CHIM 4589

Ex Libris
J. DAUVILLIER

UNIVERSITÉ SCIENCES SOCIALES TOULOUSE
CENTRE HISTOIRE JURIDIQUE

Y1-47(1)

OBSERVATIONS
SUR
LES ARRETS
REMARQUABLES
DU PARLEMENT
DE TOULOUSE,

Recueillis par Meſſire JEAN DE CATELLAN, *Conſeiller au même Parlement.*

Enrichies des Arrêts nouveaux, rendus ſur les mêmes Matieres.

Par GABRIEL DE VEDEL, Ecuyer, Docteur, & Avocat au Parlement de Toulouſe.

Nouvelle Edition, revue & corrigée, & conſidérablement augmentée.

TOME PREMIER.

A TOULOUSE,
Aux dépens de JEAN-FRANÇOIS FOREST.

M. DCC. LVIII.
AVEC PRIVILEGE DU ROI.

AVERTISSEMENT.

LE principal objet d'un Auteur, qui met ſous la preſſe, doit être l'intérêt public, ſans que l'amour propre, ou l'intérêt particulier trouve place dans ſes vues & dans ſes démarches. Ce motif eſt encore plus preſſant dans celui dont les Ouvrages tendent uniquement au bien général de la Juſtice, & à faire rendre à un chacun ce qui lui appartient ; & c'eſt ce qui m'a déterminé à mettre au jour un Supplément & des Additions à mes Obſervations ſur les Arrêts recueillis par M. de Catellan.

Depuis les deux Editions qui ont été faites de ces Obſervations, SA MAJESTE', par un effet de ſon zele pour le bien de la Juſtice, dont l'amour eſt une Vertu vraiment royale, a trouvé à propos de rendre pluſieurs Ordonnances qui dérogent à la Juriſprudence de ce Parlement en certains chefs, & la confirment en d'autres. Je ne puis donc garder le ſilence ſur un

point auſſi intéreſſant pour le Palais ; & je me vois obligé de retoucher, & d'additionner à des Obſervations qui ont eu le bonheur d'être favorablement accueillies, & qui ſembleroient aujourdhui défectueuſes, ſi elles étoient privées d'un Supplément qui diſpenſera le Lecteur du ſoin de conférer les nouvelles Ordonnances avec les anciens Préjugés de ce Parlement & les Maximes qu'il a adoptées, & d'aller fouiller dans les différens articles de ces mêmes Ordonnances, pour faire cette opération. J'ai cru d'ailleurs devoir donner un plus grand jour aux Queſtions que j'avois déja traitées, & ſuppléer même à certains Chapitres du Recueil que je n'avois pas touchés, & dont la matiere m'a paru intéreſſante.

PREFACE.

LE principal objet de l'étude, eſt de s'inſtruire ſoi-même ; mais ce n'eſt point aſſez pour l'Avocat qui s'eſt dévoué à ſa Patrie, en lui conſacrant ſes veilles & ſes travaux, s'il ne fait part au public des connoiſſances, qu'il peut avoir acquiſes, & de ce qu'il a digéré dans la ſolitude du cabinet, après l'avoir cueuilli dans le champ fertile du Barreau.

La profeſſion des Loix, qui n'eſt ni moins noble, ni moins utile à l'Etat, que celle des Armes & de la Guerre, fut mon partage. Je crus que le plus grand fruit que je pouvois tirer de leur étude, conſiſtoit à connoître l'uſage & l'application que les Parlemens en font, & la juriſprudence de celui-ci ; ce qui m'attacha ſingulierement à la docte compilation d'Arrêts de feu Monſieur de Catellan, & m'entraîna à la diſcuſſion du droit, & des maximes qui leur ont ſervi de fondement.

Je trouvai dans ce vaſte recueuil, de quoi nourrir l'eſprit, & flater agréablement le goût. L'érudition & l'élégance du diſcours alliés enſemble, la haute réputation du Magiſtrat, auſſi récommendable par ſes vertus, que diſtingué par ſa naiſſance, furent autant d'attraits pour moi, dans les Obſervations que j'ai faites, qui auroient été réſervées pour mon

propre uſage, ſi je n'avois conſulté que mon penchant.

Je connois le riſque que court aujourdhui celui qui ſe donne pour auteur; il a tout à craindre du côté de la critique, devenue & plus fine & plus délicate, à meſure que le ſiecle eſt devenu plus éclairé, & il n'a preſque rien à eſpérer du côté de la louange, par je ne ſçai qu'elle fatalité, attachée aux meilleurs ouvrages, rarement couronnés pendant la vie de leur auteur. Mais ayant conſidéré que ces Obſervations, (quoiqu'infiniment au deſſous des éloges) ne ſeroient peut-être pas inſtructueuſes au public, par la diſcuſſion que j'y ai faite des maximes du droit, & par le grand nombre de nouveaux arrêts, que j'ai eu ſoin d'y faire entrer; ce fut aſſez pour me déterminer à les mettre au jour.

La ſcience des arrêts eſt épineuſe & fautive, parce qu'il eſt rare qu'on puiſſe faire une juſte application d'un arrêt de préjugé, les eſpeces ſe rencontrant difficilement les mêmes; c'eſt ce qui fait qu'on ne doit déférer aux préjugés, qu'autant qu'ils ſont conformes aux vraies maximes du droit, quelque reſpectables qu'ils ſoient d'ailleurs, par le caractere que l'autorité ſouveraine du Prince leur imprime.

La meilleure méthode pour démêler la diſpoſition d'une loi, eſt de l'expliquer par les loix mêmes, les gloſes répandent ſouvent des nuages ſur le texte, loin de les diſſiper. C'eſt par les principes qu'on

s'oriente toujours dans le vaſte océan des loix romaines; ils doivent nous ſervir de bouſſole dans cette navigation périlleuſe, où l'on rencontre tant de différens écueuils.

L'hiſtoire du droit contribue beaucoup à nous rendre l'uſage des loix propre & familier, & à nous tirer des embarras, où leur contrariété apparente nous jetteroit.

C'eſt par-là que le Juriſconſulte, découvrant les changemens ſurvenus dans la juriſprudence romaine, apprend à concilier les loix, & à dénouer les difficultés qu'elles préſentent.

C'eſt du corps du droit civil & canonique, que ſe ſont formées les plus riches bibliotheques; de là tous ces volumes de doctrine de nos Interpretes; ces regles qui ont ſervi d'appui à ce grand nombre d'arrêts, répandus dans les Arreſtographes; c'eſt donc dans cette ſource féconde qu'il faut puiſer les déciſions.

Mais pour y réuſſir dignement, il faut ſe faire une étude capitale des loix civiles & canoniques, & de leurs véritables maximes.

Les loix romaines ſont l'ouvrage de la ſageſſe même; rien n'eſt ſi judicieux que les réponſes des Juriſconſultes; rien n'eſt plus juridique que les reſcrits des Empereurs. C'eſt ce qui a porté les ſouverains Pontifes à régler la plus grande partie de leurs décrets ſur les maximes du droit romain.

Ces loix ont paru ſi reſpectables qu'elles ont été reçues & ſont conſultées comme raiſon écrite, dans

les provinces de ce Royaume, qui ſe régiſſent par les coutumes; & l'on peut dire qu'elles ſont devenues le droit commun de la France, ſous la protection & l'autorité de nos Rois.

De-là ſe tire la néceſſité commune à tous les Juriſconſultes françois, de faire une étude ſinguliére des loix, ſans trop donner à l'interprétation des Docteurs qui ont été la plupart les copiſtes les uns des autres, par une aveugle prévention pour l'autorité de leurs Maîtres; & c'eſt ce qui a donné lieu à pluſieurs erreurs de ſe perpétuer.

J'ai tâché d'éviter ces erreurs, par le ſoin que j'ai pris de régler mes Obſervations ſur les maximes du droit, ſans pourtant m'écarter par une ſingularité bizarre de ſentimens, de l'opinion commune de nos Docteurs françois, à qui l'uſage & l'application que les Parlemens font des loix civiles & canoniques, eſt le plus connu.

Si ce n'eſt pas faire uſage de ſon eſprit, & de ſes lumieres, que de ſouſcrire aveuglément à la déciſion d'autrui, c'eſt auſſi le fruit empoiſonné de l'amour propre, de prétendre dominer ſur une opinion communément reçue, ſans avoir de puiſſantes raiſons pour s'en ſéparer, & ſans en bien convaincre le lecteur.

J'ai tâché d'éviter encore, l'écueuil trop ordinaire de la plupart de ceux qui entreprennent de pareils ouvrages; la prolixité qui les fait ſortir des bornes de la ſimple obſervation, & cette brieveté ſeche & ſtérile qui laiſſe le lecteur preſque vuide.

Pour ce qui concerne les arrêts nouveaux, que j'ai répandus dans cet ouvrage, ils ont été recueillis avec beaucoup d'exactitude, ou par de dignes Magiſtrats de ce Parlement, qui les ont vu rendre, ou par de célebres Avocats qui ont, ou plaidé, ou écrit dans les cauſes jugées par ces mêmes arrêts; ainſi je puis aſſurer le lecteur qu'ils ſont tous fideles dans leur diſpoſitif; ce qui ne doit point être révoqué en doute, quand même il ſe ſeroit gliſſé quelque erreur dans les dates, ou dans le nom des parties, ce qui arrive ſouvent aux Arreſtographes les plus exacts.

TABLE DES CHAPITRES CONTENUS DANS CE PREMIER VOLUME.

LIVRE PREMIER.

Des Matieres Eccléſiaſtiques.

CHAP. I. *DE la collation d'un Bénéfice, faite avant l'enterrement du dernier Titulaire.* page 1

Chap. II. *Du patronage réel, & perſonnel.* 5

Chap. III. *Obſervation ſur le troiſieme & quatrieme chapitre du Regrès* 10

Chap. IV. *Du Regrès de celui qui a reſigné dans le cas de vieilleſſe ou maladie.* 20

Chap. V. *Du Titre Clérical.* 22

Chap. VI. *De l'accuſation de révélation de confeſſion ; ſi c'eſt délit commun ou royal.* 29

Chap. VII. *Des fondations & rentes obituaires, & de la faculté de rachat qui y eſt appoſée.* 32

Chap. VIII. *Des intérêts du legs fait à l'Egliſe.* 35

Chap. IX. *De la preſcription de 40 ans contre l'Egliſe.* 37

Chap. X. *De la préſentation des Vicaires amovibles.* 38

Chap. XI. *Sur la condamnation de fournir des ornemens à l'Egliſe, contre les Laïques.* 41

Chap. XIII. *Des graces expectatives.* 44

Chap. XIV. & XV. *De la dîme des menus fruits, & de l'uſage*

ſage de la payer à diſcrétion. 47
Chap. XVI. *De la preſcription contre les Chevaliers de Malthe, & contre les Religieux de la Merci.* 54
Chap. XVII. *Du décret* de pacificis poſſeſſoribus, *& du bénéfice ſacerdotal par la fondation.* 56
Chap. XVIII. *Du legs pieux fait par le fils de famille.* 63
Chap. XIX. *De l'appel comme d'abus d'une procédure faite pour correction de mœurs par un Supérieur régulier.* 66
Chap. XX. *De la reſtitution envers les vœux de religion, & lequel doit prévaloir pour la preuve de la naiſſance, le livre du pere, ou le régiſtre des Baptêmes.* 71
Chap. XXI. *Comment les Chapelles de patronage laïque peuvent être ſpiritualiſées, & de l'effet d'une préſentation nulle.* 76
Chap. XXII. *De la preuve de la révocation de la réſign.* 80
Chap. XXIII. *De l'héritier dont le teſtateur a chargé la conſcience d'employer une ſomme en œuvres pies.* 83
Chap. XXIV. *De la preſcription de la cote de la dîme contre un acte qui la regle.* 84
Chap. XXV. *De la variation du Patron laïque.* 85
Chap. XXVI. *Si le Vicaire-Général ayant conféré à un incapable ſur la préſentation du Patron, l'Evêque peut conférer à un autre.* 88
Chap. XXVII. *D'une ſeconde réſignation faite dans les trois ans de la premiere.* 92
Chap. XXVIII. *Obſervation ſur la diſpenſe de parenté au quatrieme dégré, accordée par l'Evêque.* 96
Chap. XXIX. *Si le reſcrit portant abſolution d'une irrégularité, s'étend aux actes de même eſpece réitérés entre le reſcrit & la fulmination.* 102
Chap. XXX. *Des penſions ſur les bénéfices de chœur, & ſi le Chapitre doit les payer, lorſque les titulaires ne ſervent point leurs bénéfices.* 103
Chap, XXXI. *Du crime de ſimonie.* 105
Chap. XXXII. *Si on peut obliger un chanoine à ſe faire promouvoir aux ordres ſacrés.* 110

Chap. XXXIII. *Du droit du curé à l'égard des fondations faites dans ſon Egliſe, des arrérages de rente & réparations payées par les bénéficiers.* 114
Chap. XXXIV. *De la concorde paſſée ſur litige, & ſi elle peut être révoquée. S'il ſuffit au pourvû de cure en ville murée d'être gradué avant le* Viſa. 115
Chap. XXXV. *De la preſcription du fonds eccéſiaſtique, & ſi l'inſtitution d'un Prêtre à la charge de célébrer des Meſſes, & de rendre à un Prêtre de ſa famille avec même charge, fait un obit ou chapelle.* 120
Chap. XXXVI. *Du droit de viſite des Evêques à l'égard des Egliſes exemptes.* 123
Chap. XXXVII. *De la portion congrue.* 125
Chap. XXXVIII. *Des dîmes inféodées, & comme elles doivent contribuer au payement de la portion congrue.* 127
Chap. XL. *De l'emprunt fait par un Chapitre pour le payement des charges ordinaires.* 131
Chap. XLI. *Si on peut appeller de la Sentence du Métropolitain*, omiſſo medio. 133
Chap. XLII. *Du titre fait par l'Ordinaire dans les quatre mois, mais après le mois donné par le fondateur au patron. S'il faut que l'Ordinaire conférant par dévolution, en faſſe mention dans ſon titre.* 134
Chap. XLIII. *Où doit être porté l'appel de la Sentence donnée ſur la fulmination d'un reſcrit de Rome, pour la diſpenſe d'une irrégularité publique.* 135
Ch. XLIV. *Quand eſt-ce qu'une Chapelle eſt ſacerdotale?* 136
Chap. XLV. *De la regle* veriſimili notitia obitûs. 138
Chap. XLVI. *Si le Chapitre peut, le Siege vacant, deſtituer les officiers de la Temporalité.* 141
Chap. XLVII. *Du* Viſa, *où il n'eſt pas fait mention de la préſence du pourvû.* 143
Chap. XLVIII. *De ce qui eſt néceſſaire pour acquerir par preſcription le droit de patronage.* 145
Chap. XLIX. *Cas ſingulier*, ou, *titre fait* à non habente poteſtatem *ne laiſſe pas d'être bon.* 147

Chap. L. *De la réſignation d'un bénéfice dont l'union a été ordonnée pour avoir ſon effet après la mort du titulaire.* 149
Chap. LI. *Des Conſeillers-clercs des Parlemens, & de la préſence qui leur eſt accordée. De la préſence des Bénéficiers malades.* 152
Chap. LII. *De la Sentence interlocutoire du juge d'Egliſe.* 154
Ch. LIII. *En quel ſens le legs pieux eſt regardé comme dette.* 155
Chap. LIV. *Comment ſuccedent les Jéſuites ſortis de leur compagnie après leurs vœux.* 157
Chap. LVI. *Du Vice-Légat d'Avignon.* 160
Chap. LVII. *De la dépouille d'un Religieux.* 162
Chap. LVIII. *De la regle* de infirmis reſignantibus, *à l'égard des permutations faites entre les mains de l'Ordinaire.* 164
Chap. LIX. *Du Théologal.* 167
Chap. LX. *Si l'aſſignation ſuffit pour interrompre la preſcription du triennal poſſeſſeur du bénéfice. Si c'eſt au dévolutaire ou au poſſeſſeur à prouver le vice ou la validité du titre du réſignant. Si les proviſions ſont ſubreptices, lors qu'il y a été expoſé que le bénéfice* in commendam obtineri conſueverat, *quoiqu'il ne ſoit pas établi qu'il y ait d'autre commende que celle du prédéceſſeur immédiat. Le dévolutaire doit venir prêt.* 169
Chap. LXI. *Si le juge d'Egliſe peut admettre en preuve de la promeſſe de mariage, & s'il peut ordonner que les parties, dont l'une refuſe, ſe préſenteront devant un Prêtre pour la célébration du mariage.* 171
Chap. LXII. *Si un Chanoine régulier qui, ayant permuté ſa chanoinie avec une autre du même ordre, revient dans ſa premiere chanoinie, reprend ſon rang.* 174
Chap. LXIII. *Du dévolut, & comment ſe doit entendre la maxime qu'il faut atteindre le vice ſur le front de celui ſur qui on jette le dévolut.* 176
Chap. LXIV. Des Marguilliers. *Et s'ils peuvent répudier un legs fait à l'égliſe, ſous prétexte de ſon inſuffiſance pour le ſervice dont il eſt chargé. Du droit de conceder les ſépultures.* 178

Chap. LXV. *Du bail des cautions du dévolutaire.* 184
Chap. LXVI. *Des places des prêtres qui vivent en commun, deſtituables par la communauté; & ſi elles peuvent comme bénéfices être impétrées en Cour de Rome.* 186
Chap. LXVII. *D'une cure deſſervie dans une égliſe cathédrale ou collégiale. Si la poſſeſſion de préſenter le vicaire amovible acquiert le droit de préſenter le vicaire perpétuel ou nouvellement créé. Quelle preſcription eſt requiſe pour acquerir un bénéfice à une égliſe?* 188
Chap. LXVIII. *Des certificats d'étude.* 190
Chap. LXIX. *Si la profeſſion faite par force, & ſuivie d'une réclamation dans les cinq ans, eſt ratifiée par le ſilence de cinq ans après la crainte ceſſée. S'il eſt néceſſaire que les freres de la religieuſe réclamante ſur les violences du pere, ſoient appellés lors de la fulmination du reſcrit. Si un mariage peut être confirmé, quoique fait au préjudice d'une appellation comme d'abus.* 191
Chap. LXX. *Des dîmes novales.* 195
Chap LXXII. *De la néceſſité d'exprimer clairement le nom & ſurnom du réſignataire. De la réſign. à cauſe de mort.* 200
Chap. LXXIII. *S'il faut néceſſairement déclarer y avoir ou n'y avoir point d'abus dans les ordonnances dont il y a appellation comme d'abus relevé. Si le chapitre curé primitif, peut faire l'office aux enterremens des morts.* 202
Chap. LXXIV. *Si un Soûdiacre condamné aux galeres pour dix ans, après les dix ans, a beſoin de reſtitution pour être promu aux autres ordres ſacrés, & à qui il appartient d'accorder cette reſtitution.* 204
Chap. LXXV. *Si entre gradués nommés il faut regarder l'ancienneté de la nomination. Si les défauts de grade peuvent être oppoſés par l'impétrant au dévolutaire en Cour de Rome.* 206
Chap. LXXVI. *De l'énonciation de la directe en faveur de l'Egliſe.* 208

LIVRE SECOND.

Des Succeſſions.

