettant que le gage fût divisible, il n'est pas douteux que le créancier serait mal fondé à soutenir qu'il doit le garder tout entier pour répondre de ce qui lui reste dû.

Supposons, en effet, qu'il eût été livré au créancier une telle quantité de bled, qu'en en distraisant une partie, il en restât encore dans ses mains au delà de ce qui serait nécessaire pour répondre de ce qui lui reste dû; il est sensible que, dans cette hypothèse, le gage pourrait être divisé, sans porter aucune atteinte aux droits de ce créancier; il ne pourrait donc pas se plaindre d'une division qui n'a rien de funeste pour lui.

Chap. 2.

de l'antichrèse.

art. 2085.

nous vous avons déja fait connaître, en expliquant le chap. précédent, la différence qu'on fesait, dans les pays de droit écrit, entre l'antichrèse & l'engagement, il serait donc inutile de vous le rappeller ici; tout ce qu'il vous importe de savoir, c'est que le code a adopté la jurisp. du parl. de paris qui n'admettait aucune différence entre ces deux contrats; l'un & l'autre y étaient traités, comme on traitait l'engagement dans les pays de droit écrit, c'est-à-dire, qu'on imputait

sur le Capital le montant des fruits, à concurrence de tout ce que les fruits pouvaient valoir au dessus de l'intérêt légitime de la somme dûë.

observez sur la première partie de notre art. qu'il ne serait pas permis de chercher à justifier par témoins l'existence d'un Bail à antichrèse; ce contrat, dit la loi, ne s'établit que par écrit; ainsi, quelque modique que fût la valeur de l'immeuble prétendu Baillé à ce titre, fût-elle au dessous de 150 ₶, on ne pourrait point s'aider de la preuve testimoniale pour en justifier.

art. 2086 = 2091.

1° on peut, sous certains rapports, comparer celui qui a reçu quelque immeuble à titre d'antichrèse, à l'usufruitier, & en le considérant sous ce point de vüe, il n'est pas étonnant qu'à moins de convention contraire, il demeure chargé du payement des contributions & des autres charges annuelles dont cet immeuble peut être grévé, parce que ces objets doivent être pris sur les fruits; il y a néanmoins cette différence entre l'antichrétiste & l'usufruitier, que celui-ci est tenu du payement de ces divers objets, sans pouvoir en exercer la répétition contre le propriétaire, au lieu que l'antichrétiste peut en déduire le montant sur la valeur des fruits.

2° il en est de l'antichrèse, comme du gage, quant à la prohibition de retirer la chose Baillée des mains du créancier, avant l'entier acquittement de la dette; mais il n'y a pas de réciprocité sur ce point entre le créancier & le débiteur, Et si les charges annuelles ou contributions excèdent le produit des fruits, de telle manière que le créancier ne trouve point dans leur valeur de quoi les acquitter, & de quoi se payer des intérêts de la somme pour laquelle le bail à antichrèse a été consenti, il lui est loisible d'abandonner l'immeuble qu'il a reçu à ce titre, à moins de convention contraire.

3° mais il ne peut pas être fait de convention d'après laquelle la propriété de l'immeuble devrait rester à l'antichrétiste, faute par le débiteur de s'être acquitté avant un certain terme; une telle paction serait usuraire, & c'est ce qui l'a faite proscrire; vous devez néanmoins observer que le code ne

s'exprime point ici, comme il le fait en l'art. 2078 où il est question du gage dont la propriété ne peut pas non plus être acquise à l'engagiste, à la suite d'un accord qui l'aurait ainsi réglé; dans le cas du gage, le créancier peut faire ordonner en justice que le gage lui restera d'après une Estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères; ici au contraire la loi ne donne à l'antichrétiste d'autre droit que celui de poursuivre l'expropriation de son débiteur.

quelle peut être la raison de cette différence? il nous paraît qu'elle doit être prise de ce que le gage étant chose mobiliaire, n'est pas communément d'une grande valeur, voilà pourquoi il n'y a point de grave inconvénient à ce qu'elle soit adjugée au créancier d'après une estimation faite par Experts à la suite d'une ordce de justice, ou vendue aux Enchères; au lieu que les immeubles sont communément d'une certaine valeur, une estimation par experts pourrait bien ne pas être d'une exactitude propre à satisfaire les deux parties intéressées, & le plus sûr moyen de parvenir à ce but, c'est de faire usage des voies que la loi a tracées pour la vente des biens d'un débiteur qui ne remplit point ses engagements; le respect que nous devons aux opinions de mr. de maleville, ne nous empêche pas d'en embrasser une contraire à la sienne sur ce point.

4.° lorsque nous avons dit dans l'explication de l'art. 2085, que l'antichrétiste devait être traité dorénavant, comme on traitait l'engagiste dans les pays de droit écrit avant le nouvel ordre des choses, nous n'avons entendu parler que du droit commun, mais si les parties dérogent à ce droit, si elles font une convention contraire, en stipulant, par exemple, que les entiers fruits appartiendront à l'antichrétiste en représentation des intérêts de la somme dûe, cette convention devra être exécutée, parce qu'elle est le fruit de la volonté réciproque des contractans, volonté non prohibée par la loi.

5.° l'antichrèse est indivisible comme le gage, & rien n'empêche qu'un tiers donne un immeuble à antichrèse pour sûreté de la dette d'autrui.

6.° enfin, le bail à antichrèse, dit l'art. dernier, ne saurait préjudicier aux droits que des tiers pourraient avoir sur un immeuble

livré à ce titre, & le second membre du même art. conserve au créancier antichrétiste l'exercice de ses hypothèques légalement établies.

on demande à ce propos si l'antichrétiste jouit, comme celui qui a reçu un gage, du droit de rétention sur l'immeuble qui est en son pouvoir, pour le payement des sommes à lui dues, autres que celle à raison de laquelle le bail à antichrèse a été consenti? il faut répondre qu'il n'a pas ce droit. Ce qui le prouve, c'est que le code s'occupant de ses autres créances, se borne à conserver au créancier sur les fonds qu'il a en main, le droit résultant de son hypothèque ou privilège par où il l'assimile aux autres créanciers qui viennent par ordre de leurs hypothèques, sur les biens de leur débiteur. s'il eût voulu que l'antichrétiste pût exercer un droit particulier sur cet immeuble, sous prétexte qu'il se trouve dans sa main, il aurait rendu communes à ce possesseur les dispoons de l'art. 2682 du code, ce qu'il n'a point fait.

faut-il en dire autant de l'acquéreur à faculté de Rachat, Et celui-ci a-t-il, ou n'a-t-il pas le droit de conserver dans sa main l'immeuble qui lui a été livré jusqu'à ce qu'il soit remboursé de tout ce qui peut lui être dû? catellan, liv. 5, chap. 58, rapporte un arrêt qui décida que l'acquéreur à faculté de rachat avait le même droit que l'engagiste, quoiqu'il fût reconnu alors que le titre du code etiam ob chirograph. pecun. &c. n'aurait été fait que pour ce dernier.

mr. Boré, en son 9me plaidoyer, pag. 172, en rapporte un autre de la chambre de l'édit de castres, du 30 août 1632, qui a jugé le contraire, et depuis la question fût jugée de même — en la deuxième chambre des enquêtes, dans le mois d'août 1721, après partage, mr. Larroque rapporteur, & mr. de courtois compartiteur, en sorte que le dernier état de la jurisp. sur ce point était tel, que l'acquéreur à faculté de Rachat — pour exercer utilement la reserve n'était tenu de faire aucun autre remboursement, que celui du prix principal & des loyaux-couts qui étaient une suite du contrat.

il ne nous reste plus qu'à dire un mot du contrat pignoratif. on appellait de ce nom un contrat par lequel le créancier paraissait

se faire vendre un fond à pacte de rachat; mais à un prix vil pour retirer sous cette couleur un intérêt excessif de sa créance.

Les tribunaux n'ont pas été d'accord sur les marques de l'impignoration. Le prêtre, Cent. 4, chap. 10, Louet & Brodeau, Lett. P, somm. 11, grimaudet en son traité des usures, Liv. 3, chap. 9, & plusieurs autres auteurs ont pensé, les uns que la seule rélocation était suffisante; les autres qu'elle devait être jointe à la stipulation de la faculté de rachat, ceux-ci qu'il devait y avoir vilité dans le prix de la vente, ceux-là qu'il fallait encore que l'acquéreur fût encore dans l'habitude de prêter son argent à un intérêt usuraire. Ensorte qu'il y a eu peu de questions qui aient été aussi diversement jugées que celle dont nous nous occupons.

nemo enim dubitat quin contractus sit pignoratitius, cum hæc tria concurrunt, pactum de retrovendo, modicitas pretii et consuetudo fœnerandi: quamvis plerique tertium hoc non requirant = codex fabrianus, Lib. 4, tit. 30, def. 5. notis.

mais l'opinion la plus généralement reçue était qu'il fallait le concours de trois circonstances, 1° la vilité du prix: 2° la stipulation de la faculté de rachat: 3° la rélocation: il faut néanmoins convenir que tout est hypothétique en cette matière, & que les circonstances qui varient à l'infini, peuvent avoir la plus grande influence sur l'opinion que le magistrat doit se former pour prononcer sur des questions de ce genre. vous pouvez voir ce qu'en dit Catellan, Liv. 5, chap. 5.

La vilité du prix étant le ppal caractère de l'impignoration, lorsqu'elle se trouve jointe à la faculté de rachat, il a été un tems pendant lequel on pouvait regarder à peu près comme impossible de faire déclarer pignoratif un acte qui en aurait tous les caractères parce qu'on pouvait alors régler l'intérêt, au prix qu'on jugeait à propos, d'après les dispoons de l'art. 1907 de notre code; mais nous sommes intimément convaincus que depuis l'émission de la loi du 3 7bre 1807 qui a prohibé toute stipulaon d'intérêts au dessus du taux déterminé par elle, les tribunaux où pourraient être portées des contestations de ce genre, ne feraient aucune difficulté d'y prononcer en conformité des ppes dont nous venons de parler; ils le feraient d'autant plus volontiers que ce serait un des moyens les plus capables d'arrêter le cours des brigandages que se sont permis des hommes pervers, en couvrant du manteau de la vente, les traités usuraires qui ont commencé la ruine des malheureux propriétaires que la nécessité a forcés de recourir à eux. —

Titre 18.

des priviléges & hypothèques.

chap. 1er

dispositions générales.

art. 2092, 2093 & 2094.

nous abordons en ce moment l'explicaon d'un titre dont l'importance ne peut être bien sentie que par l'expérience qu'on fait tous les jours de la nécessité où l'on est de la bien connaître.

rien ne serait plus facile que de faire montre d'érudition, en mettant sous vos yeux les différentes lois qui ont été successivement portées en france sur la matière des hypothèques. avant tout, nous vous aurions parlé des hypothèques, d'après les ppes du droit romain, tant anciens, que moderne; nous vous aurions fait remarquer la différence qu'il y avait à ces deux diverses époques, & passant de ces tems reculés à ceux qui sont plus rapprochés de nos jours, nous aurions parlé de l'édit du mois de mars 1673, que louis XIV porta sur le fait des hypothèques, & qu'il retira l'année d'après; nous vous aurions entretenus de l'édit du mois de juin 1771, dont les dispoons ont été suivies jusqu'à la publication de la loi du 11 brumaire an 7; quoique, dans l'intervalle, eût été rendue celle du 9 messidor an 3 qui ne fut jamais exécutée à cause de l'incohérence des dispoons qui y étaient renfermées, & des suites funestes qu'elles pouvait amener.

ce que nous ne croyons pas devoir faire ici, vous le trouverez dans les notions préliminaires que nous ont donné les auteurs des pandectes françaises, sur le fait des hypothèques: cette partie a été bien traitée par ces auteurs, & nous vous invitons à en prendre connaissance pour vous mettre à portée de bien saisir le sens & l'esprit des divers art. dont ce titre est composé. vous trouverez aussi dans l'analyse raisonnée du code civil par mr. mallevelle, une savante & profonde discussion qui eût lieu au conseil d'état, & qui eût pour objet de savoir de laquelle des lois précédentes on se rapprocherait le plus pour la confection de celle dont on préparait l'émission sur la matière des hypothèques. on la trouve au tom. 4, depuis la pag. 190 jusqu'à la 238e.

Voyons maintenant ce que c'est qu'un privilège, & ce que c'est qu'une

hypothèque. Le code napoléon nous donne la définition de l'une et de l'autre dans les art. 2095 & 2114, mais comme l'hypothèque ne peut point exister, sans une obligation à laquelle elle se rattache, ou à mieux dire, d'où elle prend sa propre existence, le code a commencé par déclarer dans les art. dont nous nous occupons, que chacun doit remplir les engagemens qu'il a contractés, & que cette obligation embrasse non seulement les biens meubles & immeubles dont on est possesseur, mais encore les biens de même nature qu'il pourroit avoir à l'avenir. Les biens sont le gage des créanciers, et il est naturel que ceux-ci prennent part à la contribution dans la distribution du prix de ces mêmes biens, s'il n'existe aucune cause particulière qui dérange cet ordre naturel; ces causes sont les privilèges & hypothèques dont nous allons parler.

Chap. 2.

Des privilèges.

art. 2095 jusques & y compris l'art. 2099.

Ces cinq art. sont uniquement consacrés à la définition du privilège et à l'assignation du rang que doivent occuper les créanciers privilégiés dans la distribution des biens du débiteur; ils n'exigent par conséquent aucune explication particulière; nous remarquerons néanmoins que l'art. 2098 présente quelques difficultés sur la manière dont s'exprime le § qu'on y lit, & qui statue que le trésor public ne peut obtenir de privilège au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers: mais ces difficultés ont disparu à la publication du décret du 5 7bre 1807, rapporté au Bulletin des lois sous cette date; vous trouverez dans ce décret tout ce qu'on peut désirer de savoir pour être bien fixé sur cette matière.

Le privilège peut exister, ou par rapport aux meubles seulement, ou par rapport aux immeubles aussi seulement, ou bien il s'étend tout à la fois sur les meubles & sur les immeubles: nous allons parcourir ces diverses espèces de privilèges dans le même ordre qui a observé le législateur dans les sections qui y sont relatives.

Sect. 1.

Des privilèges sur les meubles.

art. 2100.

Le privilège attribué à des créances d'une certaine qualité, est restreint à certains meubles, ou il embrasse la généralité: lorsqu'il est étendu sur tous les meubles en général, celui à qui le privilège est

acquis, l'espace de telle manière, que quel que soit le meuble vendu, il en reçoit le prix préférablement à tout autre pour l'acquittement de sa créance. Lors au contraire que le privilège est spécial sur certains meubles, le créancier ne peut prétendre de préférence que sur le prix provenant de la vente du meuble, sur lequel il exerce son privilège. nous allons voir dans les deux §§ suivants quelles sont les créances exercées avec privilège sur la généralité des meubles, & celles qui ne le sont aussi avec privilège, que sur certains meubles.

§. 1.

Des privilèges généraux sur les meubles.

art. 2101.

La première observation que nous avons à faire sur cet art. c'est que dans l'énoncé du privilège qui est attaché aux diverses créances dont il renferme l'énumération, celles-là doivent obtenir la préférence qui sont placées les premières dans l'ordre dans lequel elles ont été énoncées: ainsi, les frais de justice passent avant les frais funéraires, les frais funéraires avant ceux de la dernière maladie, &c.

Il est clair qu'en prescrivant l'ordre dont il est parlé ici, la loi n'a fait rien moins que consulter la priorité de la créance, mais comme en matière de privilège, on ne s'arrête point à la date des créances, et qu'on ne consulte que la qualité, comme nous l'apprend la loi 17, ff. de privil. cred. en ces termes: privilegia creditorum non ex tempore æstimantur, sed ex causâ. il n'est pas étonnant qu'on ait placé les frais de justice au premier rang, puisque ils ne sont exposés qu'après le décès & au préjudice des créances acquises sur les biens du défunt pendant sa vie. nous allons faire quelques courtes observations sur chacun des objets énoncés ici, comme étant le sujet de la demande que peuvent en former tous ceux à qui la loi accorde un privilège pour s'en faire payer sur les biens du défunt.

1.° et d'abord, quant aux frais de justice qui sont placés au premier rang, il ne faut pas croire qu'on doive considérer comme tels pour les faire participer au privilège dont parle la loi, ceux qui un créancier pourroit exposer dans son intérêt particulier, pour mettre sa créance en règle, ou pour obtenir le payement de son dû. on doit entendre seulement ceux exposés pour la garde, la saisie ou la vente des meubles de la succession, parce que ceux-ci sont exposés dans l'intérêt de tous les créanciers, & qu'il est très juste qu'un créancier

qui, par son démarches, a obtenu la conservation d'un gage commun ne court pas le risque de perdre, pour avoir fait cesser la jouissance qui commandait.

2° les frais funéraires occupant le second rang dans l'ordre de la Collocation; ces frais embrassent plusieurs objets qui jouissent tous du même privilège, quoique les uns soient plus directs, que les autres. Les plus directs sont l'ouverture de la fosse, le transport du corps, la tenture, l'honoraire des prêtres, & de toutes les autres personnes Employées à l'inhumation; on peut regarder comme moins directs les frais du deuil de la veuve & des domestiques de la maison, mais ils ne jouissent pas moins du même avantage: il n'est pourtant pas douteux que si on employait à ces divers objets des sommes qui ne seraient point en rapport avec la fortune du défunt, les creanciers ne fussent bien fondés à en demander le retranchement, lorsque l'allocation en serait réclamée.

3° la 3me créance privilégiée sur la généralité des meubles est celle qui précède des frais qui a occasionné la dernière maladie; ces frais se composent de l'honoraire du médecin, du chirurgien, & du pharmacien, le salaire de la garde y trouve aussi sa place; mais il n'y a point de préférence entre eux; ils marchent tous d'un pas égal, & chacun reçoit son dû au même rang.

4° les gages des gens de service occupent le quatrième rang dans la nomenclature des créances privilégiées sur la généralité des meubles, avec cette précision néanmoins que ce privilège ne leur est accordé que pour l'année qui précède le décès, et pour l'année courante.

5° enfin, ceux à qui est encore accordé le privilège sur la généralité des meubles, sont les marchands en gros et en détail qui ont fait des fournitures au défunt & autres personnes y dénommées, dans les termes & pour le temps dont parle notre art.

§. 4.

des privilèges sur certains meubles.

art. 1102.

Ce §. n'est composé que d'un seul art. qui renferme plusieurs décisions. Chacune d'elles étant relative à l'objet qui y est traité, la lecture la moins attachée suffit pour en faire connaître toute l'étendue. Nous ferons néanmoins quelques observations générales propres à en faire saisir le sens.

1° lorsque les baux à ferme ou à loyer sont publics, ou s'ils ont reçu d'ailleurs une date certaine, nul doute que le propriétaire n'ait, sur les fruits de la récolte de l'année un privilège qui l'emporte sur

Tous les autres pour tout ce qui est dû de terme échu ou à échoir, à l'exception néanmoins de celui provenant en faveur d'autres personnes de la fourniture des semences, des frais de la récolte de l'année, et de la fourniture des ustensiles nécessaires pour l'exploitation des biens.

Il en est autrement si le bail n'a point été public, ou s'il n'a pas reçu depuis une date certaine; dans ce cas, le privilège n'excède pas ce qui peut être dû au propriétaire pour l'année courante, et ce qui sera pour l'année qui la suivra. ceci s'éclaircit par un exemple. Supposons un traité privé qui porte la date du 1er juin, le propriétaire, dans ce cas, aura son privilège pour 19 mois, savoir pour les 7 mois restants de l'année courante, et pour les entiers 12 mois dont l'année suivante est composée.

2°. on a jugé dans tous les temps que le locateur avait, pour le payement du prix de la location, un privilège sur les meubles que le locataire avait placés dans la maison louée, *vecta & illata*: ce privilège est conservé par le code, et sans doute, rien n'est plus juste. mais peut-il être exercé au préjudice de la preuve que ferait la femme du locataire que les meubles saisis par le locateur lui appartiennent en propre? malgré la difficulté que présente cette question, on doit décider comme le fit l'arrêt du 19 janvier 1695, rapporté par catellan, liv. 5, chap. 2, que le locateur pourrait exercer son privilège sur les meubles, parce que la base de ce privilège est l'importation des meubles dans la maison, et que le locateur n'a point à s'enquérir si tout autre que celui à qui il a loué, et qui a fait apporter les meubles, en est, ou n'en est pas le propriétaire.

Au reste, tout ceci doit s'entendre des cas où les meubles n'ont pas encore été extraits de la maison louée; car s'ils l'avaient été du consentement du locateur, nul doute que celui-ci n'eût perdu son privilège, mais si c'est à son insçu que les meubles ont été déplacés, ce privilège n'en souffre aucune atteinte, pourvu néanmoins qu'il en fasse la revendication dans le délai fixé par la loi, suivant la nature de l'objet auquel le bail rapporte.

3°. l'énumération faite en notre art. des divers cas où peut être exercé le privilège sur certains meubles, ne fournit matière à aucune explication particulière; chacun sent aisément que le créancier sur la chose qui lui a été baillée en gage, le déposituire sur celle qui lui a été confiée, l'ouvrier à qui elle a été livrée pour la raccommoder, le marchand sur

qui elle a été prise, pourvu qu'elle soit encore en nature. l'aubergiste qui a fourni le logement ou les alimens, & le voiturier qui a transporté la chose, ont des droits sur cette même chose, puisqu'ils en ont procuré la conservation, & sous ce rapport, rien n'est plus juste que la préférence qui leur est accordée, en leur postposant les autres créanciers.

4°. quant aux créances résultant d'abus & prévarication commis par les personnes énoncées à la fin de l'art., sur les fonds de leur cautionnement il était très naturel qu'il en fût ainsi; mais il était aussi très naturel que celui qui avait prêté au titulaire des fonds pour payer son cautionnement eût un privilège sur ce même cautionnement, cas arrivant de la déconfiture des biens de ce titulaire.

il est certain que notre art. n'en parle point: mais une loi du 25 nivose an 13, portée depuis la publication du code, a réparé cette omission; on y lit en l'art. 1, après y avoir énoncé comme premier privilège celui résultant des abus commis par les officiers dans l'exercice de leurs fonctions, que les privilégiés en second rang, étaient les demandeurs en remboursement des fonds qu'ils auraient livrés à ces mêmes officiers pour leur cautionnement en tout, ou en partie. cela ressemble assez aux édits de 1683 & 1738, qui, dans l'ancien régime, avaient statué sur le sort des créanciers qui avaient prêté leur argent pour l'acquisition de quelque charge, quoique ce genre de propriété ne soit point aujourd'hui le même.

nous terminerons ces brièves observations, en vous disant qu'on doit appliquer aux diverses créances énumérées dans ce § pour l'ordre de collocation, celui dans lequel elles y ont été énoncées; que cette opinion est basée sur ce qu'en dit mr. grénier, dans le rapport qu'il en fit au corps législatif, & qu'il y aurait du danger à soutenir le contraire.

Vous devez savoir aussi que dans le concours de divers créanciers, dont les uns se trouveraient placés dans l'art. 2101, & les autres dans l'art. 2102, la préférence est dûe à ceux dont la créance est classée dans le premier de ces deux art., en telle sorte que le dernier de ceux-ci est préféré à tous ceux énoncés dans l'autre, même au premier: cela résulte assez clairement des dispoons de l'art. 2105.

Sect. 2.

des privilèges sur les immeubles.

art. 2103.

notre art. qui forme toute une section, a pour but de nous faire connaître ceux qui peuvent exercer leur privilège sur les immeubles, les voilà donc tous jouissant d'un même privilège, c'est-à-dire, du

droit de se faire payer sur le prix de l'immeuble de préférence à tout autre créancier; jusqu'ici point de difficulté. mais s'ils concourent entre eux, quel sera celui qui obtiendra le premier rang dans la collocation?

il n'y a pas de raison pour s'écarter ici des dispositions du code, lorsqu'il s'est occupé du sort que doivent éprouver entre elles les créanciers privilégiés qui font la matière de l'art. 2101. ainsi on doit dire que pour l'ordre de collocation entre les créanciers qui ont le même genre de privilège, celui-là doit obtenir la préférence, qui a pour lui la priorité dans l'énonciation des diverses espèces de créances auxquelles la loi donne un privilège de la même nature. ainsi, les créances qui consistent doivent être payées les premières, c'est-à-dire, avant tous les autres énumérés dans l'art; les seconds avant les 3mes &c. & s'il se trouvait plusieurs créances qui consistent, ce serait entre elles ancien que la préférence devrait être accordée.

au reste, nous ne devons jamais oublier que pour jouir du privilège dont parle la loi, nous les conditions qui y sont attachées, il faut les remplir informa specifica. par exemple, celui qui aurait prêté son argent pour faire une acquisition, à qui la loi accorde un privilège pour la répétition de ses deniers, ne pourrait pas en réclamer les avantages, si, après avoir fait énoncer dans l'acte constitutif de l'emprunt la cause pour laquelle il était fait, il négligeait de faire insérer dans la quittance fournie par le vendeur, que c'était avec les mêmes deniers que le payement lui avait été fait; ces deux conditions sont requises cumulativement; elles doivent donc être exécutées l'une & l'autre.

Sect: 3.

Des Privilèges qui s'étendent sur les meubles & les immeubles.

art: 2104 & 2105

la loi n'a pas entendu borner les créanciers privilégiés dont l'art. 2101 renferme l'énumération, à l'exercice d'une action sur les meubles; elle a voulu encore que ce privilège pût être exercé par eux sur les immeubles; mais ce n'est qu'à eux seulement que cette faculté est accordée, & seulement aussi dans le cas où il n'y a point de mobilier dans la succession.

de là deux conséquences: la première, que les créanciers privilégiés sur la généralité des meubles, tels que ceux énoncés en l'art. 2102,

n'ont jamais de privilège à exercer sur les immeubles.

La seconde que les créanciers énoncés en l'art. 2101 peuvent se trouver en concours avec les créanciers privilégiés sur les immeubles dont fait mention l'art. 2103.

On demande maintenant auquels des créanciers est dûe la préférence, ou de ceux énoncés en l'art. 2101, ou de ceux rappellés en l'art. 2103. C'est là justement ce que décide le second de nos deux art. il prononce en faveur des créanciers dont fait mention l'art. 2101, et il n'a fait en cela que se conformer à la jurisp. antérieure.

Sect. 4.

comment se conservent les privilèges.

art. 2106.

La loi a introduit ici une formalité nouvelle auparavant inconnue pour la conservation des privilèges: nous venons de voir dans les art. précédents quelles étaient les créances qui pouvaient être exercées avec privilège, soit sur les meubles, soit sur les immeubles, & même qu'il en est d'une certaine espèce dont le payement pourrait être réclamé avec privilège non seulement sur les meubles, mais encore sur les immeubles, avec néanmoins cette restriction que ce n'est qu'en cas d'insuffisance des meubles que l'action peut être exercée avec privilège sur les immeubles.

Avant le nouvel ordre des choses, le privilège résultait, comme aujourd'hui de la nature de la créance; mais l'acte constitutif de cette même créance conservait toute son utilité, sans rien emprunter de l'observation de quelque autre formalité.

Il n'en sera pas de même à l'avenir, & si un créancier porteur d'un titre auquel la loi attache un privilège, veut conserver ce même privilège, il sera tenu de se conformer à ce qu'exigent de lui les divers art. dont notre section est composée, en se référant à la diverse qualité des créances qui y sont énoncées comme privilégiées.

Ainsi, par exemple, si le co-hêr ou le co-partageant, à qui il est dû une somme quelconque, à titre de soulte, ou retour de lots, veut conserver le privilège que lui donne la loi, de réclamer ce qui lui est dû sur les biens de chaque lot, de préférence à tous autres créanciers, il doit faire inscription de sa créance dans les soixante jours qui suivent l'acte de partage; s'il néglige de remplir cette formalité, son privilège s'évanouit, et il en réclamerait vainement les avantages qui seraient irrévocablement perdus pour lui.

art. 2107.