CHAP. I. *DE la clauſe dérogatoire.* page 211
Chap. II. *Du Teſtament imparfait en faveur des héritiers* ab inteſtat. *De la ſimple révocation d'un Teſtament.* 217
Chap. III. *Du Teſtament fait aux champs.* 224
Chap. IV. *&* V. *Si le Teſtament retenu par écrit peut valoir comme nuncupatif.* 227
Chap. VI. *De la prétérition des enfans ou aſcendans. De la Clauſe codicillaire.* 233
Chap. VII. *Si la ſubſtitution réciproque faite par le pere entre ſes enfans, comprend la légitime.* 241
Chap. IX. *Si cette clauſe ajoutée à l'inſtitution d'héritier*, étant aſſuré que s'il vient à décéder ſans enfans, il ſuivra l'ordre de la nature, &c. *contient une ſubſtitution en faveur des plus proches.* 243
Chap. X. *Si la preuve du fidéicommis peut être reçue par d'autres témoins que les témoins numéraires du teſtament. Si on admet toujours en preuve du fidéicommis verbal.* 252
Chap. XI. *Si les Religieux peuvent être témoins dans les teſtamens.* 256
Chap. XII. *Si celui qui ne ſçait pas lire l'écriture de main peut faire un teſtament clos.* 262
Chap. XIII. *De la ſubſtitution aux biens donnés, & ſi elle doit être faite nommément aux biens donnés.* 264
Chap. XIV. *De la donation faite dans le contrat de mariage au futur époux & à ſes enfans, ou bien au futur époux, ou à ſes enfans.* 268
Chap. XV. *Si la donation faite par le pere dans le contrat de mariage de ſon fils au premier mâle qui en deſcendra, ou à ſon défaut, à la premiere fille ſuivant l'ordre de primogéni-*

ture, appartient à la fille de l'aînée prédécédée, ou à la ſeconde fille ſurvivante à ſon pere. 271

Chap. XVI. *Si le donataire de tous les biens, à la réſerve d'une certaine ſomme, contribue aux frais funéraires lorſqu'il y a un héritier; & du privilege des frais funéraires.* 272

Chap. XVII. *Si les petits-fils* ex filio præmortuo, *inſtitués par leur aïeul, héritiers égaux avec les petis-fils,* ex alio filio præmortuo, *doivent conférer la donation faite à leur pere.* 273

Chap XVIII. *Si les petits-fils,* ex filio præmortuo, *répudians l'hérédité de leur pere, ſont obligés d'imputer ſur la légitime qui leur compete ſur les biens de leur aïeul, ce que leur pere avoit reçu de cet aïeul.* 274

Chap. XIX. *De la ſubſtitution faite ſous deux conditions alternatives ou conjonctives.* 276

Chap. XXI. *De la renonciation aux droits maternels, ſauf future ſucceſſion.* 281

Chap. XXII. & XXIII. *De la renonciation aux droits paternels, ſauf future ſucceſſion.* 282

Chap. XXV. *Si la qualification de mâles, miſe aux derniers dégrés de ſubſtitution, eſt préſumée répétée aux premiers dégrés.* 286

Chap. XXVII. *Si l'héritier chargé de rendre, peut élire un des enfans du ſubſtitué prédécédé, qui viennent par tranſmiſſion au fidéicommis fait en faveur de leur pere, ou ſi ce fidéicommis appartient également aux enfans ſurvivans à l'héritier.* 293

Chap. XXVIII. *La donation étant faite par le pere dans ſon contrat de mariage à un des enfans qui en proviendront, tel qu'il élira; & en défaut de ſon élection, tel que ſa femme élira; & en défaut, tant par lui que par ſa femme de nommer, à l'aîné: à qui appartient cette donation en défaut de nomination du pere & de la mere; ou à celui qui ſe trouve l'aîné lors du décès du pere prémourant, ou à celui qui ſe trouve l'aîné lors du décès de la mere, qui décede la derniere. Et ſi l'élection tacite contenue ſous l'inſtitution d'héritier, faite par le pere, ceſſe par l'élection expreſſe de la mere.* 296

Chap. XXX. *Si l'héritier chargé de rendre, qui a joui durant moins de dix ans, doit imputer les fruits perçus ſur la quarte trébellianique à proportion du temps de ſa jouiſſance.* 301
Chap. XXXII. *Si la donation univerſelle contient une élection tacite en fidéicommis. Si elle la contient lorſqu'il y a un teſtament portant inſtitution d'un autre éligible. Si l'inſtitution d'un éligible étant caſſée, l'élection tacite ſubſiſte.* 304
Chap. XXXIV. *Si le legs reçu par le légataire, l'empêche d'impugner le teſtament. Si le pere doit ajouter le titre d'inſtitution à la légitime qu'il legue à ſes enfans lorſqu'il inſtitue un étranger. De l'inſtitution d'un fils en cinq ſols.* 305
Chap. XXXVI. *De l'héritier inſtitué ou ſubſtitué pupillairement* in re certa. 309
Chap. XXXVII. *Si la ceſſion de tous les droits paternels, faite par la ſœur à ſon frere, moyennant certaine ſomme, empêche la demande du ſupplément de légitime dans les* 30 *ans.* 311
Chap. XXXVIII. *Si le teſtament écrit & ſigné par le teſtateur, vaut en faveur de la cauſe pie, ſans notaire & témoins.* 312
Chap. XL. *De la femme inſtituée héritiere en l'uſufruit par le teſtament de ſon mari, pour en jouir pendant ſa vie, à la charge de nourrir & entretenir les enfans.* 317
Chap. XLIII. *Si les petits-fils peuvent demander un ſupplément de légitime ſur les biens de leur aieul, lorſque le pere ou la mere prédécédés y ont renoncé.* 318
Chap. XLIV. *De la prohibition ou décharge de faire inventaire. Si l'inventaire fait par le défunt peut décharger l'héritier d'en faire un autre.* 319
ARRET de la Cour du Parlement de Toulouſe, du 15 Juillet 1747, concernant l'ouverture des teſtam. clos. 324
ARRET de la ſouveraine Cour de Parlement de Toulouſe, du 27 Juin 1750, qui maintient les Notaires de la ville de Montpellier au droit de procéder à la confection de inventaires volontaires, avec défenſes tant aux Officier du Sénéchal, Préſidial de ladite ville, qu'à tous autres.

de troubler leſdits Notaires dans leſdites fonctions. 326
Chap. XLV. *Quels legs peut faire le pere, qui, mariant ſon fils, a promis de l'inſtituer héritier, à la charge de payer ſes legs.* 333
Chap. XLVI. *Si le pere peut, au préjudice de ſes créanciers, renoncer à l'uſufruit qu'il a ſur le legs fait à ſon fils?* 335
Chap. XLVIII. *Des mots* Item, *je legue*, ou *legue auſſi.* 337
Chap. XLIX. *Si le muet & ſourd de naiſſance, peut faire teſtament pourvu qu'il ſçache écrire, & ſoit capable d'affaires par l'écriture.* 338
Chap. L. *Si le fils héritier de ſon pere peut demander la légitime & la falcidie. S'il peut omettre la légitime & demander la falcidie.* 341
Chap. LI. *Du legs d'uſufruit, ou des fruits & revenus juſqu'à certain temps ou juſques à l'échéance de certaine condition.* 343
Chap. LII. *Des dépens obtenus contre l'héritier ſous bénéfice d'inventaire.* 344
Chap. LIII. *De l'inſtitution du Poſthume.* 347
Chap. LIV. *Du teſtament fait en temps de peſte.* 348
Ch. LV. Du teſtament Militaire. *Si le teſtam. retenu par l'Aumônier du Régiment a beſoin de réſomption des témoins.* 352
Chap. LVI. *Du teſtament mutuel.* 361
Chap. LVII. *De ceux qu'il faut appeller à la faction de l'inventaire.* 362
Chap. LVIII. *De la jouiſſance des biens d'un abſent.* 364
Chap. LIX. *Si l'héritier chargé de rendre à un d'entre pluſieurs, à ſon choix, après qu'il s'eſt déclaré chargé verbalement de rendre à celui des éligibles qu'il vient à nommer, peut enſuite en élire un autre.* 366
Chap. LX. *De l'élection tacite.* 368
Chap. LXI. *Si la ſubſtitution faite au légataire étranger, s'il décede en pupillarité, comprend la vulgaire.* 369
Chap. LXII. *Si ce que l'héritier a par ſon induſtrie, à l'occaſion des biens ſubſtitués, appartient au fidéicommiſſaire.* 370
Chap. LXIII. *De la ſubſtitution, ſi l'héritier eſt décédé ſans enfans,*

ſans, ou ſes enfans ſans enfans. 373
Chap. LXIV. *De la liquidation des diſtractions dans un fidéicommis.* 376
Chap. LXV. *Quelles ſommes doit imputer, ou ne pas imputer un fils en ſa légitime.* 377
Chap. LXVIII. *Si on peut être reçu en preuve que les témoins du teſtament ont ſigné ſéparément, & non tous enſemble: Et de l'imbécillité ou phrénéſie du teſtateur.* 380
Chap. LXIX. *Si l'abſolution du condamné à mort par défaut, ou la preſcription du crime, a un effet rétroactif pour les ſucceſſions échues pendant la contumace.* 387
Chap. LXX. *Si on peut renoncer à une hérédité teſtamentaire ou légitime, ou à un legs, au préjudice de ſes créanc.* 390
Chap. LXXI. *Si le ſurvivant des deux héritiers, chargés de rendre à un d'entre pluſieurs, tels qu'ils éliront, peut varier nonobſtant l'élection faite par tous deux. Si la faculté d'élire donnée à deux accroit au ſurvivant. Si la faculté de varier accroit auſſi au ſurvivant.* ibid.
Chap. LXXII. *Si la tranſmiſſion du fidéicommis conditionnel a toujours lieu en faveur des deſcendans.* 393
Chap. LXXIII. *Si les mâles du premier ſubſtitué prédécédé, qui ſont dans la condition, ſont appellés à la ſubſtitution, & excluent leur oncle.* 398
Chap. LXXV. *Si la tranſmiſſion a lieu en faveur de ceux qui ſont hors du quatrieme dégré de ſubſtitution. Comment ſe comptent les dégrés quand il y a interruption. Si le ſubſtitué qui répudie, fait un dégré.* 399
Chap. LXXVII. *Si la condamnation aux galeres perpétuelles donne lieu à l'ouverture du fidéicommis.* 402
Chap. LXXVIII. *Si les diſpoſitions faites par le majeur de 25 ans, en faveur de celui qui a été ſon tuteur, ou de ſes enfans, ſont valables.* 405
Chap. LXXIX. *Si les privileges ſont compris dans le fidéicommis.* 407
Chap. LXXX. *Si dans les legs des terres & poſſeſſions acquiſes dans un lieu, ſont compriſes les acquiſitions faites depuis*

le teſtament. 409

Chap. LXXXIV. *Si l'héritier* ab inteſtat *eſt reçu à prouver par témoins la malverſation du teſtateur avec ſon héritiere teſtamentaire. Si ce teſtament rompt un teſtament antérieur.* 410

Chap. LXXXV. *De la légitime de la mere dans la diſpoſition teſtamentaire de ſon fils. Quel eſt l'effet de la ſubſtitution pupillaire expreſſe, de la ſubſtitution pupillaire compriſe ſous la compendieuſe, de la pupillaire tacite compriſe dans la vulgaire contre la mere & contre l'aieul-maternel & l'aieule maternelle.* 412

Chap. LXXXVI. *Si l'héritier du teſtateur ou du donateur eſt obligé de payer l'amortiſſement du fonds donné ou légué aux gens de main-morte.* 416

Chap. LXXXIX. *Si dans la ſubſtitution faite au cas de décès ſans enfans, la condition défaut par l'exiſtence des enfans de l'héritier, nés & demeurans hors du Royaume.* 422

Chap. XCI. *Si le rapport d'une donation a lieu dans la ſucceſſion teſtamentaire.* 424

Chap. XCIII. *De la permiſſion donnée par le teſtateur à l'héritier chargé de fidéicommis, de diſpoſer juſqu'à une certaine ſomme.* 426

Chap. XCIV. *Si le droit d'accroiſſement a lieu entre pluſieurs ſubſtitués pour certaines portions.* 427

Chap. XCV. *Si le pere chargé de rendre à ſon fils lors qu'il aura atteint l'âge de 20 ans, ce fils mourant avant cet âge, peut être contraint de rendre ſoudain à celui qui eſt ſubſtitué à ce fils.* 430

Chap. XCVI. *Des enfans naturels.* 432

Chap. XCVIII. *Du teſtament capté & ſuggéré. Si une Congrégation non approuvée & non établie par des Lettres-Patentes, peut être inſtituée héritiere.* 438

Chap. CI. *Comment l'héritier chargé de rendre à pluſieurs peut charger de rendre à celui à qui il rend.* 443

Chap. CII. *Du teſtament du condamné par défaut, qui a obtenu des lettres d'abolition de l'Evêque d'Orléans, après s'é-*

tre remis dans les priſons de cet Évêque, à ſon entrée publique. 445

LIVRE TROISIÉME.

Des Droits Seigneuriaux.

CHAP. I. *DU droit de Banc & de préſéance dans l'Egliſe, & ſi le Seigneur directe peut ſe qualifier Seigneur.* 449

Chap. II. *Si on peut prouver par témoins en juſtice, les rentes obituaires & foncieres, & la preſcription de la directité par un Seigneur contre un autre. Quels titres ſont néceſſaires pour prouver la directité contre un emphitéote.* 459

Chap. III. *De deux baux à fief faits d'un même corps par le même Seigneur. De la portabilité de la rente.* 464

Chap. VI. *Si le droit de couper du bois dans une forêt ſe peut acquerir par une poſſeſſion immémoriale.* 469

Chap. VII. *Si le commis dans les fiefs, faute de payement de la rente, a lieu en ce Parlement.* 472

Chap. VIII. *Des acaptes & arriere-captes.* 477

Chap. IX. *Si le retrait féodal a lieu dans le gardiage, & dans la Viguerie de Toulouſe.* 480

Chap. X. *Dans quel temps doit être demandé le droit de prélation. Si la reception de la rente, ou des lods, ou de l'acceptation de la reconnoiſſance empêchent la prélation.* 482

Chap. XI. *Diverſes queſtions ſur le retrait féodal & lignager.* 486

Chap. XII. *Autres queſtions ſur le retrait lignager.* 490

Chap. XIII. *Si le Seigneur eſt évincé du fonds qu'il a pris par retrait féodal. Contre qui eſt-ce qu'il peut avoir ſa garantie.* 493

Chap. XIV. *Si le retrayant eſt tenu retraire toutes les choſes vendues par un même contrat. Si le retrayant eſt tenu rembourſer la directité ou l'adjudication des ſommes à lui dues*

par le diſcuté, au de-là du prix du décret. 495
Chap. XV. *De deux Coſſeigneurs par indivis, directes ou juſticiers.* 502
Chap. XVI. *Du droit de taille & des corvées. Du droit de guet & garde.* 503
Chap. XVII. & XVIII. *Si les lods ſont dus d'un achat de plus-value fait par l'acheteur ſous faculté de rachat.* 510
Chap. XIX. XX. XXI. & XXII. *Des différens cas où les lods ſont dus.* 516
Chap. XXIII. *Si les lods ſont dus d'une donation à la charge de payer les dettes du donateur.* 524
Chap. XXV. *De l'homme vivant, mourant & confiſcant.* 529
Chap. XXVII. *Si les nobles, habitans dans la juſtice d'un Seigneur, doivent plaider devant le Juge Banneret.* 531
Chap. XXVIII. *De l'effet de trois quittances conſécutives de la rente.* 533
Chap. XXIX. & XXX. *Si la vaſſal & emphitéote peuvent preſcrire la mouvance. De l'interverſion de poſſeſſion par la dénégation du vaſſal ou emphitéote. Si le Roi peut preſcrire l'arriere-fief ſur ſon vaſſal qui lui en fait hommage.* 534
Chap. XXXII. *S'il eſt dû des lods du rachat.* 539
Chap. XXXIII. *Si l'emphitéote peut déguerpir lors que dans le bail il a été renoncé à la faculté de pouvoir jamais déguerpir.* 540
Chap. XXXV. *Que doit faire celui qui eſt tenu d'héberger.* 541
Chap. XXXVI. *Si le fief, ou le fonds donné en emphitéoſe qui revient au Seigneur, revient franc & quitte des charges.* 542
Chap. XXXVII. *Si lorſque le Seigneur a aſſez de titres pour établir le fief, on peut lui oppoſer que les actes ont été paſſés par erreur, ſur la foi d'autres reconnoiſſances où le même fief n'étoit pas compris.* 544
Chap. XXXVIII. *Du droit de péage.* 546
Chap. XXXIX. *De la préſéance diſputée entre les Hommagers & les Conſuls.* 548
Chap. XL. *Du droit que les Seigneurs ont de deſtituer les*

Officiers. 550

Chap. XLI. *Des biens vacans. Si les foſſés & murailles appartiennent au Seigneur juſticier. Des biens de la Communauté.* 553

Chap. XLIV. *Si la donation faite par l'accuſé de crime capital, eſt bonne au préjudice de la confiſcation adjugée au Seigneur par la condamnation qui s'en eſt enſuivie. De la réſignation du bénéfice faite par l'accuſé.* 555

Chap. XLV. *De la bannalité.* 557

Fin de la Table des Chapitres.

PRIVILEGE GE'NE'RAL.

LOUIS, PAR LA GRACE DE DIEU, ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE : A nos amés & féaux Conſeillers, les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand-Conſeil, Prévôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenans Civils, & autres nos Juſticiers qu'il appartiendra SALUT. Notre amé FOREST, Libraire à Toulouſe, nous a fait expoſer qu'il deſireroit faire imprimer & réimprimer, & donner au public des Ouvrages qui ont pour Titre, *Obſervations ſur les Arrêts de M. de Catellan, avec un Supplément manuſcrit; Explication des Ordonnances de Louis XV. Traité des Tutelles & Curatelles par Aſtruc. Traité du Mariage & de la Puiſſance Paternelle*, s'il nous plaiſoit lui accorder nos Lettres de Privilege pour ce néceſſaires. A CES CAUSES, voulant favorablement traiter l'Expoſant : Nous lui avons permis & permettons par ces Préſentes, de faire imprimer & réimprimer leſdits Ouvrages autant de fois que bon lui ſemblera, & de les vendre, faire vendre & débiter par-tout notre Royaume pendant le temps de ſix années conſécutives, à compter du jour de la date des Préſentes : Faiſons défenſes à tous Imprimeurs, Libraires & autres perſonnes de quelque qualité & condition qu'elles ſoient, d'en introduire d'impreſſion étrangere dans aucun Lieu de notre obéiſſance, comme auſſi d'imprimer ou faire imprimer, réimprimer ou faire réimprimer, vendre faire vendre, débiter ni contrefaire leſdits Ouvrages, ni d'en faire aucun extrait, ſous quelque prétexte que ce puiſſe être, ſans la permiſſion expreſſe & par écrit dudit Expoſant, ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiſcation des exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenans, dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers audit Expoſant, ou à celui qui aura droit de lui, & de tous dépens, dommages & intérêts ; à la charge que ces Préſentes ſeront enrégiſtrées tout au long ſur le Régiſtre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris, dans trois mois de la date d'icelles, que l'impreſſion & réimpreſſion deſdits Ouvrages ſera faite dans notre Royaume & non ailleurs, en bon papier & beaux caracteres, conformément à la feuille imprimée attachée pour modelle, ſous le contre-ſcel des Préſentes, que l'Impétrant ſe conformera en tout aux Reglemens de la Librairie, & notamment à celui du 10 Avril 1725, qu'avant de les expoſer en vente, les manuſcrits & imprimés qui auront ſervi de copie à l'impreſſion & réimpreſſion deſdits Ouvrages, ſeront remis dans le même état où l'approbation y aura été donnée, ès mains de notre très-cher & féal Chevalier Chancelier de France le Sieur de Lamoignon, &

qu'il en ſera enſuite remis deux exemplaires de chacun dans notre Bibliotheque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, un dans celle de notredit très-cher & féal Chevalier Chancelier de France le Sieur de Lamoignon, & un dans celle de notre très-cher & féal Chevalier Garde des Sceaux de France le Sieur de Machault, Commandeur de nos Ordres, le tout à peine de nullité des Preſentes; du contenu deſquelles vous mandons & enjoignons de faire jouir ledit Expoſant & ſes ayans-cauſes pleinement & paiſiblement, ſans ſouffrir qu'il leur ſoit fait aucun trouble ou empêchement : Voulons que la copie des Préſentes qui ſera imprimée tout au long au commencement ou à la fin deſdits Ouvrages ſoit tenue pour duement ſignifiée, & qu'aux copies collationnées par l'un de nos amés & féaux Conſeillers, Secrétaires, foi doit être ajoutée comme à l'original ; commandons au premier notre Huiſſier ou Sergent ſur ce requis de faire pour l'exécution d'icelles tous Actes requis & néceſſaires, ſans demander autre permiſſion, & nonobſtant Clameur de Haro, Chartre Normande & Lettres à ce contraires. CAR tel eſt notre plaiſir. Donné à Verſailles le vingt-huitieme jour du mois d'Août, l'an de grace mil ſept cent cinquante-ſix, & de notre Regne le quarante-unieme. Par le Roi en ſon Conſeil.

LESSEGUE.

Régiſtré ſur le Régiſtre XIV. de la Chambre Royale des Libraires & Imprimeurs de Paris, N°. 85. fol. 86. conformément aux anciens Reglemens, confirmés par celui du 28 *Février* 1723, *à Paris ce* 31 *Août* 1756. DIDOT, *Syndic.*

J'Ai lu par ordre de Monſeigneur le Chancelier, un Imprimé intitulé : *Obſervations ſur les Arrêts remarquables du Parlement de Toulouſe, recueuillis par M. de Catellan, enrichies des Arrêts nouveaux par M. de Vedel* ; & je crois qu'on peut en permettre le débit. A Paris ce 26. Mai 1756.

COQUELEY DE CHAUSSE PIERRE.

J'Ai lu par ordre de Monſeigneur le Chancelier, un Manuſcrit intiulé : *Supplément aux Obſervations ſur Catellan, par M. Vedel* ; & je crois qu'on en peut permettre l'impreſſion. A Paris ce 26. Mai 1756.

COQUELEY DE CHAUSSE PIERRE.

OBSERVATIONS

OBSERVATIONS
SUR
LES ARRETS
DE MONSIEUR
DE CATELLAN.

LIVRE I.
Des Matieres Eccléſiaſtiques.

CHAPITRE PREMIER.

De la Collation d'un Bénéfice faite avant l'enterrement du dernier Titulaire.

PLUSIEURS Canoniſtes, après la gloſe, *in cap. Bonæ memoriæ* 36, *extra de elect. in verbo Tractatum*, ont été de cette opinion, que l'élection pouvoit être faite canoniquement avant la ſépulture du bénéficier ; & que le canon *Nullus*, *diſt.* 79. qui ſuſpend l'élection juſqu'après la ſépulture, n'étoit point une loi de néceſſité, mais de pure bienſéance ; enſorte que l'élection faite avant la ſépulture, n'en étoit pas pour cela caſſable, puiſque la mort du bénéficier, rompant les liens du

mariage ſpirituel qu'il avoit contracté avec ſon Egliſe, ainſi que la mort de l'époux rompt celui du mariage charnel, on pouvoit procéder à l'élection d'abord après la mort du bénéficier ; de même qu'un ſecond mariage contracté par la femme après le décès du mari.

Garcias, part. 10. *cap.* 1. *num.* 39 *de Benef.* avec quelques autres canoniſtes, ſont de cette opinion que le canon *Nullus*, & le chapitre *Bonæ memoriæ*, ſont formels pour la prohibition de procéder à l'élection avant l'enterrement du bénéficier ; mais qu'il n'en eſt pas ainſi de la collation du bénéfice, qui peut être faite d'abord après le décès du bénéficier, *& quid quid ſit in electione Prælati*, dit Garcias, *eod. de qua loquitur textus in dict. cap. Bonæ memoriæ ex quibus eam non poſſe fieri antequam mortuus ſit traditus ſepulturæ, tenent Maiolus, de Irregul. lib.* 4. *cap.* 35. *num.* 6. *& Fr. manu Rodig. quæſt. regul. tom.* 2. *quæſt.* 53. *art.* 13. *pro qua ſententiâ ſatis revera urgent, illa jura maximè D. C. Bonæ, non ut electio ſit nulla, ipſo jure, ſed caſſanda. In collatione tamen, certum videtur non eſſe, opus expectare ſepulturam defuncti, quia eſt diverſa ratio.*

Je crois qu'il faut ſe régler par la diſtinction de Garcias. En voici les raiſons que ce canoniſte n'a pas dévélopées, & qu'il s'eſt contenté de faire ſentir.

Le chapitre *Bonæ memoriæ* ſe détermine à la caſſation de l'élection, par deux raiſons ; dont l'une ſeule auroit ſuffi, *electionem autem, Archipresbyteri (quamvis laudabile teſtimonium perhibeatur de ipſo) juſtitia exigente caſſavimus, tum quia corpore dicti Epiſcopi nondum tradito ſepulturæ habuerunt de ipſa electione tractatum, contra canonicas ſanctiones, tum quia inventus eſt Hugo fuiſſe contemptus.*

Le Pape y rappelle le canon qui prohibe l'élection avant la ſépulture du bénéficier, c'eſt le canon *Nullus* déja cité, & il eſt manifeſte, que ſuivant le diſpoſition du chapitre *Bonæ memoriæ*, la précipitation de l'élection avant l'enterrement du bénéficier, peut fournir un juſte ſujet de caſſation, indépendemment du mépris du ſuffrage, d'un des électeurs, qui

fut un ſecond motif de caſſation dans l'eſpece de cette décrétale.

Cela poſé, il ſemble qu'il faut conſtamment décider que toutes les fois qu'il s'agit de l'élection d'un Prévôt, par exemple d'une Egliſe cathédrale, ou d'un autre bénéfice purement électif, on ne peut y procéder canoniquement qu'après la ſépulture ; la raiſon peut en être priſe d'un motif d'honnêteté publique, qui ne permet pas que tandis que le cadavre du défunt eſt encore en dépôt dans l'Egliſe, les Chanoines, ſes confreres, y convoquent en plein jour une aſſemblée, *ad ſonum campanæ*, pour traiter de l'élection du nouveau Prévôt (ainſi que le requiert la gloſe, *tit. de Elect. cap. Sicut, §. Et cum humano verbo conveniant*) *& Paſtor, de Benef. lib.* 1. *tit.* 5. *num.* 7.

Il n'en eſt pas ainſi de la ſimple collation d'un bénéfice, comme ce n'eſt point là un acte d'éclat, & qui requiere la ſolemnité de l'élection, & qu'on peut y procéder en tous lieux & à toute heure, ſuivant *de Selve*, 3. *part. queſt.* 17. L'honnêteté publique, ni la bienſéance, n'en ſont point choquées, quoique la collation ſe faſſe incontinent après le décès du bénéficier, & avant ſa ſépulture ; & voilà la diſparité de raiſon dont on a entendu parler, Garcias *loco ſupra*, qui doit faire à mon avis la différence, des déciſions qui peuvent être rendues ſur cette matiere : enſorte qu'il faut tenir pour maxime, que toutes les fois qu'il s'agit d'une élection qui requiert la forme ordinaire des élections, on ne peut y procéder qu'après l'enterrement du bénéficier, à la différence de la ſimple collation qui peut être faite incontinent après ſon décès.

¶ Le droit de collation des bénéfices & d'y pourvoir pendant leur vacance, fournit ſouvent de matiere à des procès, qui entrainent de longues diſcuſſions, & donnent lieu à des partages d'opinions & d'avis qui ſemblent former une diverſité de juriſprudence dans un point où elle doit être uniforme. Le Roi pour obvier à cet inconvénient, qui ſe rencontroit dans cette queſtion agitée entre les Religieux ou Moines ré-

guliers des Abbayes du Royaume, & les Evêques diocéſains, pour ſçavoir à qui devoit appartenir pendant la vacance des Abbayes, la collation des bénéfices qui ſe trouvoient en la main de l'Abbé défunt, ou au corps de la communauté des Religieux de l'Abbaye, ou à l'Evêque dans le Dioceſe duquel eſt ſituée cette Abbaye : le Roi, dis-je, a rendu une déclaration le 30 Août 1735, portant en l'article premier, *que les bénéficiers dépendans des Abbayes ou Prieurés réguliers, & dont la collation eſt exercée par l'Abbé ſeul, ſeront conferés par les Archevêques ou Evêques dans le Dioceſe deſquels leſd. bénéfices ſeront ſitués lorſqu'ils viendront à vaquer ou ſe trouveront vacans pendant la vacance des Abbayes ou Prieurés réguliers dont ils dépendent, ſoit que leſd. Abbayes ou Prieurés ſoient poſſédés en regle, ou tenus en commande, & ſans diſtinction entre les exemts & ceux qui ne le ſont pas.* L'art. 3 adjuge à la communauté des Religieux le droit de collation pendant lad. vacance pour les bénéfices, à l'égard deſquels ladite collation s'exerçoit en commun avec leur Abbé ou Prieur ; & à l'égard des bénéfices dont la collation étoit exercée alternativement & par tour entre l'Abbé ou la communauté, la collation des bénéfices qui tomberoient dans le tour de l'Abbé (ſi l'Abbaye n'étoit pas vacante) appartiendra auſd. Archevêques ou Evêques : & à l'égard de ceux qui tomberont dans le tour des Religieux, ils continueront d'y pourvoir ainſi que pendant la vie de l'Abbé ou du Prieur ; c'eſt l'art. 2.

Pendant la vacance des Archevêchés & Evêchés, la collation qui devoit leur appartenir ſuivant les articles 1 *&* 2 *des préſentes, tombera en régale, & il y ſera pourvû par Sa Majeſté en la maniere accoutumée :* c'eſt l'art 4, L'art. 5, contient une exception aux précédents, en faveur *des offices clauſtraux & places monachales*, dont la collation eſt dévolue aux Religieux, même pendant la vacance des Abbayes ou Prieurés dont ils dépendent.

CHAPITRE II.

Du Patronage réel & perſonnel.

LE droit de patronage eſt de ſa nature perſonnel, & conſéquemment tranſmiſſible aux héritiers du Fondateur, comme repréſentans ſa perſonne. C'eſt l'obſervation de Mornac ſur la Loi 12, *ff. de pignor. & hypoth.* qu'il fonde ſur la doctrine de Dumoulin, *& de Benedict. in cap. Raynut. verbo In eod. teſtam.* 1. *num.* 261. Le patronage réel, c'eſt-à-dire, celui qui ſe trouve annexé à une terre ou Seigneurie, paſſe à l'acquereur de cette terre, à moins d'une réſervation expreſſe, *cum univerſitate bonorum, niſi ſpecialiter, exipiatur, Gloſſa in cap. Ex litteris, extra de jur. patron.* & cela ſe fait alors ſans ſimonie, puiſqu'on ne vend pas le droit de patronage; mais qu'il paſſe ſeulement comme un acceſſoire de la terre entre les mains de l'acquereur; *nec videtur aliquis contractus initus, ſuper ipſo jure patronatus, ſed ſuper ipſa univerſitate temporali;* c'eſt l'obſervation *de Solier ſur Paſtor, liv.* 1, *tit.* 20, *num.* 4.

Les héritiers du vendeur ſont donc exclus de cette eſpece de patronage; il faut excepter de cette regle les ventes faites par nos Rois de quelque terre domaniale, par leſquelles jamais ce droit de patronage des bénéfices annexés à ces terres, n'eſt préſumé vendu comme acceſſoire, puiſqu'il reſte toujours en la main du Roi, ainſi que l'enſeigne Chopin *de ſacra Polit. lib.* 1, *tit.* 4, *num.* 7.

L'auteur agite deux queſtions qui ont partagé les opinions des canoniſtes. La premiere, ſi le ſequeſtre ou commiſſaire établi à la régie des biens ſaiſis, a droit de préſentation au bénéfice qui vient à vacquer pendant la régie, & dont le patronage ſe trouve annexé à la terre ſaiſie.

La ſeconde, ſi le mari qui eſt maître des biens dotaux a droit de préſenter au bénéfice annexé à la terre dotale, ou

ſi ce n'eſt point au contraire à ſa femme, à qui ce droit eſt perſonnel, comme étant honorifique.

Ces deux queſtions ſont très-intéreſſantes, parce qu'elles peuvent faire ſouvent la matiere d'un procès; ainſi j'ai cru devoir m'y arrêter.

Il faut d'abord établir pour principe avec les canoniſtes, que la collation ou patronage d'un bénéfice, eſt un fruit de la jouiſſance de la terre, *collatio & præſentatio ſunt in fructu*, dit Dumoulin après les interpretes, *in conſuet. Pariſ. §. 55, Gloſſ. 10, num. 3, in verbo* payant les droits; & c'eſt ſur ce principe que le chapitre *Ex litteris, extra de jure patron.* attribue le droit de patronage au fermier ou baillifte de la terre pendant le temps de ſon bail.

C'eſt ſur le fondement de cette décretale mal appliquée, que quelques canoniſtes attribuent aux ſequeſtres le droit de préſenter, Garcias, *part. 5, chap 6, num. 1, & ſeq.* fait mention des auteurs qui ſont de différente opinion ſur ce point, les uns ayant donné l'excluſion au ſequeſtre, & les autres le droit de préſenter.

Le chapitre *Ex litteris*, ne peut être étendu au ſequeſtre des fruits, & doit demeurer reſtraint au fermier par les raiſons ſuivantes. Le ſequeſtre n'eſt préciſément que dépoſitaire & gardien des fruits, & n'y a aucune eſpece de droit; le patronage eſt un fruit de la pleine jouiſſance, & non de la ſimple détention & garde, Loyſeau, des Offices, liv. 5, ch. 2, num. 65, traitant la queſtion: Si pendant la ſaiſie de la terre, le ſequeſtre ou commiſſaire établi par juſtice a droit de conférer les offices, qui en dépendent, répond que ce droit appartient au ſaiſi qui, malgré la ſaiſie, retient la poſſeſſion civile des biens ſaiſis, le ſequeſtre n'en ayant que la naturelle. D'où il conclud que le Seigneur ſaiſi a droit de nommer aux offices comme étant un droit honorifique de la Seigneurie, cette déciſion (dont l'application ſe fait naturellement au cas préſent) eſt fondée ſur les textes du droit, qui conſervent au débiteur ſaiſi la propriété des biens, & les actions qui en dépendent, *leg. Qui pignoris, ff. de acq. poſſ.*

& leg. Sciendum, §. creditor. qui ſalis dare cogant. cod. Il paroît donc étrange d'attribuer ce droit au ſequeſtre, & c'eſt pour cela même que le Parlement de Paris par l'arrêt que Mornac rapporte ſur la loi 12 *de pign.* déja cité, refuſa au commiſſaire ou prépoſé à la régie des biens ſaiſis le droit de préſentation ; & ce n'eſt pas ſans fondement que le commentateur de Laroche obſerve en deux mots, ſur *l'art.* 48 *du liv.* 2, *tit.* 1, où Laroche fait mention de l'arrêt de M. Maynard, *qu'il paroit extraordinaire qu'un ſimple ſequeſtre qui n'a que l'adminiſtration des biens ſaiſis, puiſſe exercer les droits honorifiques de patronage.*

Vainement *Paſſor, de Benef. lib.* 1, *tit.* 19, pour appuyer le droit de ſequeſtre, ſoutient qu'en matiere de collation, *non tam proprietas quàm poſſeſſio eſt attendenda*, puiſque le ſequeſtre ne peut pas être dit poſſéder d'une poſſeſſion requiſe pour pouvoir exercer un droit annexé aux biens ſaiſis ; car il faut une poſſeſſion civile que le ſequeſtre n'a pas ; & qui (comme l'obſerve judicieuſement Loyſeau) réſide malgré la ſaiſie ſur la tête du débiteur ſaiſi ; d'où il faut conclure que celui-ci a ſeul le droit de préſenter, puiſque dans les regles, les fruits lui appartiennent juſqu'à l'adjudication des biens par décret, & la miſe de poſſeſſion.

Quant à la deuxieme queſtion, quelques canoniſtes donnent l'excluſion au mari, de préſenter au bénéfice dépendant de la terre totale, & attribuent ce droit à la femme, *Benedicti* au lieu cité dans ce chapitre, ſe fonde ſur une vaine diſtinction, que ce droit n'eſt pas cenſé de ceux qui appartiennent au mari comme maître des biens dotaux, parce qu'il eſt honorifique ; & qu'on ne peut pas dire que ce ſoit choſe dotale, puiſque régulierement la dot n'eſt conſtituée, que *ad ſuſtinenda onera matrimonii.* Je ne ſouſcris point à la déciſion *de Benedicti*, & je me fonde ſur la diſpoſition du chapitre *Ex litteris*, qui attribue conſtamment le droit de préſentation à celui qui jouit des fruits de terre.

Le mari eſt ſans doute plus privilégié en ce point, que le ſimple fermier ; car la loi le répete d'un côté maître des

biens dotaux, & de l'autre ſa jouiſſance n'eſt pas paſſagere, ni momentanée comme celle du fermier, puiſque la cauſe de la dot eſt perpétuelle de ſa nature, *L.* 1, *ff. de jure dot.* Et qu'enfin le mari n'eſt pas moins maître des biens dotaux quant à la jouiſſance, que de ſes biens propres, puiſqu'il peut déléguer les ſommes dotales pour le payement de ſes propres dettes; ce qui ſuffit ſuivant les canoniſtes pour la collation des bénéfices : & c'eſt ce qui détermine Paſtor, *num.* 11, *in fine*, *loco ſuprà*, à ſoûtenir que le mari eſt préféré ſur ce point à la femme, & qu'elle ne peut jouir de ce droit pendant le mariage, que dans le ſeul cas d'une ſéparation des biens, faite d'autorité de juſtice, *Garcias*, *part.* 5. *cap.* 8. *num.* 175. attribue ce droit au mari qui ſe trouve maître des biens dotaux d'où dépend le patronage, par la raiſon que le patronage paſſe alors ſur ſa tête, *cum univerſitate bonorum*, & que c'eſt un fruit de ſa jouiſſance.

Le patronage laïque eſt fort protégé par les maximes de ce Royaume qui le regardent comme un droit patrimonial, enſorte que nous rejetons en France toutes les dérogations, que le Pape pourroit faire dans les proviſions d'un bénéfice, aux droits du patron laïque; c'eſt ſur ce fondement qu'il fut décidé par un arrêt de la Cour, prononcé à l'audience de la grand'chambre par Mr. de Montbrun, le 5 Mars 1710, qu'il y avoit abus dans les proviſions obtenues en cour de Rome par Me. Laroſe, de quelques chapellenies de patronage laïque, dont ledit Laroſe s'étoit fait pourvoir par incapacité de Biſſon titulaire, qu'il prétendoit être moine de l'ordre des Minimes; Mr. de Cauſſade plaida pour les appellans comme d'abus qui étoient les collateurs de ces chapellenies, & Me. de Lacroix pour Laroſe intimé.

Le Pape ne peut pas même ſans abus créér une penſion ſur un bénéfice de patronage laïque, ſans le conſentement du Patron, Dumoulin *ad reg. reg. de infirm. num.* 48, ce qu'il peut faire dans les proviſions du bénéfice de patronage eccléſiaſtique, ſans le conſentement du Patron, Chopin *de ſacra Polit. lib.* 3, *tit.* 2, *n.* 15. Dumoulin, *ad reg. de pub. n.* 280.

Les-

Les raiſons qui empêchent que le Pape ne puiſſe faire préjudice en France, au droit de patronage laïque, ſoit par prévention, ſoit par clauſe expreſſe de dérogation, ſont que ce droit eſt purement temporel; ce qui eſt un obſtacle à l'exercice de la puiſſance du Pape, c'eſt la diſpoſition de l'article 30, des libertés de l'Egliſe Gallicane : il eſt d'ailleurs de l'intérêt public de l'Egliſe que le Pape ne puiſſe déroger au droit de patronage laïque, *quia laici retraherentur à fundationibus Eccleſiarum*; ce qui a même lieu pour les bénéfices de ce même patronage, *vacans in curia*, Brodeau ſur Louet, lettre R, ſomm. 47, num. 5, autrement on peut appeler comme d'abus de l'exécution de ſes ſignatures

Le Roi même conférant en régale, ne peut déroger au droit du patron laïque, quoiqu'il le puiſſe à l'égard de l'eccléſiaſtique, ſuivant les arrêts rapportés par Brodeau, *loco ſuprà num.* 3 & 4.

Je ferois difficulté ſur la déciſion de l'arrêt du 19 Mai 1699, & je croirois que dans cette eſpece le droit de patronage devoit être acquis au gendre, acquereur du domaine auquel étoit attaché le patronage; puiſque c'eſt une maxime conſtante que ce patronage paſſe avec le fonds ſur la tête de l'acquereur, *Innocent. & alii, in cap. ex litteris, de jur. Patron. ex.* Or dans l'eſpece de cet arrêt, le beau-pere ayant vendu le corps du domaine à ſon gendre ſans réſervation du droit de patronage, s'en étoit dépouillé; puiſque ce patronage étoit réel, & qu'il ſuivoit naturellement la totalité des biens vendus, *ſemper ſpecialia generalibus inſunt, leg. ſemper, de reg. jur.* La rétention ou réſerve que s'étoit faite le vendeur de quelque piece de terre de ce domaine, ne pouvant entrainer avec ſoi ce droit de patronage, qui comme honorifique de ſa nature, doit demeurer annexé au corps de la terre ou du domaine vendu, *niſi ſpecialiter exipiatur in venditione, gloſ. in d. cap. ex litteris.*

Je ne ſuis point de cette opinion que le droit de patronage paſſe au donataire univerſel entre-vifs, de même qu'à l'héritier; parce que la donation, quoiqu'univerſelle, eſt regar-

dée comme un titre particulier, le donateur ayant la liberté de teſter, & le teſtament étant de ſa nature le ſeul titre d'univerſalité, & qui dépouille abſolument la perſonne (ainſi que je l'ai montré dans le livre cinquieme, obſervation 24) enſorte que je crois que les héritiers *ab inteſtat* du donateur, ſont appelés au droit de patronage, à l'excluſion du donataire univerſel entre-vifs.

Ferriere, du droit de patronage, page 123, fait mention des Auteurs qui ont penſé diverſement ſur ce point. Ceux qui ont tenu une opinion contraire à la mienne, ſont des Docteurs du pays coutumier, où l'inſtitution d'héritier n'eſt point en uſage, comme en pays de droit civil, & où le légataire ou donataire univerſel tient la place d'héritier.

CHAPITRE III.

Obſervations ſur le troiſieme & quatrieme chapitre du Regrès.

L'Arrêt qui démit Me. Arnaud de ſa demande en regrès, eſt un préjugé à ſuivre, puiſqu'il eſt rendu ſuivant les regles; en effet, la penſion ſe trouvant une fois éteinte par une concorde homologuée, moyennant le payement d'une certaine ſomme, toute prétention de regrès faute de payement de cette même ſomme, doit demeurer éteinte; parce que le réſignant a dénaturé ſon droit par la concorde qui eſt une nouvelle obligation, dont le réſignant a pris ſur ſoi les périls & les riſques; enſorte que l'inſolvabilité du réſignataire ne doit point donner lieu au regrès, parce que ce ſeroit l'étendre au-delà de ſes juſtes bornes, & en multiplier les moyens, au lieu de les reſtraindre, en ſe conformant à la rigueur de la diſcipline eccléſiaſtique, qui ne permet pas le regrès ſur le bénéfice dont on s'eſt volontairement dépouillé, *cap. ex tranſmiſſa*, *& cap. ſuper hoc*, *extra de renut.* & qui réprouve dans cette matiere de réſignations, tout ce qui ap-

proche trop du commerce qui ſe fait des choſes temporelles.