Les créances énoncées en l'art. 2101, sont d'une telle nature qu'il n'était pas raisonnable de les assujettir à la formalité de l'inscription, voilà pourquoi elles en ont été affranchies, quoiqu'elles puissent être exercées

avec privilège sur les immeubles, lorsque les meubles sont insuffisants pour s'acquitter.

art. 2108.

celui qui a vendu un immeuble, à qui le prix n'en a point été payé en tout, ou en partie, ainsi que le prêteur de deniers employés à faire une acquisition, lorsque les formalités en tel cas requises ont été gardées ont incontestablement un privilège sur la chose, & ce privilège est appellé précaire. faudra-t-il pour sa conservation faire inscrire le titre qui constitue la créance? ?

l'art. 2106 semble faire un devoir indispensable de faire cette inscription, cependant elle n'est nullement nécessaire; il y a même plus; car elle est impraticable, du moins en la forme ordinaire.

pour vous bien fixer sur ce point, vous devez savoir que l'inscription n'est requise qu'afin de donner de la publicité aux privilèges qui probablement seraient restés inconnus sans elle; lors donc que cette publicité est déjà acquise, le vœu de la loi est rempli.

mais, dira-t-on, comment la publicité de la vente peut-elle être acquise sans inscription? elle peut l'être par la transcription du contrat d'achat, transcription que l'acquéreur doit faire pour sa propre sureté. & comme l'inscription que voudrait faire le vendeur du titre constitutif de sa créance, n'ajouterait rien à la publicité résultant de la transcription de l'acte de vente, il est clair que le vendeur conserve dans ce cas son privilège sans inscription de la part, mais néanmoins sans préjudice de celle qui est à la charge des conservateurs, comme nous le verrons tout à l'heure.

supposons maintenant que, malgré l'intérêt qu'a l'acheteur à faire transcrire son contrat au bureau des hypothèques de la situation des biens, il néglige de remplir cette formalité, quel moyen aura le vendeur pour conserver son privilège? il n'est pas douteux qu'il ne pourrait être admis à faire son inscription en la forme ordinaire: mais la loi lui indique la voie qu'il faut prendre pour cela; il doit faire lui-même transcrire le contrat de cette transcription produira en sa faveur le même effet que aurait la transcription que l'acheteur aurait dû faire, s'il eut été assez avisé pour cela.

la loi a pourvu encore à la prévoyance plus loin, car, dans la vue de conserver au vendeur son privilège, elle a fait au conservateur des hypothèques un devoir de faire d'office l'inscription sur son registre des créances résultantes de l'acte translatif de propriété au profit du vendeur, & ce, à peine de tous dépens, dommages & intérêts envers les tiers. ces divers moyens paraissent donner la certitude que le vendeur d'un immeuble perdra difficilement

le privilége que la loi a attaché à la qualité de son titre. Ce

Cujas nous venons de dire du vendeur d'un immeuble, nous devons le dire

Aussi de celui qui aurait prêté les deniers employés à en faire l'acquisition;

mais il faut pour cela, comme il est dit en l'art. 2103, que l'acte d'emprunt

énonce la somme prêtée comme destinée à cet emploi, et que le vendeur déclare

dans la quittance du prix qui lui est payé, que le payement lui a été fait

des deniers empruntés; le privilége n'existerait point au profit du prêteur, s'il

en était autrement.

art. 2109.

Le droit commun accordait aux co-héritiers ou co-partageant d'une succession

qui n'avait pas reçu son entière portion en nature, mais à qui, lors du

partage, il avait été consenti des obligations propres à établir l'égalité,

le droit commun, disions-nous, accordait à ce co-hér ou à ce co-partageant

le privilége d'être payé préférablement à tout autre créancier personnel

des autres co-partageants, du montant des sommes qui lui étaient dues à

ce titre.

notre art. consacre cette jurisp. mais à cette condition néanmoins qu'il prendra

inscription sur les biens qui ont fait la matière du partage, dans les 60 jours

à dater de l'acte qui le renferme, ou de l'adjudication faite par licitation

faite par ce co-partageant d'avoir rempli, dans le délai prescrit, la formalité

dont nous venons de parler, son privilége s'évanouit, s'il ne pourra plus en

faire usage.

Supposons maintenant que les créanciers personnels des autres co-partageants

aient fait leur inscription sur les biens échus au leur débiteur, en exécution

du partage, dans l'intervalle de sa date, à l'échéance des 60 jours dont

parle notre art., l'avant celle faite par le co-partageant créancier, pour

cause de soulte, à qui la préférence devra-t-elle être accordée? Sera-ce

aux créanciers qui ont pour eux la priorité de l'inscription, ou bien au

co-partageant qui a fait la sienne dans le délai que lui accorde la loi?

notre art. décide la question en faveur de ce dernier, et pour ne point aller

contre l'esprit du code qui a proscrit la rétroactivité, il a déclaré que

nulle hypothèque ne pourrait être prise sur les biens qui ont fait

la matière du partage, durant le cours de ces 60 jours; par où il a empêché

toute possibilité de concours entre le co-partageant porteur d'un titre de

créance pour cause de soulte, et les créanciers personnels des autres co-partageants

qui, pendant ce temps, auraient pris faire leur inscription avant lui. mais

le délai de 60 jours une fois passé, sans qu'il ait été fait inscription

par le co-partageant, il rentre dans le droit commun, et la préférence

entre les créanciers lui se détermine par la priorité de l'inscription.

art. 2110

nous avons vu en expliquant le n° 4 de l'art. 2103 du code, que les architectes maçons &c. avaient sur les objets qu'ils ont édifiés, reconstruits, ou réparés, un privilège pour la répétition de ce qui leur est dû, pourvu qu'ils aient rempli les formalités prescrites par cet art, & avec la modification qui y est exprimée. pour conserver ce privilège ainsi acquis, l'architecte doit faire faire inscription des deux procès-verbaux y énoncés; mais nous devons remarquer que quoique cette double inscription soit requise pour la conservation du privilège, néanmoins il prend sa date du jour de l'inscription du premier procès-verbal, le second n'étant regardé que comme le complément du premier.

Il suit de ce que nous venons de dire, cette conséquence qu'un créancier d'engagement hypothécaire qui aurait fait son inscription sur l'immeuble qui a été réparé depuis, devrait, dans la distribution du prix de l'héritage, être colloqué avant l'architecte, quoique celui-ci soit privilégié, puisque son privilège ne prend sa date que du jour de la double inscription du premier procès-verbal.

Nous devons encore faire cette autre remarque bien essentielle, que le privilège dont il s'agit dans cet art. ne s'étend pas au delà de ce que l'immeuble vaut de plus que ce qu'il avait été estimé lors du premier procès-verbal, & ce d'après la fixation de la valeur qui lui est donnée par le second; d'art. 2109 du code l'a ainsi déterminé.

art. 2111.

nous connaissons déjà ce que c'est que la séparation du patrimoine d'un défunt; nous en avons parlé au titre des successions sur l'art. 878 du code & les trois suivants, ce qui nous dispense d'y revenir. nous n'avons à faire ici d'autre observation, si ce n'est que les créanciers qui croiront utile à leurs intérêts de former cette demande en séparation des patrimoines, devront faire l'inscription de leurs titres dans les six mois qui suivront l'ouverture de la succession, s'ils veulent conserver le privilège de leur créance sur les biens du défunt, c'est-à-dire, que dans la distribution des biens de l'hoir, les créanciers privilégiés du défunt n'obtiendront leur collocation avec privilège sur les biens de la succession, qu'autant qu'ils auront pris la précaution de faire inscription dans le délai déterminé par la loi.

on disait, au premier coup d'œil, que la loi entend borner au délai de six mois, à compter de l'ouverture de la succession, la faculté de demander la séparation des patrimoines; mais ce serait une erreur

que de le croire ainsi; notre art. ne s'est point occupé d'une question qui avait été déjà décidée par l'art. 878 du code & par les trois suivants, il n'a fait qu'indiquer la voie que devaient prendre les créanciers du défunt pour la conservation de leur privilège, et déterminer le délai dans lequel devaient être faits les actes conservatoires.

ici se représente la même question que nous avons faite en discutant l'art. 2109; notre art. la résoud de la même manière, en donnant aux créanciers qui ont obtenu la séparation des patrimoines, un délai de six mois pendant le cours desquels ils peuvent faire l'inscription des titres qui leur accordent quelque privilège, & en regardant comme non-avenus dans l'intérêt de ces mêmes créanciers tous actes portant établissement de quelque hypothèque au profit des créanciers propres de l'hér.; mais si les créanciers du défunt laissent passer ce délai, sans faire l'inscription de leur créance, tout rentre dans le droit commun, & le privilège n'existe plus.

art. 2112.

Les cessionnaires étant l'image des cédants, il était naturel de penser qu'ils devaient jouir des mêmes avantages: cependant comme le mot même de privilège semblait ne conférer le droit de l'exercer qu'à ceux qui l'avaient acquis personnellement, on a cru devoir déclarer d'une manière expresse que les cessionnaires seraient traités en cette matière, tout comme l'auraient été ceux de qui ils tiennent leur titre.

art. 2113.

cet art. qui paraît très simple, exige néanmoins une certaine réflexion pour pouvoir en bien saisir le sens; d'après le nouveau système hypothécaire, l'hypothèque est basée sur l'inscription, d'où il semble qu'on soit autorisé à conclure qu'il ne saurait y avoir d'hypothèque, là où il n'y a point d'inscription; comment donc notre art. a-t-il pû dire que les créances privilégiées non inscrites dans les cas déterminés par notre section, ne cessent pourtant pas d'être hypothécaires?

on ne doit pas confondre l'hypothèque avec le privilège, celui-ci est le droit que la qualité de la créance donne à celui qui la possède d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires; l'hypothèque au contraire est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation.

Quiconque connaît ces deux définitions, sent aisément que tel qui n'a point de privilège, peut avoir hypothèque; donc l'hypothèque est indépendante de toute inscription: mais comment cette hypothèque pourra-t-elle être exercée, & quelle date aura-t-elle? la fera-t-on

remonter au jour de l'acte public qui l'aura conférée? c'est ici qu'il faut distinguer: ou le créancier qui voudra s'en prévaloir aura à faire à d'autres créanciers porteurs de titres inscrits, ou ses autres créanciers auront comme lui, négligé de faire leur inscription; dans le premier cas, point de doute que les créanciers inscrits ne soient, dans l'ordre de collocation préférés à lui, parce que ces créanciers sont datiers à l'égard desquels l'hypothèque ne date que de l'époque des inscriptions: au contraire, dans le second cas n'ayant à faire qu'à des créanciers non-inscrits, ils sont tous de la même condition, et en pareille occurrence, la priorité en hypothèque se règle par la priorité du titre qui l'a conférée, suivant les anciennes lois qui prior est tempore, potior est jure.

Chap. 3.

Des hypothèques.

art. 2114.

Le droit romain avait attaché à l'hypothèque les mêmes effets que le code lui attribue ici, de là la maxime hypotheca est tota in toto et tota in qualibet parte. ensorte qu'un créancier hypothécaire n'est point obligé de diviser sa créance en autant de portions que le débiteur laisse d'héritiers, faculté que n'a point le créancier cédulaire. l'aliénation que pourrait faire le débiteur de l'immeuble soumis à l'hypothèque, ne fait rien perdre au créancier de son droit sur ce même immeuble qui reste toujours affecté au payement de la créance hypothécaire; ce sont là les anciens principes auxquels il n'a été porté aucune atteinte par notre article.

art. 2115 et suivants jusques et compris l'art. 2120. —

ces six articles ne présentent à faire aucune réflexion essentielle; il n'est aucun de vous qui ne sache de quelle nature doivent être les biens pour être susceptibles d'hypothèque; ils doivent être immeubles, sauf doute mais comme il y a des immeubles de diverse qualité; que les uns le sont réellement, et que les autres ne le sont que par destination, — ainsi que l'explique le tit. 1 du liv. 2 de notre code, on aurait pu douter si ceux de cette seconde espèce étaient susceptibles d'hypothèques; c'est pour aller au devant de cette difficulté, que l'art. 2118 fait mention particulière des accessoires des seuls immeubles, lesquels accessoires sont réputés immeubles.

il ne faut pourtant pas croire que ces accessoires soient susceptibles d'hypothèque, lorsqu'ils sont détachés du fonds; ainsi on ne doit réputer immeubles

Aucun des objets mentionnés en l'art. 524 du code, qu'autant qu'ils ne sont pas séparés du fonds auquel ils appartiennent par destination. Ces objets ne sont donc pas alors susceptibles d'hypothèque, puisqu'ils ne sont que meubles.

Sect. 1.

Des hypothèques légales.

art. 2121 & 2122.

après avoir divisé les hypothèques en trois diverses espèces, & nous avoir donné la définition de chacune d'elles dans les art. précédents, le code nous indique ici les personnes qui jouissent de l'hypothèque légale, & les biens sur lesquels cette hypothèque peut être exercée.

c'est dans le droit romain qui ait été puisée toutes les dispositions qu'on lit dans le premier de nos deux art. de la loi 12, cod. qui pot. in pignor. habean. ne s'était pas contentée de donner à la femme une hypothèque sur les biens de son mari; elle était allée bien plus loin, car elle voulait que la créance de la femme pour sa dot, l'emportât sur celle de tous les autres créanciers, même sur ceux dont l'hypothèque remontait à une époque antérieure au mariage, ce qui était lui donner un privilège bien révoltant de toute la conséquence, on ne devait pas de le dire, était très rapproché de l'injustice.

quant aux mineurs & aux interdits à qui la loi accorde aussi une hypothèque légale, on lisait la même disposition dans la loi 20, cod. de admin. tut. elle n'est par conséquent pas nouvelle.

Enfin, pour ce qui concerne les droits & créances de la nation, des communes, & des établissements publics, plusieurs lois répandues dans le tit. du ff. de jur. fisc. y avaient pourvu de la même manière que le fait ici le code. nous en sommes donc encore aux mêmes termes, dans ce qui a l'espèce d'hypothèque qu'on qualifie à bon droit de légale, puisqu'elle procède de la loi, indépendamment de toute convention & de tout jugement.

observez maintenant que la loi assujettit à l'hypothèque légale non seulement les biens présents, mais encore les biens à venir du débiteur; vous verrez bientôt quelles diverses conséquences amène cette observation.

Sect. 2.

Des hypothèques judiciaires.

art. 2123.

on doit reconnaître ici quatre divers cas: le premier est celui où il a été rendu quelque jugement, soit contradictoire, soit par défaut, définitif, ou provisoire; le second, celui où il a été procédé en jugement à la

reconnaissance ou vérification des signatures apposées à un acte sous seing privé contenant obligation; le 3me, celui où les parties ont soumis leur différend à des arbitres qui y ont prononcé par sentence arbitrale; le 4me celui où il a été rendu en pays étranger quelque jugement par un tribunal non français.

1°. on demande sur le premier cas si l'hypothèque est acquise par le jugt, avant que la signification en soit faite. on ne peut pas contester que l'art. 77 de l'ord.ce de moulins n'ait décidé que l'hypothèque était acquise dès la prononciation des jugemens rendus en dernier ressort, dès qu'il en était de même des jugemens ou sentences des juges inférieurs, s'il n'y avait point d'appel, ou s'ils étaient confirmés. mais l'art 11 du tit. 35 de l'ord.ce de 1667, avait fait sur ce point une distinction entre les arrêts, jugemens ou sentences contradictoires rendus à l'audience, & ceux aussi rendus à l'audience, mais par défaut, ou sur procès par écrits; les premiers portaient hypothèque du jour de la prononciation, les seconds n'en portaient que du jour de la signification.

[4] inscription en vertu d'un jugt par défaut, quoique non signifié. (arrêt de la cour d'app. de Bruxelles du 17 9bre 1810.)

Il paraît résulter de la contexture de notre art. que cette distinction est abrogée, et qu'on en est revenu à ce que voulait l'ord.ce de moulins qui attachait aux jugemens de défaut, le même effet qu'à ceux rendus en contradictoire défense. [ainsi un arrêt prendre valablement une [4]

un demande encore si le créancier par obligation sous signature privée dont la reconnaissance a été faite, peut, en vertu du jugement rendu sur la demande en aveu, prendre inscription sur les biens de son débiteur, quoique cette obligation ne fut point encore venue à terme.

cette question ne paraissait susceptible d'aucune difficulté aux termes de l'art. 3 de la loi du 11 brumaire, & de l'art. 2123 du code napoléon auxquels s'étaient conformés les arrêts de la cour de cassation, mais une loi postérieure du 17 9bre 1807, en a autrement décidé, en statuant que l'inscription ne pourrait être prise qu'après le terme de son exigibilité. ainsi les créanciers qui auraient pris leur inscription postérieurement à celle prise en vertu d'un tel jugement, obtiendraient la préférence, si le débiteur acquittait sa dette au terme porté en l'obligation.

2°. dans le second cas, il en est de même, c'est-à-dire, que le débiteur d'une somme portée en une obligation sous signatures privées dont il a fait l'aveu en jugement, établit par cette démarche sur ses biens une hypothèque qui ne résultait pas de l'obligation qu'il avait précédemment contractée, mais il faut pour cela que cet aveu soit fait en jugement; celui qui serait fait ailleurs ne donnerait pas les mêmes résultats.

On demande quel serait le sort d'un aveu fait en bureau de conciliation, et de celui fait devant le tribunal de paix dans les matières de sa compétence; il faut répondre que le second doit être rangé dans la classe de ceux dont parle notre art., parce que le tribunal de paix est une cour de justice; mais qu'il n'en est point de même du premier, l'aveu qui y serait fait d'un écrit privé ne produirait donc point l'hypothèque judiciaire.

3°. Sans doute, il dépend des parties de faire choix de personnes pour prononcer sur leurs différends, mais en les investissant de cette faculté, elles ne leur impriment pas le caractère de juge, ce caractère doit émaner du souverain; à lui seul appartient ce pouvoir. La décision de ces arbitres n'est donc pas un jugement proprement dit, voilà pourquoi elle n'emporte d'hypothèque, qu'autant qu'elle est revêtue de l'ordce judiciaire d'exécution.

4°. enfin, c'était une question fort controversée que de savoir si les contrats & actes passés en pays étranger, portaient hypothèque du jour de leur date, quoiqu'il n'y eût ni aveu fait en france, ni condamnation. Bouguier, en son recueil d'arrêts, lett. C, n°. 7, en rapporte un du parl. de paris qui décida l'affirmative, sous prétexte que l'hypothèque est un contrat du droit des gens.

Au contraire, Louët, lett. H, somm. 15, en rapporte d'autres qui ont prononcé sur la question d'une manière toute opposée. Godefroy sur la loi dernière, ff. de jurisd. dit que ces contrats, d'après l'avis de plusieurs auteurs, non tribuunt jus pignoris, nisi à die quo à judice in galliâ sunt recognitè. L'art. 121 de l'ordce de 1629 avait embrassé ce dernier parti, et notre art. en l'adoptant, déclare que l'hypothèque ne résulte des jugemens rendus en pays étranger, qu'autant que ces jugemens auront été déclarés exécutoires par un tribunal français, à moins que les lois politiques, ou les traités avec la puissance, dans le territoire de laquelle le jugement a été rendu, n'en eussent autrement décidé.

On peut faire ici deux questions; la première de savoir si l'hypothèque peut résulter d'un acte de vente sous seing privé, avant la reconnaissance de l'écriture en justice; la négative est sans difficulté, car la loi n'admettant que trois moyens d'acquérir l'hypothèque, moyens énoncés dans les art. 2116 & 2117 du code, et parmi lesquels ne se trouve point l'écrit privé, il est sensible qu'on la choquerait en fesant produire l'hypothèque à un écrit privé dont la signature n'aurait pas été encore avérée.

La seconde, si on peut faire transcrire au bureau des hypothèques un acte de vente sous seing privé, avant l'avération des signatures;

Cette question a fait le sujet d'un arrêté du conseil d'état du 3 floréal an 13, approuvé le 12 du même mois. il fut décidé par cet arrêté que les actes de vente sous signature privée, enregistrés, pouvaient être transcrits, mais qu'ils ne pouvaient point autoriser le créancier à faire une inscription au bureau des hypothèques, parce qu'elle ne peut l'être qu'en vertu d'un titre authentique.

Sect. 3.

des hypothèques conventionnelles.

art. 2124.

L'hypothèque étant une sorte d'aliénation, il n'en faut davantage pour être bien certain qu'elle ne peut être consentie par ceux qui n'ont pas la capacité d'aliéner les immeubles qui y sont soumis. de là cette conséquence que le mineur, l'interdit, la femme mariée non autorisée par son mari, & au refus de celui-ci, par la justice, ne peuvent consentir aucune hypothèque, par cette seule raison qui les font incapables d'aliéner.

mais qu'en serait-il si, au mépris de la loi, les personnes de cette qualité avaient hypothéqué quelques uns de leurs immeubles, & si parvenues à une époque où l'interdiction aurait été levée ou la majorité acquise elles avaient légalement ratifié le premier acte qui était nul? cette ratification ferait-elle obtenir au porteur de cet acte qui aurait fait inscrire sa créance sur le porteur d'un autre acte ~~postérieur~~ postérieur constitutif d'hypothèque consentie dans un tems libre, et en vertu duquel l'inscription n'aurait été prise qu'à une époque postérieure?

La préférence

il est bien vrai que l'effet ordinaire de la ratification est de faire regarder l'acte auquel elle se rapporte, comme valable dans son principe; il est bien vrai aussi que c'est par la date des inscriptions que se détermine la priorité des hypothèques, suivant le droit commun nouvellement introduit, mais tous ces principes sont incapables de porter atteinte aux droits acquis à des tiers personnes dans l'intervalle qui s'est écoulé entre l'acte nul ou sujet à rescision, et celui qui le ratifie ou le confirme. c'est là ce qui se trouve écrit en toutes lettres dans l'art. 1338 du code, en sorte que dans notre hypothèse, il n'est pas douteux que l'hypothèque acquise dans un tems libre, au créancier postérieur, doit obtenir la préférence sur celle résultante de l'acte ratifié, quoique celui-ci soit d'une date antérieure, lorsque l'inscription prise en conséquence ait l'avantage de la priorité.

art. 2125.

on ne peut pas faire passer à autrui un droit plus étendu que celui qu'on a soi-même, c'est là un pp̃se incontestable. or, l'hypothèque ne pouvant pas être d'une nature différente de celle du titre qui lui sert de base, il est sensible qu'elle doit rester soumise aux mêmes chances.

art. 2126.

nous avons vû dans le cours du titre qui traite de la tutèle & de la minorité, qu'il est des cas où les biens des mineurs peuvent être hypothéqués & même aliénés; notre art. n'ajoute rien à ces diverses dispositions; il se borne à nous apprendre que, non-obstant la faveur dûe aux créanciers, les biens qui appartiennent à ces personnes privilégiées, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes & dans les formes établies par la loi.

art. 2127.

il résulte clairement de cet art. qu'il ne peut y avoir d'hypothèque conventionnelle qu'en vertu d'actes passés en forme authentique devant notaires; cela posé, revenons sur l'art. 1317 du code; nous y voyons que pour être authentique, un acte doit être reçu par officiers publics ayant droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé. nous voyons aussi dans l'art. suivant que si l'acte n'est pas authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, il vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.

maintenant on demande quel sera le sort d'une inscription prise à la suite d'un acte non revêtu de l'authenticité à cause du vice dont nous venons de parler. il faut répondre que cette inscription ne produira aucun effet, parce qu'elle se trouvera prise en contravention à l'arrêté du conseil d'état du 3 floréal an 13, qui, comme nous l'avons déjà observé, permet de faire transcrire un acte de vente sous signature privée pourvû qu'il soit préalablement enregistré, mais qui, en conformité de l'art. 2148 du code, ne déclare une inscription valable qu'autant qu'elle est prise sur la représentation que fait le créancier au conservateur des hypothèques, de l'original en brevet, ou d'une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque.

art. 2128.

nous n'avons point d'observation à faire sur cet art. après ce que nous en avons dit dans l'explication de l'art. 2123, auquel il suffit de vous renvoyer.

Art. 2129.

Autrefois l'hypothèque était le résultat de la nature d'un traité; s'il était conclu par acte public, & que l'une des parties se fût déclarée débitrice de l'autre, par cela même le créancier acquérait une hypothèque du jour de l'acte, sans autre convention, et cette hypothèque embrassait non seulement les biens présents du débiteur, mais encore les biens à venir.

Il n'en sera point de même désormais, et soit que l'acte soit public ou qu'il soit seulement privé, le créancier ne pourra prétendre avoir une hypothèque conventionnelle, qu'autant que dans le traité même, s'il est Authentique, le débiteur déclare spécialement la nature & la situation de chacun des immeubles qui lui appartiennent actuellement, & qu'il entend — soumettre à l'hypothèque.

Au reste, l'hypothèque ne peut jamais résulter d'une convention passée sous seing privé, quelque désignation qu'on y fasse des immeubles qu'on entend y soumettre: pour obtenir ce résultat, il faut absolument le concours de deux choses; la première, que l'acte constitutif de la créance soit authentique, ou tout au moins qu'un acte postérieur soit revêtu de cette qualité; & la seconde, qu'il y soit fait spécialement l'indication de la nature et de la situation des immeubles qu'on veut soumettre à l'hypothèque. cette indication devant être faite nominativement, il est sensible qu'il n'y a plus de possibilité de frapper d'hypothèque les biens qui ne sont pas actuellement dans la main du débiteur, par où les biens à venir sont nécessairement exclus.

Art. 2130.

C'est ici une exception portée à la dernière disposition de l'art. précédent, qui prohibe l'affectation par hypothèque des biens que le débiteur ne possède pas lors du contrat; pour être dans le cas de l'exception, il paraît non seulement qu'il y doive avoir insuffisance réelle dans les biens présents, mais encore qu'il ait été fait mention de cette insuffisance; s'il en était autrement, rien ne serait plus facile que d'éluder la prohibition — d'étendre l'hypothèque sur les biens à venir.

Il y a plus encore, car rien ne dit encore que si le débiteur avait donné à l'immeuble qu'il possédait lors du contrat, une valeur inférieure à sa véritable prise, pour en prendre occasion de fournir à son créancier une hypothèque sur les biens à venir, les autres personnes qui depuis lors auraient pu traiter avec lui, ne fussent bien fondées à contester l'utilité de l'hypothèque stipulée sur les biens à venir, sous prétexte d'insuffisance des biens présents, et qu'elles ne réussissent à faire rejeter cette stipulation.

art. 2131.

Le but de la loi a été de fournir au créancier toutes les sûretés auxquelles il peut raisonnablement prétendre, & ce but serait manqué, si la perte ou la dégradation de la chose hypothéquée ne fournissait pas au créancier une action pour réclamer ce qu'une éviction inattendue lui aurait fait perdre d'assurance.

art. 2132.

quiconque veut donner à sa créance toute la stabilité dont elle est susceptible, doit savoir d'abord en quoi elle consiste, & l'exprimer dans l'inscription qu'il prend sur les biens de son débiteur d'une manière certaine & déterminée; mais, s'il y a impossibilité de l'exprimer ainsi parce qu'elle est conditionnelle, ou parce qu'elle est indéterminée par sa valeur, il faut bien y suppléer, & le moyen d'y parvenir, c'est de donner à cette même créance une valeur estimative.

Cette valeur estimative peut être enflée par le créancier, voilà pourquoi la loi donne au débiteur la faculté d'en demander la réduction, pour ne pas avoir ses propriétés grevées d'une hypothèque qui dépasse le vrai montant de sa dette.

art. 2133.

Ceci est pris dans le droit romain, en la loi 16, ff. de pign. et hypot. qui parle nommément de l'alluvion & qui déclare sujets à l'hypothèque déja acquise, les fonds que ce moyen d'acquérir procure au possesseur. mais en serait-il de même du cas où une rivière par le changement subit de la direction de son cours, se tracerait un nouveau lit et ajouterait ainsi à l'étendue des fonds hypothéqués? nous ne le pensons pas, parce que ce fonds n'est pas proprement un accessoire; il l'est bien dans ce sens que le fonds primitif attire à lui le nouveau fonds, mais il ne l'est pas dans ce sens qu'il doive être regardé comme fesant partie du fonds primitif; & c'est là pourtant ce qui devrait être pour pouvoir étendre à ce fonds l'hypothèque déja acquise sur celui que le débiteur possédait auparavant.

Sect. 4.

du rang que les hypothèques ont entre elles

art. 2134.

nous avons déja vu que le système hypothécaire actuel a changé l'ancien ordre des choses sur la matière des hypothèques; vous savez que l'hypothèque était acquise autrefois par des engagements contractés

devant notaire, sans qu'il fût besoin de remplir aucune autre formalité. Et que le premier en date avait la préférence sur les créanciers postérieurs non privilégiés.

il en est autrement aujourd'hui; en quelque temps que l'hypothèque ait été créée, s'il s'agit de déterminer la préférence entre divers créanciers, celui-là est sûr de l'obtenir, qui le premier a pris inscription sur le registre du conservateur, en la forme prescrite par la loi; mais si aucun des créanciers n'a pris inscription, quel sera celui d'entre eux qui sera alloué le premier dans la distribution des biens du débiteur? on doit répondre sans difficulté que ce sera celui dont le titre public dans son ppe, ou revêtu depuis des formes qui le rendent tel, remontera à l'époque la plus reculée, parcequ'il se trouvera le premier en date d'hypothèque. qui prior est tempore, potior est jure; pourvû néanmoins que ces diverses hypothèques aient été légalement constituées.

ce que nous venons de dire résulte bien clairement de la contexture de notre art. lorsqu'il dit que l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription, il n'a parlé que dans l'intérêt des créanciers entre eux; il n'a pas entendu qu'il n'y aurait d'hypothèque entre le débiteur & le créancier que du jour de l'inscription; ce serait une erreur que de le croire ainsi; mais il a entendu que sans avoir égard à l'époque de la constitution de l'hypothèque, en vertu de l'acte qui l'a produite, la collocation n'en fût prononcée que d'après la date de l'inscription, ensorte que celui-là fût colloqué le premier qui le premier aurait pris son inscription sur le régistre du conservateur, quoique l'acte, en vertu duquel l'inscription est prise, fût postérieure en date à celle des contrats dont les autres créanciers sont porteurs; en un mot, ce n'est pas sur la date de l'acte constitutif d'hypothèque, qu'il faut se fixer, mais bien sur celle de l'inscription prise en exécution de cet acte, d'où on doit conclure que si aucun des créanciers n'a pris inscription, la priorité se régle entre eux, comme elle se réglait autrefois, c'est-à-dire, par l'ancienneté des titres.

cette vérité résulte encore très clairement des dispoons de l'art. 2127 de notre code qui dit de la manière la plus formelle que l'hypothèque conventionnelle résulte d'un acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins.

Enfin, l'art. 834 du code de procédure civile ne laisse aucun doute sur ce point, lorsqu'il fait une mention particulière du contenu en l'art 2127 —

du code napoléon pour désigner ceux qui ont une hypothèque conventionnelle. Au surplus, cette hypothèque est si fort indépendante de l'inscription, qu'après avoir désigné comme créanciers hypothécaires ceux qui ont un acte public, cet art. 834 les autorise à faire dans la quinzaine qui suit la transcription les mêmes démarches que peuvent faire, aux termes de l'art. 2185 du code, les créanciers qui avaient déja pris inscription, pourvu néanmoins qu'ils justifient de leur inscription dans cette quinzaine, donc on peut avoir hypothèque, sans avoir pris inscription sur les biens de son débiteur.

La mention que nous venons de faire de l'art. 834 du code de procédure civile, nous amène à une réflexion qu'il est bien important de ne pas perdre de vuë. un acquéreur pourrait se croire autorisé à délivrer à son vendeur le prix convenu entr'eux, après s'être assuré par l'examen des registres du conservateur, qu'il n'avait point été pris d'inscription, & avoir fait transcrire son acte d'acquisition; il n'en est pourtant rien, & les créanciers énoncés en cet art. ne sont pas moins admis que les autres créanciers inscrits avant l'aliénation, à faire valoir leurs droits sur l'immeuble aliéné, pourvu qu'ils agissent à ces fins dans la quinzaine qui suit la transcription de l'acte, ainsi un acquéreur sage & prudent ne doit délivrer au vendeur le prix dont ils sont convenus, qu'après le complément des quinze jours qui suivent immédiatement la transcription de l'acte, jusqu'alors l'immeuble acquis n'est point affranchi de l'hypothèque des créanciers, puisque cette hypothèque peut donner lieu à une inscription utile, par cela même qu'elle sera prise dans la quinzaine qui suivra la transcription de l'acte de vente.

art. 2135.

La faveur attachée à certaines créances n'a pas permis qu'on les rangeât dans la classe commune & ordinaire, on a cru que formant elles-mêmes des exceptions au droit commun, leur sort devait être déterminé par des dispositions particulières: dans l'ancien régime, les créances énoncées en cet art. ne jouissaient pas d'une égale faveur dans tous les tribunaux, quoique placées hors du droit commun, notre code a fait disparaître ~~dans~~ cette bigarrure, leur sort sera désormais le même dans tout l'empire, et nous verrons dans le cours du titre dont nous nous occupons, qu'on a su concilier ce qu'on devait de respect à des créances aussi intéressantes, avec celui qui est dû à la propriété ~~et~~ la personne des créanciers.

La loi du 11 Brumaire de l'an 7 sur les hypothèques n'avait pas pris ce juste milieu: les auteurs de cette loi étaient si fort convaincus qu'on ne saurait donner trop de publicité aux hypothèques, qu'ils crurent devoir assujettir à la formalité de l'inscription celles qui par leur nature, étaient à peu près connues de tout le monde, telles étaient

les hypothèques résultant des contrats de mariage, des décernations de tutelle, d'administration des biens des absents &c. L'art. 37 renferme une disposion générale à cet égard, et il fut accordé un délai de trois mois à compter de la publication pour y procéder. L'art. suivant déclara conservés les droits d'hypothèque ou privilège existants à cette époque pourvu qu'ils fussent revêtus de la formalité de l'inscription dans le délai déterminé, & faute d'y satisfaire, les privilèges devaient dégénérer en simple hypothèque, & l'hypothèque dans l'intérêt des créanciers entre eux n'avoir d'effet qu'à compter du jour où l'inscription serait prise postérieurement.

cette grande rigueur a été tempérée par le code, comme nous le verrons bientôt, mais un point sur lequel vous devez vous bien fixer, c'est la diversité des époques à partir desquelles l'hypothèque, quoique non revêtue de l'inscription, est acquise aux personnes dénommées en notre art.

dans la fixation de ces diverses époques, on s'est éloigné de la jurisp. de la plupart des anciens tribunaux; ce sera désormais du jour du mariage que la femme sera autorisée à faire valoir son hypothèque, quoique non inscrite tant pour sa dot que pour ses conventions matrimoniales, mais les sommes dont le mari pourra être comptable envers elle, & qui ne seront ni dot actuelle, ni convention matrimoniale, ne jouiront pas de la même faveur: un arrêt de la cour d'appel de toulouse rendu dans le cours de l'année 1808, l'a ainsi décidé contre l'avis d'un auteur moderne membre du tribunat. la femme ne pourra quant à celles-ci en exercer la répétition sur les biens de son mari avec hypothèque, que du jour où les donations qui lui ont été faites ont eu leur effet, ou bien du jour où se sont ouvertes les successions qui lui ont été déférées, quoique ces sommes soient dotales, à la suite d'une constitution de biens présents & à venir: tant s'en faut qu'on eût blessé les ppes, en le décidant autrement, mais on a cru que l'équité en souffrirait, & on a donné la préférence à ce sentiment.

remarquez encore qu'en accordant la faveur dont nous venons de parler aux personnes énoncées dans notre art., la loi n'a pas voulu porter atteinte aux droits acquis à des tiers avant sa publication. un exemple bien simple vous fera sentir toute l'étendue de cette exception, & le voici:

Avant le nouvel ordre des choses, la femme dans la distribution des biens de son mari, avait, dans l'ordre de collocation, la préférence sur tous ses autres créanciers même antérieurs à son mariage, lorsqu'ils n'avaient point fait de dénonce d'hypothèque; depuis fut rendue la loi du 11 Brumaire de l'an 7, qui, par une disposion générale relative aux contrats de mariage antérieurs à sa publication, voulut qu'il fût pris inscription sur ces contrats dans un délai déterminé, & que faute de ce faire,

le privilège de la dot fut perdu pour la femme.

Supposons maintenant qu'une femme eût négligé de faire son inscription dans le délai déterminé, et qu'un tiers eût acquis depuis une hypothèque sur les biens du mari débiteur de la dot, avec inscription antérieure à celle que la femme aurait faite depuis, le tiers devrait-il être colloqué avant la femme dans une distribution des biens du mari qui n'aurait lieu que sous l'empire du code napoléon? il n'est pas douteux que ce tiers devrait obtenir la préférence, parce que la loi du 11 Brumaire avait fait à la femme un devoir de prendre inscription dans un délai déterminé, à peine d'être déchue du privilège de la dot, que, moyennant ce, tout rentrait alors dans le nouveau droit commun, suivant lequel le plus ancien en date pour l'inscription l'emporte sur tous les créanciers postérieurs en inscription, & à plus forte raison sur tous ceux qui n'en ont pas prise. Opinion consacrée par un arrêt de la cour d'appel de Colmar du 31 mars 1810. jurisp. du code, vol. 15 –

art. 2136 jusques & compris l'art. 2139.

ces quatre art. sont purement indicatifs des personnes qui sont autorisées à prendre inscription pour l'intérêt des mineurs, des interdits & des femmes mariées; les uns y sont obligés à peine des dommages & intérêts; quant aux autres, c'est bien plutôt une aptitude qu'on leur donne, qu'une obligation qu'on leur impose –

remarquez que le mari n'est tenu de faire la déclaration que sa femme a une hypothèque sur ses biens, qu'autant qu'il n'a point pris la précaution de rendre publique cette hypothèque par l'inscription que la loi l'oblige de prendre. chacun étant censé connaître l'inscription qui a été prise par un créancier, on n'a plus besoin d'aucune autre démarche pour atteindre ce même but.

art. 2140 –

quand on lit dans notre art. les mots, les parties majeures &c, doit-on croire qu'il ne dépend pas d'une femme mineure de convenir qu'il ne sera pris d'inscription que sur une partie des immeubles appartenant à son mari?

il n'est pas possible de ne pas voir dans cette énonciation une sorte de dérogation au ppe consacré par l'art. 1398 du code qui déclare le mineur habile à contracter mariage, aussi habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible, sous la condition qui y est exprimée; – ce n'est pas que les dispositions portées en cet art. 1398 ne soient très justes et très conformes au droit, mais celles qu'on lit dans cet art. ne le sont pas moins: il ne s'agit dans le premier que des stipulations qui accompagnent ordinairement les contrats de mariage, & qui en font comme une suite nécessaire. au contraire, dans le second il s'agit d'une convention qui est en opposition avec le droit commun, suivant lequel tous les biens du mari doivent être soumis à l'hypothèque légale de la dot et des conventions matrimoniales de son épouse; voilà pourquoi il n'est

Car étonnant que dans l'un on ait expressément prononcé la validité de la stipulation, & que dans l'autre on ait assez clairement donné à entendre qu'il y aurait nullité, si la limitation de l'hypothèque avait été consentie par une femme mineure.

mais s'il est permis aux femmes majeures de stipuler qu'il ne sera pris inscription que sur une partie des immeubles de leurs maris, devraient-il bien certain qu'elles ne peuvent pas renoncer à toute hypothèque sur ces mêmes biens. on a dû veiller à leurs intérêts dans l'acte qui règle leur future destinée, & on a dû le faire avec d'autant plus de raison qu'il est peu de femmes qui s'en occupent dans ce moment; leurs pensées s'arrêtent à tout autre objet, & le plus souvent, c'est la parure ou la représentation qui captivent toute leur attention.

art. 2141, 2142 & 2143.

nous ferons sur le premier de ces art. les observations suivantes: En supposant qu'il ait été pris en conseil de famille & à la majorité des suffrages une délibération pour autoriser le mineur à ne prendre inscription que sur certains immeubles du tuteur, & que le tuteur ait contracté depuis d'autres dettes, dont l'acquit ne laisse pas dans ses mains le moyen de répondre au mineur de la gestion qui il a faite de ses biens; le mineur pourra-t-il s'en prendre aux parents contre l'avis desquels la délibération a été prise, tout comme à ceux dont l'avis y a prévalu? il semble d'abord qu'il ne le peut pas; cependant on doit décider le contraire, parce que la loi laissant à ces parents la faculté d'attaquer la délibération, elle est à s'imputer de n'avoir pas usé de ce moyen que leur offrait l'art. 883 du code de procédure civile pour la faire réformer.

quant au 3me, les dispositions qui il renferme prouvent que si le législateur a voulu assurer au mineur une action sur les biens de son tuteur, pour réparer les torts qu'il aurait pu éprouver d'une mauvaise administration, le législateur n'a pas moins cherché à délivrer le tuteur de toute hypothèque générale qui aurait pu nuire à ses intérêts; c'est précisément là le motif qui a présidé à cette sorte de art.

Art. 2144 & 2145.

la manière dont le premier de ces art. est conçu, offre une difficulté. Elle consiste à savoir si la loi a fait du consentement de la femme & de la délibération de ses quatre plus proches parents une condition sans laquelle il n'est pas permis au mari de demander la réduction de l'inscription par elle prise sur les biens de ce dernier, en exécution de son hypothèque légale.

on serait d'abord tenté de croire que c'est là une condition dont l'absence laisse le mari dans l'impuissance de former son action en réduction; & telle est l'opinion de nouveaux commentateurs du titre des hypothèques & des

(1811)

Auteurs des pandectes françaises ; mais on ne craint pas de dire que cette opinion est erronée comme contraire à ~~son~~ l'esprit & à la lettre de la loi : on dit d'abord qu'elle est contraire à son esprit, parce que pour peu qu'on y réfléchisse, on voit clairement qu'elle n'a eu d'autre vüe que de fournir à la femme ses sûretés pour la répétition de sa dot & la pleine exécution de ses conventions matrimoniales : on dit, en second lieu, qu'elle est contraire au texte de la loi, & ceci s'évince clairement de la contexture de l'art. 2161 qui dispose que tous ceux qui sont fondés à prendre inscription sur les biens présents & à venir de leur débiteur (parmi lesquels se trouve incontestablement la femme, comme ayant une hypothèque légale sur les biens de son mari) sont fondés à demander cette réduction sans autre condition que celle de pourvoir à la sûreté des créanciers.

il en arriverait néanmoins autrement si cette faculté que nous pouvons appeller légale, était enlevée au mari par le fait du caprice d'une femme qui tiendrait ainsi son mari dans une espèce d'état d'interdiction, ce qui amenerait les plus fâcheuses conséquences pour la fortune du débiteur qui serait inhibé de procéder à aucun arrangement de ses affaires, quoiqu'il lui restât des biens d'une valeur supérieure à celle à laquelle pourraient s'élever les prétentions de cette femme injuste & récalcitrante ; # il n'est personne qui ne sente le mérite de cette conséquence. # malitiis hominum non est indulgendum.

chap. 4.

Du mode de l'inscription des privilèges & hypothèques.

art. 2146.

La loi du 11 Brumaire an 7, avait déclaré en l'art. 5 que l'inscription prise dans les dix jours avant la faillite ou cessation de payements du débiteur, ne conférait point d'hypothèque ; une déclaration du 18 9bre 1702 avait ordonné la même chose, & depuis l'art. 8 du tit. 1, au liv. 3 du code de commerce s'y est conformé pour tous les actes translatifs de propriété faits à titre gratuit ; quant à ceux à titre onéreux, ils sont susceptibles d'être annullés ; mais il faut pour cela qu'ils portent des caractères de fraude, car s'il n'y en a pas, rien ne s'oppose à leur exécution ; ce dernier point est conforme à la jurisp. du parl. de toulouse ; on peut en juger par les arrêts que rapporte Serres, en ses instit. au droit français, pag. 20 & 21.

Ce que nous venons de dire des cessions & des transports de créance faits à titre gratuit, le code l'applique aux ~~inscriptions~~ prises dans le même délai de dix jours antérieurs à la faillite, en sorte qu'une inscription prise en pareille circonstance, ne pourrait fournir aucun avantage à celui qui aurait cru prendre une précaution utile.

Quant à celle prise par le créancier d'une succession qui n'a été acceptée que sous bénéfice d'inventaire, et après la mort du débiteur, elle ne produit non plus aucun effet utile, ensorte qu'il en est vis-à-vis des autres créanciers tout comme si elle ne l'eût point été, et sa condition est la même que celle des créanciers non inscrits qui n'auront d'autre avantage que celui de la priorité de leurs titres vis-à-vis d'autres créanciers non inscrits.

art. 2147.

Quoique aux termes de notre art. il paraisse certain que tous les créanciers inscrits le même jour, doivent exercer leur hypothèque en concurrence sans qu'on puisse exciper de la mention qu'a faite le conservateur que les unes ont été prises le matin, & les autres le soir, néanmoins on ne peut se défendre de reconnaître qu'il y a quelque différence entre les unes & les autres.

En effet, l'art. 2200 de notre tit. après avoir fait au conservateur des hypothèques un devoir de tenir un régistre destiné à recevoir par ordre numérique l'inscription des actes de mutation & des bordereaux qui lui seront remis, à la date de cette remise, leur enjoint de transcrire les actes de mutation & d'inscrire les bordereaux sur les registres à ce destinés, à la date & dans l'ordre des remises qui leur en auront été faites.

Si, comme on n'en peut douter, le conservateur se conforme à l'injonction qui lui est faite par ce dernier art., il est sensible qu'en suivant l'ordre numérique, il délivrera le n°. 1 à celui qui se présentera à lui le premier; le n°. 2 à celui qui se présentera le second et ainsi de suite; & comme il lui est enjoint aussi de faire la transcription des actes de mutation, & l'inscription des bordereaux dans l'ordre des remises, il paraît aussi incontestable que celui-là sera le premier inscrit, qui aura le premier fait la remise de ses bordereaux, Et que le second aura le même avantage sur le troisième. &c.

art. 2148.

On voit ici la manière dont un créancier doit s'y prendre pour obtenir l'inscription de sa créance, & l'indication de certaines formalités dont l'omission doit produire la nullité de cette même inscription.

L'exécution de notre art. avait présenté des difficultés par la diversité des points de vuë sans lesquels il avait été envisagé. on ne pouvait pas disconvenir que l'art. ne fit un devoir au créancier d'énoncer dans l'inscription l'époque de l'exigibilité de sa créance, mais l'on ajoutait que la loi, en prescrivant cette énonciation, n'avait pas attaché la peine de nullité à l'omission de cette indication particulière.

à cela on répondait que ce n'était pas pour rien que cette indication particulière avait été requise, parce que c'est un genre de droit que celui-là paye moins qui paye plus tard, minus solvit qui tardius solvit

L. 12, §. 1, ff. de verb. oblig. d'où il résulte, ajoutait-on, que l'entrée de la créance devant être déterminé d'une manière précise, le vœu de la loi n'est pas rempli lorsqu'on manquait d'indiquer l'époque précise de l'exigibilité.

La cour de Cassation avait rendu plusieurs arrêts qui avaient annulé des inscriptions sous ce prétexte, et comme ce vice pouvait être imputé au plus grand nombre de celles qui avaient été prises depuis la publication du code, il y avait à craindre que l'exécution rigoureuse de notre art. n'eut pour résultat, n'amenât la ruine d'un grand nombre de familles.

C'est d'après cette considération que le gouvernement crut devoir porter le 4 septembre 1807, une loi qui ordonne la rectification de toutes les inscriptions prises depuis la loi du 11 brumaire an 7, qui étaient entachées de cette omission, pourvu qu'elle fut réparée dans le délai de six mois qui fut accordé pour cela, et dont le terme est venu à échéance dans le mois de mars 1808.

Le même art. pour opérer l'inscription, prescrivait la remise entre les mains du conservateur d'une expédition authentique du jugement qui avait donné naissance à l'hypothèque; en réunissant cette disposition à celle de l'art. 2123 qui porte que l'hypothèque judiciaire résulte du jugement, et que elle résulte aussi des reconnaissances ou vérification faites en jugement des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé, on voit clairement qu'il suffisait d'avoir obtenu un jugement quelconque ou une vérification en jugement pour prendre inscription.

Il pouvait résulter de ce procédé de graves inconvénients; aussi nos législateurs ont-ils cru devoir déroger à l'art. 2123 du code et à l'art. 3 de la loi du 11 Brumaire; en conséquence il a été rendu le 3 septembre 1807, un décret qui ne permet de prendre inscription hypothécaire, en vertu d'un jugt sur une demande en reconnaissance d'obligation passée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, qu'autant que cette obligation n'aurait pas été acquittée à son échéance, à moins que les parties ne fussent convenues du contraire.

De là cette conséquence qu'un créancier qui se trouverait dans le cas du décret dont nous venons de parler, ne pourrait prendre aucun avantage de la priorité de son inscription, s'il contestait avec un autre créancier qui aurait pris inscription après lui; pourvu que celui-ci eut pris la sienne pour une créance alors venue à échéance.

art. 2149, 2150 & 2151

Les deux premières de ces art. ont été prises d'une loi du 11 brumaire an 7, et ne présentant à faire aucune réflexion ; mais il n'en est pas de même de la 3me : celui-ci fait d'abord un changement à la loi de brumaire, en ce qu'elle ne parlait point de l'année courante ; il fait encore un grand changement à ce qui se pratiquait avant cette loi, en matière d'intérêts : dans presque tous les tribunaux on leur faisait jouir des mêmes avantages que les capitaux qui les produisaient ; maintenant on ne pourra plus en réclamer le payement au même rang que les capitaux, que pour deux années d'arrérages ; les intérêts de l'année courante jouiront de la même faveur, mais tous les autres ne seront allouées que par contribution ; il en sera formé une masse générale sur laquelle chaque créancier prendra à concurrence de son intérêt particulier.

Si l'ordre des créanciers est retardé, quel devra être le sort des intérêts courus pendant l'instance ? m^r de malleville, dans son analyse raisonnée du code sur cet art. rapporte un arrêt de la cour de cassation du 14 frimaire an 14, qui a statué sur cette question. cependant on ne doit regarder cet arrêt comme un préjugé, qui en ce qu'il a décidé que sous aucun prétexte on ne pourrait étendre au delà de deux années, la faveur de faire participer les intérêts à la collocation au même rang que le capital, on se tromperait, si l'on croyait que cet arrêt doit encore être regardé comme un préjugé, en ce qu'il a confirmé le jugement rendu par la cour d'appel de grenoble, qui, en réformant celui du tribunal de première instance, avait décidé que les intérêts courus dans l'intervalle qui s'était écoulé entre la demande en collocation & l'ordre, devaient appartenir aux créanciers inscrits, au préjudice de ceux non inscrits : si l'arrêt de la cour d'appel de grenoble fut confirmé quant à cette disposition, ce fut par cette seule raison qu'elle ne fut point attaquée, car si elle l'eut été, comme les intérêts sont chose purement mobilière sur laquelle les créanciers inscrits n'ont pas plus de droit que les créanciers non inscrits, il y a tout lieu de croire qu'on n'aurait pas laissé subsister l'arrêt en cette partie, & que tous les créanciers sans distinction auraient été appellés pour partager entre eux, au sol la livre, les montants des intérêts courus depuis l'introduction de l'instance jusques à la confection de l'ordre.

art. 2152.

L'art. 20 de la loi de brumaire en disait autant, mais observez que les cessionnaires du créancier qui a fait l'inscription, ne devaient point à changer le domicile déjà élu, qu'autant que la cession leur aurait été faite par acte authentique ; ainsi ce changement ne pouvait pas être opéré à la suite d'une cession faite par acte sous seing privé.

art. 2153.

nous avons vu dans l'art. 2148 ci-dessus quelles sont les formalités à observer suivant le droit commun pour opérer l'inscription; la loi en exige bien moins quand il s'agit de prendre inscription pour des hypothèques légales; dans celles-ci on n'a nul besoin de faire l'évaluation des objets conditionnels, éventuels, ou indéterminés, ni de faire l'indication de l'espèce & de la situation des biens sur lesquels le créancier entend conserver son privilège ou son hypothèque, quoique tout cela soit requis aux termes du droit commun.

art. 2154.

En fixant à dix années la durée des inscriptions, le code s'est conformé à ce qu'en avait ordonné l'art. 88 de la loi du 11 brumaire an 7, mais il a point admis les exceptions que cette loi avait faites à cette disposition générale en faveur du trésor public sur les biens des comptables et de leurs cautions; il n'a pas admis non plus celle que cette même loi avait faite au profit des époux pour leurs droits & conventions de mariage; l'inscription faite par le trésor public sur les biens des comptables conservait toute son utilité jusqu'à l'apurement définitif des comptes & six mois au-delà; quant à celle prise par les époux, elle embrassait tout le temps de la durée du mariage, et même une année au-delà, il n'était nécessaire de la renouveller qu'au bout de ce terme.

on a demandé s'il devait en être, soit des inscriptions prises d'office, soit par les femmes, les mineurs, et le trésor public sur les biens des maris, des tuteurs, & des comptables, comme de celles prises aux termes du droit commun, pour leur durée & la nécessité de leur renouvellement avant l'expiration de la dixième année.

cette question a donné lieu à une résolution prise par le conseil d'état dans une séance du 15 décembre 1807, qui a été approuvée par s.m. l'empereur, le 22 janvier 1808, & qui se trouve insérée dans le bulletin des lois, pour cette date; en voici les résultats.

1°. que toute inscription doit être renouvellée avant l'expiration du cap des dix années.

2°. que lorsque l'inscription a été nécessaire pour opérer l'hypothèque, le renouvellement est nécessaire pour la conservation.

3°. que lorsque l'hypothèque existe indépendamment de l'inscription, et que celle-ci n'est ordonnée que sous des peines particulières, ceux qui ont dû la faire, doivent la renouveller sous les mêmes peines.

4°. enfin, que lorsque l'inscription a dû être faite d'office par le conservateur, elle doit être renouvellée par le créancier qui a intérêt.

(voi. un arrêt de la cour de cassation du 5 avril 1808, rapp. par duvergier, 1808, pag. 127.

art. 2155 & 2156

Il n'y a à faire sur cet art. d'autre observation que celle-ci. qu'est-ce que la loi a entendu par ces mots tribunal compétent où doivent être portées les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers? est-ce le tribunal du domicile du créancier inscrivant, ou bien celui de la situation de l'immeuble sur lequel l'inscription a été prise? cette question se trouve résolue par l'art. 2159 ci-après, avec les modifications qui y sont ramenées; ce genre d'action étant réel, devrait être exercé devant le juge du lieu de la situation, à moins que les parties ne se trouvent dans l'exception dont parle ce même art.

Chap. 5.

De la radiation & réduction des inscriptions

art. 2157.

Les termes dans lesquels cet art. est conçu, sont très remarquables: on y voit d'abord qu'il suffit du consentement des parties intéressées pour obtenir la radiation ou la réduction des inscriptions, & il n'y a en cela rien d'extraordinaire. *nihil tam naturale est quidque dissolvi eodem modo quo colligatum est*: l'inscription ne devant son existence qu'à la volonté de celui qui l'a prise, il était tout simple qu'une volonté contraire en opérât l'anéantissement, pourvu néanmoins que cette volonté fût consignée dans un acte authentique, comme l'exige l'art. suivant.

mais ce consentement peut-il être utilement donné par quiconque a pris une inscription? notre art. ne l'entend pas ainsi, & ce n'est pas pour rien qu'on y lit ces mots, ayant capacité à cet effet; de là il suit que toute personne qui est autorisée à prendre une inscription, n'a pas la faculté de consentir à sa radiation ou à sa réduction; ainsi, par exemple, une femme qui aura pris inscription sur les biens de son mari pour la conservation de sa dot & de ses conventions matrimoniales, ne pourra point, durant le mariage, consentir à sa radiation, ou à sa réduction, parce qu'elle n'a point capacité pour aliéner.

on dit capacité pour aliéner, parce que l'inscription étant un acte qui tend à conserver un droit déjà acquis, c'est aliéner que de faire une démarche dont le résultat peut fort bien être tel, qu'elle opérera la perte du droit que la femme avait intérêt de conserver.

le consentement des parties intéressées ayant capacité, n'est pas le seul moyen que l'on puisse employer pour opérer la radiation ou la réduction des inscriptions; elles peuvent éprouver ce sort en vertu d'un jugement

rendu en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée.

Mr. de malleville traite ici une question qui il dit susceptible de beaucoup de difficulté; elle consiste à savoir si le conservateur peut rayer une inscription, en vertu d'un jugement rendu en défaut par un tribunal de première instance, lorsque le condamné ne s'est point pourvu contre ce jugement dans le délai de l'opposition; c'est-à-dire, dans la huitaine; il rapporte un arrêt rendu par la cour d'appel séant à bordeaux qui a jugé qu'il le pouvait, en réformant le jugement du tribunal de première instance qui avait décidé le contraire.

on doit convenir que les termes dans lesquels est conçu l'art. 5, du tit. 27 de l'ord.ce de 1667, sont bien faits pour faire naître des difficultés; cependant quelle que soit la définition que donne cet art. des jugemens passés en force de chose jugée, & quoiqu'on trouve dans la nomenclature des jugemens répertoriés tels, ceux dont il n'y a pas d'appel, nous pensons, malgré le respect dû à la chose souverainement jugée, qu'il serait imprudent de rayer une inscription sur le vu d'un pareil jugement.

en effet, il ne paraît pas qu'on puisse attacher à un jugement de défaut rendu par un tribunal de première instance & contre lequel on ne s'est point pourvu dans le temps légal par la voie de l'opposition, plus d'efficacité qu'à un jugement rendu en contradictoire défense par un tribunal de la même qualité; or, il est incontestable qu'un jugement de cette dernière espèce ne pourrait pas servir de base à une demande en radiation ou en réduction d'une inscription, puisqu'il ne serait, ni rendu en dernier ressort, ni passé en force de chose jugée, donc une pareille radiation se trouverait faite contrairement aux dispositions de notre art. qui ne l'autorise à la suite d'un jugement, qu'autant qu'il a été rendu en dernier ressort, ou que le jugement est passé en force de chose jugée.

art. 2158 & 2159.

nous avons expliqué d'avance le second de ces deux art. par tout ce que nous en avons dit sur l'art. 2156; la seule observation que nous avons à faire ici, c'est qu'il dépend des parties de convenir du tribunal devant lequel les contestations relatives aux inscriptions pourront être portées; ce n'est pas que ce consentement fait attributif de juridiction en faveur d'un tribunal à l'exclusion d'un autre, mais la convention doit être exécutée, parce que pouvant s'en rapporter à des arbitres sans caractère public, elles doivent, à plus forte raison, pouvoir se choisir un tribunal.

art. 2160 & 2161.