Le premier cas qui a donné lieu & ouverture au regrès du réſignant, ſur le bénéfice réſigné, eſt celui de la réſignation faite dans les circonſtances d'une maladie, parce qu'on préſume que le réſignant ne s'eſt ainſi dépouillé que parce qu'il étoit hors d'état de deſſervir ſon bénéfice, ou qu'il craignoit la mort; ſa convaleſcence donne lieu au regrès, quand même il auroit ſtipulé du réſignataire une penſion qui pourroit faire conjecturer que le réſignant s'étoit dépouillé de tout eſpoir de rentrer dans le bénéfice. Mr. Dolive, liv. 1, chap. 19, rapporte un arrêt de ce Parlement du 18 Mars 1628, qui l'a ainſi jugé, conformément à un arrêt du Conſeil privé du 3 Juillet 1603, mais le réſignant ne doit pas être en demeure, & doit dans l'année de ſa convaleſcence demander le regrès, parce que ſon inaction pourroit l'en exclure, en faiſant préſumer une renonciation de ſa part à ce droit, *Solier ſur Paſtor, tit.* 9, *lib.* 3, *num.* 3, *in novis addit.* C'eſt ainſi que la Cour le juge conſtamment.

Outre les cinq cas de regrès énoncés dans ce premier chapitre, dont les trois premiers ſe trouvent autoriſés par trois arrêts de la Cour, rapportés par Mr. Dolive au lieu cité, il y en a pluſieurs autres qui ſe ſont introduits à la faveur du fameux arrêt du Conſeil privé du 19 Avril 1558, rendu en la cauſe de Me. Jean Benoît Curé des Saints Innocens, & de Me. François Semele ſon Vicaire dans le cas de maladie: l'équité de ce célebre jugement où préſida le Roi Henri II. a trouvé ſa place dans les autres cas, dont ne parle pas l'Arreſtographe. 1°. Le regrès a lieu s'il eſt intervenu du dol ou de la fraude de la part du réſignataire dans l'acte de réſignation; auquel cas le réſignant ſe pourvoyant par lettres royaux en caſſation de l'acte, obtient le regrès dans ſon bénéfice, & y rentre en vertu de l'arrêt ſans nouvelle proviſion, *Paſtor, loco ſuprà, num.* 1.

2°. Quand il ſe rencontre que le bénéfice qu'on a accepté par permutation, ne peut être retenu par quelque incompa-

tibilité, *Louet, lettre B, ſomm.* 13, *num.* 2, comme ſi c'étoit un bénéfice régulier; mais pour autoriſer le regrès du copermutant, il faudroit qu'il eût été dans une juſte ignorance de cette incompatibilité, ſuivant le *chap. ſi beneficia, de præb. in 6°.*

3°. Le mineur rentre par regrès dans le bénéfice réſigné, quand la réſignation ne tend point à ſa décharge; mais qu'elle lui cauſe au contraire un dommage réel, *Panormitan. in cap.* 10, *de reſtit. ſpoliat*, c'eſt encore l'obſervation de Févret, *Traité de l'abus, liv.* 2, *chap.* 6, *num.* 16.

4°. Quand la réſignation a été faite *in favorem* devant l'Ordinaire, parce qu'elle eſt nulle de droit.

5°. Quand la réſignation a été faite *ſpreto patrono laico.*

6°. Quand le réſignataire avant d'avoir pris poſſeſſion ſe démet du bénéfice, *vide Solier* ſur *Paſtor, in nov. addit. loco ſuprà*; il faut obſerver à ce ſujet que dans les cas même où le regrès eſt reçu, il n'eſt pas permis au réſignant de le ſtipuler dans l'acte de réſignation, cette clauſe étant nulle & déclarée abuſive, ſuivant Dumoulin, ſur la regle *de infirmis, num.* 14. *& Papon en ſes Arrêts, liv.* 2, *tit.* 8 *art.* 3, qui aſſure que la clauſe de regrès eſt prohibée en France; d'où il faut tirer cette conſéquence que le regrès n'eſt pas dû de droit au réſignant; mais que les Parlemens ſe ſont déterminés à l'accorder par un motif d'équité dans certains cas favorables, où ils ont jugé que l'intention préſumée du réſignant, étoit de demeurer ſaiſi de ſon bénéfice, ſi la condition tacite ou expreſſe, ſur laquelle il s'en dépouilloit, ne pouvoit être remplie & avoir ſon effet.

On peut encore obſerver qu'il ſe juge conſtamment aujourdhui, que le réſignant qui a obtenu le regrès n'a pas beſoin de nouvelle proviſion pour rentrer dans ſon bénéfice; car en vertu du jugement il rentre dans tous ſes droits, rang & ſéance qu'il avoit auparavant, quoique le réſignataire ait pris poſſeſſion, *Févret, liv.* 2, *chap.* 6, *num* 16, *Dolive, loco ſuprà, Boniface en ſes Arrêts, tom.* 1, *part.* 2, *liv.* 2, *tit.* 10, *chap.* 6, *num.* 1.

L'arrêt rapporté par l'Auteur, du 10 Février 1698. qui débouta le réſignant du regrès en ſa Cure, ne paroît pas rendu ſur ces mêmes motifs d'équité, qui ont déterminé les Juges en ſemblable matiere ; le réſignant avoit ſtipulé une penſion dans ſa réſignation du tiers du revenu du bénéfice, qui ſe trouvoit conforme à la diſpoſition de la déclaration du Roi, du mois de Juin 1671, il avoit réſigné *in favorem*, ſous la condition expreſſe du payement de cette penſion légitimément ſtipulée : ſi le Pape avoit refuſé de donner ſon homologation à cette penſion, le réſignant devoit être reçu au regrès, par le même motif qui le fait accueuillir dans les autres cas ; je veux dire, par une préſomption de ſa volonté, qu'il ne ſe ſeroit point dépouillé de ſon bénéfice, ſans l'accompliſſement des clauſes & conditions appoſées dans l'acte de réſignation ; d'ailleurs, je croi que le refus du Pape, d'homologuer cette penſion, étoit contraire à la pratique du Royaume, par laquelle on y reçoit les réſignations, *in favorem*, avec charge de penſion ; uſage que la Cour de Rome a conſtamment autoriſé, & ſous la foi duquel le réſignant s'étoit déterminé à conſentir l'acte de réſignation, dont la clauſe concernant la penſion, devoit être d'autant plus favorablement reçue, que cette penſion étoit réglée, *ad legitimum modum*, qui eſt le tiers du revenu, ſuivant la pratique du Royaume, atteſtée par *Chopin*, *de ſac. polit. liv.* 3, *tit.* 2, *num.* 17, *in princip.* ce que la déclaration du Roi Louis XIV. avoit ſpécialement déterminé.

Quand le réſignant, *in infirmitate conſtitutus*, demande le regrès au bénéfice par le retour de ſa ſanté ; & qu'après l'inſtance en regrès intentée, il réſigne le même bénéfice à un autre ; on préſume la confidence dans cette ſeconde réſignation, & le regrès eſt refuſé ; c'eſt ainſi que la queſtion fut décidée par arrêt d'audience du 17 Mai 1710, prononcé par Mr. le Préſident de Montbrun, ſur les concluſions de Mr. l'Avocat général de Tournier, en faveur de Raynal, premier réſignataire, contre Me. Papins réſignant ; plaidans pour Raynal, Me. de Campa ; & pour Papins, Me. de Cauſſade.

Dans l'eſpece de cet arrêt, Papins avoit réſigné à Raynal ſans réſerve de penſion, *in infirmitate conſtitutus*, ayant prétendu enſuite avoir recouvré la ſanté, & ayant repris ſes fonctions dans le Chapitre où il étoit Chanoine, il forma ſa demande en regrès; & le lendemain de l'inſtance intentée, il fit une ſeconde réſignation, ſous réſerve de penſion; le premier réſignataire s'oppoſa à la demande en regrès ſur le fondement que le regrès eſt perſonnel, & que le réſignant ne peut en former la demande, pour remettre le bénéfice à un autre, ce qui donne un juſte ſoupçon de confidence; ſurtout dans les circonſtances où la réſignation touche de ſi près à l'inſtance en regrès.

Le Sénéchal avoit accordé le regrès à Papins, & Raynal ayant interjeté appel de l'appointement, la Cour réformant, démit Papins de ſa demande en regrès, dépens compenſés.

Le fondement de cet arrêt eſt pris de la préſomption de confidence, d'entre Papins réſignant, & le ſecond réſignataire. Papins dont on ſoûtenoit que les infirmités duroient encore, avoit demandé le regrès; non pour lui, mais pour le ſecond réſignataire, ce qui ſe manifeſtoit par la précipitation avec laquelle il avoit fait ſa réſignation, c'eſt-à-dire, le lendemain de ſa demande en regrès. La ſtipulation de penſion qu'il n'avoit point faite dans la premiere réſignation, prouvoit qu'il n'avoit formé ſa demande en regrès, que pour avoir prétexte de faire une réſignation plus avantageuſe, en établiſſant une penſion; & tout cela portoit à conjecturer des pactions illicites de confidence entre lui & le ſecond réſignataire.

Les Cures dépendantes de l'Ordre de Malthe étant régulieres, ceux qui en ont été pourvus ne peuvent rentrer dans le bénéfice par regrès, dans le cas de Droit, ſans le conſentement des Supérieurs de l'Ordre, ſuivant une Bulle accordée au Grand-Maître par le Pape Paul III. en date du 2 Juin 1539, enrégiſtrée au grand-Conſeil, avec les lettres patentes, données à ce ſujet par le Roi François I. C'eſt ainſi que la queſtion fut jugée en theſe, par arrêt d'audience de

la grand'chambre, le 12 Juillet 1729, Préſident M. Daſpe, en faveur de Meſſire Octave de Galéan, Chevalier de Malthe, Commandeur de cet Ordre, Vicaire du grand Prieur de Toulouſe, contre Me. Jean Soulié, Prêtre; plaidant pour le ſieur de Galéan, Me. David, & pour Me. Soulié, Me. Aſſiuc.

Dans l'eſpece de cet arrêt, Me. Soulié avoit été pourvû de la Cure de Niaux, qui dépend de l'Ordre de Malthe, par le Commandeur de Gabre, patron de ce bénéfice: il en avoit fait enſuite ſa démiſſion entre ſes mains, dans un des cas qui peuvent donner lieu au regrès. Ce Commandeur après la démiſſion, fit titre de cette Cure à Me. Sens, qui en prit poſſeſſion; Soulié obtint le regrès au bénéfice contre Sens, par ſentence du Sénéchal de Pamiers; Sens en interjeta appel en la Cour, où le Commandeur fut reçu partie intervenante dans l'inſtance, pour l'intérêt que l'Ordre avoit de s'oppoſer au regrès demandé par Soulié, dont la conduite étoit reprochable. La Cour, diſant droit ſur la requête en intervention du ſieur Commandeur de Galéan, ſur les privileges de l'Ordre de Malthe, & ſur l'appel de Me. Sens, maintint celui-ci au plein poſſeſſoire de la Cure, en déclarant n'y avoir lieu au regrès demandé par Me. Soulié. Me. Lardos plaidoit pour Me. Sens.

Il y avoit cette circonſtance favorable pour la cauſe de Me. Sens, que Me. Soulié n'avoit formé ſa demande en regrès que près de trois ans après qu'il avoit eu la liberté d'agir, & que l'obſtacle avoit ceſſé; ce qui ſeul auroit dû empêcher le regrès, puiſqu'il doit être demandé dans l'an; mais il conſte par le diſpoſitif de l'arrêt cité, que la cauſe déterminante de ſa déciſion, fut le privilege de l'Ordre de Malthe, dont il a été parlé.

Il faut ici obſerver que Me. Soulié lors de ſa demande en regrès, n'avoit pas encore fait les vœux qui lient les Curés ou les autres Eccléſiaſtiques à l'Ordre de Malthe; car s'il eût été engagé par les vœux ordinaires, l'arrêt en lui démant le regrès au bénéfice, & le dépouillant des revenus, auroit

ordonné qu'il ſeroit pourvû à ſon entretien par les Supérieurs de ſon Ordre ; c'eſt ce qu'on peut recueuillir d'un arrêt du 2 Décembre 1669, rapporté dans le tome 3 du Journal des Audiences, liv. 3, chap. 20, rendu dans la cauſe de Me. Jacquinol & de Frere Jouſſeaume, Religieux de l'Obédience de l'Ordre de Malthe ; cet arrêt en refuſant à Frere Jouſſeaume le regrès au bénéfice qu'il avoit réſigné, faute de payement de la penſion qu'il s'étoit réſervée ; & maintenant Me. Jacques Gachon pourvû par le grand-Maître de l'Ordre, au préjudice de Me. Jacquinol réſignataire, ordonna que par proviſion la penſion réſervée ſeroit payée à Frere Jouſſeaume, juſqu'à ce qu'il y eût été pourvû ; ſur quoi le Journaliſte obſerve que dans ces circonſtances le réſignant n'a d'autre reſſource que de ſe retirer aux Supérieurs de l'Ordre, pour demander ſes alimens.

¶ *Tout patronage*, dit l'Auteur, *eſt préſumé perſonnel ; c'eſt-à-dire attaché à la famille du fondateur, s'il n'apparoit d'une volonté contraire, il ſuit plutôt la famille que la ſucceſſion.*

J'ai déja obſervé que le patronage comme perſonnel, eſt de ſa nature tranſmiſſible aux héritiers du fondateur : j'ajoûte que cela ſe fait de plein droit, & qu'il n'appartient à la famille que par une réſerve expreſſe du fondateur, & nullement par préſomption. Pour la preuve de ma propoſition, j'emploirai l'autorité des meilleurs Canoniſtes. *Dumoulin, in Conſuet. Pariſ. tit. de Fiefs, §. 55, gloſſ. 10, in verbo, Payant les droits, n°. 3*, tient pour maxime que le droit de patronage étant *in fructu*, paſſe à l'héritier du fondateur qui le repréſente, *Benedict. in cap. Raynaut. verbo In eod. teſtam. num. 261*, tient la même doctrine, & ajoûte que ce droit ne paſſe pas même aux enfans des deſcendans s'ils ne ſont héritiers univerſels ; ce qui prouve que le patronage eſt bien plutôt attaché à la ſucceſſion qu'à la famille du fondateur, *tale jus*, dit Benedictus, *non tranſit ad filios, niſi ſint hæredes univerſales ; ideo tranſibit ad hæredes univerſales, quamvis extraneos. Gracias, de Benef. 5.part. c.9. n. 66*, fait bien comprendre que le patronage paſſe de plein droit aux héritiers, puis qu'il

qu'il obſerve que quand le fondateur a laiſſé le patronage à ſon fils & à ſes deſcendans, le fils mourant ſans poſtérité, le patronage paſſe alors à ſon héritier, & ainſi de ſuite de l'un à l'autre, ſoit collatéral ou étranger : *Si tamen fundator relinquat jus patronatûs filio ſuo, & deſcendentibus, & ille decedat ſine deſcendentibus, relicto hærede collaterali, vel extraneo, tunc jus patronatûs tranſibit in talem hæredem. Idem. Guipap. quæſt.* 507.

Cette doctrine eſt donc bien oppoſée à celle de notre Auteur & à ſa maxime, *que le patronage eſt de ſa nature attaché à la famille du fondateur* : le patronage réel n'eſt pas celui qui ſuit la perſonne des héritiers du fondateur, mais au contraire le fonds auquel il ſe trouve originairement annexé. *Si in hæreditate, ſeu bonis hæreditariis eſſet villa vel caſtrum cui jus patronatûs ad hæredes & annexum eſſet, tunc ratione villæ vel caſtri in conſequentiam tranſiret ; in emptorem hæreditatis jus patronatûs annexum, Garcias loco ſuprà, n°.* 16.

On peut ajouter à l'arrêt du 4 Février 1670, qui adjugea au patron pauvre la troiſieme partie du revenu de la chapelle dépendante du patronage, un précédent arrêt de ce Parlement de l'année 1664, rapporté par Solier ſur Paſtor, *lib.* 1, *tit.* 19, *n°.* 35. par lequel il fut adjugé par forme de penſion alimentaire au nommé Charles Larrigue, la troiſieme partie des revenus de la chapelle dont il étoit patron ; mais pour cela il faut que l'indigence dans laquelle le patron eſt tombé, ne ſoit point le fruit de ſes diſſipations, mais l'effet de quelque revers de fortune, *Felin. in cap.* 7. *n°.* 67, *extra de conſtit.*

C'eſt une queſtion, ſi le droit de patronage dont je viens de parler, paſſe à l'héritier ſubſtitué du fondateur, ou s'il demeure acquis à l'héritier grevé & à ſes ſucceſſeurs ; *Garcias, loco ſuprà, n°.* 17, rapporte le conflit d'opinions qu'il y a à ce ſujet parmi les Canoniſtes, & il ſe détermine à décider que ce droit ne paſſe point au ſubſtitué, à moins d'une déclaration expreſſe du teſtateur. Dumoulin au lieu cité, tient la même doctrine, Solier ſur Paſtor, *lib.* 1, *tit.* 19, *n°.* 12,

& Charondas en ſes Obſervations, *verbo fideicommiſ.* ont ſuivi la même déciſion.

C'eſt une autre queſtion, ſi cette même eſpece de patronage paſſe au fiſc avec la confiſcation des biens du Patron, *Paſtor après Garcias, loco citato*, tient la négative ; la raiſon qu'en donne Garcias, eſt que le Juge laïque ne peut par ſa ſentence toucher à ce droit comme étant ſpirituel ; mais cette raiſon (qui part d'un Canoniſte Eſpagnol,) n'a pas lieu parmi nous, puiſque nous regardons ce patronage comme un droit purement temporel (quoique rélatif à des fonctions ſpirituelles,) & c'eſt par cette même raiſon que toutes les inſtances concernant le patronage laïque, ſont portées devant le Juge royal privativement à tous autres. Le ch. *quanto* 3, *extra de judiciis* n'étant point obſervé en France ſuivant Pithou, art. 30, ſur les libertés de l'Egliſe gallicane, *Benedict. verbo Et uxorem nom. Adelaſ. num.* 280, fait paſſer le patronage avec la confiſcation des biens, *in confiſcatione bonorum præſentium venit etiam, & comprehenditur, ac fiſco pertinebit jus patronatûs quod ei pertinebat cujus bona fuerunt confiſcata.*

Cette déciſion doit être entendue ſelon moi, du cas où le condamné ſe trouve ſans enfans ; car s'il en a, comme la troiſieme partie de ſes biens eſt adjugée à ſes enfans, ſuivant la juriſprud. de ce Parlement, MM. Cambolas, *liv.* 1, *ch.* 4, Maynard, *liv.* 8, *chap.* 84, le droit de patronage doit leur être conſervé, à l'exemple de l'héritier grevé qui prend la quarte, parce qu'en cette partie, les enfans ſont héritiers de leur pere & le repréſentent, ſur-tout pour un droit qui eſt honorifique de ſa nature, ſuivant la doctrine de Garcias : quand le droit de patronage a été légué aux deſcendans mâles d'une famille, & que la deſcendance vient à manquer, ce droit eſt dévolu aux héritiers du dernier mâle : quand les deſcendans ont embraſſé la religion prétendue réformée, le patronage eſt alors en ſuſpens, juſques à ce que le patron ſoit rentré dans le ſein de l'Egliſe, ainſi que le remarque M. Fillau dans les déciſions catholiques, déciſ. 108, enſorte

qu'ayant abjuré l'héréſie, le patron reprend ſon droit *jure quodam poſtliminii ;* ſur quoi l'on peut voir Févret, de l'abus, *liv.* 4, *ch.* 8, *n°.* 19. Toutefois le patron qui fait profeſſion de la religion prétendue réformée, peut nommer une perſonne catholique romaine pour exercer à ſa place ce droit de patronage : j'obſerverai ici, que la doctrine de Rebuffe, [quoique Canoniſte François] *in praxi*, 3. *parte ſignat. n.* 37, [qui veut que le Pape puiſſe conférer par dévolu ſur incapacité du titulaire un bénéfice de patronage laïque,] n'eſt point ſuivie en France. La juriſprudence du Royaume déclare ces proviſions abuſives ; Duperrai dans une conſultation inſérée dans ces notes ſur *l'édit de* 1695, *art.* 33, rapporte un arrêt du Parlement de Paris du 8 Août 1675, rendu en faveur de M. le Duc de la Trimouille, par lequel les proviſions de la Cour de Rome furent déclarées abuſives dans ces mêmes circonſtances de dévolu par incapacité du titulaire ; ſur quoi cet Auteur obſerve, que la dévolution n'a jamais lieu pour le bénéfice en collation laïque, & que l'on ne peut s'adreſſer au Pape ; il faut encore tenir pour maxime que le Pape ne peut admettre une réſignation *in favorem*, ſans le conſentement du patron, ni l'Evêque, une réſignation *ex cauſa permutationis.* Dumoulin *in reg. de infirm. n°.* 51, aſſure que telle eſt la juriſprudence des arrêts qu'il a vu rendre au Parlement de Paris, que le Pape ne peut admettre pareille réſignation, *ſpreto patrono laico* ; à l'égard de la permutation, nous avons l'autorité de Févret, de l'abus, *liv.* 2, *ch.* 6, *n°.* 19, fondée ſur un arrêt du Parlement de Paris, rapporté par Mr. Servin : Paſtor s'eſt trompé, & a abuſé de l'autorité de Rebuffe, lorſqu'il avance au lieu ci-devant cité, n°. 30, que l'Evêque peut admettre une réſignation *inconſulto patrono ;* Rebuffe tient un langage tout contraire *in permutatione*, dit-il, *requiritur conſenſus patroni, aliàs irritabitur proviſio.* La ſeule exception eſt lorſque le patron n'a point de ſujet légitime de s'oppoſer, par exemple à la permutation d'une Cure, & que l'intérêt de la Paroiſſe ou du ſervice divin ſe trouve en ce que cette permutation ait ſon

effet ; c'eſt ainſi que le décident Rebuffe & Faber aux lieux cités par Paſtor ; on peut même le conjecturer ainſi de la diſpoſition de l'art. 24 de l'édit eccléſiaſtique, [quoique l'article ſoit dans une eſpece différente,] mais qui a pourtant pour objet l'avantage de la paroiſſe & le bien public, qui prévaut toujours ſur le particulier.