S'il est juste qu'un créancier acquière par l'inscription qu'il prend sur les biens de son débiteur toutes les sûretés qu'il peut raisonnablement désirer pour la conservation de sa créance, il est juste aussi que cette précaution ne porte aucune atteinte aux intérêts du débiteur, en s'étendant au-delà de l'objet que la législateur a eu en vue, lorsqu'il la introduite.

Voilà pourquoi en matière d'inscription légale (qui, par la force de la loi, embrasse tout les biens du débiteur, quand l'acquéreur ne veut pas consentir à une limitation) celui sur les biens duquel elle porte, peut demander sa réduction de telle manière qu'il en soit retranché tout ce qui excède la proportion convenable relative à la sûreté de la créance, et cette demande doit être portée devant le juge du lieu de la situation des biens sur lesquels l'inscription a été prise.

mais ce procédé n'est point admissible, lorsque l'inscription a été prise à la suite d'une hypothèque conventionnelle, parce que celui qui la consentie, ne peut imputer qu'à lui-même d'avoir autorisé son créancier à la prendre, sur une quantité d'immeubles supérieure à celle qui aurait suffi pour répondre de la sûreté de la créance, & que quod semel placuit, amplius displicere non potest.

art. 2162.

Nous ne devons jamais oublier que notre art. n'est applicable qu'au cas où il s'agit d'inscription légales ou judiciaires, & non de celles prises à la suite d'une hypothèque conventionnelle; où même la loi a déterminé la taux auquel devait se porter la valeur des biens destinés à l'assurance de la dette, tant en capital, qu'en accessoires, & où elle a fixé cette valeur à un tiers en sus du montant de la dette, elle a fait pour éviter les estimations arbitraires qui auraient donné naissance à une infinité de contestations préliminaires sur ce point, contestations qui ne pouvaient avoir lieu, lorsque la valeur des biens excède aussi notablement le montant de la dette, d'après les bases déterminées par l'art. 2165 ci-après.

art. 2163 & 2164.

nous avons déjà vu que en matière de créance conditionnelle, éventuelle ou indéterminée, le créancier était le maître de prendre inscription sur tous les biens de son débiteur, d'après l'évaluation qu'il faisait lui-même du montant de sa créance. le premier de nos art. nous apprend que dans ce cas, et pourvu que cette fixation n'ait pas été la fruit d'une convention entre le débiteur & le créancier, il peut y avoir lieu à réduction de l'inscription mais il n'y a pour opérer cette réduction aucune base certaine, comme il

y en a dans l'espèce de l'art. Précédent, voilà pourquoi la loi se remet entièrement à la prudence du juge; c'est à lui à peser dans sa sagesse, d'après les circonstances & les probabilités, si l'évaluation faite par le créancier est exagérée, auquel cas il doit la réduire, dans le cas contraire, il ne doit avoir aucun égard à la demande en réduction.

art. 2165.

Les précautions indiquées par notre art. pour parvenir à la connaissance de la valeur des immeubles sur lesquels a été prise une inscription légale, nous donne l'assurance que la loi a en vüe de ménager également les intérêts du créancier & le crédit du débiteur. on ne peut qu'applaudir à ce sentiment.

chap. 6.

De l'effet des privilèges & hypothèques contre les tiers détenteurs

art. 2166.

Ceci est pris dans le droit romain, l'entr'autres textes, dans le §. 3, aux instit. de action. de là cet adage, aut cede, aut solve mais vous devez savoir que pour exercer l'action hypothécaire, on n'avait nul besoin chez les romains de faire inscrire sa créance sur un registre destiné à donner aux hypothèques une publicité qu'on croyait suffisamment acquise par la qualité du titre qui les avait créées: l'hypothèque conventionnelle résultait de tout acte public dans son ppe, ou devenu tel depuis par une reconnaissance faite en jugt, ou pardevant notaires. la nécessité de l'inscription est d'institution purement française, et entre les créanciers du même individu qui disputent entr'eux la priorité de la collocation sur ses biens, celui-là obtient la préférence qui le premier s'est fait inscrire sur les registres à ce destinés, quoique sa créance soit postérieure en date à celle des autres créanciers inscrits après lui, comme nous avons déja eu occasion de le remarquer.

art. 2167.

il résulte clairement de la contexture de notre art. que le tiers détenteur, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, a le choix de purger les hypothèques dont est grevé le fonds qui est passé dans ses mains, en se conformant aux dispoons prescrites par le chap. 8 de ce titre, ou de les laisser soumis à l'exercice de ces hypothèques, auquel cas il jouit des termes & délais accordés au débiteur originaire, c'est-à-dire, par exemple que si la créance hypothécaire n'est exigible qu'à l'expiration d'un certain temps, le créancier ne pourra poursuivre le payement qu'à l'époque de l'exigibilité; il en est de même des autres conditions attachées à

l'acte constitutif de la créance.

art. 2168.

ceque nous venons de dire des créances en capital, dont reste grévé le tiers détenteur des biens soumis à l'hypothèque des créanciers, par l'inobservation des formalités indiquées au chap. 8 de ce titre, doit être appliqué aux intérêts de ces mêmes créances, à quoi qu'elles portent, fussent-elles de beaucoup supérieures à la valeur des biens hypothéqués. La loi ne reconnaît point de milieu, il faut, ou payer tout, ou abandonner sans réserve l'immeuble hypothéqué.

art. 2169.

nous venons de voir que le tiers détenteur avait le choix, ou de se libérer par hypothèques assises sur les biens qu'il possède, ou par abandonnement ces biens, ou de les purger par l'exécution des moyens indiqués dans le chap. 8 de ce titre. Supposons maintenant qu'un tiers détenteur ne fasse ni l'un, ni l'autre, quelle sera dans ce cas la condition des créanciers? notre art. nous apprend que chacun d'eux a le droit de faire vendre sur la tête du détenteur l'immeuble hypothéqué, trente jours après le commandement fait au débiteur originaire, d'après lui avoir fait à lui-même une sommation d'avoir à payer la dette exigible, ou à délaisser l'héritage. cette sommation doit aussi précéder de trente jours les démarches à faire pour parvenir à la vente, comme on le voit dans l'art. 30 de la loi du 11 Brumaire an 7, et dans l'art. 1er de celle rendue le même jour sur les expropriations forcées.

art. 2170.

vous connaissez déjà ceque c'est que le bénéfice de discussion; nous vous en avons donné la définition dans le titre du cautionnement. Ce droit qui avait été introduit par la nov. 4, chap. 4, a souffert une modification bien remarquable, en cequ'il ne peut être exercé que par le tiers détenteur, qu'autant qu'il reste dans la main du débiteur principal d'autres biens hypothéqués à la même dette, il faut d'ailleurs qu'il ne se soit point engagé personnellement à l'acquit de cette même dette.

Cette seconde condition n'est pas nouvelle, et dans tous les temps on a décidé et dû décider que celui qui a pris un engagement devait le remplir; mais on n'en peut pas dire autant de la première; dans l'ancien droit romain, pourvu que le débiteur possédât encore des biens hypothéqués, ou non hypothéqués à la dette, le tiers détenteur inquiété par un créancier

hypothécaire, pourrait exiger du ~~moins~~ créancier qu'il discutât les biens possédés par le débiteur, & ce n'était qu'en cas d'insuffisance de ces derniers biens que le créancier pourrait agir sur ceux qui étaient passés en d'autres mains, à moins qu'il n'eût renoncé au bénéfice de discussion. La jurisp. des tribunaux était conforme aux dispoons du droit romain.

il n'en sera point de même à l'avenir, & le bénéfice de discussion ne pourra être utilement invoqué par le tiers détenteur, qu'autant que, lors de l'établissement de la créance, ou dans des actes postérieurs le débiteur originaire aura soumis à l'hypothèque de la même dette des biens qui se trouvent encore dans sa main, quoiqu'une partie de ces biens en soit sortie.

art. 2171.

Le bénéfice de discussion n'ayant été introduit que pour maintenir, autant que possible, le tiers détenteur en possession de la chose par lui acquise, il était naturel de penser que dans tous ces cas, lors même que la créance est privilégiée, ou que l'hypothèque qui y est attachée est spéciale sur l'immeuble, ce bénéfice pût être utilement invoqué. cep.

cependant notre art. en a autrement ordonné, dans les deux cas dont nous venons de parler. mais ce n'a point été sans réclamation, et nous apprenons de mr de malleville qu'il en éprouva de si fortes qu'on crut devoir le renvoyer à la section, sans doute, on pensa alors, ou qu'il serait réformé, ou que du moins il subirait des modifications avant d'être représenté. mais il n'est arrivé ni l'un, ni l'autre; il fut reproduit tel qu'il avait été présenté, & il fut adopté alors sans aucune réclamation. de là il suit que le créancier privilégié, ou qui, en défaut de privilège, a une hypothèque spéciale sur l'immeuble qui se trouve dans les mains du tiers, n'a pas à craindre d'être obligé de discuter les biens extants dans la main de son débiteur, avant de pouvoir s'en prendre à ceux possédés par tout autre.

art. 2172 jusques & compris l'art. 2179 —

Ces huit art. sont relatifs au délaissement par hypothèque & aux suites qu'entraîne cette démarche; nous ferons ici quelques observations générales propres à vous en faciliter l'intelligence.

1° pour parvenir à faire le délaissement par hypothèque, il ne faut pas avoir pris d'engagement personnel d'acquitter la dette, et de plus avoir capacité pour aliéner: ainsi un mineur, une femme mariée, un interdit ne peuvent point faire de délaissement par hypothèque, parce que c'est une véritable aliénation dont ils sont tous incapables, à moins qu'on n'ait rempli ~~toutes~~ les

formalités requises par la loi pour l'aliénation de biens à ses
Appartenant.

nous avons dit qu'il ne fallait pas avoir pris d'engagement personnel
d'acquitter la dette pour pouvoir faire le délaissement par hypothèque
Et c'est très juste : mais faut-il considérer comme ayant contracté
cette obligation, celui qui avoit reconnu la dette comme tiers détenteur,
ou qui avoit subi une condamnation en cette qualité seulement ? nous
sans doute : il est aisé de sentir qu'il n'y a rien de personnel
au détenteur, puisqu'il n'a agi qu'en cette qualité, le délaissement
par hypothèque est donc praticable après de faits de cette nature.

on auroit pu croire que le délaissement par hypothèque ayant
été fait, il ne restait plus à son débiteur aucun moyen de rentrer
En possession des biens qui en avaient été l'objet. il n'en est pourtant
pas ainsi, car ce délaissement peut être rétracté jusqu'à ce que l'immeuble
abandonné par cette voie, ait été adjugé, comme faisant partie du patrimoine
sur lequel les créanciers exercent leurs droits, à la charge néanmoins
de payer la dette et les frais qui auront été exposés jusqu'alors.

2°. Si, avant de faire ce délaissement, le possesseur avait dégradé
l'immeuble, les créanciers pourraient-ils intenter contre lui une action en
indemnité ? Si on consulte le droit romain sur cette question, on trouve
qu'il n'y a lieu à aucune indemnité, à moins que les dégradations
n'eussent été commises depuis l'interpellation de délaisser l'héritage, ou
de payer. cette décision était fondée sur ce que le possesseur était de
bonne foi jusque'alors, et qu'un des principaux attributs de la propriété
est de pouvoir user à son gré, même abuser de la chose dont on est
propriétaire.

Cependant le code décide le contraire, et avec raison, car le possesseur
ayant pu connaître l'hypothèque par la publicité que lui donne
l'inscription prise sur l'immeuble, ou la transcription du titre translatif de
propriété, il ne peut point exciper de sa bonne foi prétendue pour soutenir
qu'il n'est comptable d'aucune dégradation, même antérieure à l'interpellation
de payer la dette, ou d'abandonner l'immeuble.

Quant aux améliorations, le tiers détenteur ne peut les utiliser qu'à
concurrence de l'accroissement de la valeur qui en résulte pour l'immeuble,
quoiqu'il soit possible qu'on y ait dépensé bien au delà.

3°. à partir de quelle époque le tiers détenteur qui a fait le délaissement
est-il comptable des fruits ? est-ce du jour de la sommation qui lui a

Et faite de payer ou de délaisser, ou bien, est-ce seulement du jour de la contestation en cause? Le droit romain en la loi 16, §. 4, ff. de pign. & hyp. avait décidé que c'était seulement du jour de la contestation en cause, mais les auteurs du code ont pensé que la sommation était suffisante pour constituer le tiers détenteur en mauvaise foi, & l'assujettir par voie de conséquence à rendre compte de suite à partir du jour où elle a été faite.

4°. la confusion qui s'opère sur la tête du tiers détenteur pendant tout le tems qu'il en jouit, à la suite d'un acte translatif de propriété de l'immeuble qui était assujetti à quelque servitude envers lui, est, sans doute, un obstacle invincible à ce qu'il exerce durant tout ce tems les droits réels qui lui appartenaient auparavant sur une pareille servitude; mais le délaissement par hypothèque faisant cesser cette propriété, il était juste que ces servitudes ou droits réels reprissent leur ancienne existence après le délaissement par hypothèque, & c'est encore une décision portée par un de nos art.

5°. enfin, rien n'est plus juste que les dispositions par lesquelles le Code autorise le tiers détenteur à exercer son recours en garantie contre le débiteur principal, lorsqu'il a payé la dette hypothécaire, ou qu'il a délaissé l'immeuble hypothéqué, ou qu'il en a subi l'expropriation. ce n'est point en effet la dette qu'il a acquittée, mais bien celle du débiteur principal. il n'en faut pas davantage pour être convaincu de la légitimité de ce recours.

Chap. 7.

De l'extinction des privilèges & hypothèques.

art. 2180.

Les moyens d'éteindre un privilège, ou une hypothèque, dont on voit le détail dans cet art. ne sont pas tous capables de produire cet effet, on en trouvera quelques autres exemples dans le droit, comme la novation, la perte totale de la chose &c. qui qu'il en soit, on doit tenir pour certain 1°. que l'extinction de l'obligation principale opère l'extinction du privilège ou de l'hypothèque, & qu'il n'est pas même possible qu'il en soit autrement, puisqu'il ne peut exister ni privilège, ni hypothèque, sans obligation dont l'un & l'autre ne sont qu'un accessoire, il faut pourtant que l'obligation soit anéantie en totalité, car, si elle ne l'était que partiellement, l'hypothèque n'en existerait pas moins aux termes de la loi 19, ff. de pign. & hyp.

2° il faut également tenir pour certain que la rénonciation à l'hypothèque, en procure l'anéantissement, comme nous l'apprenons de la loi 2, cod. de remiss. pig. mais il y a de la difficulté à savoir à quelles marques on peut reconnaître s'il y a, ou s'il n'y a point renonciation à l'hypothèque.

Cette question serait évidemment oiseuse, si le droit n'avait admis de renonciation à une hypothèque qu'autant qu'elle aurait été faite d'une manière formelle; mais il a admis la rénonciation tacite, comme on le voit dans les lois 9 & 12 de ce titre, & la difficulté consiste précisément à se bien fixer sur la nature & la qualité des actes qui amènent cette rénonciation tacite. peu de questions ont été aussi savamment discutées, & aussi diversement jugées que celle dont nous parlons; tout ce qu'on peut désirer sur ce point, se trouve réuni dans d'olive, liv. 5, chap. 28, dans cambolas liv. 5, chap. 25, dans Bardet, tom. 2, liv. 1, chap. 44, dans Louet & brodeau, lett. N, somm. 6, dans le journal du palais de toulouse, tom. 6, pag. 127 & 128, & dans une infinité d'autres auteurs: vous pouvez les consulter pour vous bien fixer là dessus. tout ce que nous pouvons dire ici, c'est qu'on était revenu de l'extrême rigueur avec laquelle on traitait autrefois les créanciers à qui l'on opposait une rénonciation tacite à l'hypothèque, & que les derniers arrêts ne prononçaient guère sous ce prétexte la déchéance de leurs droits, qu'autant qu'ils étaient parties principales dans l'acte qu'on leur opposait à ces fins, ou qu'autant qu'ils avaient souscrit des actes contenant aliénation d'immeubles avec la clause, francs & quittes de toutes hypothèques sans réservation de leur part des droits les compétant sur les mêmes immeubles.

notre code ne renferme aucune disposition qui nous autorise à penser que cette jurisp. soit abrogée; on devra donc s'y conformer à l'avenir.

3°. La prescription est encore un moyen légal d'extinction de l'hypothèque; mais cette exception change, pour ainsi dire, de nature suivant la diverse qualité de ceux à qui il est permis de l'opposer. ceci va s'éclaircir par un exemple. Supposons que ce soit le débiteur lui-même qui prétende être affranchi de la dette par le laps de temps au bout de quel terme pourra-t-il faire valoir utilement cette exception? il pourra la faire valoir au bout du temps fixé par le titre du code qui traite de la prescription, & qui l'a déclaré acquise après un délai plus ou moins long, suivant la qualité des personnes à qui l'action est accordée, ainsi l'action des médecins, chirurgiens & pharmaciens en payement de leurs

soins & avances devant être intentée dans l'an, aux termes de l'art. 2272 du code, le privilège que la loi a attaché à cette espèce de créance disparaît avec la faculté d'intenter cette action; delà il suit que si l'action n'était pas bornée par la loi à un terme plus court que celui de 30 ans, le privilège attaché à l'action serait de la même durée, c'est-à-dire, qu'il pourrait être exercé pendant 30 années. Supposons au contraire que ce soit un tiers détenteur qui excipe de la prescription, il ne pourra l'invoquer utilement, que sous cette condition qu'il se sera passé depuis qu'il possède autant de tems qu'il en faut pour acquérir la propriété par cette voie; ainsi, par exemple, un homme acquiert de bonne foi un immeuble dont la vente lui est consentie par une personne qu'il en croit propriétaire, l'acte étant d'ailleurs revêtu de toutes les formes prescrites par la loi pour sa validité, aux termes de l'art. 2265 du code, cet acquéreur pourra opposer la prescription au vrai propriétaire après le laps de dix ans, si celui-ci habite dans le ressort de la cour d'appel, dans l'étendue duquel l'immeuble est situé, ou après le laps de 20 ans, si le propriétaire habite ailleurs que dans l'étendue de ce ressort. Eh! bien, par cela même que la prescription de la propriété sera acquise à l'acheteur par le laps de 10 ou de 20 ans, l'hypothèque & le privilège seront aussi éteints par le même délai, ensorte que la mesure du temps nécessaire à un tiers pour acquérir la propriété par la voie de la prescription, est aussi la mesure du tems requis pour l'extinction du privilège ou de l'hypothèque.

On peut demander ici ce que signifient ces mots de notre art. dans le cas où la prescription suppose un titre, & le (la prescription) ne commence à courir que du jour où il a été transcrit sur le régistre du conservateur.

Pour saisir la réponse qui doit être faite à cette question, vous devez savoir qu'aux termes de l'art. 2262 du code, il ne faut pas moins de 30 ans pour opérer l'extinction de toutes les actions tant réelles, que personnelles, & que c'est là le droit commun. cependant ce droit commun cesse, lorsque c'est un tiers qui oppose l'exception prise du laps de tems; car, dans ce cas, la prescription est acquise au bout de 10 ou de 20 ans, suivant la distinction que nous venons de faire.

mais comme il ne peut exister de tiers-détenteur, qu'autant qu'il existe un titre réel, ou supposé, en faveur de celui qui agit comme tel,

et que c'est à son profit seulement qu'a été introduite la prescription de 10 ou de 20 ans, il faut nécessairement que le tiers détenteur, pour qu'il puisse s'appliquer les dispositions de notre art. subisse la condition qui y est attachée. or, cet art. veut que la prescription dont parle l'art. 2265, celle que peut opposer le tiers détenteur, ne commence à courir que du jour où le titre a été transcrit sur le registre du conservateur. ce n'est donc que l'exécution de ce que prescrit la loi sur ce point qui peut donner ouverture au cours de la prescription de 10 ou de 20 ans.

au reste, vous devez remarquer qu'on ne regarde pas comme capable d'interrompre la prescription, soit de 30 ans, soit de 10 ou de 20 ans, les inscriptions prises par le créancier pour utiliser son titre, ou pour en conserver les effets: ce ne sont là que des actes extra-judiciaires qui le constituent en mauvaise foi, ni le débiteur, ni le tiers-détenteur. Par la manière dont a prononcé notre art. à cet égard, il a été dérogé à la jurisp. du parl. de toulouse qui n'admettait la prescription de 10 ou de 20 ans, qu'autant que le tiers détenteur était en bonne foi, lors du titre dont il excipait. l'on aurait pu croire que l'inscription qui est censée connue de tout le monde, était constitutive de mauvaise foi, & c'est pour prévenir cette erreur que l'art. a prononcé comme il l'a fait.

Chap. 8.

Du mode de purger les propriétés des privilèges & hypothèques.

art. 2181.

La première démarche que doivent faire un acquéreur, ou un donataire de biens grévés d'hypothèque, s'ils veulent les en affranchir, c'est de faire transcrire le contrat translatif de la propriété sur le registre à ce destiné & tenu par le conservateur des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. jusques-là les biens donnés ou acquis demeurent assujettis à l'exercice de l'action des créanciers, tout comme s'ils n'étaient point passés en main-tierce, à titre de vente ou de donation.

ce n'est pas, comme nous allons le voir, tout à l'heure que la transcription soit par elle-même translative de la propriété ainsi que l'avait voulu l'art. 26 de la loi du 11 Brumaire, mais parce qu'il est impossible de remplir sans cela toutes les formalités requises à peine de nullité par l'art. 2183, afin de se garantir de l'effet des poursuites autorisées dans le chap. 6 du présent titre.

Notre art., en s'exprimant comme il le fait, semble exclure de la faculté de faire transcrire son titre, celui qui ne serait porteur que d'un acte sous seing privé, car un acte de cette dernière espèce n'est pas un contrat : cependant un arrêté du conseil d'état du 3 floréal an 13, approuvé par S. M. l'empereur le 12 du même mois, a décidé qu'on pouvait utilement présenter à la transcription un acte sous seing privé, pourvu qu'il ait été préalablement revêtu de la formalité de l'enregistrement.

art. 2182.

depuis l'établissement du nouveau régime hypothécaire, il y a eu peu de questions relatives à cette matière, qui aient autant partagé les opinions : les uns imbus du système introduit par l'art. 26 de la loi du 11 Brumaire an 7, voulaient, avant la rédaction définitive de notre art., que le transport de la propriété ne fût opéré que par la transcription : les autres plus attachés aux vrais ppes soutenaient que la vente étant parfaite, dès que les parties sont convenues de la chose & du prix, sa stabilité ne devait pas dépendre de l'exécution d'une formalité étrangère à cette convention, & que le sort des propriétés ne devait pas être subordonné au plus ou moins d'activité qu'on pourrait mettre à la remplir.

ces derniers motifs firent rejetter le projet qu'on avait eu d'adopter les dispoons de la loi de brumaire, & après qu'il eût été convenu que les ventes faites avant cette loi, ne seraient point sujettes à la transcription, il fût décidé en ppe que cette formalité n'était point nécessaire pour opérer le transport de la propriété.

malgré cette décision qui paraissait ne devoir laisser aucun doute sur la question de savoir si la transcription de l'acte était nécessaire pour consolider la propriété dans les mains de l'acquéreur : on avait assez généralement pensé qu'elle l'était dans le cas où un propriétaire, après avoir vendu son héritage par un premier contrat vendait le même héritage à une autre personne qui aurait fait transcrire son titre avant le premier acquéreur, ensorte que dans le concours de deux ventes consenties par le même individu, on donnait la préférence à celle qui, quoique postérieure en date d'acquisition, avait pour elle la priorité de la transcription.

Sirey, en son recueil des décisions diverses, dans un supplément à l'an 13, pag. 161 & suivantes, mr le conseiller d'état directeur général de l'enregistrement, dans une lettre qu'il avait adressée

à ses préposés dans toute l'étendue de l'empire, les auteurs des annales du notariat, avaient pensé que la date de la transcription était dans cette occurrence l'unique point dont on devait partir pour fixer cette préférence, & la cour même de cassation l'avait ainsi décidé par quelques-uns de ses arrêts.

on disait à l'appui de cette opinion que l'art. 1583 du code déclarant la vente parfaite à l'égard du vendeur, lorsque les contractans sont convenus de la chose & du prix, c'était dire assez que cette convention ne suffisait pas seule pour rendre la vente parfaite, lorsque des tierces personnes y étaient intéressées; qu'à l'égard de celles-ci, il fallait encore quelque autre formalité, & que cette autre formalité ne pouvait être que la transcription.

qu'on devait d'autant moins en douter, qu'il y avait pour les ventes dans l'intérêt des tiers, les mêmes motifs que pour les donations aussi dans l'intérêt des tiers; qu'ainsi tout comme les tiers acquéreurs, ou les donataires postérieurs qui avaient fait transcrire leur titre, pouvaient opposer le défaut de transcription au donataire qui avait négligé de remplir cette formalité, de même dans le concours de deux ventes, on devait donner la préférence à celui des deux acquéreurs successibles qui le premier ~~avait~~ aurait fait transcrire son contrat.

on disait que telle était l'intention du législateur, intention manifestée par m.r treilhard rapporteur de la section de législation au conseil d'état sur le titre des hypothèques, & qui était tel que les créanciers qui n'avaient pas pris inscription, lors du contrat de vente, pouvaient en prendre, jusques à ce que l'acquéreur eût fait transcrire son titre; on ajoutait que la transcription seule ferait cesser ce droit, d'où on tirait cette conséquence qu'il n'y avait transport de la propriété au profit du premier acquéreur qu'à compter du moment qu'il avait fait transcrire, & que le second qui avait rempli cette formalité devait l'emporter sur le premier dans le concours des deux ventes.

nous nous bornerons à faire ici quelques brièves observations qui vous feront aisément sentir combien ce système est erroné.

et d'abord, les mots, à l'égard du vendeur qu'on lit dans l'art. 1583 du code, & qui sont relatifs à la perfection de la vente, ne sont propres à rien moins qu'à nous autoriser à penser que le propriétaire qui a vendu son héritage, conserve le droit de le vendre à un autre, sous

Prétexte que l'acquéreur n'a pas fait transcrire son contrat.

Ces mots signifient seulement que l'acheteur peut contraindre le vendeur à lui délivrer la chose vendue, dès le moment de la convention intervenue sur la chose & sur le prix. d'après cela, tout ce qu'on peut dire, c'est que si le vendeur a compris dans l'acte quelque chose qui ne lui appartint pas, l'acheteur ne pourra pas le forcer à lui en faire la délivrance & dépouiller ainsi le vrai propriétaire, parceque, quod nostrum est sine pacto nostro nobis aufferri non potest.

C'est dans ce sens seulement que la vente n'est point parfaite vis-à-vis des tierces personnes, mais il n'est pas moins vrai que le vendeur est dépouillé de la propriété par la vente qu'il a consentie & qu'il l'est même vis-à-vis des tiers qui sont par conséquent dans l'impuissance d'acquérir utilement de lui cette même propriété au préjudice d'un précédent acquéreur.

ce sont là des ppes dont on a reconnu la justice dans tous les tems, & si la loi du 11 Brumaire an 7, s'en était écartée, en ne reconnaissant de transport de la propriété que du moment de la transcription, c'était une erreur fiscale qu'on s'est empressé de réparer dans un meilleur tems, & que pour l'honneur des règles, on doit s'empresser d'oublier.

2°. Soutenir qu'on doit appliquer à la vente respectivement aux créanciers, et aux tiers acquéreurs les ppes relatifs à la nécessité de la transcription qui est prescrite en matière de donation, c'est une erreur qu'on n'aurait pas dû se permettre.