A l'égard de la création des penſions faite ſans le conſentement du patron laïque, Solier ſur *Paſtor*, *liv.* 3, *tit.* 12, *n°.* 4, obſerve que nous tenons en France, que *ſine conſenſu patroni penſio conſtitui non poteſt ;* il en eſt autrement du patronage eccléſiaſtique, Févret, *tom.* 1, *liv.* 2, *chap.* 5, *n°.* 20, auquel le Pape peut déroger par la création d'une penſion ſur le bénéfice réſigné, ce que l'Evêque ne peut pas faire dans les permutations, même avec le conſentement des patrons, ſoit laïques ou eccléſiaſtiques.

CHAPITRE IV.

Du Regrès de celui qui a réſigné dans le cas de vieilleſſe ou maladie.

IL a déja été dit que le premier cas qui donna lieu au regrès, fut celui d'une réſignation faite dans les circonſtances d'une maladie ſurvenue au réſignant, j'ajoûterai ici, que pour fonder la demande en regrès, il faut qu'il conſte d'une parfaite & entiere convaleſcence, par atteſtation de Médecins ; car tant que l'infirmité dure, le réſignant eſt irrécevable en ſa demande, quoique convaleſcent ; c'eſt ainſi que ce Parlement le jugea le 1 Avril 1704 en l'audience de la Grand'Chambre, en faveur de Me. Rodiere, réſignataire, contre Me. Moliere ſon réſignant, Me. Baſtard plaidant pour le premier, & Me. Cauſſade pour le ſecond ; cet arrêt parut à quelques-uns trop rigide, en ce que le réſignant alléguant ſa convaleſcence, la Cour le débouta définitivement, faute par lui d'en avoir rapporté la preuve ; au lieu de

prendre ce tempérament, d'ordonner que par un préalable il ſeroit procédé à la viſite du réſignant par Médecins & Chirurgiens ; mais on trouva ſans doute la demande en regrès prématurée, & l'allégation de convaleſcence hazardée.

De cet arrêt on peut tirer une conſéquence pour les cas de regrès qui ſe ſont introduits à l'inſtar de celui qui donna lieu au premier arrêt rendu ſur cette matiere, [comme par exemple] à celui de la réſignation faite dans les circonſtances d'une accuſation ou prévention pour crime, & du regrès demandé ; car il faut que le prévenu ſoit abſous du crime, & qu'il ait obtenu du Pape ſa diſpenſe de poſſéder des bénéfices ; c'eſt l'obſervation de Solier ſur *Flaminius, de reſignat. benef. lib.* 1, *quæſt.* 13, *n'.* 44.

Le regrès en refus de payer la penſion ſe trouve autoriſé par la Cour de Rome & par une clauſe de ſtile qu'on y infere dans l'homologation de la même penſion ; mais il n'eſt pas permis au réſignant de reprendre de ſa propre autorité la poſſeſſion du bénéfice faute de payement de la penſion, ainſi qu'il lui eſt concédé par le Pape, les voies de fait étant interdites en France ; il faut que le réſignant intente ſon action contre le réſignataire & qu'il obtienne jugement déclaratoire de regrès, c'eſt la remarque de *Cabaſſut. in praxi, lib.* 2 *cap.* 14, *n'.* 14.

Le Copermutant a non-ſeulement le regrès quand il a accepté par ignorance de fait un bénéfice incompatible [comme s'il étoit régulier,] mais encore lorſque le bénéfice lui eſt évincé & qu'il n'en peut jouir. *Rebuff. de pacific. poſſeſſor. n'.* 145. *Faber in ſuo cod. de ſacroſanct. eccleſ. definit.* 53. & cela ſe fait parmi nous ſans nouvelle proviſion ; mais il faut toujours un jugement déclaratoire de regrès de la part du Juge laïque, à qui ſeul appartient de connoître du poſſeſſoire ; le regrès eſt accordé avec reſtitution des fruits depuis l'interpellation en juſtice contre le détenteur du bénéfice. *Rebuff. loco citato*, rapporte à ce ſujet un arrêt de préjugé du Parlement de Paris du 29 Mars 1510, en faveur de Me.

Etienne Poſtrat. Il y a encore lieu au regrès, s'il arrive qu'un des copermutans ait ignoré la penſion dont le bénéfice qu'il a accepté ſe trouvoit chargé ; ce copermutant a encore le choix de contraindre l'autre à dégager le bénéfice de la penſion & à le relever indemne à cet égard ; c'eſt ainſi que la choſe a été jugée par les différents arrêts du Parlement de Paris & du grand Conſeil ; ils ſont rapportés par Papon en ſon Récueuil, *liv.* 2, *tit.* 7, *art.* 4 *&* 5.

Le regrès eſt accordé non-ſeulement par le dol & fraude pratiqués par le réſignataire, mais encore par la violence dont il a uſé envers le réſignant ; *cap. ſuper hoc, extra de renuntiat*, le réſignant aſt admis au regrès de ſon canonicat ou autre dignité eccléſiaſtique avec le même rang qu'il tenoit dans l'Egliſe ou le Chapitre lors de ſa réſignation ; enſorte que s'il y a eu des Chanoines inſtallés pendant le cours de ſa maladie, il prendra ſur eux le rang qu'il avoit, ſuivant l'arrêt du Parlement de Paris, rapporté dans les Mémoires du Clergé, *tom.* 2, *tit.* 22.

CHAPITRE V.

Du Titre Clérical.

ON trouve dans ce chapitre un conflit d'opinions & de jugemens ſur la même matiere, qui ſemble rendre la déciſion des queſtions arbitraires : On voit d'un côté des arrêts qui ont jugé que le titre clérical, (quoique non-inſinué ni publié,) étoit bon & valable contre des créanciers poſtérieurs du pere conſtituant, qui étoient irrécevables à le débatre par ce défaut ; de l'autre, des arrêts qui ont décidé en faveur des créanciers : d'un côté, des arrêts qui ont diſpenſé les créanciers antérieurs du conſtituant de former leur oppoſition pour la conſervation de leurs hypoteques lors de la publication du titre clérical, & qui leur ont conſervé la priorité de leurs hypoteques, de l'autre, des arrêts qui ont

aſſujeti ces créanciers antérieurs à former leurs oppoſitions, pour conſerver la priorité de leurs créances.

Il me ſemble que ces queſtions examinées de près, & ſelon les principes, doivent recevoir moins de difficulté quelles n'en ont eu, & que leur déciſion ne doit pas balancer l'eſprit.

Il faut d'abord établir pour principe, que le titre clérical qu'un pere conſtitue à ſon fils, eſt une véritable dot conſtituée à raiſon du mariage ſpirituel, que ce fils doit contracter avec l'Egliſe pour pouvoir s'y entretenir avec décence à défaut de bénéfice, *cap. Epiſcopus, extra de Præbend. & ibi gloſſa.* Que ce titre eſt aſſigné par contrat onéreux, plutôt que par pure donation, ſuivant la remarque du docte *Chopin, in conſuet. And. lib. 3. cap. 1. tit. 3. num. 5. & de Brodeau ſur Louet, lett. D, ſomm. 56, num. 4.* par où il eſt exempt de toute inſinuation, *Brodeau, eod.* rapporte un arrêt qui l'a ainſi jugé, avec d'autant plus de raiſon, que ni le concile de Trente, ni l'ordonnance d'Orléans, n'ont point requis cette inſinuation, que de même que la fille eſt réputée créanciere du pere pour la dot qui lui eſt conſtituée, ſelon la remarque du Commentateur de *Laroche, liv. 6, tit.* des Donations, *art. 12*, le fils eſt pareillement ſon créancier pour le montant de ſon titre clérical.

De-là il faut conclure que les créanciers poſtérieurs du pere conſtituant, n'ont point de priſe ſur les biens dépendans du titre clérical, (quoique non inſinué;) & que dans la diſtribution de ſes biens & l'arrangement des créances, le clerc doit être alloué ſur ces mêmes biens, par préférence à ces créanciers poſtérieurs, ſuivant la regle, *qui prior eſt tempore, potior eſt jure.*

Pour ce qui concerne les créanciers du pere antérieur à la conſtitution du titre clérical, ils ne ſçauroient être aſſujetis dans les véritables regles à former leurs oppoſitions lors de la publication du titre, à l'effet de conſerver la priorité de leurs hypoteques; parce que les biens conſtitués par le pere ne peuvent paſſer ſur la tête du fils qu'avec leurs charges;

de même que les biens conſtitués en dot à une fille. On ne peut pas dire que la donation du clerc ſoit plus privilégiée ni plus protégée par les loix que la cauſe des dots des femmes, en faveur deſquelles Juſtinien a fait brêche au droit commun, par la loi *Aſſiduis*; toutefois, elles n'ont point reçu cette prérogative, que leur dot ſoit privilégiée ſur les créanciers antérieurs du conſtituant.

Les Canoniſtes ultramontains avoient mis en doute, ſi les créanciers antérieurs à la conſtitution du titre clérical, pouvoient exercer leurs hypoteques ſur ce titre par la vente des immeubles qui en faiſoient le fonds: mais ils ont enfin convenu que la priorité d'hypoteque devoit l'emporter, ſuivant la déciſion de la loi *ſi fundum*, *§. in venditione*, *ff. de pignor*; c'eſt l'obſervation de *Févret*, traité de l'Abus, *liv.* 3, *chap.* 4, *num.* 4, qui ajoûte que cette déciſion doit être d'autant plus ſuivie à l'égard de l'Egliſe, qu'elle n'eſt pas préſumée *velle lucrari cum alterius jactura*, ce qui arriveroit pourtant ſi on donnoit ce privilege au titre clérical, de pouvoir l'emporter ſur les créances antérieures, faute par les créanciers d'avoir négligé de former des oppoſitions auſquelles nulle loi ne les aſſujetit, puiſque ni le concile de Trente ni ces ordonnances royaux, n'exigent point la publication du titre patrimonial, qui eſt pourtant la voie légale pour rendre les actes notoires, d'où il faut tirer cette conſéquence, que ni le concile ni les ordonnances n'ont pas entendu que les créanciers antérieurs duſſent, pour la conſervation de leurs hypoteques & de leur priorité, former des oppoſitions; mais quand même l'inſinuation du titre auroit été établie par les ordonnances royaux, ce ne ſeroit que contre les créanciers poſtérieurs auſquels cette inſinuation nuiroit; ainſi il faut conſtamment décider que les créanciers antérieurs, quoique non-oppoſans à la publication du titre, conſervent toute la priorité de leur hypoteque.

Au ſurplus, la diſpoſition de l'arrêt du 24 Février 1663, rendu en faveur de Me. Pechantré Prêtre, par lequel il fut reçu à rentrer dans les biens dépendans de ſon titre clérical, après

après les 30 années de l'aliénation qui en avoit été faite, doit être ſuivie par les raiſons que l'Arreſtographe a très-élégamment déduites.

Mr. Leprêtre, centur. 2. rapporte un arrêt du 20 Janvier 1610, rendu dans la même eſpece, qui avoit déja préjugé la queſtion contre un tiers-acquereur des biens d'un titre clérical depuis 5 ans.

Sur quoi il faut obſerver, que c'eſt une maxime certaine que le titre clérical eſt inaliénable, de même que la dot d'une femme, avec cette différence que j'eſtime, que cette prohibition n'a d'autre objet que la conſervation du revenu & des fruits des biens pour le clerc, ſa vie durant, & que celui-ci ſe trouvant propriétaire incommutable de ces biens, peut les hypotéquer valablement; enſorte qu'après ſa mort le créancier pourra agir, & pourſuivre un décret contre les mêmes biens, ce qui ſe trouve avoir été ainſi jugé au Parlement de Paris, le 3 Avril 1629. *Bauni, en ſa Pratiq. canon. liv. 3, chap. 1*; au lieu que, ſuivant la diſpoſition du droit civil, toute eſpece d'aliénation & d'hypoteque des biens dotaux eſt prohibée à la femme pendant le mariage & cela par des raiſons qui lui ſont particulieres, & qui ne peuvent être communes avec le clerc, jouiſſant de ſon titre en pleine propriété & uſufruit.

L'ordonnance d'Orléans, art. 12, nous inſinue aſſez que l'aliénation qu'elle prohibe du titre clérical, n'a d'autre objet que la conſervation du revenu & des fruits, & que cette prohibition ne lie point le titulaire, pour ce qui concerne l'aliénation de la propriété qui lui eſt acquiſe. Cette ordonnance s'explique en ces termes: *avons déclaré le revenu temporel inaliénable & non-ſujet à aucunes obligations & hypoteques créées depuis la promotion du Prêtre, ſa vie durant*: Elle ne parle que du revenu & nullement de la propriété. Elle borne la prohibition d'aliéner & hypotéquer durant la vie du Prêtre titulaire; la prohibition d'aliéner & hypotéquer n'étant expreſſe que pour le revenu pendant la vie du Prêtre titulaire, rien n'empêche qu'il ne puiſſe hypotéquer le fonds

à des créanciers, & que ceux-ci ne ſoient en droit d'exercer après ſa mort leurs hypoteques ſur le même fonds ; & en cela il ne fait rien de contraire à l'inſtitution du titre clérical, puiſque n'étant établi que pour l'entretien viager du Prêtre ; de-là qu'il jouit des fruits pendant ſa vie, il eſt indifférent qu'après ſa mort ſon fonds tombe entre les mains de ſes créanciers.

Pour preuve ſenſible que les conſtitutions canoniques qui ont introduit ce titre clérical, n'ont eu d'autre objet que l'entretien du clerc, c'eſt qu'elles ont déterminé que le titre clérical ne pouvoit être conſtitué qu'en fonds qui donnât des fruits certains, & nullement en choſes mobiliaires, ſuivant l'obſervation *de Garcias*, *part.* 2, *cap.* 5, *num.* 105 *&* 111.

Il y a encore un arrêt de la Cour, rendu à la troiſieme chambre des enquêtes, le 17 Juillet 1717, au rapport de Monſieur de St. Laurens, entre Guillaume Laur, & Jean Roux, mari de Perrete Laur, qui prouve bien viſiblement qu'on n'enviſage que la perſonne du Prêtre, dans les priviléges accordés au titre clérical, puiſque cet arrêt décide que l'héritier du Prêtre n'eſt point reçu à oppoſer la faveur de l'impreſcriptibilité du titre clérical, dont ſon auteur auroit pu s'aider.

Le fait étoit tel, Anne Boudaries fit donation de tous ſes biens à Perrette Laur, ſous la réſervation de la ſomme de 100 liv. de rente, pour établir un titre clérical en faveur d'Antoine Laur ; celui-ci après la conſtitution de ce titre obtint la Cure de Cabreres, & vécut plus de 47 ans, ayant fait ſon teſtament & inſtitué Guillaume ſon frere ; il légua au fils de Guillaume ce fonds ſur lequel ſon titre clérical ſe trouvoit établi.

Après ſon décès Guillaume ayant trouvé Jean Roux en poſſeſſion des biens affectés pour ce titre clérical, le fit aſſigner en délaiſſement ; Roux lui oppoſa ſa poſſeſſion paiſible & non-interrompue plus que quarantenaire ; le demandeur en délaiſſement appela à ſon ſecours la faveur du titre clérical, qui, comme la dot, eſt impreſcriptible ; & ſoutint que

quand il ſeroit preſcriptible, la poſſeſſion alléguée manquoit à Roux : celui-ci répliqua que la faveur de l'impreſcriptibilité étoit perſonnelle au Prêtre, & ne paſſoit point à ſon héritier. La Cour par ſon arrêt ordonna que Guillaume Laur prouveroit qu'Antoine ſon auteur avoit interrompu le cours de la preſcription par la jouiſſance du fonds ; & par-là la Cour préjugea que l'exception d'impreſcriptibilité ne peut être oppoſée par l'héritier du Prêtre.

¶ Quand j'ai dit *que le titre clérical eſt inaliénable ainſi que la dot* ; cela doit être entendu, tandis que le promu aux ordres n'a point encore été pourvû d'aucun bénéfice eccléſiaſtique qui puiſſe lui fournir dequoi s'entretenir avec décence. Telle eſt la diſpoſition du Concile de Trente, *de reform. ſeſſ.* 21, *cap.* 2, *donec beneficium eccleſiaſticum ſufficiens ſit adepti*, & cette diſpoſition ſe trouve adoptée par les arrêts du Parlement de Bretagne. *Bellordeau en ſes controv. part.* 2, *chap.* 17, quoique ce titre ne puiſſe être aliéné, il peut néanmoins être confiſqué par le délit de l'eccléſiaſtique. *Coquille ſur Nivernois*, *tit. des Fiefs*, *Argentré*, *art.* 4, *des Inſtit.* & cela, à l'exemple de la dot ; mais dans ces circonſtances on laiſſe une penſion modique à l'eccléſiaſtique mort civilement pour le mettre à l'abri de la mendicité, ſuivant l'eſprit des canons, telle eſt la déciſion d'un arrêt du Parlement de Provence *du* 2 *Juin* 1673, *rapporté dans la ſuite de Boniface*, *tom.* 1, *pag* 43.

A l'exemple de la dot, toutes les contre-lettres qui pourroient être faites par le clerc, ſont déclarées nulles : Je crois que ſi le titre clérical fait par le pere excédoit la ſomme limitée par les ordonnances, & par les ſtatuts du dioceſe ; le ſurplus étant réputé vraie libéralité, & donation entre-vifs, le titre auroit beſoin alors d'inſinuation à l'égard des créanciers poſtérieurs du pere conſtituant. Sans cette inſinuation, ils pourroient agir ſur cet excédant, par la raiſon, que toute donation qui part de la main du pere hors du contrat de mariage du fils, demeure aſſujette à la loi de l'inſinuation ſuivant les art. 19 & 20 de l'ordonnance de Février 1731.

les créanciers poſtérieurs du pere étant ici dans la bonne foi, & ne pouvant raiſonnablement penſer qu'il eût conſtitué à ſon fils un titre clérical excédant la regle ordinaire, & ce titre étant une donation.

Suivant le droit établi par les anciens canons dès le premier ordre, conféré au clerc, *& in prima tonſura*, il devoit être pourvû de titre clérical, *cap. neminem, & ibi Gloſſa, diſtinct.* 7. ce qui n'eſt pas requis par le droit nouveau, que pour les ordres ſacrés; *Gloſſ. in cap.* 2. *extra de præbend. & Flaminius Pariſ. de reſignat. benefic. lib.* 2. *quæſt.* 6. *n.* 4.

Le grand Concile de Latran tenu ſous Alexandre III. en l'année 1779, a fait une loi expreſſe pour l'établiſſement du titre clérical, & ce décret du Concile rapporté, *cap.* 4. *de præb. extrà*, a été confirmé par le Concile de Trente, & adopté par les ordonnances de nos Rois; mais il n'a lieu que pour les clercs ſéculiers; car les réguliers peuvent être ordonnés ſans titre patrimonial, lorſqu'ils ont fait profeſſion & les vœux ſolemnels, mais non auparavant, ſelon la conſtitution 74 *de Pie V.* Le Pape Gregoire XIII. a affranchi les Jéſuites non profès de cette loi par une Bulle de l'année 1575, par laquelle il eſt porté qu'ils pourront être promus ſans titre patrimonial aux ordres ſacrés avant la profeſſion ſolemnelle de leurs vœux, avec la permiſſion de leur Général; cette Bulle a été confirmée par Grégoire XIV, le 4 Juillet 1591.

Il y a pluſieurs Docteurs qui ont prétendu, que le titre clérical n'étoit point ſujet à rapport, ni imputable en la légitime du clerc. *Rebuff. In praxi de reſcript. in forma comm. n.* 25. *Joan. Faber, §. finali inſtit. de inoff. teſtam. Chaſſan. in conſuet. Burg. tit. de Succeſſ. §.* 5. *gloſſ. in verbo*, meilleur de l'autre, *Chop. in conſuet. And. lib.* 3. *cap.* 1. *tit.* 3. *n.* 5.

Les arrêts ont reſtraint cette déciſion, dans les circonſtances où le fils renonce à la ſucceſſion du pere qui a conſtitué le titre, auquel cas, le fils n'eſt pas tenu de rapporter aux créanciers du pere l'héritage qui lui a été donné pour ſon titre clérical, arrêt rapporté *par Brodeau ſur Louet, lettre D*,

ſomm. 56, *num.* 4, en l'eſpece de l'arrêt, le créancier étoit poſtérieur à la donation, que Brodeau obſerve être plutôt oneréuſe que gratuite. Cette même déciſ. a lieu entre cohéritiers, *Brod. eod.* mais je crois qu'elle doit en ce cas, être entendue, lorſque le titre clérical n'excede point les bornes ordinaires ; car s'il étoit exorbitant, il y auroit lieu au rapport entre cohéritiers pour l'excédant, à moins d'une décharge expreſſe de la part du pere, de la ſucceſſion duquel il s'agit. Simon, dans les maximes du droit canonique, *tom.* 2 *pag.* 157, *édit.* 6. tient le titre ſacerdotal imputable en la légitime, lorſqu'il paroît que ç'a été la volonté du pere.