De tous les tems, même à Rome, les donations pour être valables, lorsqu'elles excédaient une certaine somme, devaient être revêtues de la formalité de l'insinuation: cette formalité, d'après le droit romain et les anciennes ordces de France, était d'autant plus nécessaire que si elle était omise par le donataire, il perdait toute l'utilité de la donation. La déclaration du 27 9bre 1690 modifia cette rigueur. Et depuis lors, le donataire n'eût à redouter que les créanciers & les tiers-acquéreurs du donateur, s'il négligeait de faire insinuer la donation dans les délais fixés par cette loi; si, au contraire, l'insinuation avait été faite dans ces délais, la donation avait son effet contre eux à compter du jour de sa date.

il n'en est pas de même de la transcription, voilà pourquoi

les hers du donateur ne peuvent point opposer au donataire le déf. d'exécution de cette formalité, comme nous l'avons dit dans l'explication de l'art. 941 de notre code, tandis qu'aux termes de l'art. 27 de l'ordce de 1731, ils pouvaient faire valoir cette exception contre lui. l'insinuation était d'absolue nécessité, parce qu'elle était de l'essence de la donation respectivement à toute personne autre que le donateur lui-même; au contraire la transcription n'est que de pure faculté, voilà pourquoi la donation non transcrite n'est jamais nulle; en un mot, le défaut de transcription n'opère d'autre effet que celui de laisser le donataire exposé à l'action des créanciers qui pourraient contracter avec le donateur dans l'intervalle de la donation à la transcription.

il n'en est point de même de la vente; dans tous les tems jusques à la loi de Brumaire, il a été reconnu que pour sa perfection, il suffisait que les contractans fussent d'accord sur la chose & sur le prix; nulle autre formalité n'était nécessaire pour en opérer la consolidation dans les mains de l'acquéreur, parce qu'au moment même du contrat, le vendeur perd tous les droits qu'il avait à la propriété de l'immeuble dont il s'est désaisi:

ces ppes ont été consacrés par l'art. 1583 du code, & notre art. y ajoute, s'il est possible, un nouveau dégré de force, en déclarant que le vendeur transmet à l'acquéreur la propriété & le droit qu'il avait lui-même sur la chose vendue; la loi n'exige rien de plus, comme elle l'a fait pour les donations dans l'intérêt des hers. on ne peut donc pas argumenter du cas de la donation à celui de la vente pour soutenir que la transcription est nécessaire afin de consolider la propriété dans les mains de l'acquéreur vis-à-vis des tiers, comme elle l'est pour consolider la donation à leur égard.

3°. nous conviendrons volontiers que mr. treilhard, conseiller d'état rapporteur de la section de législation, était dans l'opinion que la transcription était nécessaire pour affranchir les biens de la vendeur de l'impression d'une hypothèque acquise postérieurement à la vente; mais mr. Tronchet, l'un des auteurs du code napoléon, & aux lumières de qui on est redevable de la plupart des sages dispoons qu'il renferme combattit cette opinion, lors des discussions qui eurent lieu au conseil d'état sur l'art. 91 du projet du code qui prononçait

Sur la question qui nous occupe, il la combattit avec tout l'avantage que donne la raison; "il est impossible, disait-il, de "justifier une disposition qui expose à de si grands dangers le droit "sacré de propriété, et qui sacrifie un propriétaire à un acquéreur nouveau, "à un nouveau créancier ..... cette disposition est désastreuse et inutile: "à la vérité, elle n'est pas nouvelle; on l'a empruntée de la "loi du 11 Brumaire an 7, mais elle n'y avait été glissée comme "beaucoup d'autres, que par l'intérêt du fisc, et sans avoir de "point d'appui dans l'esprit de la matière, car comment "colorer même une préférence évidemment arbitraire, ou plutôt "évidemment injuste? &c. &c."

Ces motifs remplis de sagesse et de raison firent disparaître l'art. 91 du projet du code qui statuait d'une manière expresse que les actes translatifs de propriété qui n'auraient pas été transcrits, ne pourraient pas être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux termes à cet égard prescrits par la loi.

Les auteurs d'un ouvrage connu sous le nom de jurisp. du code napoléon, au tom. 3, pag. 304 et suiv. jusques à la pag. 315, ont poussé jusques à la démonstration l'absurdité dans laquelle nous venons de parler, en sorte qu'il n'est plus permis maintenant d'élever du doute sur cette vérité que le défaut de transcription d'un acte de vente est incapable de procurer à un second acquéreur d'un même immeuble la préférence sur le premier pour la propriété de cet immeuble.

On ne serait pas mieux fondé à soutenir que dans le concours de deux ventes le second acquéreur qui a fait transcrire, doit être préféré à celui qui a négligé cette formalité, que ce ne serait à prétendre que celui qui a traité avec le vendeur postérieurement à la vente, peut prendre inscription sur les biens vendus comme si ces biens étaient encore dans la main de celui qui les avait aliénés.

Mais outre que cette dernière proposition qui cependant a eu des partisans, est contraire aux principes du droit qui n'ont jamais permis qu'on put hypothéquer utilement les biens d'autrui, d'ailleurs l'art. 834 du code de procédure civile décide nettement le contraire.

En effet, cet art. porte que les créanciers du vendeur qui auraient négligé d'inscrire leurs créances avant la vente des immeubles hypothéqués

auront, comme ceux qui auraient pris leur inscription à cette époque, la faculté de requérir la mise aux Enchères de l'immeuble vendu, en payant en justifiant qu'ils ont pris leur inscription dans la quinzaine au plus tard à compter de la transcription de l'acte de vente.

remarquez bien notez, antérieurement aux aliénations des immeubles hypothéqués, qu'on lit dans cet art. elle offre deux conséquences; la première que la créance doit avoir une existence antérieure à l'aliénation des immeubles, la seconde que dans ce cas lui même, le créancier est à l'abri de l'utilité de son titre, s'il n'a pris inscription dans la quinzaine qui suit la transcription de l'acte de vente.

mais, si pour pouvoir prendre inscription dans le délai dont nous venons de parler, il est indispensable que la créance existe avant l'aliénation, il est physiquement impossible que celui qui n'a traité avec le vendeur que postérieurement à la vente, ait le même droit: ainsi nous devons tenir pour certain que l'immeuble déjà sorti de la main du vendeur ne peut plus recevoir l'impression hypothèque par suite d'inscription qui n'aurait qu'une date postérieure à l'aliénation.

ce que nous venons de dire relativement à l'inscription, lorsque la Créance n'existait pas avant l'aliénation, nous devons le dire à plus forte raison de la vente d'un immeuble, lorsque cet immeuble a déjà fait la matière d'une précédente vente, Car notez cet décidant de la manière la plus formelle que le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété Et les droits qui il avait lui-même, il s'ensuit nécessairement que le vendeur n'a pas pu transférer à son second acquéreur une propriété qu'il n'avait déjà plus lui-même, & que le premier dont le titre n'a point été transcrit doit dans le concours de deux ventes, obtenir la préférence sur le second, quoique le titre de celui-ci ait été transcrit le premier.

art. 2183, 2184 & 2185.

la première partie du premier de ces trois art. donne clairement à entendre que le nouveau propriétaire qui veut purger les hypothèques dont était grevé le fond qui vient d'être passé dans ses mains, n'est obligé de remplir les formalités dont il parle un peu plus bas, que vis-à-vis des créanciers qui ont pris des inscriptions sur ce bien, avant la transcription de son titre; il n'est pas permis d'en douter, lorsqu'on voit que la notification du titre y énoncé doit être faite aux domiciles élus par les créanciers dans leurs inscriptions, ce qui suppose nécessairement qu'il en a été pris.

Cependant si on jette les yeux sur l'art. 835 du code de procédure civile, on ne peut pas se défendre de reconnaître que la non-existence des inscriptions, lors de la transcription du titre n'est pas un obstacle à ce qu'il puisse en être pris postérieurement à la transcription.

En effet, l'art. précédent, c'est-à-dire, le 834e accorde aux créanciers non inscrits qui ont une hypothèque aux termes des Art. 2123, 2127 & 2128 du code napoléon, la faculté de requérir la mise aux enchères, pourvu qu'ils fassent leur inscription dans la quinzaine qui suit la transcription du titre; mais le précédé n'est pas le même à l'égard des créanciers inscrits avant la transcription, & à l'égard de ceux qui ne se sont faits inscrire qu'après cette transcription.

pour vous bien fixer sur cet objet, il faut que vous sachiez qu'il y a des créanciers hypothécaires de diverse nature; les uns ont une hypothèque légale, & quant à ceux-ci, le code a prescrit une forme de procédure particulière que doit suivre un acquéreur pour purger l'immeuble des hypothèques légales dont il est grevé, comme nous le verrons bientôt.

Les autres ont une hypothèque de l'espèce énoncée aux art. 2123, 2127 & 2128, & quant à ceux-là, l'acquéreur à fin de purger l'immeuble doit se conformer aux dispositions du art. 2183 & 2184.

cependant comme parmi les créanciers de cette dernière espèce, il peut y en avoir qui ont fait leur inscription avant la transcription du titre, et d'autres qui ne se sont faits inscrire qu'après la transcription, on n'a pas cru que le nouveau propriétaire dût agir de la même manière vis-à-vis des uns & des autres: on a assujetti de lui que à l'égard des premiers, il fut tenu de signifier dans le mois au plus tard, à compter de la première sommation qui lui en fut faite & au domicile par eux élu dans leur inscription, les divers titres, pièces & déclarations dont parlent les art. 2183 & 2184.

à l'égard des autres, c'est-à-dire, de ceux qui n'avaient pas fait leur inscription, lors de la transcription du titre, le nouveau propriétaire est dispensé de faire faire cette notification, & ceux-ci, n'ayant pris leur inscription dans la quinzaine de la transcription du titre ne sont pas moins obligés de requérir la mise aux enchères de l'immeuble dans les 40 jours au plus tard qui suivent la notification que le nouveau propriétaire a fait faire aux créanciers qui étaient inscrits avant la transcription: ce que nous venons de dire résulte clairement

des art. 834 & 835 du code de procédure civile rapprochés des art. 2183, 2184 & 2185 du code napoléon.

Quant au dernier de nos trois art. il ne présente d'autre observation à faire, si ce n'est que tout ce qu'il prescrit doit être ponctuellement exécuté à peine de nullité.

art. 2186 & suivans jusques & compris l'art. 2192.

après avoir réglé, comme il l'a fait par les art. précédents le mode que doivent employer les nouveaux possesseurs, pour purger les immeubles des hypothèques, dont ils sont grévés, lorsque les créanciers en ont requis la mise aux enchères, le code détermine par nos divers art. ce qu'il doit en être, lorsque les créanciers n'ont fait aucune réquisition à ces fins; il déclare d'abord que le prix demeure définitivement fixé au taux stipulé dans le contrat. et rien n'est plus juste, parce que les créanciers que la loi présume devoir faire toutes les démarches propres à assurer le payement de ce qui leur est dû, n'ayant pas usé de la faculté qui leur est accordée par les art. précédents, doivent être réputés convaincus que l'immeuble a été porté à sa juste valeur dans le contrat de vente.

quant aux dispositions que renferment les autres art. il serait inutile de s'en occuper, parce que tout ce qu'ils prescrivent consiste purement en fait, & que tel qui se trouve dans un des cas prévu par eux, connaîtra parfaitement tout ce qu'il aura à faire par la plus simple lecture qu'il pourra en prendre.

chap. 9

du mode de purger les hypothèques, quand il n'existe point d'inscription sur les biens des maris & des tuteurs.

art. 2193, 2194 & 2195.

nous avons déja vû ce que devaient faire les nouveaux possesseurs pour purger leurs immeubles des hypothèques dont ils sont grévés, lorsque les créanciers ont pris inscription sur les biens que les débiteurs ont depuis mis hors de leurs mains; nous allons voir maintenant ce qu'ils doivent faire pour atteindre le même but, lorsque l'hypothèque est légale, c'est-à-dire, d'une telle qualité que l'inscription n'est point nécessaire aux termes du droit commun pour en conserver l'exercice.

il existe dans la société des êtres à qui la loi a dû accorder une protection spéciale & particulière à cause de la faiblesse de leur âge

ou de leur sexe, celui dont les mineurs et les femmes mariées. Celles-ci par le mariage, prenant sous la puissance de leur époux sont en présomption de n'avoir, du moins quant à leur intérêt pécuniaire, d'autre volonté que celle de leur mari. Il n'aurait donc pas été raisonnable d'exiger d'elles qu'elles prissent contre Eux les mesures dont le droit commun fait un devoir aux autres créanciers pour la conservation de leur droit: elles doivent naturellement craindre qu'une telle démarche dont le résultat est de gêner le mari dans l'exercice de sa propriété, ne trouble la paix du ménage, et c'en était assez aux yeux de la loi pour qu'elle dût les en dispenser.

Le mineur doit jouir aussi de la même faveur, sa raison n'étant pas entièrement formée, il y aurait eu de l'injustice à Exiger de lui qu'il prît les précautions commandées par la loi, pour la conservation des droits des créanciers; par cela même qu'elle lui a donné un tuteur, la loi a reconnu que le mineur était incapable de gérer personnellement ses affaires, et c'en était assez pour qu'elle dût le dispenser de l'exécution des formalités prescrites par le droit commun, ce qu'elle a fait.

Mais les femmes mariées et les mineurs formant dans la société une classe particulière digne de la plus grande faveur, on doit convenir aussi qu'il aurait été très impolitique de mettre les acquéreurs des biens des maris ou des tuteurs dans l'impuissance de purger ces mêmes biens des hypothèques dont ils se trouvent grevés en faveur des femmes ou des mineurs. Le législateur a eu pourvoir aux intérêts des uns et des autres, d'un côté En affranchissant le mineur et la femme mariée de la nécessité de prendre inscription aux termes du droit commun, et de l'autre En fournissant aux acquéreurs les moyens de conserver leur propriété sans craindre d'en être dépouillés par l'exercice de l'hypothèque légale: le 2ème de nos trois art: trace la marche que doit tenir l'acquéreur pour mettre la femme et autres y dénommés en mesure de prendre inscription sur les biens par lui acquis, et jusque-là on ne saurait leur faire un reproche de n'en avoir pris mais si l'acquéreur s'est mis en règle de son côté, la femme et le mineur doivent s'imputer à eux de ne se conformer à ce que prescrit l'art. 2194, les biens passant à l'acquéreur sans aucune charge relative à l'hypothèque légale: c'est-là

Le vœu de l'art. 2195.

Au reste, les acquéreurs peuvent aisément veiller à leurs intérêts en retenant dans leurs mains une partie du prix de leur acquisition correspondante au montant de l'hypothèque légale dont il est en leur pouvoir de prendre connaissance, au moyen des démarches prescrites par le second de nos art; s'ils éprouvent quelque inquiétude pour n'avoir pas pris les mesures que la prudence indique; ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes, car la loi a fait pour eux tout ce qu'il était possible de faire. à la vérité, elle a moins fait que celle du 11 Brumaire an 7, mais nous ne craignons pas de dire que si le droit romain avait accordé aux femmes un droit exorbitant, en leur donnant pour la répétition de leur dot la préférence sur les autres créanciers, même antérieurs au mariage, qui n'auraient pas fait de dénonce d'hypothèque, la loi du 11 Brumaire les avait traitées trop durement en les rangeant dans la classe des créanciers ordinaires. notre code a pris un juste milieu, & dans le nouveau système hypothécaire il n'était pas possible de faire mieux.

vous devez essentiellement remarquer que les inscriptions prises dans cette occurrence, ~~doivent~~ quoique très postérieures au mariage, ou à la délation de la tutèle, doivent produire en faveur de la femme & du mineur le même effet que si elles eussent été prises le jour même du mariage, ou de la nomination du tuteur, de telle manière que les créanciers qui n'ont traité avec le mari ou avec le tuteur qu'à une époque postérieure, sont postposés à la femme ou au mineur, quoiqu'ils eussent pris inscription avant eux.

il en serait de même d'un tiers acquéreur qui aurait fait transcrire son contrat d'acquisition avant l'inscription prise par la femme ou par le mineur. personne ne doit ignorer la condition de celui avec qui il contracte, nemo debet esse ignarus conditionis ejus cum quo contrahit; cet acquéreur a dû savoir que son vendeur était marié, ou qu'il était chargé d'une tutèle, & c'en était assez pour qu'il ne pût acquérir de lui, qu'après s'être bien assuré qu'il n'avait rien à craindre de l'exercice de l'hypothèque que la loi accorde à la femme & au mineur, non-obstant le défaut d'inscription.

on demande maintenant si le mariage venant à être dissous

Par la mort de la femme, les hêrs de celle-ci doivent prendre inscription, & dans quel délai, pour conserver les avantages dont la femme avait joui pendant sa vie; ou bien, si ces hêrs doivent jouir de la plénitude des droits de la femme, de telle manière que les nouveaux possesseurs soient assujettis en tout tems à faire vis-à-vis d'eux ce qu'ils auraient été obligés de faire vis-à-vis de la femme elle-même pendant le mariage.

cette question présente de la difficulté: on peut dire, d'un côté, que les hêrs de la femme qui la représentent activement & passivement, ont trouvé dans sa succession tous les droits qu'elle aurait été autorisée à exercer elle-même, qu'ainsi les tiers-acquéreurs doivent faire vis-à-vis des hêrs ce qu'ils auraient été obligés de faire vis-à-vis de la femme pour faire cesser l'hypothèque légale.

D'un autre côté, on peut dire que s'agissant d'un privilège, ce privilège ne dépasse point la personne de celui en faveur duquel il a été introduit, non transgreditur personam: que les hêrs de la femme deviennent bien créanciers du mari, au moment du décès de celle-ci, mais créanciers ordinaires qui trouvent dans la succession le droit de prendre inscription, sans y trouver un privilège qui a cessé par la mort de la personne à qui il avait été accordé.

on doit convenir qu'il y a dans le code une lacune à cet égard; quoi qu'il en soit, nous aurions cru volontiers que les hêrs de la femme devaient prendre inscription pour conserver leur créance et que s'ils omettaient d'en prendre, ils devraient être postposés aux créanciers qui, depuis la mort de la femme, en auraient pris à leur préjudice, ou aux tiers qui auraient acquis des biens du mari, et qui auraient fait transcrire leur contrat.

cependant il n'est pas possible d'embrasser cette opinion, lorsqu'on a lu l'avis du conseil d'état arrêté dans une séance du 9 mai 1807, approuvé par S. M. l'empereur, le 1er juin suivant, sur les moyens de prévenir les difficultés en matière d'hypothèque légale indépendante de l'inscription.

Ces mots qu'on y trouve; la femme, ou ceux qui la représentent ne permettent pas de douter que ces derniers ne doivent jouir des mêmes avantages dont la femme aurait joui elle-même, si elle

Eut survécu à son mari : on trouve cet avis au Bulletin de loi, sous la date du 1er juin 1807.

mais s'il est vrai que les représentans de la femme doivent jouir des mêmes avantages, dont elle aurait joui elle-même, si elle n'eut prédécédé son mari, n'y a-t-il pas un délai, après lequel ils ne doivent plus jouir de cette faveur ?

il y a diversité d'opinions parmi les auteurs. les uns pensent que le délai de dix mois était suffisant pour donner aux héritiers, ou aux représentans de la femme les moyens de conserver le privilège attaché à leur créance en faisant dans ce même délai une inscription devenue nécessaire.

les autres ont pensé que l'hypothèque légale pouvait être exercée comme s'il y eût eu inscription de la part de la femme ; rien ne s'opposait à ce que la femme fut tenue de faire une inscription réelle avant l'échéance des dix années qui ont suivi l'époque de son mariage par cette raison que la loi ayant prononcé en faveur de la femme, comme si elle eût fait inscription, ce n'était pas trop exiger d'elle, que de l'assujettir à prendre une inscription réelle avant l'échéance des dix années comme ils demeurent assujettis tous les autres citoyens auxquels la loi fait un devoir de renouveller leur inscription avant le complément des dix années qui ont suivi l'inscription déjà prise. les autres enfin ont cru que les représentans de la femme avaient pendant 30 ans le droit d'exercer les actions résultantes de son contrat de mariage, comme si la femme était encore en vie. de ce nombre est mr. tarrible, ancien membre du tribunat qui fit le rapport du rapport sur la loi des hypothèques.

dans ce conflit d'opinions, nous adopterions volontiers la seconde dont nous avons déjà parlé, pour ne pas se mettre en opposition avec la maxime, major est vis expressi quam tacitæ.

chap. 10 —

de la publicité des registres & de la responsabilité des conservateurs.

art. 2196 & suivans jusques & compris l'art. 2203.

nous n'avons à faire sur ce chapitre qui est purement réglementaire que quelques brèves observations.

1° il semble d'abord que le code, par la disposition que renferme le 1er

de nos art. ait alimenté les sentiments de curiosité & de haine dont sont animés la plupart des hommes, en imposant aux conservateurs des hypothèques l'obligation de délivrer à quiconque se présentera copie des actes transcrits sur leurs registres, ou des inscriptions subsistantes ou des certificats qu'il n'en existe point: cependant on doit convenir que rien n'est plus sage que ces mêmes dispoons; elles sont liées à l'intérêt public, en ce qu'il importe à tous les membres de la société de connaître l'état de la fortune des personnes avec lesquelles on se propose de traiter d'affaires, & comme c'est le seul moyen d'acquérir cette connaissance, il a bien fallu l'ordonner ainsi.

2°. il peut arriver que par inadvertence, ou tout autre motif, le conservateur des hypothèques aura omis de faire la transcription d'actes de mutation, ou de coucher les inscriptions requises, ou de faire mention dans les certificats qu'il délivre d'une ou de plusieurs inscriptions existantes, dans ce cas, sans doute, le conservateur doit porter la peine dûe à sa négligence ou à sa méchanceté; mais si ses moyens personnels sont insuffisans pour la réparation du dommage, quel est celui ou du créancier, ou de l'acquéreur qui doit la supporter?

on doit convenir que les uns & les autres sont bien favorables, chacun d'eux certat de damno vitando, cependant dans la nécessité de prononcer, nos législateurs ont pensé, comme les auteurs de la loi de Brumaire, que c'était au créancier, & non pas à l'acquéreur: le motif de la décision a vraisemblablement été pris de ce qu'il importe à la chose publique que les actes de mutation de propriété se multiplient, & l'on a craint que le zèle avec lequel on se porte à faire des acquisitions ne fût refroidi par la crainte qu'aurait un acquéreur d'être la victime d'un pareil oubli, ou d'un autre sentiment encore plus coupable; voilà pourquoi la loi a déclaré qu'en pareille occurrence, les biens seraient affranchis de toute charge, pourvû néanmoins que le nouveau possesseur n'ait requis le certificat que depuis la transcription de son titre.

3°. enfin, quoique nous ayons déja vû, en nous fixant sur les dispoons de l'art. 2147 du code, que l'inscription prise par un créancier avec énonciation qu'elle l'a été dans la matinée, n'a pas l'avantage de la priorité sur celle prise le même jour avec énonciation qu'elle l'a été dans l'après-midi, on ne peut

par se défendre de reconnaître que ce qu'on lit en l'art. 2200 n'est pas trop d'accord avec l'art. 2147.

En effet, remarquez d'abord qu'il a été enjoint aux conservateurs d'avoir un registre sur lequel ils doivent inscrire, jour par jour et par ordre numérique, les remises qui leur sont faites d'actes de mutation pour être transcrits, ou de bordereaux pour être inscrits.

Le motif de l'injonction relative à la tenue de ce registre, a été que d'impossibilité où était le conservateur dans les grandes villes de se conformer à ce que prescrit l'art. 2199, en ce qu'il ordonne de procéder sans retard à la transcription et à l'inscription requises, parce que la multiplicité de ces actes y met obstacle. il fallait néanmoins qu'il restât du retard dans l'accomplissement fait à ce sujet auprès d'eux, et c'est pour cela qu'a été ordonnée la tenue du registre dont nous venons de parler.

Observez que notre art. ne s'est pas borné à enjoindre au conservateur d'inscrire sur ce registre jour par jour les remises qui leur seraient faites, mais qu'il a ajouté ces mots: et par ordre numérique; on demande maintenant pourquoi la loi a exigé cette ordre numérique, et pourquoi encore elle a voulu qu'il en fût fourni aux parties requérantes une reconnaissance sur papier timbré qui rappellera le numéro du registre sur lequel la remise aura été inscrite? ce ne peut être que afin de connaître quelle est la remise qui a été faite la première; mais si l'on a quelque intérêt à acquérir cette connaissance, il peut y en avoir d'autre, que celui d'accorder la priorité d'inscription à celui qui la premier en a fait la réquisition. il est évident que sans cela, rien ne serait plus inutile que les précautions indiquées par notre art. pour la délivrance d'une reconnaissance énonciative du n° sous lequel la remise a été inscrite dans le registre à ce destiné: quoi qu'il en soit, le temps nous apprendra ce que nous devons en penser.

Enfin, c'est dans les lois romaines sous le titre de suff. de jus. fisci qu'a été prise la disposition de cet art. qui ont donné aux dommages-intérêts d'un aux parties lésées par le fait du conservateur la préférence sur l'amende à laquelle il doit encore être condamné envers le Gouvernement. ainsi la nouvelle loi n'a fait en cela que se

Conformer aux Anciens usages. fiscalium poenarum petitio creditoribus postponitur.

nous terminerons notre commentaire du présent titre par cette observation, qu'il est possible que le conservateur commette quelque erreur dans la transcription des titres que lui remet le créancier, et que l'inscription soit fautive; ce n'est pourtant pas un motif qui autorise le créancier à s'adresser aux tribunaux pour rectifier ces erreurs; il faut en cette occurrence se conformer aux procédés indiqués dans l'avis du conseil d'état du 11 Xbre 1810 approuvé par S. M. l'empereur le 26 du même mois; cet avis est rapporté au Bulletin des lois sous cette date.

Tit. 19.

de l'expropriation forcée, & des ordres entre les créanciers.

chap. 1.

de l'expropriation forcée.

art. 2204 & suivans jusques & compris l'art. 2217.

Vous ne devez pas vous attendre à trouver ici tout ce que commande la procédure pour parvenir à l'expropriation forcée d'un débiteur qui se refuse à l'exécution de l'engagement qu'il a contracté: on n'y voit que quelques ppes uniquement consacrés à prévenir des excès de rigueur que des créanciers aigris auraient pû vouloir se permettre. La forme de procéder en cette occurrence est prescrite par le code de procédure civile au titre de la saisie immobiliaire depuis l'art. 673 jusques à l'art. 717 c'est là que vous verrez la manière dont on a su concilier l'intérêt des créanciers & celui des débiteurs; celui-ci, sous prétexte qu'il ne devait pas être dépouillé légèrement, devenait la victime d'une foule de formalités qui n'étaient utiles qu'à ceux que la loi avait chargés de les remplir; & il n'était que trop ordinaire de voir de gros patrimoines absorbés par les poursuites d'une saisie-réelle commencée pour une somme modique, & dont l'acquittement aurait pû être fait avec les fruits d'une année.

quoi qu'il en soit, il n'y aura désormais à remplir en cette matière d'autres formalités que celles prescrites par les lois nouvelles; & l'un des ppaux avantages qui en résulteront, sera une prompte expédition, sans qu'il soit néanmoins porté aucune atteinte aux intérêts du débiteur. nous allons faire sur notre tit. quelques observations dans le même ordre qu'a suivi le législateur dans les divers art. dont il est formé.

1.° il n'est question ici que de l'expropriation des immeubles, & tout créancier, quoiqu'il soit privilégié, hypothécaire, ou autre, a le droit de la poursuivre, parce qu'elle n'a pour objet que d'obtenir du débiteur l'exécution de l'engagement qu'il a contracté, en quoi le créancier même cédulaire n'a pas moins d'intérêt que celui qui aurait un privilège ou une hypothèque.

l'usufruit d'un immeuble en étant l'accessoire, est aussi réputé immeuble. il devait donc être rangé dans la même classe, quant aux moyens à prendre pour en dépouiller le débiteur.

2.° avant le partage entre co-héritiers, nul d'eux ne peut plutôt qu'un autre, se dire propriétaire de tel, ou de tel autre immeuble; il n'est donc pas au pouvoir des créanciers de poursuivre contre leur débiteur qui a des droits sur la succession sujette à partage, l'expropriation de la portion qui pourra lui échoir en exécution de ce partage, parce que cette portion est encore inconnue: mais comme les créanciers ne peuvent pas non plus souffrir du retard qu'on pourrait mettre à faire ce partage, la loi leur donne le droit de le provoquer pour lever l'obstacle que l'indivision y apporte.

3.° la discussion préalable du mobilier appartenant à un mineur ou à un interdit, était nécessairement exigée par le droit romain, avant qu'il fût permis au créancier de faire vendre leurs immeubles d'autorité de justice, puisqu'il l'exigeait en faveur de tous autres débiteurs. le code est revenu à cette décision dans l'intérêt des mineurs & des interdits, & c'est très juste. on ne saurait avoir trop de ménagement pour cette classe d'hommes à qui la loi a cru devoir accorder une protection spéciale à cause de la faiblesse de leur âge, ou de l'impossibilité où ils sont de diriger eux-mêmes leurs affaires. cependant si leur intérêt se trouve mêlé & confondu avec l'intérêt de personnes majeures, ou si la poursuite a déjà été commencée contre un majeur, ou avant l'interdiction, il n'y a point lieu à cette discussion préalable, parce que tout rentre dans le droit commun, attendu que le majeur ne doit point

participer aux avantages qui sont exclusivement faits en faveur des personnes privilégiées.

4° Dans tous les cas on a regardé comme certain que nul ne pouvait être dépouillé de ses biens par la voie du décret, que par une poursuite dirigée contre le débiteur personnellement. Il a toujours dû être partie dans l'instance, quoique les actions en délaissement appartiennent à tout autre. voilà pourquoi s'il est question d'immeubles mis en communauté, et dont la femme est seule propriétaire, la poursuite devra en être faite contre la femme elle-même et contre son mari, devra contre la femme, à cause de sa qualité de propriétaire, et contre le mari, à cause de l'intérêt que lui attribue la loi sur les fruits des biens appartenant à sa femme; il en est autrement, lorsque les biens de la femme sont entrés dans la communauté, parce que le mari étant seul le maître, il n'y a que lui qui ait qualité pour répondre à la demande des créanciers relativement aux biens qui y sont entrés.

5° Lorsqu'on dit que créanciers ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui ont pas été hypothéqués, qu'autant qu'il y a insuffisance dans les biens hypothéqués, cela doit s'entendre dans le nouveau système hypothécaire; ce n'est pas qu'un créancier n'ait hypothèque sur les biens de son débiteur, qu'autant que ces biens lui ont été spécialement affectés, (nous avons prouvé le contraire dans l'explication que nous vous avons donnée du titre des privilèges et hypothèques) mais il n'en a l'exercice dans l'intérêt des autres créanciers, qu'en vertu de sa spécialité, et si ce créancier ne se trouve pas en concours avec quelque autre qui ait en sa faveur une hypothèque spéciale sur un certain immeuble, rien ne s'oppose à ce que le créancier qui n'a pas cet avantage requière faire valoir son hypothèque sur le même immeubles, parce que l'engagement du débiteur ne doit être anéanti rempli en conformité des dispositions portées en l'art. 2093 de notre code.

6° l'équité apprend à cette disposition de la loi, par laquelle il est permis à un débiteur d'obtenir la suspension de la poursuite en expropriation forcée, lorsque elle poursuite a lieu pour une somme au payement de laquelle peut suffire le revenu net de ses immeubles pendant une année: il ne faut cependant pas croire que l'allégation de ce moyen soit suffisante, le débiteur doit en justifier par des baux authentiques; et ce revenu ainsi constaté, doit correspondre au montant de la dette, non seulement en capital,

mais encore en intérêts & frais : il ne faut pas croire non plus que la seule délégation de ce revenu libère le débiteur ; sa libération ne peut résulter que de son exécution, en sorte que s'il survient quelque obstacle à ce que le créancier soit payé, celui-ci peut reprendre sa poursuite en expropriation, malgré la délégation qui est regardée comme non avenue.

7° on trouve dans notre tit. une dispoon qui a consacré l'opinion de Rodier sur l'art. 8 du tit. 27 de l'ordce de 1667. cet auteur y enseigne qu'un jugt provisoirement exécutoire ne peut pas servir de base à une adjudicaon par décret, & que, quoiqu'il soit très vrai qu'il en est alors de ce jugt comme s'il n'était pas exécutoire par provision, ce qui ne laisse point que d'être un inconvénient, on a dû adopter l'opinion de cet auteur, parce qu'il y en aurait eu un bien plus grave à faire quelque acte irréparable, comme par exemple, à vendre les biens du débiteur en exécution d'un jugt qui pourrait être réformé sur l'appel.

quant aux jugemens rendus en défaut, il est sensible que le défaillant pouvant se pourvoir par oppoon, pour les faire renverser, on ne saurait en prendre droit pour s'autoriser à poursuivre une instance en distribution, pendant tout le tems qu'a le défaillant pour se pourvoir par opposition.

8° enfin, on ne peut procéder à la saisie immobiliaire des biens d'un débiteur qu'autant qu'il lui a été fait un commandement préalable. tel était l'usage avant le nouvel ordre de choses mais on n'était pas d'accord sur la durée du délai qui devait s'écouler entre le commandement & la saisie ; les uns n'exigeaient que 24 heures ; les autres, trois jours ; il y en avait même qui prétendaient qu'il suffisait de faire un commandement dans le procès-verbal de saisie ; mais la loi du 11 Brumaire avait fixé ce délai à 30 jours, & le code de procédure civile l'a décidé de même dans l'art. 674 : les formalités qui doivent y être observées sont d'ailleurs prescrites par l'art. précédent.

Chap. V.

De l'ordre & de la distribution du Prix entre les créanciers.

Art. 2218.

Cet art. s'était borné à annoncer qu'il serait pourvu à la distribution du prix des immeubles, par la Loi sur la procédure. Et rien n'était plus raisonnable : cette promesse de la législation a été remplie depuis ; on en trouve un titre Exprès dans le code de procédure civile à partir de l'art. 749 jusqu'au 779e. c'est là qu'il faut prendre tout ce que l'on doit savoir pour procéder régulièrement en cette matière, les bornes de notre cadre ne nous permettent pas de nous en faire le détail.

Tit. 20.

De la Prescription.

Chap. 1er

Dispositions Générales.

Art. 2219 jusques & compris l'art. 2227.

Avant de nous livrer aux réflexions que font naître les divers art. dont notre chap. est composé, nous croyons convenable de vous faire connaître les motifs qui ont fait admettre la prescription & les variations que cette exception avait éprouvées chez les romains. plusieurs Tit. du ff. & du code ont été consacrés à cette matière, on en trouve encore dans les institutes de justinien ; & les chap. 7 & 8 de la nov. 119 en parlent aussi : la connaissance de ces variations est d'autant plus nécessaire, que sans elle vous auriez de la peine à bien entendre les divers lois qui y sont relatives.

voyons d'abord ce que c'est que la prescription : c'est un moyen d'acquérir ou de se libérer introduit par le droit des gens pour maintenir la paix entre les hommes, & pour que le domaine des choses ne fut pas un sujet interminable de contestations : voilà pourquoi elle a été appellée patrona generis humani.

il faut connaître aussi que elle a été qualifiée d'impium præsidium ; pourquoi a-t-elle dû mériter cette qualification ? c'est dans le cas où ce moyen est employé par des personnes qui savent bien qu'elles n'ont pas obtenu leur libération par le payement ; ou qu'elles n'ont pas justement acquis la chose en prescription de laquelle elles veulent se maintenir par la voie de la prescription. alors

Sans doute, elle a dû être qualifiée d'*impium præsidium*, puisque elle vient à l'appui de la mauvaise foi; mais il faut bien se garder de confondre l'exception au droit commun avec le droit commun lui-même.

La loi présume les hommes justes comme elle les présume sains d'esprit, mentis compotes: ce n'est qu'à titre d'exception que elle les reconnaît imbécilles ou injustes: lors donc que la loi a voulu qu'après un certain temps déterminé par elle, un créancier ne pût pas réclamer le payement de sa créance, ou qu'un individu se disant propriétaire ne pût pas réclamer le délaissement d'un fond qu'il prétendrait lui appartenir, ce n'a pas été pour favoriser la mauvaise foi, mais seulement parce que ce laps de temps doit faire présumer l'acquisition du fond ou le payement de la dette, & l'égarement du titre constitutif de la libération.

D'ailleurs la raison s'accommode parfaitement de ce procédé: il n'est pas en effet raisonnable de penser qu'un homme âgé et chacun, comme nous venons de le voir, doit être réputé tel jusqu'à ce qu'il y ait preuve du contraire, soit assez tenu de ses propres intérêts pour laisser s'écouler sans réclamer sa propriété un temps aussi considérable que l'est celui requis pour l'accomplissement de la prescription: il faut donc supposer que son silence a une cause légitime, & cette cause ne peut être imputée qu'à la conviction où il était que sa qualité de créancier avait pris fin. ainsi nous devons tenir pour certain que la prescription est très favorable puisqu'elle coupe la racine à une infinité de contestations qui renaîtraient toujours renaissantes sans son secours, aussi toutes les nations l'ont-elles adoptée.

Les anciens romains n'avaient pas attaché à la prescription les effets qu'ils y attachèrent depuis, & que nous y avons constamment attachés nous-mêmes. elle n'était chez eux qu'une exception prise du laps de dix années pour se maintenir dans la possession des immeubles situés hors du territoire qu'on appellait italique, & qui n'étaient possédés que sous le domaine direct du peuple romain; ces immeubles étaient appellés res nec mancipi. et celui qui les jouissait était qualifié de dominus bonitarius.

quant aux choses mobilières, & aux immeubles situés dans le territoire italique, le moyen de les acquérir par la possession était appellé usucapio, il exigeait titre & bonne foi: ces divers objets étaient appellés res mancipi.

cette différence subsista jusques à l'invasion de la loi unique,

au code de usucap. transf. par laquelle justinien l'abrogea en déclarant que sans distinction du site des immeubles, ils seraient prescrits par le laps de dix ans entre présents, & par celui de 20 ans entre absents, le tout avec titre & bonne foi; & que quant aux meubles, ils le seraient par une possession triennale.

La loi 3, cod. de praescript. trig. vel quadrag. ann. amena un nouvel ordre de choses; elle voulut qu'on fut dispensé de rapporter le titre et de justifier de la bonne foi, lorsqu'on avait possédé paisiblement pendant 30 ans; & il faut convenir que si toutes les choses doivent avoir un terme, un laps de tems aussi considérable devait être réputé capable d'anéantir toute espèce d'action. cependant on fit une exception en faveur de l'église à laquelle il ne fut permis d'opposer la prescription qu'après 40 années, encore même l'église de rome obtint-elle le privilège particulier de ne pouvoir être dépouillée par la prescription, qu'autant que la possession à son préjudice remonterait à cent ans, c'est ce que nous apprenons de l'authentique quas actiones, cod. de sacrof. eccles.

il y avait dans le droit romain deux manières d'acquérir par prescription: l'une par une possession de 10 ou de 20 ans, avec titre & bonne foi; & l'autre par une possession de 30 ans qui ne requérait ni titre, ni bonne foi; les cours souveraines de france qui étaient régies par le droit écrit, n'avaient admis la première qu'en fait d'hypothèque; c'est-à-dire, qu'on y jugeait que l'action hypothécaire se prescrivait par 10 ans entre présents, & 20 ans entre absents; mais elle était restée étrangère à l'adeption de la propriété par le laps de tems; on n'y reconnaissait pour cela que la prescription introduite par la loi 3, cod. de praescript. 30 & 40 ann. il en était autrement dans les pays coutumiers; ceux-ci avaient admis pour l'adeption de la propriété la prescription de 10 ou de 20 ans, comme on le voit dans les art. 113 & 118 de la Coutume de paris.

on connaissait encore d'autres espèces de prescriptions, telles que celle résultant d'une possession immémoriale qui était ppalement en usage en matière de servitude d'un certain genre: celle-ci pour être utile, devait embrasser au moins l'espace de 40 années et les témoins qui étaient entendus pour constater la possession pendant tout ce tems, devaient déposer, non seulement qu'ils avaient une connaissance personnelle de cette possession, mais encore qu'ils l'avaient ouï dire à leurs anciens, & qu'ils n'avaient jamais vû le contraire, semper vidisse, nunquam vidisse contrarium

et acceptée à majorité : nous avons occasion de parler de quelques autres prescriptions, en parcourant les divers art. qui forment notre chapitre ; revenons maintenant à nos réflexions.

1° La prescription étant une exception qui appartient au droit public, on a cru qu'il ne devait pas être permis d'y renoncer à l'avance ; il pourrait en résulter de grands inconvénients ; le créancier s'il en était ainsi ne manquerait jamais de l'exiger de son débiteur qui ne pourrait pas s'en défendre, mais il en est autrement lorsque la prescription est déjà acquise, parce que chacun étant le maître de sa propriété dont il peut disposer à son gré, il dépend de lui de faire, ou de ne pas faire usage de cette exception, s'il n'en fait point, il y a tout lieu de croire que c'est par délicatesse, qu'il rejette alors l'exception que lui fournit la loi, pour n'écouter que la conscience qui est la première de toutes les lois.

2° lorsque la prescription est acquise, on peut y renoncer expressément ou tacitement : il ne saurait y avoir de doute sur la renonciation expresse, puisqu'elle doit résulter d'une convention écrite ; mais il peut y en avoir, lorsqu'elle n'est que tacite, parce que tel fait qui est présenté comme renfermant l'abandon d'un droit acquis peut facilement n'être pas regardé sous ce point de vue, & c'est au juge à y prononcer : quoi qu'il en soit, cette dispense était autorisée par les lois romaines, comme on le voit dans la loi 10, cod. de acq. et retinend. possess, & dans plusieurs autres lois.

3° La prescription étant une sorte d'aliénation, il est sensible que celui qui n'a pas capacité pour aliéner, ne peut parvenir à la prescription acquise ; videtur alienare qui patitur usucapi. dit la loi 28, ff. de verb. signif.

4° on ne doit pas supposer qu'un débiteur ignore qu'il a été libéré de sa dette par le bénéfice du tems ; lorsque le créancier lui en fait la demande, le débiteur peut lui fermer la bouche avec ce peu de mots ; ma dette est prescrite. s'il ne le fait pas, c'est une preuve qu'il ne se croit pas libéré, et qu'il cède au mouvement d'une conscience timorée ; il en aurait tout autrement, s'il était permis au juge de suppléer cette exception qui est de sa nature de celles qui doivent être opposées pour produire un effet : nous pourrons consulter sur cette question le traité des

Prescriptions par dunod, où l'on trouve la doctrine que le code a érigée en loi.

5.° La loi laissant au débiteur la faculté d'opposer, ou de ne pas opposer l'exception prise de la prescription, il était tout naturel qu'on ne pût pas prendre droit contre lui du silence qu'il aurait gardé sur cette exception jusques au moment où il croit pouvoir en faire usage: ce silence peut être le fruit de l'oubli; il serait par conséquent bien injuste de l'en punir: cette exception est péremptoire, elle tue l'action, il faudrait dire le contraire, si elle n'était que dilatoire: mais si les circonstances sont telles qu'elles autorisent à penser que le débiteur a voulu y renoncer, comme, par exemple, s'il avait déclaré dans ses défenses qu'il n'entendait faire valoir aucune autre exception que celle dont il fesait usage alors, il n'est pas douteux qu'on ne fût fondé à lui opposer une fin de non-recevoir prise de sa renonciation, s'il prétendait depuis obtenir son relaxe sur le fondement de la prescription, remittentibus jura sua non datur regressus.

6.° un débiteur ne peut porter aucune atteinte aux droits de ses créanciers: voila pourquoi on a constamment décidé qu'il ne pouvait pas renoncer à leur préjudice à une succession, ou à une substitution pas même à un usufruit; on en trouve la preuve dans les arrêts que rapporte Catellan, Liv. 6, Chap. 14, & dans divers art. de l'ord.ce de 1747 concernant les substitutions. nous vous avons déja appris qu'en cette partie la jurisp. française s'était éloignée des dispositions du droit romain qui ne regardait pas l'omission de recevoir comme une atteinte portée aux droits des créanciers: c'est d'après cette jurisp. qu'il a été décidé par le code que la prescription pouvait être opposée par tous ceux qui y ont intérêt, quoique le débiteur ou le propriétaire y renoncent, & que dans toute autre circonstance, cette exception soit purement personnelle.

7.° Enfin, il n'est aucun de vous qui ne sache qu'on ne peut pas acquérir par la prescription le domaine des choses qui ne sont pas dans le commerce, le droit romain & les lois françaises étaient parfaitement d'accord sur ce point: mais le code a changé les anciens ppes en matière de prescription, relativement aux Etablissemens publics; quant aux communes, nous allons voir tout à l'heure que la jurisp. n'a pas été toujours la même.

Pendant longtems on fit participer les communes au privilège

dont jouissaient les établissemens publics, de ne pouvoir être dépouillés par la voie de la prescription, qu'autant qu'il s'était écoulé 40 années, mais la jurisp. du parl. de toulouse avait changé depuis sur ce point, & l'on trouve dans le journal du palais de cette cour divers arrêts, l'un au tom. 4, pag. 255, & l'autre au tom. 6, pag. 145, qui ont décidé que le laps de 30 années était suffisant pour opérer la prescription contre les communautés laïques, quoiqu'on eût fort longtems jugé le contraire antérieurement. au surplus, ce changement est un hommage rendu aux bons ppes & à la doctrine des meilleurs auteurs, car la nov. 111, chap. 1, réduit toutes les causes & actions à 30 ans, en matière de prescription; elle n'en excepte que les seules églises, et d'argentré, sur l'art. 266 de la cout. de bretagne, chap. 20, n° 13, l'avait enseigné de même: on ne peut donc qu'applaudir aux dispositions du code, en ce qu'il a conservé les mêmes ppes vis-à-vis des communes. — quant aux établissemens publics, la prescription sera désormais acquise contre eux par le laps de 30 ans, & notre code déroge en cette partie à l'ancienne jurisp. qui n'admettait que celle résultante du laps de 40 années.

Vous devez observer encore qu'en cette matière, il n'y avait point de réciprocité, & que les établissemens publics pouvaient exciper de la prescription, après 30 ans de possession, tandis qu'on ne pouvait faire usage de cette exception contre eux, qu'autant qu'on avait possédé pendant 40 ans à leur préjudice.

Chap. 2.

De la possession

art. 2228 & suivans jusques & compris l'art. 2235.

1° on distingue deux sortes de possession, la possession naturelle & la possession civile; la loi 1, §. 3, ff. de acq. vel amitt. possess. nous donne la définition de la première, & la loi 3 du même tit. définit la seconde: celle-ci consiste dans la seule intention de posséder, quoiqu'on ne soit pas actuellement en possession de la chose: l'autre, au contraire, est la détention actuelle de la chose avec l'intention d'en jouir comme maître, sans cette intention il n'y aurait point de possession naturelle, leg. 25, ff. de acq. vel amitt. possess. la loi 195, ff. de reg. jur. nous apprend encore que l'intention seule ne suffit pas pour acquérir la possession, mais qu'elle est

suffisante pour la conserver.

La possession naturelle se conserve par ses vestiges, par les ruines d'un bâtiment, d'un aqueduc; vous pouvez voir là dessus du nod, en son traité des prescriptions, pag. 19 & suivantes, où cet auteur traite beaucoup de questions dont le détail nous mènerait trop loin. vous devez remarquer qu'on est censé posséder actuellement, lorsque c'est par dol seulement qu'on a cessé de jouir, qui dolo possidere desiit pro possessore damnatur, leg. 173, ff. de reg. jur. et qu'en chose susceptible de division, la possession d'une partie de cette chose ne tire pas à conséquence pour la partie de cette même chose qui n'a point été jouie, à l'effet d'acquérir la prescription, c'est alors le cas de la règle, tantum praescriptum quantum possessum: il en est autrement si la chose est indivisible, alors la possession d'une partie produit la prescription de la totalité, comme s'en explique la loi 8, §. 1, ff. quemadm. servitut. amitt.

2°. on trouve dans plusieurs textes du droit romain les mêmes ppes que le code a consacrés, lorsqu'il a exigé que pour opérer la prescription, la possession fût paisible, publique, continue & non interrompue. c'est ainsi que s'en expliquent la loi 25, ff. de usurp. & usucap. la loi 6, ff. de acq. vel amitt. possess., & la loi 7, au code eodem.

observez que ces mots continue & non interrompue, portés en l'art. 2229, en parlant de possession doivent être entendus, tant de la possession civile, que de la possession naturelle: si on prétendait l'entendre autrement, on se mettrait en oppoon avec les lois romaines qui décident que la possession civile suffit pour faire maintenir le possesseur, car il résulte de ce ppe que la possession naturelle peut être interrompue, sans que le cours de la prescription le soit.

3°. il n'est pas toujours bien facile de connaître à quoi doit se rapporter la possession dans son ppe. rien n'empêche qu'elle ne puisse se rapporter à l'utilité de tout autre, que de celui qui l'a prise, mais en défaut de preuve contraire, chacun est censé jouir pour son propre compte.

4°. si l'on a commencé à posséder pour autrui, on est censé avoir continué cette possession au même titre, c'est-à-dire, qu'elle est incapable, quelque durée qu'elle embrasse, d'acquérir la propriété à celui qui l'a exercée, à moins qu'il n'y ait preuve que la cause de la possession a changé.

mais comment la cause de la possession peut-elle changer,

Et ne connaissons-nous pas dans le droit un adage qui s'y oppose, nemo potest sibi mutare causam possessionis?

il est bien vrai que c'est là le ppe: mais vous savez qu'il n'est point de règle sans exception: ainsi, par exemple, supposons que jean eût pris de pierre, à titre de nantissement, une chose qu'il a vû depuis être sa propriété, & qu'imbu de cette opinion, il ait déclaré au bailleur qu'il entendait la conserver comme maître; que depuis lors, il se fût passé le tems requis pour opérer la prescription, il n'est pas douteux que jean ne fût à l'abri de toute recherche quoique ce fût, à titre de nantissement qu'il eût commencé de jouir, parce qu'il y aurait eu interversion de possession à compter du jour de la contradiction, tels étaient les anciens ppes qui ont été consacrés par l'art. 2238 de notre code, comme nous le verrons bientôt.

5.° Les rapports que la société a établis entre les hommes, a souvent donné lieu à des actes réitérés qui sont hors des suites de la propriété de chacun d'eux, & ces actes sont incapables d'ouvrir le cours de la prescription: ainsi, par exemple, j'aurai fait conduire le bétail de mon domaine sur un terrein en friche appartenant à mon voisin, & cette possession remonte à plus de 50 ans, pourrai-je empêcher le voisin de mettre son fonds en culture, sous prétexte que j'ai acquis par ma possession le droit d'y faire paître mes bestiaux? on doit répondre que non, parce qu'en les faisant conduire sur ce terrein, j'aurai exercé un acte de pure familiarité qui a eu sa base dans le voisinage de nos fonds respectifs, & que je n'aurais jamais entendu exercer ce droit à titre de propriétaire, comme l'exige l'art. 2229 de notre code; de là la maxime, quæ sunt merè facultatis aut familiaritatis non præscribuntur.

6.° nous n'avons jamais observé en france ce qui se pratiquait chez les romains; ceux-ci n'admettaient pas la faculté de prescrire la propriété des choses dont on s'était emparé avec violence, tant que ces mêmes choses n'étaient pas rentrées dans les mains de ceux qui en avaient été dépouillés. la loi dernière ff. de vi Bon. rapt. en rend témoignage; de là il suit que, lors même que la violence avait cessé, la prescription ne commençait pas son cours; il en est autrement parmi nous;

prescrire,

Et c'est un point certain dans notre jurisp. qui a été confirmée par le code, que la prescription commence à courir contre le propriétaire dépouillé par violence dès le moment que cette violence a cessé.

7.° celui qui rapporte la preuve qu'il possédait à l'époque où il prétend qu'il a commencé de prescrire, & qui se trouve actuellement en possession, est présumé avoir joui pendant le tems intermédiaire, en vertu de la maxime, probatis extremis media censentur probata. mais comme ce n'est là qu'une présomption, il est sensible que si le défendeur prouvait le contraire, le demandeur invoquerait vainement la maxime dont nous venons de parler.

8.° Enfin, quoique le tems requis pour la prescription ne se soit point passé sur la même tête, il n'y a pas d'obstacle à ce que celui qui fait usage de ce moyen, ne soit autorisé à en prendre droit, si en joignant sa possession personnelle à celle de ses auteurs, il a couru l'espace nécessaire pour opérer le complément de la prescription; c'est ce que nous lisons dans boniface, Tom. 1, Liv. 8, tit. 2, chap. 4, & dans Catellan, Liv. 7, chap. 18, ce dernier auteur traite en ce même endroit une autre question bien intéressante; elle consiste à savoir combien de tems a un mineur devenu majeur pour se faire restituer envers le tems couru pendant sa minorité, lorsque ce mineur a succédé à un majeur contre lequel la prescription avait commencé de courir;

pour l'intelligence de cette question, supposons que pierre eût joui au préjudice de jean majeur pendant 25 ans, & que jacques fils de jean eût succédé à son père, à l'âge de 18 ans, ou demande à quelle époque pierre pourra utilement opposer la prescription à jacques.

Si ce dernier eût été majeur, à la mort de son père, il n'est pas douteux que la prescription aurait été acquise à pierre après le laps de cinq années à compter du décès de jean, parce qu'en joignant ces cinq années aux 25 qui s'étaient déja écoulées pendant la vie de jean, cette réunion aurait donné à la possession de pierre une durée de 30 années capables d'opérer la prescription.

pourquoi n'en serait-il pas de même, malgré la minorité de jacques, car il est de ppe que la prescription court contre le mineur? il est vrai que la prescription court contre le mineur,

mais elle ne court qu'avec l'espoir de restitution envers le tems qui s'est passé pendant la minorité, & cette restitution doit être demandée avant qu'il se soit passé sur la tête de l'hér. devenu majeur, autant de tems qu'il en manquait pour que la prescription fût complettée vis-à-vis du défunt. ainsi dans notre hypothèse, jacques devra demander avant le complément de sa 26e année d'être restitué envers le tems qui avait couru pendant sa minorité, faute de quoi la prescription sera acquise à pierre contre lui: vous pouvez voir ce que disent là dessus ferrière sur la 31e question de guypape, & beaucoup d'autres auteurs.

Chap. 3.

des causes qui empêchent la prescription.

art. 2236 & suivans jusques & compris l'art. 2241.

Dunod, traité des prescriptions, Part. 1, chap. 4.
Ferrer; inst. liv. 2, tit. 6, §. 13.
Despeisses, tom. 1, part. 4, tit. 4, n° 3.

1° si, pour pouvoir opposer utilement la prescription, sous prétexte de possession, on doit avoir joui à titre de propriétaire, comme le décide l'art. 2229, il est sensible que celui qui a possédé à tout autre titre, ne saurait prétendre avoir acquis par la prescription la propriété de la chose possédée; on ne doit donc pas s'étonner que le dépositaire, l'engagiste, le fermier, l'usufructuaire (1) & autres qui ne possèdent qu'à titre précaire ne puissent jamais prescrire; non sibi, sed domino possident, disent plusieurs lois répandues sous le titre du ff. de acq. vel amitt. poss.

(1) usufructuarius proprietatem non praescribit. leg. 8 Cod. de usuf. et hab.

2° ce qu'on vient de dire des possesseurs d'une chose à titre précaire, on doit le dire aussi de leurs hérs, parce que la chose possédée par leurs auteurs passe dans leurs mains avec les mêmes attributs; transit cum sua causa suisque vitiis, dit la loi 13, §. 1, ff. de acq. vel amitt. possess. nous verrons bientôt s'il en est de même des donataires & des légataires à titre particulier.

3° mais quelle que soit leur inhabilité à prescrire pendant tout le tems qu'ils possèdent à titre précaire, rien n'empêche que ce titre ne puisse être changé, & qu'à compter de ce moment, la prescription ne commence leur faveur.

Son cours (4)

on peut demander ici ce que signifient ces mots qu'on trouve dans

[illegible] jamais prescrire, p.

l'art. 2238 du code, soit par une cause venant d'un tiers: ils doivent être entendus du cas où le possesseur à titre précaire serait devenu acquéreur ou donataire de la chose qu'il possédait déjà, quelle que fût la personne de qui il tiendrait ce nouveau titre, qui, de sa nature, doit être translatif de propriété, ainsi pierre pourrait devenir propriétaire de la chose déposée par jacques, si jean lui en consentait la vente, pourvû qu'il se fût passé depuis un tems suffisant pour prescrire: il faut pourtant convenir qu'il ne paraît pas juste que le possesseur à titre précaire puisse s'aider d'une prescription commencée au moment où lui a été conféré un nouveau titre, & au préjudice du propriétaire auquel ce nouveau titre n'aurait pas été dénoncé. jusqu'alors le vrai propriétaire a pû ignorer l'interversion de la possession, et la nov. 119, chap. 7 n'avait pas cru que la prescription pût commencer son cours avant la dénonciation du nouveau titre; ce cas ne fait pas la matière d'une exception dans notre code. tout ce qu'on peut dire, c'est qu'en pareille occurrence les circonstances particulières doivent beaucoup influer sur la décision à porter.