CHAPITRE VI.

De l'accuſation de révélation de confeſſion, ſi c'eſt délit commun ou royal.

L'Arrêt rapporté dans ce chapitre, déclare délit commun le crime de révélation de confeſſion commis par un Prêtre, & a affranchi l'Eccléſiaſtique du joug de la juriſdiction laïque, ſur le fondement que le délit eſt de ſa nature ſi eccléſiaſtique & ſi ſpirituel, que nul auteur ni arrêt, ne l'a mis au nombre des cas royaux. Cette queſtion ne paroit pourtant pas ſans difficulté, ſi l'on conſidere en premier lieu, que la révélation de confeſſion eſt un cas des plus graves & des plus intéreſſans pour la réligion, dont le Roi eſt le protecteur & le défenſeur. 2°. Qu'il s'agit d'un ſcandale commis à la face du public, puiſqu'il tend à deshonorer le pénitent par le bruit qui s'en eſt répandu. 3°. Que c'eſt faire abus d'un ſacrement & ſe rendre par conſéquent coupable d'un vrai ſacrilege, qui rend l'Eccléſiaſtique juſticiable du Juge royal, ſuivant Chopin *de doman. lib.* 2. *cap.* 7. *n°.* 20. *in regis præterea juribus computatur ſacrilegii maledicti accuſatio vindex*, dit-il. *Boër. deciſ.* 248, tient la même doctrine ; ce ſont là deux Auteurs François inſtruits de nos ma-

ximes, *Julius-Clarus*, *Covarruvias*, [quoiqu'ultramontains,] ſont du même avis; ainſi Bornier a trop légerement avancé ſur *l'art.* 11 *du tit.* 1, de l'ordonnance de 1670, que ni Chopin ni Loizeau, ni preſque pas aucun Auteur, ne comptent les ſacrileges au nombre des cas royaux. Févret prouve le contraire, *liv.* 8. *chap.* 2. *n°.* 9. Il eſt vrai que l'art. 11 de l'ordonnance déja cité, ſemble être reſtraint au ſacrilege fait avec effraction pour le cas royal dont il parle; mais il eſt ſenſible que l'ordonnance entend parler du vol des vaſes ſacrés, ou d'une entrepriſe faite avec violence ſur les lieux conſacrés au ſervice divin; ce qui ne donne point d'excluſion aux autres eſpeces de ſacrileges, non moins intéreſſans pour la réligion [tel qu'eſt la révélation d'une confeſſion] qui entraine avec ſoi le violement de ce qu'il y a de plus ſacré, & un ſcandale pour toute l'Egliſe, & tout cela excede ſans doute les bornes des peines canoniques peu propres à arrêter le cours de pareils crimes; car qu'eſt-ce que le ſacrilege? ſinon l'abus qu'on fait d'une choſe ſacrée, *abuſus rei ſacræ*, & j'obſerverai ici, que la révélation de confeſſion n'eſt pas moins ſcandaleuſe pour le pénitent que le refus de lui donner la communion, lorſqu'il ſe préſente à la ſainte table. Ce ſont là deux ſacremens liés enſemble, la Confeſſion & l'Euchariſtie; toutefois la Cour (toutes les Cambres aſſemblées) & conſéquemment avec mure & authentique délibération, jugea cas royal & privilégié le refus fait par un Prêtre de donner la communion; j'en ai rapporté l'arrêt en mes obſervations, chap. 26 du liv. 4, Cabaſſut. *in theor. jur. canon. lib.* 3, *cap.* 7, *n°.* 5, remarque que le Prêtre en refuſant la Communion, revele par voie indirecte la Confeſſion de celui qui ſe préſente à la table; en effet, le refus n'eſt autre choſe dans le fonds qu'un reproche public que le Prêtre fait au pénitent des péchés dont il s'eſt accuſé, *Sacerdos enim*, dit le Canoniſte, *negando communionem indirecte commemoraret atque exprobraret auditum in confeſſione illius peccatum.* Il n'y a donc pas ſelon moi, de différence à faire d'un cas à l'autre, de refuſer la

Communion à un pénitent, ou de révéler ſa confeſſion : par-tout il y a crime, ſcandale, trahiſon, abus du ſacrement du côté du Prêtre, & dans tous ces crimes l'autorité royale ſe trouve intéreſſée, ſoit par rapport à la manutention de la police eccléſiaſtique, dont le Roi eſt protecteur, ſoit eu égard à la police de l'état qui ne permet pas que pareil ſcandale ſoit commis ſans encourir la punition des crimes dont la compétence appartient au Juge royal, comme cas royaux. J'ai dit que le ſacrilege n'eſt autre choſe ue, *abuſus rei ſacræ*, cette définition peut trouver ſon fondement dans deux différens canons, *can. Audivimus*, *cauſa* 1, *quæſt.* 3, *& cauſ. ſunt quidem* 125, *cauſa* 1, *quæſt.* 1. Le premier qualifie de ſacrileges ceux qui font un commerce des choſes ſpirituelles ; & le ſecond regarde du même œuil ceux qui empêchent par voie de fait, ou par des détours captieux, qu'un bénéfice vacant ſoit rempli par un digne ſujet, démarche que la gloſe de ce canon ſur le mot *ſacrilegos*, appelle ſimonie, *id eſt ſimoniacos.*

Il n'eſt pas ſelon moi de plus grand abus de deux choſes ſpirituelles, & qui approche de plus près de cet honteux trafic des choſes ſaintes, que le cas de révélation de confeſſion, puiſque c'eſt divulguer un ſecret inviolable, rompre par un attentat horrible le ſceau dont l'Egliſe à muni ce ſacrement. Et l'attentat paroit d'autant plus puniſſable en France, qu'il tend à détruire le ſacrement contre lequel l'héréſie de Calvin s'eſt élevée avec tant de témérité ; il faut, ce ſemble, des exemples de terreur pour contenir les confeſſeurs capables d'un ſemblable attentat ; car les peines canoniques ſont trop légeres pour le crime. Chopin au lieu déjà cité, range au nombre des ſacrileges ceux qui ſe trouvent coupables de blaſphême. Or, n'eſt-ce pas blaſphémer que d'ouvrir ſa bouche pour révéler le ſecret inviolable de la confeſſion. D'où il ſemble qu'il faut conclure que le délit dont nous parlons eſt privilégié & cas royal, & que l'Official commettroit abus s'il en retenoit la connoiſſance.

CHAPITRE VII.

Des Fondations & Rentes obituaires, & de la faculté de rachat qui y eſt appoſée.

ON peut ajouter aux arrêts qui ont jugé la rente obituaire impreſcriptible, ſur la tête des tiers-acquereurs du fonds aſſujeti à la rente, un arrêt rendu le 12 Avril 1718. au rapport de Monſieur de Laroque à la ſeconde chambre des enquêtes, en faveur du ſindic de la table Notre-Dame de l'Aſſomption de l'Egliſe St. Etienne de Toulouſe, contre le ſieur de Vabres Marquis de Caſtelnau, par lequel il fut décidé que le ſieur de Vabres poſſeſſeur & tiers-acquereur des biens ſujets au payement d'une rente, établie en faveur de la chapelle de l'Aſſomption, de quatre ſétiers bled, n'avoit pas preſcrit l'hypoteque par une jouiſſance de 148 ans, quoiqu'il n'y eût pas de ſervice annexé à cette rente, & qu'il y eût eu tranſport de cette même rente ſur deux différens héritages, dont les poſſeſſeurs l'avoient régulierement payée, le ſieur de Caſtelnau fut ſeulement condamné à payer les arrérages depuis l'introduction de l'inſtance, & au quart des dépens.

Quand les biens ſujets au payement de la rente obituaire ſe trouvent poſſédés par un tiers-acquereur, qui a ignoré cette charge du fonds, il ne peut être condamné aux arrérages de cette rente que depuis l'introduction de l'inſtance : c'eſt ainſi que la queſtion fut jugée à la troiſieme chambre des enquêtes, le 12 Juillet 1721, au rapport de Mr. de Faure, entre Me. Douſſaine obituaire, & de Nizor tiers-acquereur du fonds.

Le principal motif de cet arrêt fut que Nizor étoit poſſeſſeur de bonne foi, & qu'il avoit ignoré la rente au temps de ſon acquiſition ; d'où l'on peut conclure que ſi l'acquereur a connu cette charge du fonds au temps qu'il l'a acquis, il doit être

être condamné aux arrérages depuis 29 ans avant l'introduction de l'inſtance, puiſqu'il eſt de maxime que le poſſeſſeur de mauvaiſe foi eſt aſſujeti à la reſtitution des fruits du fonds évincé : ce même arrêt jugea que la rente obituaire étoit payable ſolidairement & ſans diviſion d'action par le poſſeſſeur de partie du fonds, ſauf ſon recours contre les autres poſſeſſeurs, par la raiſon que l'hypoteque à laquelle le fondateur a aſſujeti originairement le fonds, *eſt tota in toto, & tota in qualibet parte.*

Il y a deux arrêts rendus à la troiſieme chambre des enquêtes ; le premier, au rapport de Mr. de Gaujac le 3 Juillet 1722, entre Jeanne de Tonnac, veuve du ſieur de Gagnac & Jean Blais ; le ſecond, le 28 Février 1724, entre Pourſargues & Blanier, au rapport du même, qui ont jugé le pacte de rachat appoſé dans un contrat de bail à locataire perpétuelle, impreſcriptible.

Il ſemble que ces deux arrêts devroient fixer ſur cette matiere la juriſprudence de la Cour qui a été ſi flotante. Je croi cette faculté impreſcriptible par la maxime de la *loi* 1, *Cod. de diverſ. reſcript. connexorum eadem eſt natura.* Enſorte que la clauſe étant appoſée dans un contrat impreſcriptible, doit participer des avantages de ce contrat, qui doivent être reſpectifs & mutuels entre les contractans s'il n'y a paction contraire.

¶ Je commence par obſerver que par l'art. 3 de l'édit de 1749, concernant la main-morte, il eſt porté que les fondations qui auront pour objet la célébration des meſſes ou obits ne pourront ſortir à effet, qu'elles n'ayent été préalablement homologuées aux Cours de Parlem. ou Conſeils ſupérieurs chacun dans ſon reſſort, ſur les concluſions des Procureurs généraux, & qu'il ſoit en même-temps pourvû par leſdites Cours à l'adminiſtration des biens deſtinés à l'exécution deſdites fondations, & aux comptes qui en ſeront rendus. Cet article parle encore des fondations faites en faveur des étudians, ou des pauvres eccléſiaſtiques, ou ſéculiers, des mariages des pauvres filles, écoles de charité, ſoulage-

ment des priſonniers ou incendiés, ou autres œuvres pieuſes de même nature; à l'égard deſquelles fondations, il ne ſera point néceſſaire d'obtenir lettres patentes, mais ſeulement l'homologation du Parlement ou Conſeil ſupérieur.

Notre auteur ſur la fin de ce chapitre, (après avoir rapporté un arrêt du 5 Décembre 1678, rendu au rapport de Mr. d'Olivier, par lequel il fut jugé que la rente obituaire & ſes arrérages étoient dus en leur entier par *indivis* par le détenteur de partie de l'héritage, ſauf ſon recours contre le codétenteur,) l'auteur, dis-je, ajoûte, que *cette rente obituaire eſt en cela, plus favorablement traitée que la fonciere, puiſque les arrérages de cette derniere rente dus par* indivis *ne peuvent être demandés par* indivis, *mais ſeulement contre chacun des tenanciers à proportion de ce qu'ils poſſedent des biens ſujets à la rente.* Cette propoſition a été hazardée, & n'eſt point autoriſée par aucun arrêt. Elle choque en effet, les principes reçus en cette matiere, que Loiſeau a très-judicieuſement rapportés dans ſon Traité des rentes, chap. 4, n°. 11, *la charge fonciere*, dit-il, *eſt une redevance due proprement & directement par l'héritage, & non par la perſonne;* il pourſuit enſuite, *ès charges*, dit-il, n°. 15; *& rentes foncieres, la diſcuſſion n'a point lieu au profit du tiers-détenteur, même quand il eſt queſtion des arrérages précédens la détention;* & il cite la loi, *Cum poſſeſſor, ff. de Cenſ.* Or cette loi autoriſe la demande ſolidaire contre le détenteur de partie du fonds, ſauf ſon recours contre le codétenteur pour la portion le compétant, & telle eſt la remarque de Mornac ſur cette loi.

S'il s'agiſſoit au contraire d'une rente volante & conſtituée à prix d'argent, que le fondateur eût aſſignée ſur un de ſes débiteurs pour l'établiſſement d'un obit, ou en faveur des perſonnes énoncées en l'art. 3, dont j'ai parlé, cette rente ſeroit preſcriptible par le débiteur au moyen de la ceſſation du payement par le temps preſcrit, qui eſt de 40 ans contre l'Egliſe, & les arrérages n'en pourroient être demandés que depuis 5 ans, ſuivant l'art. 71 de l'ordonnance de

Louis XII. de l'an 1512, qui eſt de police générale dans tout le Royaume pour toute ſorte de gens, ſans exception pour la cauſe pie. Mais dans le cas de la preſcription du fonds de la rente conſtituée, cauſée par la négligence de l'obituaire ou chapelain, & ſon inaction à former demande de la rente, le fondateur ou patron de cet obit auroit une action de recours & de garantie contre le chapelain ou ſes héritiers, *vix enim eſt ut non videatur alienare qui patitur uſu capi.*

CHAPITRE VIII.

Des intérêts du legs fait à l'Egliſe.

LE Préſident Faber au lieu cité par l'auteur, n'appuie ſa déciſion que ſur celle de Tiraqueau, *in Tractatu de Privileg. piæ cauſ.* & il incline à cette opinion par la prévention naturelle que la plupart des auteurs ont pour la cauſe pie, mais, quelque favorable que ſoit ſa faveur, elle ne peut le porter au point de renverſer les regles adoptées parmi nous ſur cette matiere, priſes de la diſpoſition de l'art. 60 de l'ordonnance d'Orléans; qui porte que les intérêts des ſommes dues par cédule ou obligation, ne ſeront adjugés par le jugement qui interviendra que depuis l'ajournement en cauſe. Les exceptions à cette regle tombent ſur certaines matieres traitées par nos auteurs, comme pour vente de biens fonds, pour légitimes des enfans, dots de femmes, dans leſquelles matieres les intérêts courent ſans interpellation, parce qu'ils tiennent lieu de fruits dont le créancier auroit dû jouir ainſi que les légitimaires; mais on ne trouve aucun texte du droit, ni arrêt, qui à cet égard ait mis la cauſe pie à niveau de ceux dont on vient de parler; elle doit donc être réduite au droit commun, ſuivant lequel les intérêts ne ſont dus au légataire que depuis le jour de la judiciaire, l'héritier n'étant réputé en demeure que depuis ce jour-là. Et telle eſt la doctrine du même Faber, *loco citato, def.* 1, *uſura, aut*

fructus legatorum, dit-il, *à die moræ deberi verius eſt, moram vero non prius contractam videri poſſe, quàm legatum agnoverit legatarius, & petierit.* Et les fruits perçus appartiennent avant la demande à l'héritier, quoiqu'il ait pleinement connu le legs. La raiſon qu'en donne Faber, eſt que l'héritier n'eſt pas tenu d'aller offrir le legs ou légataire, & de l'interpeller à cet égard, *quod utique legatario nihil petenti offerre non debuit.* Sur ce principe on peut ſe tenir en garde contre la réflexion de notre arreſtographe. *Qu'il ne ſeroit pas juſte de diſpenſer, l'héritier; qui avoit connoiſſance du legs fait à la cauſe pie, de payer les intérêts antérieurs à une interpellation que l'ignorance du legs n'a pas permis de faire plutôt.* La connoiſſance de l'héritier ne le conſtitue pas en mauvaiſe foi, parce qu'il eſt des regles qu'il n'y a point de demeure là où il n'y a pas de demande, *ibi nulla mora, ubi nulla petitio*, & qu'il n'y a jamais de mauvaiſe foi quand on poſſede ſous l'ombre & l'autorité de la loi. *Itaque fructus interim percepti ad hæredem pertinent tanquam bona fide percepti, licèt non ignoraverit legatum.* Faber *eod. loco.* Il ne faut donc pas que la réflexion de notre auteur, qui tire ſon principe de ſon penchant naturel à favoriſer la cauſe pie, faſſe impreſſion ſur l'eſprit. Mais je croirois que s'il ſe rencontroit une réticence frauduleuſe de la part de l'héritier à raiſon de ce même legs, comme s'il avoit pris des meſures pour détourner l'acte où le legs eſt contenu, pour en dérober la connoiſſance à la cauſe pie, de façon qu'on n'eût pu uſer de la voie légale de l'interpellation, pour en faire courir les intérêts légitimément. Alors l'héritier devroit être condamné à des dommages & intérêts *arbitrio judicis* ſelon l'exigence du cas, pour le punir de ſon dol, *nemo enim ex ſuo delicto conditionem ſuam meliorem facere poteſt. leg. non fraudantur ff. de reg. jur.*

CHAPITRE IX.

De la preſcription de 40 ans contre l'Égliſe.

LA ſeule preſcription de quarante ans, dit l'auteur, peut être oppoſée à l'Egliſe; & la preſcription de dix ans donnée au tiers-acquereur, à l'égard de l'action hypotecaire, eſt de quarante ans contre elle, & c'eſt ainſi que la queſtion fut jugée ſur le fondement de l'autentique, *quaſi actiones, cod. de ſacroſ. eccleſ.*

A ſuivre la diſpoſition de la Novelle 3. (d'où eſt tirée cette autentique) il n'y a que la preſcription de quarante ans qui peut être oppoſée à l'Egliſe, ſoit pour l'action hypotécaire, ſoit pour la perſonnelle, *jubemus in negotiis quæ ante hac, triginta annorum removebat exceptio nunc venerabilibus eccleſiis monaſteriis & quadraginta annorum protelatio conferatur &, ut ſopitæ hoc temporis ſpatio tam perſonales, quàm hypotecariæ actiones, in perpetuum conqueſcant.* Telle eſt encore la diſpoſition du droit canonique, *cap.* 13. *& ſeqq. extra de præſcript.* à quoi s'eſt conformée la coutume de Paris en l'art. 123, cette preſcription même de quarante ans adoptée par les arrêts de ſon Parlement en faveur de l'Egliſe, ne commence à courir que du jour du décès du bénéficier qui a conſenti un acte contenant lézion, & contre lequel on a impétré lettres en reſciſion, ſuivant l'arrêt rapporté par Mr. Louet lettre P. *verbo* Preſcription contre l'Egliſe, ſom. 1.

Les autres Parlemens, comme celui de Bordeaux & de Provence n'ont point adopté cette juriſprudence. *Lapeyr. lettre P. verbo*, Preſcription, rapporte un arrêt du 14 Mars 1693, qui décida que la preſcription de 10 & 20 ans en matiere d'action hypotécaire, peut être oppoſée à l'Egliſe, & que dans ce cas l'autentique *quas actiones, cod. de ſacroſ. eccleſ.* qui décide pour la preſcription de 40 ans, n'avoit pas lieu, cette autentique ne recevant ſon application que pour

le patrimoine de l'Egliſe, & non pour les actions mobiliaires pour leſquelles elle n'a point de privilege, à quoi, dit Lapeyrere, eſt conforme la doctrine de Barboſa & de Balde.

Je crois qu'il ne faut point s'écarter de la diſpoſition des arrêts de ce Parlement qui ont adopté la diſpoſition de l'autentique *quas actiones*, pour l'action hypotécaire dont il s'agit ici, tel eſt le ſentiment de Guipape, au lieu cité par l'auteur; mais le canon *placuit* dont il a employé l'autorité, ne dit rien de l'action hypotécaire qui fait le ſujet de l'arrêt cité, ce canon porte ſeulement que l'Egliſe ne peut être troublée par un particulier, dans la poſſeſſion d'un fonds qu'elle jouit paiſiblement depuis 30 années, ou dans ſes privileges. Et il n'y eſt aucunément fait mention de la preſcription de 40 ans, qui ſeule peut ici être oppoſée à l'Egliſe par le tiers-acquereur, ſuivant la juriſprudence de ce Parlement.

CHAPITRE X.

De la préſentation des Vicaires amovibles.

LA Cour traite ſi favorablement les Curés dans le choix qu'ils font de leurs Vicaires, que par arrêt du 8 Mars 1707, prononcé à l'audience de la grand'chambre, par Mr. le Préſident de Riquet, ſur les concluſions de Mr. l'Avocat général Daviſard; elle déclare y avoir abus, dans l'ordonnance de Mr. l'Evêque du Puy; portant que Me. André Curé, recevroit pour Vicaire, Me. Févret, que ce Curé avoit déjà congédié.

On peut conclure de cet arrêt, que quand le Curé a fait choix d'un Vicaire pour la deſſerte de ſa Paroiſſe, irréprochable dans ſa conduite, & d'ailleurs, habile pour les fonctions curiales; l'Evêque qui l'a une fois approuvé, ne peut le déplacer malgré le Curé, par voie de ſupérioté.