4°. quoiqu'en règle générale, nul ne puisse transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même, néanmoins on a constamment jugé que les possesseurs à titre précaire qui ne peuvent eux-mêmes prescrire par aucun laps de tems, conférent à ceux qui tiennent d'eux un titre translatif de propriété, le droit d'opposer la prescription au vrai propriétaire. on trouve cette décision dans plusieurs textes du droit romain, notamment dans la loi 4, cod. de rei vind. & dans le §. 6, aux institutes, per quas pers. unic. acq. et la jurisp. des trib. s'y est toujours conformée, témoin l'arrêt que l'on trouve rapporté par Catellan, liv. 7, chap. 23, qui jugea que l'acquéreur d'un fonds à lui vendu par un homme qui lui-même ne tenait ce fonds qu'à titre d'engagement, pouvait utilement opposer la prescription au propriétaire; un arrêt rendu en la 3me chambre des Enquêtes du parl. de toulouse, le 20 mars 1769, au rapport de mr. de papus, en faveur de catherine ducrâté contre le Sr. alexis Solier & les dem.elles ses sœurs, a confirmé depuis cette jurisp.

peut-on en dire autant du donataire ou du légataire à titre

particulier? ceux-ci peuvent-ils opposer la prescription au vrai propriétaire, quoiqu'ils soient successeurs de personne qui n'auraient eux-mêmes pû prescrire par aucun laps de tems? il faut répondre, oui; parce que ceux qui possèdent en vertu d'un titre de cette espèce, possèdent pro se, & que les titres du ff. pro donat. et pro legat. attribuent au donataire & au légataire le droit de prescrire depuis leur possession. vous pouvez voir Catellan, liv. 7, chap. 2, où il enseigne que le donataire & le légataire particulier sont successeurs à titre singulier, ce qui suffit pour qu'on ne puisse pas leur opposer qu'ils représentent les auteurs de leur titre. Telle est la doctrine de boniface, tom. 1, pag. 482, qui a été confirmée par un arrêt rendu sur mes écrits, en la première chambre des enquêtes du parl. de toulouse, au rapport de mr de papus, le 1er juillet 1779; cet arrêt jugea que le fils légataire dans le testament de son père, d'une pièce de terre que ce père avait précédemment reçu à titre d'antichrèse, de pierre bonhomme, avait prescrit contre les hers du bailleur, par une jouissance de 30 années, quoiqu'il fût dit dans le testament que ce legs lui tiendrait lieu du payement de sa légitime, & que bonhomme prétendit que le légitimaire étant co-her, la prescription n'avaient pû courir utilement en sa faveur, vû qu'il représentait le défunt qui lui-même n'aurait pû prescrire par aucun laps de tems.

5°. enfin, rien n'est plus vrai que la maxime, nul ne peut prescrire contre son titre; mais ce serait prendre cette maxime à contre-sens, que de croire qu'on ne peut pas prescrire contre un engagement qu'on aurait contracté, sous prétexte que ce serait aller contre son titre; rien n'empêche, sans doute, qu'on ne puisse en ce cas exciper de la prescription, puisque cette exception n'a été introduite que pour punir les hommes de la négligence qu'ils ont mise à faire valoir leurs droits, contra desides homines sui juris contemptores. mais il en est autrement, lorsqu'on est obligé de dénaturer son titre pour pouvoir opposer la prescription, & c'est en ce sens que doit être entendue la maxime, nul ne peut prescrire contre son titre: ainsi par exemple, le preneur à titre d'engagement ne peut jamais prescrire, parce que n'ayant pas commencé de

Possèdent pour lui & à titre de propriétaire, (qualité qui est essentiellement requise pour donner ouverture au cours de la prescription,) il est sensible qu'il ne saurait exciper du laps du temps pour se dire propriétaire, sans dénaturer son titre.

Chap. 4.

Des causes qui interrompent ou qui suspendent le cours de la prescription

Sect. 1.

Des causes qui interrompent la prescription.

art. 2242 = 2250.

Le législateur a réuni dans ce chap. les diverses causes qui interrompent ou qui suspendent le cours de la prescription: mais il a fait, à juste titre, une section particulière de celles qui en produisent l'interruption, et une autre de celles qui en amènent la suspension: ici vous avez à faire une observation bien essentielle, c'est que l'interruption anéantit toute l'utilité de la possession qui l'a précédée; au lieu que la suspension ne porte aucune atteinte à cette possession antécédente; je vous ferai sentir dans mon explication orale la différence qu'il y a d'un cas à l'autre; parcourons maintenant les diverses causes qui sont présentées comme opérant l'interruption du cours de la prescription.

1° on connaît deux genres d'interruption, comme deux genres de possession, la naturelle & la civile: il est aisé de sentir que la première n'est autre chose que l'état de privation actuelle depuis plus d'une année de la chose qu'on possédait auparavant;

on demande s'il y aurait interruption naturelle dans le cas où la privation actuelle ne serait pas le résultat de démarches faites par l'ancien propriétaire, ou par tout autre, comme, par exemple, si le possesseur eût cessé de jouir, parce que le fonds se trouverait inondé & couvert d'eau.

Dunod, en son traité des prescriptions, décide qu'il y a interruption, & il faut convenir que cette interruption existe réellement, puisque la possession est discontinuée; nous ne pensons pourtant pas que ce fût là un motif capable de faire déclarer que le possesseur devrait prouver qu'il a joui de ce fonds depuis la retraite des eaux pendant un temps suffisant pour prescrire, & que la possession antérieure ne dût être comptée pour rien

la raison de notre opinion est prise de ce que, s'il n'y a point eu possession naturelle pendant tout le temps que a duré l'inondation du fonds, il y a eu au moins possession civile, dont nous savons déjà que la possession civile qui est incapable d'ouvrir la voie de la prescription, suffit pour la continuer, lorsqu'elle a commencé par la possession naturelle avec l'intention de jouir comme maître.

2°. On avait jusqu'ici souvent agité la question de savoir si le commandement interrompait la prescription : l'on trouve dans le journal du palais du parlement de Paris, tom. 2, pag. 213 et suiv. une profonde discussion sur ce point, et l'arrêt dont elle fut suivie, décida que le commandement n'opérait pas l'interruption : telle était à peu près la jurisp. de tous les tribunaux, certains voulaient que le commandement fût suivi de la saisie pour donner lieu à cette interruption; mais il n'y aura désormais plus de difficulté là-dessus, et la manière dont est conçu l'art. 2244, ne permet pas de douter que le simple commandement produira l'interruption, lors même qu'il ne sera point suivi de saisie.

3°. quoique la citation en conciliation devant le bureau de paix ne soit pas proprement un acte judiciaire, on a pourtant cru devoir y attacher l'effet d'interrompre la prescription; mais ce n'est qu'à condition que cette citation sera suivie d'une assignation en justice donnée dans le délai de droit; si cette condition manque, il n'y aura point d'interruption, et la prescription sera acquise tout aussi parfaitement que si la citation n'eût pas été donnée. au reste, le délai de droit dont parle notre art. sera à déterminer, ou bien a fixé depuis à un mois par l'art. 57 du code de procédure civile, et ce mois commence à courir du jour de la non-comparution, ou de la non-conciliation.

4°. les auteurs étaient partagés sur la question de savoir si la citation en justice donnée devant un juge incompétent, interrompait la prescription : cette petite guerre entre nos auteurs a été terminée par notre art. dont les

dispoons sont prises dans un arrêt du 17 juillet 1515 qu'on trouve dans le Style de la cour du parl. de paris, part. 7, art. 101. Vous pouvez voir ce qu'en dit Catellan, Liv. 7, chap. 11, qui parle aussi d'une sentence nulle.

5° un ajournement nul par défaut de forme n'a pas toujours été regardé comme incapable d'interrompre le cours de la prescription. Louet, Lett. A, Somm. 10, avait pensé le contraire, & telle était aussi l'opinion de mr de Catellan, Liv. 7, chap. 11; cependant le code en a autrement décidé, & c'est à cela qu'il faut s'en tenir. au surplus, il n'est pas étonnant que la loi regarde l'interruption comme non avenue dans le cas de la péremption d'instance, du désistement ou du rejet de la demande, puisqu'aux termes de l'ordce de roussillon, il en est d'une citation qu'on a laissé périmer, tout comme si elle n'eût jamais été donnée, & que dans les deux autres cas, il ne peut pas être question de prescription, vû que le désistement remet les choses dans le même état qu'elles étaient auparavant, & que s'il est rendu un jugt qui rejette la demande, ce jugt forme lui-même un nouveau titre pour le possesseur.

6° La reconnaissance de la dette au profit du créancier, ou celle faite par le possesseur du droit de celui contre lequel il prescrivait forme interruption de la prescription; ainsi, par exemple: je possède un jour de prospect dans un mur qui m'est propre et qui joint sans milieu les fonds de mon voisin; avant le complément des 30 années de possession, mon voisin a la prétention que je la mette en fer maillé & verre dormant, comme le prescrit le code en pareille circonstance; je reconnais son droit, & je lui fournis une déclaration portant que je ne me prévaudrai pas du laps du tems pour me maintenir en possession de cette ouverture, telle qu'elle a existé jusqu'alors. cette reconnaissance produira une interruption de prescription, quoiqu'il n'y ait eu ni citation, ni jugement: il en est de même de la reconnaissance de la dette envers le créancier; vous pouvez voir ce qu'en dit d'argentré, sur l'art. 166 de la coutume de bretagne, verb. interruption: ‡

‡ quotiès actus tacitam aut expressam vel praesumptam juris alieni, vel debiti confessionem implicat, totiès fit interruptio civilis.

7° Enfin, ce qu'on lit dans les art. 2249 & 2250 de notre code est pris dans le traité des prescriptions par dunod, part. 1, chap. 9, de l'interruption des prescriptions; & cette doctrine est basée sur les dispoons du droit romain auquel se sont conformés les meilleurs auteurs.

Sect. 2.

Des causes qui suspendent le cours de la prescription.

art. 2251 & suiv. jusques & compris l'art. 2259.

après vous avoir indiqué les causes qui produisent l'interruption de la prescription, le code vous fait connaître ici celles qui en suspendent le cours; il est très essentiel de se bien fixer sur cette matière, car il n'est presque point de jour où il ne s'élève des questions qui en dépendent.

1° on y voit d'abord une disposon générale qui soumet tous les hommes à la loi de la prescription, à moins qu'ils ne se trouvent placés dans quelque exception particulière. de là cette conséquence, que lorsqu'un homme prétendra se soustraire à la loi de la prescription, il devra justifier qu'il est à cet égard hors du droit commun, & il n'en pourra justifier qu'en rapportant la loi qui le place dans l'exception.

Le ppe était le même autrefois; mais nous ne pensons pas que les exceptions qui étaient admises alors, puissent encore être utilement invoquées, si elles ne sont pas nominativement comprises dans la loi nouvelle. par exemple, les militaires & les absents pour le service de l'état, jouissaient à rome du privilège de la suspension du cours de la prescription; mais notre code ne les rangeant pas dans la classe de ceux vis-à-vis desquels la prescription est suspendue, il est probable qu'elle leur serait utilement opposée.

La nouvelle législation sur la puissance paternelle & ses effets rend superflu ce que nous aurions pu dire de la prescription relativement aux biens dont la propriété était fixée sur la tête des enfants, & dont la jouissance appartenait à leur père in vim patriæ potestatis; on jugeait que la prescription ne courait pas pendant tout ce temps, en quoi on s'était conformé aux disposons du droit romain, en la loi 1, cod. de bon. mater. et autres textes; désormais cette jouissance ne pourra plus avoir lieu, puisqu'elle prend fin dans la main des pères & des mères au même instant où le mineur atteint sa majorité, c'est-à-dire, la 21e année complette de son âge: la même question ne peut donc plus être élevée.

Cette même législation n'a mettant en la différence que le droit romain avait introduite entre la pupillarité & la minorité, il est sensible qu'on ne doit plus s'arrêter à la doctrine des Auteurs, notamment de Perrière sur la question 31e de son papier, qui, conformément au droit Romain, enseignait que la prescription ne courait point pendant la pupillarité, laquelle Elle reprenait son cours à la puberté, ce n'était qu'avec la faculté qu'avait le mineur devenu majeur, de se faire restituer contre le temps qui avait couru pendant la minorité, pourvu que cette demande fût formée avant le complément de la 10 années qui suivaient la majorité acquise, c'est-à-dire, avant l'accomplissement de la 35me année.

2° il n'est aucun de nous qui ne sache que la prescription ne court pas contre le mineur, non plus que contre l'interdit. c'est là une faveur justement accordée à la personne que la faiblesse de leur âge ou de leur raison, mettent dans l'impuissance de diriger leurs propres affaires. cependant s'il s'agit de quelques uns des cas énoncés en la quatrième sect. du chap. 5 de notre titre, la prescription a son recours contre eux, sauf leur recours contre leur tuteur.

3° la prescription ne court point entre époux, c'est-à-dire que l'un d'eux ne peut jamais exciper contre l'autre de la possession où il se serait maintenu, quelque longue que fut cette possession, pour soutenir qu'elle lui a acquis un droit à la propriété de ses biens, quand même il y aurait eu entre eux séparation de biens, & qu'il s'agirait de biens paraphernaux de la femme.

4° En règle générale, le cours de la prescription contre la femme mariée n'est point suspendu pendant le mariage, quoiqu'il n'y ait eu entre les époux ni séparation de biens par contrat de mariage, ni séparation ordonnée depuis en justice.

on demande de quels biens le code a entendu parler, lorsqu'il a soumis à la prescription constante matrimonio? il faut répondre qu'il a eu en vue les biens non constitués en dot sous le régime dotal, ou qui ne sont point entrés dans la communauté sous le régime de la communauté.

mais en doit-il être de même du mari sur l'administration des biens paraphernaux de la femme, & sur tous les biens

sont entrés en communauté? la réponse sera toujours la même avec cette différence néanmoins que dans le premier cas, la femme n'a aucun recours contre son mari qui est resté étranger à l'administration des biens paraphernaux de la femme, en conformité de l'art. 1576 du code; & que dans le second cas, ce motif cesse, puisque le mari a eu l'administration des biens non constitués, voilà pourquoi il est juste d'accorder à la femme son recours contre le mari qui, par sa négligence a laissé prescrire le possesseur ou le débiteur.

il en est autrement des biens constitués en dot; ceux-ci sont affranchis de toute prescription constante matrimonio, conformément à l'art. 1561 du code, à moins qu'elle n'eût commencé avant le mariage, comme nous l'avons dit sur cet art., ou qu'il ne soit depuis intervenu séparation de biens auquel cas elle prend son cours tout comme si les biens n'eussent jamais été constitués.

on demande encore s'il n'y a point de cas où le cours de la prescription est suspendu pendant le mariage, lors même qu'il ne s'agit point de biens constitués. on doit répondre qu'il y en a deux; et ceux-ci sont indiqués par l'art. 2256 du code. cet art., en statuant comme il l'a fait sur cette question, a adopté la doctrine de Brodeau sur Louet, lett. P, som. 1, n°. 4. de mornac sur la loi 1, ff. de fund. dotal. de coquille, en sa quest. 105, & du journaliste des audiences, tom. 2, liv. 12, chap. 7, où l'on trouve un arrêt du 11 mai 1673, qui l'a ainsi décidé; mais il a dérogé à la jurisp. du parl. de toulouse, où l'on jugeait que la prescription courait vivente marito contre la femme dont le mari avait vendu les biens paraphernaux sans son consentement, quoique celui-ci se fût assujetti à la garantie. un arrêt rendu en la première chambre des enquêtes, au rapport de mr. de bastard fils, qui fut depuis premier président du parl. de toulouse en faveur du Sr. compaing contre le Sr. lapeyre, l'avait ainsi décidé sur les écrits de mon père dont le client perdit son procès.

l'opinion des auteurs du code nous paraît préférable; elle est fondée sur cette vérité que si la femme agissait, elle se mettrait en danger de troubler l'union & la paix du ménage, & que suivant la loi 5, cod. de instit. & substit. sub cond. fact. aportet proferre

Lucro Concordiam maritalem. Vous pouvez voir ce qu'en disent Coquille, au lieu cité, & Poquet de Livonière sur l'art. 445 de la coutume d'anjou.

On demande enfin quel est le délai dans lequel la femme doit demander d'être restituée envers l'obligation ou rénonciation qu'elle aurait consentie pendant le mariage. ce que nous pouvons faire de mieux, c'est de vous renvoyer à l'analyse raisonnée du code civil où mr de malleville a fait plusieurs distinctions très conformes aux vrais ppes, dans l'explication qu'il a donnée de l'art. 2256 du code.

5.° La prescription est encore suspendue, lorsqu'il s'agit d'une créance qui dépend d'une condition, jusques à l'événement de cette condition, comme aussi à l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu, ou à l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que ce jour soit arrivé.

rien n'est plus juste que ces diverses décisions dont le ppe est écrit dans le §. 3 de la loi 7, cod. de praescrip. 30 vel 40 ann. Et la jurisp. des tribunaux les avait dévancées.

6.° Enfin, l'hér bénéficiaire se trouvant en possession d'une hérédité dont il est créancier, ne perd par aucun laps de temps le droit de réclamer ses créances, s'il répudie la succession; mais le débiteur d'une succession vacante peut prescrire contr'elle, parce qu'il ne doit pas souffrir de ce qu'elle n'a pas été mise en état de se défendre. il en est de même du délai que la loi accorde à l'hér pour faire inventaire & pour délibérer; ce délai court utilement pour la prescription en faveur du débiteur; il semble au premier coup d'œil que cette décision ne soit pas juste, sous prétexte que l'hér ne peut pas savoir encore s'il y aura à gagner ou à perdre pour lui en acceptant la succession. cependant on a dû le décider ainsi, parce que la condition du débiteur ne doit pas devenir pire par un fait qui lui est étranger. ce n'est que dans l'intérêt de l'hér que cette faculté a été introduite, c'en est bien assez pour que le débiteur ne puisse en éprouver aucun préjudice.

à ce que nous venons de vous dire des diverses causes qui suspendent le cours de la prescription, vous pouvez joindre ce qu'en a dit dunod, en son traité des prescriptions, part. 1, chap. 10.

Chap. 5

du temps requis pour prescrire

Sect. 1.

dispositions générales

art. 2260 & 2261.

Avant le décret du 3 7bre 1807, qui a substitué le code napoléon à celui que les français avaient reçu du gouvernement portant la dénomination de code civil, on trouvait dans ce code civil plusieurs dispoons qui ne conviennent aucunement à l'état actuel des choses. entre autres dispoons qu'il était impossible de laisser subsister, on y voyait l'inonciation des jours complémentaires qui n'avaient été imaginées que pour couvrir l'année entière, & avec la même étendue que le calendrier grégorien, ce que n'auraient point fait les douze mois du calendrier républicain, chacun d'eux n'étant composé que de 30 jours, ce qui ne donnait que 360 jours pour l'année, au lieu des 365 qu'elle embrasse, lors même qu'elle n'est pas bissextile, pour y suppléer, on fut obligé d'y ajouter cinq jours qui furent appellés jours complémentaires, mais les français n'ont pas eu le mérite de cette invention; les grecs partageaient les mois en décades, comme nous l'apprennent les auteurs de l'encyclopédie, verb. mois, & le calendrier républicain qui nous a régi pendant quelques années, n'était qu'un vol que nous leur avions fait. quoi qu'il en soit, le retour au calendrier grégorien a rendu entièrement inutiles les dispoons de l'art. 2261 du code civil, et en substituant le code napoléon à sa place, cet art. 2261 a été remplacé par le second des deux membres dont était composé l'art. 2260, pour ne point déranger l'ordre numérique du code.

Tout ce que nous pourrions vous dire sur la question que décide l'art. 2260, est parfaitement bien développé par dunod, en son trait. des prescript. part. 2, chap. 1, pag. 115 & suiv. il serait par conséquent superflu de l'insérer ici.

Sect. 2.

de la prescription trentenaire.

art. 2262, 2263 & 2264.

Le premier de nos trois art. a pris pour règle la loi 3, cod. de praescript. 30 vel 40 ann. qui avait décidé qu'on était à l'abri d'être recherché pour défaut de titre ou de bonne foi, lorsqu'on avait possédé paisiblement pendant 30 ans, & il faut convenir qu'un laps de temps aussi considérable est bien propre à faire présumer qu'il a existé entre le nouveau possesseur &

l'ancien un titre translatif de propriété qu'on suppose avoir été égaré, parce que dans l'ordre commun des choses, on n'abandonne pas sa propriété sans motif, surtout pendant un aussi long délai que l'est celui de 30 années.

On sent aisément que pour être utilement employée, l'exception prise du laps de 30 années, doit embrasser ce délai tout entier. à ce propos, on demande comment il doit être compté, & si le jour où a commencé la possession, ou celui de la passation de l'acte entrent dans la computation de telle manière qu'il y ait complément de la prescription, la veille du jour représentatif de celui du traité. Ceci s'éclaircit par un exemple

Supposons que la possession de celui qui excipe de la prescription ait commencé le 1er mai 1778, la citation en délaissement sera-t-elle donnée à tems, si elle l'est le 1er mai 1808. on doit répondre que la citation serait tardive, & que la prescription serait acquise, parce qu'il n'y a pas deux fois un 1er mai dans le cours d'une année, et que ce qu'on dit d'une année, on doit le dire de chacune des 30 dont l'exception se compose. Telle est la doctrine de cujas, de pothier, et de plusieurs autres auteurs, aux endroits de leurs ouvrages que nous vous ferons connaître, lors de notre explication orale.

il en est de même du cas où la loi autorise l'exception prise du laps du temps par le cours de dix années; c'est ainsi que cette question fut jugée par un arrêt rendu en la première chambre des enquêtes du parl. de toulouse, au rapport de mr poulharies-laréole, le 21 juin 1782, en faveur du Sr cardeilhac contre la dlle lajus dans l'espèce suivante.

Le 27 février 1768, la dlle lajus vendit une pièce de terre au Sr cardeilhac; le 27 janvier 1778, elle prit des lettres en rescision contre cette vente pour cause de lésion; mais elle ne les fit signifier que le 27 février suivant; cardeilhac lui opposa une fin de non-recevoir prise de ce qu'elle ne s'était pourvue qu'après les 10 années révolues des actions rescisoires, & cette exception fut déclarée bonne par l'arrêt.

on est d'abord surpris qu'aux termes de l'art. 2263 au bout de 28 ans, le créancier soit autorisé à exiger de son débiteur un titre nouveau, puisque la prescription ne reçoit son complément que par le laps de 30 années: il y a pourtant de la justice à cela, parce que, quelque activité que puisse mettre un créancier à la conservation de ses droits, il peut s'offrir telle circonstance qui mette obstacle au

renouvellement du titre, Ensorte que si le créancier n'avait pas un temps assez considérable devant lui, il courrait risque de perdre sa créance. c'est là le motif qui a autorisé cette dispoon du code.

Sect. 3.

de la prescription par dix & vingt ans

art. 2265 jusques & compris l'art. 2270.

on ne connaissait pas dans les pays de droit écrit, & notamment dans le ressort du parl. de toulouse la prescription de 10 ou de 20 ans pour l'adeption de la propriété. ce n'est pas qu'elle n'ait sa base dans le droit romain, En la nov. 119, chap. 7, d'où a été prise l'authentique mala fidei, cod. de praescrip. long. temp. decem vel 20 ann. mais on avait cru dans ces pays que la nov. dont nous venons de parler fesant de la connaissance qu'a eue le propriétaire, & de l'aliénation, & de son droit, une condition pour prescrire par la possession appellée longi temporis, cette prescription ne pouvait plus avoir lieu parce qu'on devait toujours présumer que si le propriétaire restait dans le silence & l'inaction, c'était uniquement parce qu'il ignorait ou l'aliénation, ou le droit qu'il avait sur la chose; mais l'on se trompait en cela, parce que aux termes de la nov. l'ignorance de l'aliénation ou de son droit de la part du propriétaire n'était un obstacle à la prescription, qu'autant que celui qui l'alléguait avait acquis d'un possesseur de mauvaise foi.

il En était autrement dans les pays coutumiers, & notamment dans la coutume de paris dont l'art. 113 avait admis la prescription de 10 ou de 20 ans, d'après cette même nov. 119, chap. 7, ce qui présente un singulier contraste qui est fort bien expliqué par boutaric, professeur de droit français En l'université de toulouse, En ses instit. pag. 182 & suivantes, où il nous fait connaître les motifs de l'une & de l'autre opinion

quoi qu'il en soit, le code a rendu communes à tout l'empire les dispoons du droit romain, avec néanmoins des modifications qui vont faire la matière de quelques brièves observations.

1.° dans quelques pays de France, on reputait absents ceux qui habitaient un bailliage autre que celui habité par l'individu qui Excipait de la prescription, et dans ce cas, le temps requis pour la prescription devait être doublé; si le séjour dans un bailliage different n'embrassait pas les Entiers dix années, on ne doublait que le temps qui y avait été passé.

notre code est parti des mêmes bases pour le doublement du temps à cause de l'absence; mais le vrai propriétaire n'est réputé absent qu'autant qu'il est domicilié hors du ressort de la cour d'appel dans l'etendue duquel l'immeuble est situé; Enquoi il s'est bien ecarté de la jurisp. du parl. de toulouse qui ne réputait absents que ceux qui Etaient hors du territoire français, même pour le service de l'état.

2.° Pour Etre autorisé à exciper de la prescription dont il s'agit dans notre art., il faut avoir acquis de bonne foi, par juste titre, qui ne soit point vicié de quelque vice de forme; par ce mot juste titre, on n'entend parler que d'un titre émané du vrai propriétaire, il est évident que dans ce cas, l'acquéreur n'aurait nul besoin de la prescription, mais On doit entendre qu'il soit de nature à transférer la propriété, comme la vente, la donation, car si ce titre Etait précaire, comme l'engagement, la ferme &c. il ne pourrait pas servir de base à la prescription.

3.° il suffit que l'acquéreur ait été de bonne foi au moment de l'acquisition, Enquoi le code a dérogé à la jurisp. observée dans les pays Coutumiers, laquelle exigeait que la bonne foi n'eut point cessé pendant le cours de tout le temps nécessaire pour le complément de la prescription.

4.° il est aisé de sentir qu'en cette matière, toute la difficulté consiste à savoir si l'acquéreur a été, ou n'a pas été de bonne foi au moment de l'acquisition, puisque c'est delà que dépend la question si la prescription a commencé, ou non, de courir.

c'est pour aller au devant de cette difficulté qu'un de nos art. porte que la bonne foi est toujours présumée, et que c'est à celui qui allegue la mauvaise foi, à la prouver. en le décidant ainsi, le code Est allé directement contre le mal jugé qui avait engagé le parl. de Toulouse à ne point admettre la prescription de 30 ans pour l'adoption de la propriété: il faut croire que cette cour était bien fixée sur la disposition de la nov. 119, chap. 7.

Et qu'elle savait par conséquent qu'aux termes de cette nov. l'ignorance de l'aliénation ou de son droit de la part du propriétaire n'était un obstacle au cours de la prescription de 10 ou de 20 ans, qu'autant que l'acquéreur tenait son titre d'un possesseur de mauvaise foi; lors donc que cette cour avait refusé d'admettre ce genre de prescription, elle ne pouvait s'être fondée que sur une présomption de mauvaise foi en la personne de celui de qui l'acquéreur tenait son titre.

Mt. Bien! les auteurs du code ont pensé tout le contraire; ils ont cru que la présomption de bonne foi était de droit, & c'est pour cela qu'ils ont voulu que désormais la prescription de dix ou de 20 ans, eût lieu pour l'adeption de la propriété, pourvû qu'il y eût bonne foi au moment de l'acquisition, ce qui veut dire, pourvû qu'il n'y ait point preuve de mauvaise foi à cette époque, puisque la bonne foi est toujours présumée.

5.° enfin, quoique les architectes & les entrepreneurs se soient assujettis indéfiniment à garantir les ouvrages, à la confection desquels ils ont été préposés, on a cru devoir mettre à cette garantie un terme autre que celui résultant de l'action personnelle dont la durée est de 30 ans, & l'on a pensé que le délai de dix années était suffisant pour se fixer sur un fait dont la connaissance peut fort bien être acquise avant l'échéance de ce terme.

Set. 4.

De quelques prescriptions particulières.

1.° il est des créances d'un tel genre qu'elles ne comportent pas un délai considérable pour fournir à la présomption qu'elles ont été acquittées, & pour donner par ce moyen naissance à la prescription. Ces créances sont de diverses qualités; & les délais, au bout desquels il est permis d'exciper de la prescription, ont été diversement fixées d'après cette base commune, que moins on a de moyens pécuniaires, moins on a de temps à donner à ses débiteurs pour s'acquitter, & plus on doit par conséquent abréger le délai à l'expiration duquel la prescription doit être acquise, parce qu'elle n'est fondée que sur une présomption de payement. Aussi voyons-nous que le code a borné à six mois l'action de toutes les personnes énoncées en l'art. 2271, pour le payement

de leurs journées, fournitures & salaire.

2° il est d'autres créances qui sont de nature à devoir être acquittées dans un bref délai: telles sont celles énoncées en l'art. 2272 du Code, & c'est sous ce rapport qu'elles ont été envisagées par les ordces de 1510 & de 1673, ainsi que par les art. 125, 126 & 127 de la coutume de paris, ensorte que nous pouvons dire avec vérité que le code n'a fait autre chose que renouveller ce qu'avaient déja prescrit les anciennes ordces & ce que l'usage avait consacré.

nous devons pourtant convenir que dans la nomenclature de ceux à qui peut être opposée la prescription d'un an, on trouve des personnes dont il n'était fait aucune mention dans les lois précédentes; de ce nombre sont les maîtres de pension & les huissiers. Cette espèce de prescription est très favorable, & il y a beaucoup de sagesse à avoir déclaré prescrites dans un court délai des dettes que dans l'ordre commun & ordinaire, chacun s'empresse d'acquitter au moment, pour ainsi dire, où elles ont été contractées.

3° la jurisp. n'était pas la même dans tous les tribunaux sur la durée de l'action qu'avaient les procureurs pour le paiement de leurs frais & droits: dans certains d'entre eux, on distinguait l'action relative aux procès terminés, de celle qui l'était aux procès en état de poursuite actuelle: on n'accordait que deux ans pour les premiers, & l'on en donnait 6 pour les autres: cette distinction n'était point admise au part de toutes: on y jugeait que dans tous les cas, l'action durait 30 ans. Le code a très sagement fait de limiter la durée de cette action.

4° la continuation de fournitures, de livraison, de service, ou de travaux ne met pas d'obstacle au cours de la prescription dans tous les cas énoncés aux art. 2271, 2272 & 2273, mais elle cesse de courir dès l'instant qu'il y a arrêté de compte: parce que cet arrêté produit une action personnelle qui dure 30 ans. Elle cesse aussi, s'il y a citation en justice, pourvu que cette citation ne périme point. cependant comme la loi n'a en vue que de soustraire ces cas particuliers à l'exécution du droit commun en matière de prescription, & que, malgré la présomption résultante du laps du temps, il serait possible que la dette n'eût pas été acquittée, le code qui, en cela, s'est conformé à ce qu'avait prescrit l'ordce de 1673, a voulu qu'on pût déférer le serment sur la question de savoir si la chose a été réellement passée à ceux qui feraient usage de la prescription pour s'affranchir du paiement; c'est là

une précaution qu'on a cru devoir prendre pour ajouter autant que possible, à la probabilité résultante du laps du temps, dans les prescriptions qui sont acquises à l'expiration d'un aussi court délai. Au reste, cette précaution n'est point admise dans les prescriptions soumises au droit commun, c'est ce que nous apprenons de Dunod, part 2, chap. 7, pag. 170.

5.° par la manière dont est conçu l'art. 2276 du code, on a laissé indécise une question qui consiste à savoir, au bout duquel temps un avocat ou un avoué qui auraient fourni un récépissé des pièces d'un procès non jugé, pourraient prétendre n'être pas obligés de les représenter : il y a tout lieu de croire que la loi ne parlant que des pièces d'un procès ~~non~~ jugé, lorsqu'elle a fixé à cinq ans le délai pendant lequel ces pièces peuvent être réclamées, sa décision ne doit pas être tirée à conséquence pour les pièces d'un procès non jugé, & que dans ce dernier cas, on retombe dans le droit commun qui fixe la durée de l'action personnelle à 30 ans.

En est-il de même des greffiers ? La loi n'en parle point, mais il y a variété d'opinions là-dessus. Certains auteurs ont cru qu'étant dépositaires publics, les greffiers ne pouvaient en aucun temps exciper de la prescription ; d'autres ont pensé que le laps de 30 années éteignant toute sorte d'action, on ne pourrait pas avec raison exiger d'un greffier après ce délai la représentation des pièces qui lui auraient été remises, qu'on ne le pourrait vis-à-vis de toute autre personne.

6.° l'art. 142 de l'ordre de 1629 avait déclaré prescriptible par le laps de cinq ans les loyers des maisons & le prix des baux à ferme. Le parl. de toulouse se conforma aux dispositions de cette loi par deux arrêts qui ont été rendus récemment, l'un le 7 mai 1779, en l'audience de la grand'chambre, en faveur du Sr. Bonnet contre le Sr. Bertrand, et l'autre le 8 juin 1787, en la 2me chambre des enquêtes, au rapport de Mr. Vailhaury, sur mes écrits en faveur de Jean Montagnon contre le Sr. Beaulet.

arrêt de la cour de cassation du 18 8bre 1809, dans la cause de Baudet contre Lacroix, Sénev. 1809. p. 433

Le code confirme cette jurisp. sur l'un & sur l'autre point,

mais il ha réforme quant aux arrérages des rentes viagères, des rentes foncières, des pensions alimentaires &c. qui ont voulu être soumis à la prescription de 5 ans : au fond, cette disposition paraît très juste ; le délai qu'on donne aux créanciers pour obtenir le payement de ce qui leur est dû, est assez long quand il doit être puni de sa négligence, s'il ne laisse s'accumuler sans former la demande, & d'un autre côté, la loi prévoit par ce temps seulement les intérêts des débiteurs dont la fortune était souvent compromise par la nécessité où il se trouvait de payer des arrérages accumulés depuis un long nombre d'années ; ce qu'il y a de remarquable, c'est que les prescriptions dont nous venons de parler courent contre les mineurs & les interdits, sauf leur recours contre leurs tuteurs, tant elles sont regardées comme favorables.

7° En matière de meubles, la possession vaut titre, parce qu'on n'est pas dans l'usage de passer des actes qui en constatent l'acquisition, vu que les meubles sont communément d'une valeur inférieure à celle des immeubles, & que les marchés se consomment par la tradition. Le droit romain qui devait déclarer prescriptibles par trois ans n'était pas suivi sur ce point en France ; on y soutenait qu'il fallait par moins de 30 ans pour en acquérir la propriété par la prescription : le code en est revenu aux principes du droit romain, puisqu'il borne à 3 années l'exercice du droit de réclamer les meubles perdus par le propriétaire, ou qui lui ont été volés.

Ces dernières motifs font naître la question de savoir si celui, dans les mains duquel se trouve le meuble volé peut, à son choix, réclamer du propriétaire le prix qu'il en a payé, ou s'il est obligé de le relâcher, sans obtenir son remboursement.

Plusieurs auteurs ont traité cette question ; entre autres Loyseau, Du déguerpissement, quest. 9 & 10, Cambolas, liv. 2, chap. 5, Bretonnier sur Henrys, tom. 2, liv. 4, quest. 96, Cujas sur le §. 19, aux instit. tit. 2, liv. 4, tous enseignent conformément aux dispositions de la loi 2, cod. de furtis que le propriétaire peut reprendre la chose, sans en rembourser le prix, à moins qu'elle n'ait été vendue dans un lieu où l'on vend communément les choses de même nature, comme dans les foires & marchés, ou si c'est du bétail ; il faut encore qu'il n'existe aucun soupçon de mauvaise foi ; & Duparc, en son traité de la prescription, pag. 132 & 133, n'accueille de la question que

Nous agitons, s'exprime en ces termes : non tient l'achat de la chose volée pour suspect, quand il est fait à vil prix, de personnes mal famées, & hors des foires & marchés &c. notre code a adopté cette précision.

8° enfin, nous trouvons dans le dernier art. du code l'application de ce ppe, que la loi ne dispose que pour l'avenir. on aurait pû croire que pour l'accomplissement de la prescription, il fallait prendre pour règle les lois qui se trouvent en vigueur au moment où l'on fait usage de cette exception. mais c'est là justement ce que le législateur n'a point voulu, parce que ç'aurait été donner à la loi un effet rétroactif. un exemple va rendre la chose plus sensible.

Supposons que le débiteur d'une rente viagère eût passé quelque tems, avant la publication de notre tit., sans la payer, & que le créancier de cette rente eût laissé s'écouler plus de cinq ans depuis la publication de ce même titre, sans en former la demande. ce débiteur pourra-t-il opposer la prescription au créancier, sous prétexte que le code a rangé les pensions viagères dans la classe des objets déclarés prescriptibles par ce laps de tems? il ne le pourra point parce que la loi a voulu que les prescriptions commencées à l'époque de la publication de notre code, fussent réglées conformément aux lois anciennes, & que dans le ressort du parl. de Toulouse, on jugeait constamment que cette espèce de rente n'était assujettie qu'à la prescription trentenaire.

on a pourtant cru que si les lois anciennes exigeaient le laps de plus de 30 années, depuis la publication du code, pour le complément d'une prescription commencée avant cette publication, la prescription devait être acquise à l'expiration des 30 années qui suivraient cette publication. voici un exemple de cette exception.

Supposons qu'en une matière où, suivant les lois anciennes, la preuve de la possession immémoriale était requise pour l'acquisition d'un droit, v. g. celui de prendre du bois dans les propriétés d'autrui, supposons, disons-nous, que pierre fût, depuis 4 ou 5 ans avant la publication de notre titre, en possession d'aller prendre du bois dans la forêt de jean, si l'on s'en tenait au premier membre de notre art. il faudrait dire que la prescription ne pourrait être acquise que 35 ou 36 ans après la publication de notre tit., parce que cette espèce de prescription ne s'acquérait que par une possession immémoriale, dont la preuve

devait Embrasser du moins l'espace de 40 ans, sans à ce comprendre les autres conditions dont nous avons déja parlé plus haut.

il n'en est pourtant rien; parce que la loi, dans ce second Membre de notre art. a voulu que l'exception prise du laps du tems fut acquise au bout de 30 années à compter de la publication de notre titre, pour les prescriptions alors commencées, qui, pour leur accomplissement, exigeaient un tems plus considérable. nos Législateurs ont voulu que toute action fut éteinte par le laps de trente ans, & que toute Exception fut acquise par le même délai, ensorte qu'après trente années à compter de la publication du code, il ne restât plus de traces des anciens procédés en cette matière.

notre tâche Est remplie quant à l'explication des divers art. dont le code est composé; mais nous croyons devoir vous faire connaître les dispoons d'une loi qui, En quelque sorte, En est une dépendance. Cette loi est du 30 ventose an 12, ou 21 mars 1804; elle fut portée pour réunir En un seul Corps de loi toutes celles dont le code Est formé, & pour en faire la division En trois livres, sans compter le titre Préliminaire: comme les divers titres de chacun de ces livres ont été publiés à différentes Epoques, & qu'on aurait pû croire qu'ils n'étaient Exécutoires qu'à l'expiration du délai Légal qui aurait suivi la publication du dernier de ceux qui sont entrés dans la formation du code, il a fallu déclarer d'une manière expresse que chacune de ces lois recevrait son Exécution du jour qu'elle a dû l'avoir En vertu de sa promulgation particulière, & c'est ce qu'a fait l'art. 6 de notre loi.

jusques là il n'y a point de difficulté; mais on ne peut pas en dire autant de l'art. 7 qui est conçu En ces termes

» à compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, » les ordces, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglemens, » cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui » sont l'objet desdites lois composant le présent code. «

Si le code avait tout prévu & tout décidé, il est clair qu'on n'aurait eu à déférer à la cour de Cassation, que les contraventions à la volonté du Législateur, volonté qui se trouverait consignée dans un code dont l'exécution est impérieusement commandée aux magistrats dépositaires de l'autorité souveraine; mais tant s'en faut que ce code ait tout prévu Et tout décidé, comment donc pourra-t-on faire pour statuer sur des cas non prévus par lui, mais qui l'ont été, soit par les lois romaines, soit par les coutumes ou statuts particuliers, soit enfin par des

ordces anciennes ou modernes? en cette occurrence y aura-t-il lieu au recours en cassation, pour cause de contravention au droit romain, aux coutumes, ou aux lois?

nous pensons qu'on doit distinguer: ou il s'agit d'une contravention aux lois romaines, coutumes ou statuts particuliers, ou bien d'une contravention aux ordces, ou lois anciennes, ou modernes rendues sur des matières non prévues par le code.

dans le premier cas, nous croyons qu'on tenterait vainement le recours en cassation; dans les parl. où le droit romain était le droit commun, en exécution des lettres patentes de charles VIII & de Louis XII, la contravention aux lois romaines, n'ayant jamais été un moyen de cassation contre les arrêts qui s'écartaient de leurs dispoons, comment ces mêmes lois pourraient-elles aujourd'hui donner ouverture à un pareil moyen? ce n'est pas qu'il n'ait été reconnu dans tous les tems que le droit romain devait avoir la plus grande influence sur les décisions à porter dans les cas qu'il a prévus; mais dans le ressort de ces mêmes parlements, les choses en étaient venus à ce point que les lois romaines n'étaient suivies que comme raison écrite, & ce motif ne devait pas naturellement fournir matière à cassation, en cas de contravention à ce qu'elles commandaient.

qu'en pareille occurrence, le juge cherche à appuyer son opinion sur celle des jurisconsultes romains, dont on a si justement admiré la sagacité, on ne pourra qu'applaudir à son zèle; mais s'il s'en écarte dans sa décision, on ne pourra pas lui en faire un crime: son devoir ne va pas jusques là.

ce que nous venons de dire des lois romaines, on doit le dire aussi des coutumes ou statuts particuliers: ils avaient autrefois force de loi parce que la plupart de ces statuts avaient été rédigés par écrit en l'assemblée des trois ordres de chaque province ou sénéchaussée par la permission de nos rois & sous leur autorité: cette rédaction fut commencée en vertu de lettres patentes du roi charles VII qui après avoir chassé du royaume les anglais qui y possédaient plusieurs provinces, voulut donner à ses sujets des preuves de sa sollicitude en leur permettant de rédiger par écrit les usages que jusques là ils avaient été obligés de faire constater au moyen d'enquêtes par turbes

les lois, les successeurs, la continuèrent.

Il n'est pas permis de penser que ces statuts ou coutumes aient encore force de loi, puisqu'ils n'étaient lois que dans l'étendue du territoire pour lequel ils avaient été faits, et que la division actuelle de l'empire en départements, met un obstacle invincible à ce qu'on puisse reconnaître leurs anciennes limites; ainsi point de recours en cassation pour cause de contravention aux dispositions qui y étaient renfermées, quoique la difficulté ne soit ni prévue, ni décidée par le code.

Mais il en est autrement s'il s'agit de lois anciennes ou modernes. Et c'est ici le second membre de notre distinction; celles-ci n'étaient point faites pour régir seulement une petite partie du territoire français; leur pouvoir devait s'étendre partout, et ce pouvoir subsiste encore, tel qu'il était dans le type, à moins que par des dispositions ultérieures il n'ait été dérogé aux dispositions qui y étaient consignées.

Ainsi, de deux choses l'une, ou notre nouveau code a statué sur ce qui faisait la matière de ces lois, ou il n'y a point statué. Dans le premier cas, il n'y a lieu au pourvoi en cassation qui autant que l'arrêt ou jugement souverain a méconnu quelque unes des dispositions de la loi nouvelle, quoique la loi ancienne eut exigé quelque chose de plus parce que le législateur n'a voulu que ce qu'il a commandé dans la loi nouvelle.

Au contraire, dans le second cas, c'est-à-dire, lorsque le législateur n'a rien inséré dans le code, de ce qui faisait la matière des lois anciennes ou modernes, il y aura lieu au recours en cassation pour cause de contravention à ce qui ordonnaient ces lois, parce qu'elles ont conservé toute leur force, de cela seul que le code n'a rien statué sur les matières qui étaient l'objet de ces lois.

Qu'il me soit permis, Messieurs, en terminant notre cours, de vous faire une recommandation qui tient intimement à l'intérêt que je vous porte, c'est de vous livrer à l'étude des lois romaines et françaises; cette étude est indispensablement nécessaire à tous ceux qui ont la noble émulation de fournir une carrière brillante dans la profession à laquelle vous vous destinez: songez que les intérêts les plus chers vous seront confiés, n'oubliez jamais que la fortune et l'honneur des hommes sont le plus souvent dans la main de ceux qui défendent; vous vous rendrez j'en suis sûr, capables de remplir un aussi honorable emploi, par une constante application, et chaque jour vous

aurez à vous rendre le témoignage, que vous avez fait des heureux: Songez que la magistrature est aujourd'hui le prix du mérite & des talents, & que tous les hommes doivent à la patrie le tribut de leurs services: vous la servirez la patrie, en défendant la veuve & l'orphelin, ou en distribuant la justice, comme la servent tant d'autres dans la carrière des armes, & vos services, n'en doutez pas, seront appréciés comme les leurs, par le héros que la providence a appelé à la haute destinée de commander au premier peuple de l'univers.

Fin du commentaire du code napoléon dicté par Monsieur Furgole, professeur à la faculté de droit de toulouse, pendant les années 1808 = 1809 = 1810 & 1811. le 20 juillet 1811. /.

C. d'hiver

d'auriac.

(art. 1616)

Pinelli, dans son traité, sur la loi 2, cod. de rescind. vend.

„manet igitur ex oldrado & innumeris, in eâ re maximum „esse discrimen, à quo incœperit conventio, an à corpore, an à „mensurâ; in eo autem aliquæ sunt species in quibus non „discordant scribentes, in aliis mirè variant; concordant „omnes quandò venditio sic concipitur, ut vendatur certus „fundus suis limitibus declaratus pro unico pretio, licèt „postea addatur quòd est centum jugerum, & talem „alienationem vel concessionem appellant ad corpus; nec „augendum esse pretium, licèt plura jugera reperiantur.“

pothier professe la même doctrine, dans son traité du contrat de vente, part. 2, chap. 3, art. 1, n. 253.

(art. 2148).

„Le créancier qui prend inscription pour sûreté d'une créance actuellement Exigible, n'est pas tenu, à peine de nullité, d'énoncer l'époque à laquelle l'exigibilité a commencé, il suffit qu'il fasse mention que la créance Est exigible. = loi du 4 7bre 1807 — (arrêt de la Cour de cassation du 9 juillet 1811.) Sirey, 1811 pag. 320.

„attendu qu'une créance qui était exigible lors de l'inscription, „en déclarant dans le bordereau que cette créance Etoit exigible, „sans Enoncer de quel jour, il avait été suffisamment „satisfait à la loi.“

(Gain de survie) Le don# ou Gain de survie Est un don Entre-vifs quoique l'exécution en soit suspendue jusqu'à l'époque de la mort, puisqu'il est irrévocable, le caractère distinctif de la donation entre-vifs Etant l'irrévocabilité, leg. 1, ff. de donat.

furgole, sur l'art. 1er de l'ordce de 1731.

menochius, Liv. 3, présumpt. 35, no. 4. = ricard, traité des donaons, 1ère part. chap. 2, no. 22. — —

La question se résoud encore par induction de l'art. 21 de l'ordce de 1731.

Contra. Leg. 2, ff. de mort. caus. donat. ainsi jugé par un arrêt de la cour imp. de toul. du 17 xbre 1811 (en la Cause des mineurs raynal plaidant sous le nom de Les. Biargues leur tuteur contre la dame brilen femme boitel leur mère. pp. cart. & dul.

(Contrat - condition.) il est de ppe invariable qu'en matière de stipulaons contractuelles, on ne doit suivre d'autres lois que celles qui Existaient lors de leur passation, & que lorsque les effets en sont subordonnés à une condition, l'événement de cette condition, à un effet rétroactif au tems du Contrat, de sorte qu'il faut raisonner comme si la condition s'était alors vérifiée. in contractibus conditionalis stipulaõ retrotrahitur ad tempus contractus.

d'olive, Liv. 4, chap. 8; leg. 26, ff. de stipul. serv. leg. 78, de verb. oblig. leg. 11, § 1, ff. qui pot. in pig. hab.

chabot de l'allier, questions transitoires, sous le Mot Contrat, tom. 1, pag. 133 & suiv.

„Le contrat étant une convention irrévocable, il est certain „que tous ses effets doivent être constamment régis par la loi „existante au moment où il a été fait . . . . il est de

» l'essence de l'irrévocabilité que la convention à laquelle elle était
» attachée, ne puisse éprouver par la suite aucune altération, aucune
» modification, aucun changement, et qu'elle soit continuellement
» exécutée, comme elle devait l'être au moment du contrat. «

(D) » quando mortis mentio facta est solum per modum dilaõnis
» atque ita solum in verbis executivis, hoc etiam casu donaõ
» dicitur inter vivos, et illa mortis mentio causâ dilaõnis potius
» et ad demonstrandam executionem facta est. «

(D) (1249) — Subrogation —

il est de principe élémentaire que le subrogé n'est que l'image du subrogeant, & ne peut conséquemment avoir des droits plus étendus que les siens.

Cujas, sur la loi 3, ff. quæ res pig. dar. poss. explique ainsi les Effets de la subrogaõn. eadem hypotheca et idem ipsum pignus Et jus omne quod in pignore habuit prior creditor, transiisse in posteriorem intelligitur.

Renusson, traité de la subrogaõn, chap. 14, n° 8.

» la subrogaõn, dit cet auteur, ne doit pas rendre la condition du
» débiteur plus fâcheuse à l'égard du nouveau créancier qui est subrogé,
» qu'elle ne l'était à l'égard de l'ancien qui a été payé. la condition
» du débiteur peut bien être rendue pareille et égale, ou plus douce
» mais elle ne peut pas être plus onéreuse. Subrogatio est transfusio
» unius creditoris in alium eâdem vel mitiori conditione, Comme dit
» me Charles dumoulin, en son traité des usures, n° 276, in fine
» et au nombre suivant, non est creatio novi reditus, sed potius
» creditoris mutaõ, et simplex et nuda versura eâdem vel
» mitiori conditione.

(D). art. 1351.

pour que l'exception de la chose jugée puisse être invoquée utilement il faut qu'une question déja jugée soit reproduite entre les mêmes parties, au moyen du même genre d'action, et que l'objet de la demande soit aussi le même. Sans le concours de ces diverses conditions requises per modum unius, l'exception

ne peut avoir lieu. et Generaliter, ut Julianus definit, Exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur. Leg. 7, §. 4, ff. de except. rei judic. Cum quæritur hæc exceptio noceat, nec nè, inspiciendum est an idem Corpus sit ... quantitas eadem, idem jus ... et an eadem Causa petendi, et eadem conditio personarum Quæ nisi omnia Concurrant alia res Est. Leg. 13, 14, ff. eod.

(2) art. 2052 —

ord^ce du mois d'avril 1560.

Cette ord^ce veut „que contre icelles (transactions) nul ne soit „après reçu sous prétexte de lésion d'outre moitié du juste prix „ou autre plus grande quelconque, ou ce qu'on dit en Latin „dolus reipsâ, mais que les juges, à l'entrée du jug^t, s'il n'y „autre chose alléguée contre icelles transactions, déboutent „les impétrants des Lettres & de l'effet & entérinement d'icelles, „et les déclarent non-recevables."

Decret du 7 mars 1793, an 1er de la Rép.

„La convention nationale décrète que la faculté de disposer „de ses biens, soit à cause de mort, soit entre-vifs, soit par „donation contractuelle en ligne directe, est abolie; en conséquence „que tous les descendants auront un droit égal sur le „partage des biens de leurs ascendants.

(2) Décret du 9 mars 1793. an 1er de la rép.

„La convention nationale décrète que les prisonniers détenus, pour „dettes seront élargis, et que la contrainte par Corps est abolie;

Sont exceptés de l'abolition les ~~comptables~~ des deniers publics.

Décret du 30 mars 1793.

ne peut Etre prononcée pour dettes de ~~un~~ mois de nourrice.

Loi du 25 août 1792.

453 Loi du 12 8bre 1789 (Decret du 3)

"L'assemblée nationale décrète que les particuliers, Corps, communautés & gens de main-morte, pourront à l'avenir prêter l'argent à terme fixe, avec stipulaon d'intérêt suivant le taux déterminé par la loi, sans entendre rien innover aux usages du commerce." (Lois des 3 août 1793, 23 nivose, 19 ventose an 3, & 15 plur. an 5.)

— donation — insinuation — transcription — C. n. art.

La transcription d'une donaon peut être faite valablement en tout tems même après le décès du donateur. (arrêt de la cour de cassaon du 17 avril 1811, dans la cause des srs Rougié & Lafarge. attendu que sous l'ordce de 1731, l'insinuation n'était requise qu'après la mort du donateur, & qu'il n'est point de délai fatal pour la transcription.

(I) En renouvellant aujourd'hui une ancienne inscription prise pour une hypothèque générale, il n'est pas nécessaire de désigner les immeubles qu'elle frappe. [vid. deux décisions des ministres de la justice & des finances rapportées par coffinières dans son ouvrage sur le C. n. vest. inscrip. hypot. n°. 14 & 15.]

une pareille désignaon est inutile, si l'on inscrit pour la première fois une hypothèque générale ~~inscrite~~ consentie avant le code

arrêt de la cour imp. de Liège du 8 août 1811, cause des srs Wacquant et évérard. sur ce motif que les nouvelles lois n'ont pas voulu porter atteinte aux hypoth. légalement acquises avant leur promulg. Et que ce serait en effet dénaturer ces hypothèq. que de restreindre à certains biens du débiteur celles qui devaient les grever tous.

(*) L'individu qui fournit, à prix d'argent, des remplaçants aux conscrits fait un trafic illicite; en conséquence on doit déclarer nulle la convention par laquelle cet individu s'oblige, moyennant une somme déterminée à faire remplacer un conscrit, en cas que le sort l'appelle au service militaire (journal du barreau 1811)

(art. 1912) Cet art. est applicable au débiteur d'une Rente constituée avant la publication du code napoléon, lorsque ce débiteur a négligé, depuis la promulgaon de ce code, de servir la rente pendant deux années. Vainement prétendrait-on, pour soutenir le contraire, que les Contrats doivent être régis par les lois sous l'empire desquelles ils ont été passés, et qu'ainsi ce serait donner un effet rétroactif au code napoléon que d'appliquer une de ses dispoons nouvelles au débiteur d'une rente constituée avant sa promulgaon? il faut en effet distinguer entre ce qui est de la nature et de l'essence du contrat, & ce qui est purement du fait de l'un des contractans. La nature d'une rente constituée est d'être perpétuelle; cela est vrai sous le code nap. comme auparavant. Le débiteur n'a qu'à remplir ses obligaons, il ne pourra jamais être contraint au Rachat; mais s'il néglige de les remplir, il peut être puni pour sa négligence, et le rachat est la peine prononcée en ce cas par la loi nouvelle. cette loi n'a point pour cela d'effet Rétroactif, puisqu'elle n'anéantit aucun droit acquis en vertu des lois antérieures, & qu'elle ne fait que punir une négligence qui n'est pas un droit. arrêt de la cour de Cassation rendu le 6 juillet 1812, après trois délibérés, qui adoptant ces ppes, a cassé un arrêt de la cour impériale de Gênes du 6 juin 1810, qui avait décidé le contraire.

il existe deux arrêts rendus par la cour impériale de Toulouse qui ont décidé comme l'avait fait la cour de Gênes. Le 1er fut rendu le 10 janvier 1809, dans la cause de la dame Sers d'Advizard contre la dame Aymar, & le second, le mars 1812, dans la cause de Vialon contre la dame garambert. —

(negativa praeposita verbo potest, tollit potentiam juris et facti, & inducit necessitatem praecisam designans actum impossibilem. — Dumoulin sur la loi 1, ff. de verb. oblig. n° 2.)

BIBLIOTHEQUE TOULOUSE 1 CAPITOLE ARSENAL

Cat. liv. 4, chap. 16, Lapeyrère, Lett. P, n°. 125,
Bocrius, décis. 23, n°. 6, 10 & 12, du moulin,
Tract. de usur. quest. 28, n°. 288 & 291, Faber
dans son code, liv. 4, tit. 14, déf. 21.

Mr. bigot de préameneu —
Exposé des motifs sur les art. 926 – 927, pag.
Mr. jaubert (rapport) pag. 338
Favard (discours) pag. 383.