Le Parlement de Paris rendit un arrêt, qui paroît contraire à celui-ci, à l'audience de la grand'chambre, le 26 Juillet 1691. Il eſt rapporté par Duperrai en ſes notes, ſur l'édit eccléſiaſtique, *art.* 25, *tom.* 1, *pag.* 610. Cet arrêt déclare n'y avoir abus dans l'ordonnance de Mr. l'Evêque d'Angers, qui avoit commis un Vicaire dans le lieu de la Daguiniere, avec cette condition, qu'il ne pourroit être révoqué, ſans ſon conſentement. Me. François Chapillon, Curé, étoit appellant comme d'abus, de l'ordonnance de cet Evêque.

Il falloit ſans doute, que dans l'eſpece de cet arrêt, l'Evêque eût eu pour motif, le bien général de cette paroiſſe, pour en uſer ainſi; motif qui fut accueilli par cet arrêt, & qui a échapé à la plume du Compilateur.

¶ La déclaration du 5 Octobre 1726, & 15 Janvier 1751, ſervant de reglement entre les Curés primitifs, & les Curés Vicaires perpétuels, a levé bien de difficultés, & mis fin à pluſieurs conteſtations qui avoient fourni de matiere aux différens procès, qui s'étoient mus entre les décimateurs Curés primitifs des Paroiſſes, & les Curés-Vicaires. Et aux arrêts rendus en conſéquence, mais dont les diſpoſitions ne pouvoient former un reglement général & une juriſprudence uniforme, ce qui eſt pourtant l'objet de ces déclarations.

La cauſe des Curés-Vicaires des Paroiſſes eſt fort protégée par leur diſpoſition, ils ſont en effet les Curés primitifs dans l'origine, & la création des paroiſſes, & tous les droits honorifiques & utiles leur en étoient dévolus. Et ils ſont aujourdhui même préſumés tels, c'eſt ce que l'art. 4 de la déclaration met dans tout ſon jour: *le titre* (porte l'article) *& les droits des Curés primitifs* ne pouvant être acquis légitimément qu'en vertu d'un titre ſpécial, ceux qui prétendent y être fondés ſeront tenus en tout état de cauſe, d'en repréſenter les titres, faute de quoi ils ne pourront être reçus à le prétendre au préjudice des Curés-Vicaires perpétuels à qui la proviſion demeurera pendant le cours de la conte-

ſtation, & ne ſeront réputés valables à cet effet autres titres que les bulles des Papes, décrets des Evêques, lettres patentes des Rois nos prédéceſſeurs, ou actes d'une poſſeſſion juſtifiée avant cent ans, & non interrompue.

Le précédent article porte, que toutes fonctions, prééminences, droits honorifiques ou utiles prétendus par les Curés primitifs de quelque nature qu'ils puiſſent être, ſoient à l'avenir & pour toujours réduits à la ſeule faculté de faire le ſervice divin les quatre fêtes ſolemnelles, & le jour du Patron, s'ils ont titre & poſſeſſion valable à cet effet : pourront cependant leſdits jours ſeulement, & quand ils officieront, & non autrement, percevoir la moitié des oblations & offrandes tant en argent qu'en cire, l'autre moitié demeurant auſdits Curés & Vicaires perpétuels nonobſtant tous uſages, tranſactions & titres à ce contraires : l'art. 7 maintient les Egliſes cathédrales ou collégiales dans leurs droits & uſages à l'égard du contenu en la préſente déclaration, ſauf pour l'art. 6 concernant les portions congrues. La poſſeſſion dont entend parler cet article, & qui peut faire titre à ces Egliſes, eſt de 40 années continues & non interrompues, qui eſt la preſcription qu'une Egliſe peut oppoſer à l'autre.

L'art. 5 de la déclaration du 15 Janvier 1731, déroge à l'art. 8 de la précédente, en ce que par cet article 3 il eſt porté que la moitié des oblations demeurera au Curé ou Vicaire de la paroiſſe nonobſtant tous abonnemens, titres à ce contraires ; cet article 5 fait cette reſtriction, *à moins que leſdites offrandes ou oblations n'ayent été autrement réglées en faveur des Curés primitifs ou des Curés-Vicaires perpétuels par des titres, actes ou tranſactions, arrêts contradictoires ou actes de poſſeſſion centenaire.* Suivant l'article 9, c'eſt à l'Evêque diocéſain à l'excluſion de tous autres ; Abbés même, ou Prieurs prétendans avoir la juriſdiction quaſi-épiſcopale, à régler l'heure de la meſſe paroiſſiale, & des autres parties de l'office divin, de preſcrire le jour & l'heure de l'expoſition du St. Sacrement à l'autel deſtiné, pour cela même à celui des Religieux ou Chanoines réguliers de la même Egliſe

Egliſe paroiſſiale. L'article 10 exclut les Curés primitifs de la préſidence ou aſſiſtance aux conférences ou aſſemblées des Curés concernant leurs fonctions de paroiſſe, & de pouvoir entrer dans les aſſemblées de la fabrique, & ce nonobſtant tous actes, arrêts, ou uſages contraires.

Les inſtances concernant les Curés primitifs, les Curés, les Vicaires perpétuels ſur les droits par eux reſpectivement prétendus, doivent être portées en premiere inſtance devant les Baillifs & Sénéchaux & autres Juges des cas royaux, reſſortiſſant nuement aux cours de Parlement dans le territoire deſquels leſdits Curés ſe trouvent ſitués, les jugemens rendus ſur les conteſtations dont on vient de parler, ſeront exécutées par proviſion, nonobſtant l'appel, & ſans y préjudicier, articles 12 & 13.

CHAPITRE XI.

Sur la condamnation de fournir des ornemens à l'Egliſe, contre les Laïques.

Baſſet, tom. 1, liv. 1, tit. 1, chap. 3, rapporte un arrêt du Parlement de Grénoble, du 18 Mars 1634, qui a jugé la queſtion; & a décidé que le Juge d'Egliſe, peut ſeulement ordonner, que les ornemens néceſſaires au ſervice divin, ſeront fournis, & les parties contraintes de l'autorité de qui il appartiendra. Ce n'eſt point au Juge d'Egliſe à prononcer des condamnations, portant contrainte ſur le temporel. Le Juge laïque eſt ſeul compétant pour cela. L'Egliſe n'avoit anciennement qu'une juriſdiction volontaire. Les jugemens qui en émanoient, avoient beſoin de l'autorité des Magiſtrats, pour être mis à exécution, *L.* 9, *Cod. de Epiſcop. audient.* L'Egliſe n'a donc point à ſe plaindre, ſi les Parlemens du Royaume, dont le principal devoir eſt, de maintenir l'autorité royale dans toute ſon étendue, ſont ſoigneux

d'empêcher les entrepriſes du tribunal eccléſiaſtique ſur la juriſdiction royale.

L'Evèque ne peut faire dans ſa viſite, que des actes de ſa juriſdiction volontaire, pour leſquels il ne faut pas garder les formalités preſcrites par l'ordre judiciaire, ſelon l'obſervation de *Paſtor*, *de Juriſd. Eccl. liv.* 1, *tit.* 6, *num.* 2; l'art. 39 de l'édit eccléſiaſtique, le fait bien entendre, puiſqu'il ne parle que des reglemens ou ordonnances, & nullement des jugemens, d'où il faut conclure que l'Evêque procederoit abuſivement, s'il prononçoit des condamnations, même contre des perſonnes eccléſiaſtiques, pour leſquelles il faut avoir préalablement ſuivi la procédure requiſe par les ordonnances royaux, qui aſſujetiſſent les Officiaux à garder dans leurs jugemens l'ordre de la procédure ordinaire.

Les Evêques, ſuivant Paſtor, au lieu cité, peuvent dans le cours de leurs viſites entendre les parties, *de plano, ſi ſine ſtrepitu judicii*, mais ils ne peuvent ni procéder à l'audition des témoins, ni rendre aucune ſentence, ſoit de ſuſpenſe, ou de dépoſition.

Il faut ici obſerver, que ſuivant l'article 36 de l'édit de 1695, les ordonnances rendues dans le cours des viſites, doivent être exécutées, nonobſtant les appellations comme d'abus, & ſans y préjudicier.

L'Evêque a droit néanmoins d'y décerner des peines légeres contre les clercs, pour la correction des mœurs, ſelon l'obſervation de *Paſtor*, *loco ſuprà*, après *Farinacius*, les Evêques ne peuvent rien ſtatuer contre les clercs, qu'ils n'ayent été préalablement cités, qu'on n'ait uſé des monitions canoniques; ſans cela, il y auroit lieu d'appeler comme d'abus des ordonnances rendues par l'Evèque, ainſi qu'il a été jugé par arrêt de la Cour, prononcé à l'audience de la grand'chambre, le 6 Février 1719, par Mr. le premier Préſident de Bertier, en faveur de Me. Choiſiti, Chanoine d'Uſez, pour lequel plaidoit Me. de Baſtard fils, appelant comme d'abus, d'une ordonnance rendue par Mr. l'Evèque d'Uſez, en matiere de correction des mœurs; par laquelle Me. Choiſiti

avoit été condamné à quatre mois de séminaire, & à une suspension de la célébration de la messe, pour certain tems. La Cour déclara y avoir abus, en ce que Mr. l'Evêque d'Uzez avoit suspendu de dire la messe Me. Choisiti, sans citation ni monition précédente, & le condamna à la moitié des dépens, & à l'amende de 5 liv. plaidant pour lui Me. de Lardos.

La citation est requise par le droit civil, *neque enim in audita causâ quam damnari æquitatis ratio patitur*, *L.* 1, *ff. de requir. vel absent. damn.* les monitions sont indispensables, selon la disposition du Droit canon, *Gloss. Pragmat. Sanct. tit. de Concubin. §. nec-non verbo teneatur.*

Ces monitions, à l'égard des ecclésiastiques, trouvent leur fondement dans cette loi de charité & de douceur, que le Fils de Dieu a établi dans son Evangile, lorsqu'il a dit; *si votre frere à péché contre vous, reprenez-le seul-à-seul; s'il ne vous écoute pas, appelez un ou deux témoins; s'il ne les écoute pas, dites-le à l'Eglise; s'il n'écoute pas l'Eglise, qu'il vous soit comme un paien, & un publicain, en St. Matthieu, chap.* 18. *vers.* 15.

De-là se tire cette maxime canonique, *monitio judicialis debet esse trina :* elle a lieu dans le cas de non-résidence des Bénéficiers, *cap. ult. extra de Cleric. non residen.* Il faut alors que les monitions faites aux Curés absens, soient dans l'espace de six mois; après lesquels on pourvoit au bénéfice, si l'absent ne défere point aux monitions, *Fevret, de l'abus, liv.* 3, *chap.* 1, *num.* 13.

¶ La déclaration du Roi du 1. Octobre 1747, rendue pour les Eglises du Dauphiné, prouve que de droit commun le luminaire convenable au service divin doit être fourni par la fabrique de l'Eglise, si elle a des revenus suffisans pour cela, sinon le luminaire est à la charge des décimateurs ecclésiastiques, ou percevant les dîmes inféodées. L'art. 1, est ainsi conçu : *Dans toutes les paroisses de la province de Dauphiné où il n'y aura point de fabrique établie, & qui ait des revenus suffisans pour fournir le luminaire convenable au service*

divin, ceux qui perçoivent des dîmes eccléſiaſtiques dans leſdites paroiſſes, & ſubſidiairement les propriétaires des dîmes inféodées, ſeront tenus de faire ladite fourniture.

Il y a même raiſon de décider pour les paroiſſes des autres provinces, où il n'y a pas de coutume ou pratique contraire, qui puiſſe faire loi ſur cette matiere, qui tombe ſur les reglemens dont la connoiſſance immédiate appartient aux cours de Parlement.

CHAPITRE XIII.

Des graces expectatives.

LEs graces expectatives ne ſont autre choſe que des réſervations que le Pape ſe fait ſur certains bénéfices avant leur vacance, & une collation anticipée de ces mêmes bénéfices, par un mandat appelé *de providendo* qu'il adreſſe au collateur ordinaire, en faveur d'un particulier, à qui cette grace eſt départie. Au moyen duquel mandat le bénéfice doit lui être conféré, lorſqu'il vient à vaquer.

Avant le Pontificat d'Alexandre III. qui tenoit le ſaint Siege ſur le déclin du douzieme ſiecle, ces mandats *de providendo* étoient inconnus, le Pape les mit en vogue, & cette pratique, comme très-flateuſe pour le premier Siege, fut aiſément accueuillie au commencement du 13 ſiecle, par Innocent III. Honoré III. & Gregoire IX. ainſi que l'a obſervé Rebuffe, *in concordato, tit. de Mandat. Apoſtol.*

Les Canoniſtes ultramontains de ces ſiecles, avoient flaté les Papes juſques au point de leur attribuer une puiſſance abſolue dans la collation des bénéfices, & c'eſt ce qui avoit donné lieu à ces réſervations ou graces expectatives, quoique très-abuſives, comme contraires à la pureté de la police eccléſiaſtique qui avoit conſtamment attribué la collation des bénéfices aux ordinaires. L'abus croiſſant de jour en jour, & Jean XXII. par ſon extravagante *execrabilis*, ayant porté

la main ſur tous les bénéfices par de ſemblables réſervations, les collateurs ordinaires ſe virent inſenſiblement dépouillés de leur légitime droit, par l'entrepriſe des Papes. Ce qui donna lieu à l'Egliſe Gallicane aſſemblée à Bourges l'année 1438 de faire un décret ſolemnel, qui en adhérant à celui du Concile de Baſle, abolit toutes les réſervations comme onéreuſes aux Egliſes, & dérogeantes aux droits des collateurs ordinaires, & le décret fut ratifié par le concordat d'entre Léon X. & François I. *tit. de Réſervation. ſublat.* la pratique de ce Royaume n'autoriſe dans la perſonne du Pape d'autre réſervation que pour les bénéfices de ceux d'entre les françois qui viennent à décéder, *in curiâ romanâ aut intra duas dietas* ; ainſi que l'obſerve Solier, après Dumoulin, dans ſes notes ſur *Flamin. Pariſ. liv. 7. queſt. 27.* auſquels bénéfices le Pape doit nommer *intra menſem vacationis*, & après le mois, le droit eſt dévolu à l'ordinaire ; ce délai doit être entendu des bénéfices autres qu'Evéchés & Archevéchés.

C'eſt une queſtion controverſée parmi nos Canoniſtes françois, ſi la réſervation des bénéfices *vacans in curiâ per obitum* dont je viens de parler, a lieu, *ſede vacante*, Févret, de l'abus, liv. 2, chap. 7, n. 10, rapporte ſur ce ſujet l'opinion de Dumoulin, qui tient pour la négative & l'opinion contraire de Rebuffe, & conclut en faveur de Dumoulin, dont la doctrine a été adoptée par les arrêts du Parlement de Paris, & par Mr. Louet ſur Dumoulin *ad reg. de infirmis*, *num.* 406, enſorte que ſelon notre juriſprudence, cette vacance *in curiâ*, échéant, *ſede vacante*, les collateurs ordinaires ont droit de nommer au bénéfice.

Il eſt certain que la police de ce Royaume rejette toutes graces expectatives ou mandats *de providendo* en général ; mais il y a des exceptions à cette regle priſe de cette police même ; les mandats accordés à nos Rois par les Papes peuvent être regardés comme de graces expectatives ou de mandats *de providendo* ſuivant Dumoulin, *ad reg. de infirm. reſign. num.* 224 ; nous n'en reconnoiſſons que de deux eſpe-

ces en France, ſuivant la remarque de Solier ſur *Paſtor*, *lib.* 1. *tit.* 18. *de benef. eccleſ.* après Cabaſſut.

Le premier eſt l'indult accordé par Eugene IV. au Roi Charles VII. & confirmé par Paul III. en faveur de François I. par lequel le ſaint Siege a concédé au Chancelier de France, & au Parlement de Paris, & à chacun de ſes membres, le droit d'être pourvû, ou un clerc préſenté par eux, ſur le brévet ou nomination du Roi du premier bénéfice vacant, à la diſpoſition des collateurs ou patrons eccléſiaſtiques ordinaires du Royaume, & cela une fois ſeulement pendant la vie deſd. collateurs ou de celle du Roi.

Le ſecond indult regarde le joyeux avenement du Roi à la Couronne, & le ſerment de fidélité prêté au Roi par un nouvel Evêque. En vertu de l'indult pour le joyeux avenement, le Roi accorde un brévet de nomination à un eccléſiaſtique du premier bénéfice qui vaquera dans une Egliſe cathédrale, aux dignités, près duquel bénéfice le brévetaire doit être pourvû par le collateur ordinaire ; il en eſt de même de l'indult accordé au Roi à raiſon du ſerment de fidélité de l'Evêque. Les indults ne peuvent être enviſagés comme des graces expectatives proprement dites, mais comme un droit de patronage qui eſt acquis à ſa Majeſté par conceſſion du Pape. Et quoique la police du Concile de Trente, ait été reçue parmi nous, quant au point de l'abrogation des mandats apoſtoliques, toutefois nous tenons pour maxime qu'à l'inſtar de ces mandats, l'indult des Meſſieurs du Parlement de Paris ne peut être appliqué qu'aux collateurs qui ont en main la diſpoſition de plus de dix bénéfices non électifs de patronage eccléſiaſtique, *Paſtor. de Benef. lib.* 1, *tit.* 18, *num.* 5.

CHAPITRE XIV. & XV.

De la Dîme des menus Fruits, & de l'uſage de la payer à diſcrétion.

J'Eſtime l'arrêt qui a déclaré abuſif l'uſage de payer la dîme des menus fruits à diſcrétion, plus juridique que l'autre; car, ſoit qu'on enviſage la dîme, comme étant de droit divin, poſitif, ou de pure police eccléſiaſtique, l'obligation en eſt toujours étroite; laiſſer la liberté aux particuliers de la payer à diſcrétion, c'eſt fournir à l'avarice de la plûpart des hommes *occaſionem peccandi*; car la quote de la dîme étant dans ſon origine, la dixieme partie des fruits de la terre, *omnes decimæ terræ, ſive de pomis arborum, ſive de frugibus, Domini ſunt, & illi ſanctificantur. Levit. chap.* 27. il s'enſuit, qu'il eſt de l'eſſence de la dîme que ſa quote, quoique preſcriptible, ſoit fixe & déterminée, & non arbitraire au peuple, par où l'on ferme la porte au dol, & à la fraude, qu'on ne pratique que trop dans la campagne, dans le payement des fruits décimaux: l'art. 50 de l'ordonnance de Blois, fortifie encore cette déciſion, puiſqu'il interdit aux propriétaires des champs ſujets à la dîme, cette exception de pouvoir la payer à volonté. Pour ce qui concerne la dîme des jardins, il faut tenir pour maxime, & en theſe, que les jardins domeſtiques conſtruits pour l'uſage journalier du propriétaire; c'eſt-à-dire, pour lui fournir des herbes potageres, & des fruits dans leur ſaiſon, ou pour porter des fleurs pour l'agrément, ne ſont point ſujets à la dîme; mais que ſi l'on y ſemoit des bleds, ou plantoit des vignes, alors ils y deviendroient ſujets, ſans diſtinction des jardins clos, ou non clos, ni de contenance; en quoi j'adopte la déciſion de Graverol, ſur *Larroche, liv.* 2, *tit.* 5, *art.* 4. *in fine.*

Je crois donc qu'à l'égard des menus fruits, il ne doit point y avoir de contenance de terre limitée pour cette exem-

ption, & que le propriétaire du fonds peut en jouir, au-delà même de deux journées, ſi ſes beſoins domeſtiques le requierent ainſi; ce qui peut varier ſuivant la qualité & le nombre des perſonnes qui compoſent une famille; & je me fonde ſur l'arrêt de la Cour du 6 Mars 1740, rapporté par Graverol, au lieu cité ſur l'art. 1, qui n'admet point de limitation de contenance, à l'égard des propriétaires des jardins, & ſur les circonſtances de l'arrêt rapporté par l'auteur, qui furent déterminantes, ſans doute pour la déciſion; ſçavoir que les habitans de Clermont tiroient des profits conſidérables de la vente des herbes: il en eût été autrement, s'ils n'avoient tiré de leurs jardins que ce qui leur étoit néceſſaire, *ad uſum quotidianum*; & c'eſt à raiſon de ces beſoins journaliers, que la Cour trouva à propos de borner l'exemption à deux journaux de terre, qu'elle eſtima ſuffiſans pour ces habitans en général; mais c'eſt-là, un arrêt d'hypoteſe, qui ne ſçauroit ſervir de préjugé pour toute eſpece de gens; la qualité des maiſons, & le nombre de ceux qui les compoſent, pouvant exiger une plus grande contenance de terrein pour l'uſage domeſtique, feroient un puiſſant motif pour accorder une exemption de dîme, au-delà de deux journaux; & c'eſt ce qu'on peut recueillir du langage de nos Arreſtographes, qui ont en maxime & en regle, reſtraint l'exemption à une contenance de terre néceſſaire, ou aux beſoins domeſtiques, ou deſtinée pour le plaiſir des propriétaires. Il y a dans cette matiere des regles & des maximes ſupérieures & dominantes; elles ſont fondées ſur la coutume, dans laquelle l'Egliſe & les propriétaires des champs ſe trouvent reſpectivement; cette coutume doit être la loi inviolable qu'il faut ſuivre, non-ſeulement par la diſpoſition du droit canonique, *tot. tit. extra de Decim.* mais par les ordonnances Royaux, ſuivant l'ordonnance vulgairement appelée la Philippine, & celle de Blois, art. 50.

Sur ce principe, ſi par coutume locale les jardins ſe trouvent exempts de tout temps du payement des menues dîmes des herbes & des fruits qui y croiſſent, ils ne peuvent y être aſſujetis

aſſujetis ſous prétexte qu'ils ſont d'une contenance étendue, & qu'on les baille à ferme ; & ſi l'on trouve dans ce chapitre un arrêt rendu, au rapport de l'auteur, qui déclara les jardins de Béziers aſſujetis au payement de la dîme, (quoique la coutume de cette Ville fût contraire ;) ce qui fut ſans doute, parce qu'il y avoit dans l'eſpece de cet arrêt interverſion de culte ; & c'eſt encore ſur le même fondement que fut rendu pareil arrêt en faveur du ſindic du Chapitre St. Sernin de Toulouſe contre les jardiniers de la même Ville, & du Chapitre de Nîmes contre ceux de cette Ville : ces arrêts ſont rapportés par Graverol, ſur *Larroche*, *liv.* 2, *tit.* 5, *art.* 1. Ce Commentateur inſinue bien que l'interverſion de culture fut la raiſon déterminante de ces arrêts, puiſqu'à ce ſujet il emploie la maxime triviale *ſubrogatum ſapit naturam ſubrogati*, ſelon laquelle il obſerve qu'il eſt de la juſtice d'aſſujettir au payement de la dîme le même terrein qui produiſoit auparavant du bled.

Il faut obſerver ici que par arrêt de la troiſieme chambre des enquêtes, rendu au rapport de Mr. de St. Laurens, le 3 Septembre 1715, entre le Syndic du Chapitre de Villeneuve d'Avignon, & le nommé Lavanede, il fut jugé que les beſtiaux doivent payer la dîme, ainſi qu'elle ſe paie dans les lieux où ils dépaiſſent, & non comme au lieu de la demeure du propriétaire des troupeaux, & où les paſteurs ſe retirent. Il s'agiſſoit dans ce procès de la dîme des agneaux. Le motif de l'arrêt eſt fondé ſur ce que cette dîme ſe payoit au Chapitre à raiſon de la dépaiſſance des troupeaux ; ce qui ſuit le fonds & nullement le domicile du maître de ces troupeaux, quoique la dîme ſe paje à raiſon de l'adminiſtr. des Sacrem. & qu'il ſemble qu'il faille ſe régler par la coutume de dîmer du domicile du maître des paſteurs du troupeau.

¶ A ſuivre l'opinion de notre auteur, il faudroit conſtamment décider que la dîme eſt de droit divin ; d'où on tireroit des conſéquences beaucoup plus favorables pour les décimateurs, & plus onéreuſes au débiteur : *Dieu*, dit-il, *ayant donné la terre aux enfans des hommes pour vivre de ſes fruits*

à la ſueur de leur front, s'eſt réſervé ſur cette terre, une rente générale comme un aveu qu'ils la tiennent de ſa main, c'eſt la dîme.

Si le payement de la dîme eût été de droit divin, qui n'eſt autre que le droit naturel dans ſa pureté, les hommes imbus par la tradition de leurs peres de la connoiſſance du vrai Dieu, auroient ſcrupuleuſement ſatisfait à ce devoir; toutefois Abraham, qui vivoit ſous cette même loi, & qui fut la tige des croyans, ne paya point à Melchiſedech grand Prêtre du Très-Haut la dîme de tous les revenus qu'il tiroit de ſes troupeaux, ni des fruits de la terre qu'il percevoit, mais ſeulement du butin qu'il avoit fait dans la défaite des Rois, comme il réſulte du chap. 14. de la Géneſe ſur la fin. Jacob après Abraham préſenta cette dîme à Dieu comme un vœu de reconnoiſſance pour la protection qu'il eſpéroit de lui, *ſi fuerit Dominus mecum & cuſtodierit me in via per quam ego ambulabo, & cunctorum quæ dederis mihi, decimas offeram tibi.* Geneſ. cap. 28, n. & ſuivant. Si Dieu ſe fût réſervé la dîme, & qu'il en eût fait une loi dans la création de l'univers, l'homme y auroit été aſſujeti dans la loi de nature; mais les démarches d'Abraham & de Jacob, prouvent évidemment que c'étoit là une oblation volontaire qui partoit néanmoins d'un fonds de reconnoiſſance des bienfaits qu'ils avoient reçus de leur Dieu, ou qu'ils eſpéroient de recevoir.

Le payement de la dîme ne devint de précepte que ſous la loi écrite, comme il réſulte de l'Exode, chap. 22. & du Lévit. chap. 18; & la deſtination de ces dîmes fut pour les miniſtres des autels, & pour les ſacrificateurs établis par cette même Loi. D'où il réſulte, que l'exaction de la dîme eſt de droit poſitif, qu'elle n'a commencé que ſous la loi écrite, & dont l'objet fut l'entretien des miniſtres des autels & de la tribu de Lévi.

Selon ces principes, le ſacerdoce ayant été enſeveli ſous les ruines de l'ancienne loi, & la loi de grace s'étant élevée ſur leurs débris, l'exaction de la dîme eut le même ſort, & il n'y a nul veſtige dans l'hiſtoire eccléſiaſtique de cette exac-

tion dans la primitive Egliſe ; elle ne commença qu'au regne de Charlemagne, ſous lequel fut tenu le Concile de Francfort l'an 779, qui fait une ordonnance générale pour le payement de la dîme en faveur de l'Egliſe ; ordonnance confirmée par les capitulaires de ce Prince, de l'an 794 ; après cette exaction établie, le capitulaire des Evêques dreſſé en ſeconde année de l'empire de Charlemagne l'an 802, ſur la déciſion des dîmes eccléſiaſtiques en trois parts, l'une pour les ornemens de l'Egliſe, l'autre pour l'uſage des pauvres, & la derniere pour l'entretien des Prêtres.

Il eſt bien vrai, qu'avant le regne de Charlemagne, & ſur la fin du ſixieme ſiecle, les Peres du Concile de Macon aſſemblés en 585, crurent que les miniſtres de la loi nouvelle, devoient jouir à cet égard, du même droit que ceux de la Synagogue ; & que dans cette idée ils prononcerent la peine d'excommunication contre ceux qui réfuſoient le payement de cette dîme. Mais le ſommaire du cinquieme canon de ce Concile *de decimis antiquo more ſolvendis*, eſt rélatif à l'ancienne coutume de l'Egliſe Judaique, & non à la pratique de la primitive Egliſe, où les fideles n'ont jamais offert aux miniſtres des autels une dîme réglée, mais des dons arbitraires qu'on nommoit *ſporlulæ* du temps de St. Cyprien, & qui avoient rapport aux prémices de l'ancienne loi, qui, aux termes de St. Jerôme inſérés dans le chap. 1. *extra de decimis*, étoient arbitraires au peuple, & dont la quantité ſe meſuroit par l'étendue de leur zele & de leur charité.

L'exaction de la dîme étant devenue parmi nous une loi de police depuis les capitulaires de Charlemagne, nous faiſons deux claſſes de dîmes, les groſſes, & les menues dîmes ; celles-là, ſe levent ſur toute ſorte de gros fruits ſelon l'uſage des lieux ; celles-ci ſe tirent des fruits des jardins, du lait des animaux, & de leur produit, des légumes ; & la menue dîme, ſuivant le Cardinal d'Oſtie, ſur le chap. 3, *extra de decimis*, ſe regle par la coutume des paroiſſes, & par rapport à l'abondance ou rareté de la denrée dans le canton ;

& en général on appelle menue dîme ce qui ne produit point un revenu conſidérable ; mais ce qui dans une paroiſſe eſt réputé menue dîme peut paſſer dans un autre moins abondante, pour groſſe dîme ; d'où il faut conclure qu'il n'y a rien de déterminé à cet égard, & que la choſe dépend de la coutume des lieux ; mais pour ce qui concerne le droit, il eſt décidé que le fonds de la groſſe dîme eſt impreſcriptible, & qu'on ne peut preſcrire que la quote, à l'exemple du fonds emphitéote, parce que la dîme étant prédiale, affecte & aſſujettit le fonds à perpétuité, & demeure inhérante au fonds même.

Pour ce qui concerne les menues dîmes, le fonds peut en être preſcrit par le débiteur, s'il n'y a interverſion de culture dans le champ qui y étoit aſſujetti. C'eſt-à-dire, que le poſſeſſeur n'ait dans les derniers temps, ſubſtitué des menus fruits à la place du gros qu'il avoit coutume d'y percevoir. Car par cette voie le décimateur pourroit être entierement & inſenſiblement dépouillé de toute dîme ou de la plus grande partie, ſi le fonds de cette eſpece de dîme pouvoit être preſcrit. Les dîmes ſolites & ordinaires (comme ſont celles des gros fruits) ne peuvent ſe preſcrire même par cent ans, quoiqu'il y ait poſſeſſion de les payer en argent, à moins qu'il n'y eût tranſaction avec le décimateur contenant abonnement avec cauſes & les formalités gardées exécutées pendant long-temps, ce qui lie reſpectivement le ſucceſſeur au bénéfice & les paroiſſiens, ayant délibéré en corps de communauté ſur cela, ainſi jugé par les arrêts rapportés par Bardet, tom. 1, pag. 116 & 146, & par Soefve, tom. 2, page 55.

C'eſt une maxime que pour l'exaction des groſſes dîmes, le décimateur n'a beſoin d'autre titre que le clocher de la paroiſſe, ſur quoi il s'éleve une queſtion à l'égard de la dîme des troupeaux ou des animaux domeſtiques, qui paſſent ſur deux paroiſſes en allant dépaître dans les deux, ou allant dépaître dans l'une, & allant coucher dans l'autre. Forget chap. 4, n°. 6, des dîmes, décide ſuivant le Concile de

Worcheſter de l'an 1240, can. 44, que dans ces circonſtances la dîme ſe diviſe entre les deux décimateurs, Rebuffe *tract. de Decimis, quæſt.* 6, *num.* 26, tient la même doctrine, *quod ſi in una parochia paſcant in hyeme, & in æſtate in alia, vel in una paſcant continuò, & in alia taceant, & dormiant, tunc dividentur decimæ, inter has duas parochias*; & ſi l'arrêt que j'ai rapporté ſur le chapitre, adjugea toute la dîme des agneaux au Curé primitif du lieu où ils alloient dépaître, & ne fit point de partage avec le décimateur de la paroiſſe où les agneaux alloient coucher & ſe retirer après la dépaiſſance, ce fut parce qu'il y avoit une poſſeſſion du côté du premier décimateur, qui lui faiſoit titre. Or en cette matiere de dîme, la poſſeſſion ſoit pour la nature des fruits, ſoit pour la quote, détermine & regle les déciſions.

Quoiqu'on ne puiſſe preſcrire le fonds de la groſſe dîme, le décimateur eſt tenu d'en former la demande dans l'année, Dumoulin, *in cap. tua nobis* 26. *extra de decimis.* Au ſurplus, quoique la groſſe dîme ne puiſſe être preſcrite, *etiam per mille annos*, comme ledit Rebuffe, *tract. de decimis, quæſt.* 13, *num.* 55, toutefois l'exemption de payement de cette dîme, peut être accordée par privilege du St. Siege & par les bulles des Papes; mais il faut qu'elles ſoient homologuées dans les Cours de Parlement, ainſi qu'on l'a vu pratiquer en faveur de l'Ordre de Malthe, & de l'Ordre de Cîteaux, ce qui paſſe ſur la tête de leurs fermiers. Mais ſi une terre dépendante de l'ancien domaine de l'Ordre eſt donnée à cens ſous la condition & clauſe expreſſe d'exemption de la dîme, l'emphitéote ou acquereur (s'il n'eſt point de l'Ordre) demeure aſſujetti au payement de la dîme, ſuivant l'arrêt du grand Conſeil du 19 Octobre 1665, rendu en faveur de Meſſire François-Marie, Cardinal de Mancins, Abbé de Saint Lucien de Beauvais, rapporté dans les Mémoires du Clergé, tom. 3, part. 3, tit. 1, chap. 1, n°. 86.

CHAPITRE XVI.

De la preſcription contre les Chevaliers de Malthe, & contre les Religieux de la Merci.

COmme il y a eu divers arrêts contraires de différens Parlemens, ſur la queſtion, ſi la preſcription de 100 ans peut-être oppoſée à l'Ordre de Malthe; il convient d'entrer dans les motifs de ces déciſions contraires, dont les unes favorables à cet Ordre, l'ont mis à l'abri de toute eſpece de preſcription, ſuivant l'interprétation étroite & rigoureuſe qu'elles ont donné à cet égard aux ſtatuts de l'Ordre; les autres l'ont aſſujeti à la preſcription contraire ſur le fondement que ces ſtatuts doivent être entendus d'une preſcription moindre que celle de cent ans, & c'eſt ſur cette derniere raiſon qu'eſt appuyé l'arrêt de ce Parlement rapporté par Mr. de Cambolas.

Le Parlement de Paris qui juge que la quotité du cens eſt preſcriptible (ainſi que celle de la dîme) a décidé que la preſcription de plus de cent ans ne pouvoit être oppoſée à l'Ordre de Malthe à cet égard; arrêts rapportés, tom. 3, du Journal des audiences, liv. 1, chap. 37 & 43 Le Parlement de Grénoble a jugé le contraire, & que la preſcription centenaire pouvoit être oppoſée à l'Ordre de Malthe; mais non la quarantenaire, Baſſet, tom. 1, liv. 2, tit. 29, chap. 21. L'arrêt eſt dans l'eſpece des biens de l'Ordre occupés par un tiers; le grand Conſeil l'a jugé de même. Les auteurs françois les plus récommandables tiennent que la preſcription centenaire eſt toujours exceptée de la clauſe, qui porte que la choſe demeurera impreſcriptible par quelque laps de temps que ce ſoit. On peut voir les autorités citées là-deſſus par Mr. Louet, lettre C, ſomm. 21, n°. 2, d'où il faut conclure, que quoique par les ſtatuts de l'Ordre de Malthe, il ſoit porté que nulle preſcription ne pourra lui être

oppoſée, la centenaire doit demeurer exceptée. Mornac ſur la loi *uſusfructus*, *ff. de uſufr.* obſerve que quoique régulierement on ne puiſſe preſcrire contre la Couronne, toutefois la preſcription de 100 ans eſt exceptée, ce qui doit être entendu, à moins qu'il ne fût queſtion des droits réguliers & de ſouveraineté inhérans à la perſonne du Prince; & cette preſcription a ordinairement force de titre, & contre le Roi, & contre l'Egliſe même de Rome, *Paſtor in tract. jur. emphit. lib.* 2. *tit.* 16, *n°.* 4. & telle eſt la juriſprudence des arrêts.

Il ſemble donc que l'Ordre de Malthe ne doit pas être plus privilégié que l'Egliſe de Rome & le ſiege papal, auquel il eſt ſi particulierement dévoué par état, & d'où émanent tous ſes différens privileges.

Mais, dit-on, les Chevaliers de cet Ordre ſont cenſés toujours abſens *reipublicæ cauſa*, & militans pour la défenſe de la religion. Donc il eſt vrai de dire, qu'on ne peut preſcrire contre l'Ordre. Mais dès qu'il s'agit d'une preſcription qui a couru, non contre la perſonne du Chevalier de Malthe, mais contre les biens patrimoniaux de l'Ordre, dépendans des grands Prieurs ou des Commandeurs, cette raiſon n'a pas lieu, puiſque ces places ſont ordinairement remplies par des Chevaliers ou Commandeurs ſédentaires & ſurveillans aux intérêts de leur Ordre, qui ont des agens ou intendans d'une vigilance ſinguliere pour leurs droits, & qui ne les laiſſent point en arriere. Ainſi il paroît équitable que la preſcription que les auteurs appellent *patrona generis humani*, & que la loi introduite *bono publico*, *leg.* 1. *ff. de uſucap.* puiſſe mettre les particuliers & les ſujets du Roi à l'abri de la recherche de cet Ordre après le laps de cent ans. Et telle eſt l'opinion des auteurs modernes qui ont traité cette matiere, opinion qui ne choque point les ſtatuts de l'Ordre, ſuivant les maximes uſitées dans la matiere des preſcriptions dont nous avons parlé; car quelque méritans & aſſidus que ſoient les exercices des Chevaliers de l'Ordre; & quelque diſtingués que ſoient leurs privileges, ils peuvent ſe

contenter qu'on les mette à niveau avec les deux premieres puiſſances de la terre, la papale & la royale, auſquelles la preſcription centenaire peut être oppoſée. Baſſet tom. 1, liv. 2, tit. 29, chap. 14, rapporte trois arrêts du Parlement de Grénoble, qui ont décidé que la preſcription centenaire a lieu à l'égard des rentes du domaine du Roi.

CHAPITRE XVII.

Du décret de pacificis poſſeſſoribus, *& du bénéfice ſacerdotal par la fondation.*

BRodeau ſur *Louet*, *lettre B*, *ſomm.* 4, *num.* 8, rapporte un arrêt du Parlement de Paris du 14 Août 1576. dans l'eſpece d'un Chapelain qui avoit joui paiſiblement pendant l'eſpace de 17 ans de la Chapellenie ſans être Prêtre, quoique la fondation exigeât indiſpenſablement l'ordre de prêtriſe dans l'an de la paiſible poſſeſſion : par cet arrêt ce poſſeſſeur fut maintenu au plein poſſeſſoire du bénéfice par le décret *de pacificis poſſeſſoribus* contre un impétrant en Cour de Rome par vacance du bénéfice.

La diſpoſition de cet arrêt n'a point été ſuivie par la Cour avec juſte raiſon ; & pour en être convaincu, il faut obſerver que le décret *de pacificis poſſeſſoribus*, eſt une eſpece de preſcription canonique, introduite par les motifs que la preſcription civile, ſelon la remarque de Rebuffe, *in tract. de pacif. poſſ. num.* 31 ; que ſuivant le chap. *Quoniam*, *extra de præſcript.* il faut que la preſcription canonique ait la bonne foi du poſſeſſeur pour partage au commencement & dans tout ſon cours.

Cela poſé, il faut néceſſairement conclure que le pourvû d'un bénéfice ſacerdotal *à fundatione*, qui en jouit ſans avoir la prêtriſe dans le temps fixé par la fondation, *eſt intrus*, & ne peut conſéquemment s'aider du décret *de pacificis*, qui ſuppoſe un titre coloré ſoûtenu par la bonne foi, ſuivant la doctrine

trine de Monſieur *Maynard*, *liv.* 1. *chap.* 64. Or ce pourvû ne peut qu'être conſtitué en mauvaiſe foi, puiſqu'il a connoiſſance des clauſes de la fondation qui eſt ſon titre, le bénéfice ayant néceſſairement un office annexé, & des devoirs à remplir.

Le pourvû commence par être inſtruit des capacités requiſes par la fondation, pour poſſéder légitimément le bénéfice, & il ne peut alléguer d'ignorance à ce ſujet, parce qu'elle n'eſt pas préſumée en lui, à quoi il faut ajouter que les fondations étant de droit étroit, & devant être ſuivies *ad unguem*, *& in ſpecifica forma*, ſelon le langage des interpretes ſur le *chap. ſignificatum, extra de Præbend.* il en faut ſcrupuleuſement remplir les clauſes qui ſont réputées irritantes, & c'eſt ſans doute par ces mêmes raiſons que l'arrêt du 6 Décembre 1664 du Parlement de Provence, rapporté par Boniface, *tom.* 1, *part.* 1, *liv.* 2, *tit.* 28, *chap.* 5. Il fut décidé que quand l'ordre de Prétriſe eſt requis par la fondation, il faut être actuellement Prêtre lors de la nomination & proviſion du bénéfice, ſans quoi le titre eſt nul de plein droit : c'eſt encore la déciſion des arrêts du Parlement de Paris, rapportés par *Louet*, *lettre B*, *ſomm.* 4, *Solier ſur Paſtor, in novis addit. lib.* 1, *tit.* 2, *& Fevret*, *de l'abus*, *liv.* 3, *chap.* 1, *num.* 6, *pag.* 215, *in fine*, obſervent néanmoins que celui qui doit avoir la Prétriſe, ſelon la fondation pour être valablement pourvû du bénéfice, peut ſe promouvoir *intra annum*, ſans que le défaut de Prétriſe au temps de la proviſion, puiſſe donner lieu à l'impétration du bénéfice.

Il faut ſe ranger du côté de la choſe jugée ; ces auteurs, (quoique d'un grand poids) ne rapportent point de préjugés pour appuyer leur déciſion. Les autorités dont ils ſe ſervent doivent être appliquées aux bénéfices ſacerdotaux, *à L. & non à fundatione.*

¶ Le décret *de pacificis poſſeſſoribus* fournit une exception péremptoire au poſſeſſeur triennal du bénéfice contre les recherches qui pourroient lui être faites à l'occaſion de ſon titre ; comme cette matiere eſt importante, & qu'elle fait

ſouvent le ſujet de procès, il paroît convenable de s'y arrêter ici, de façon qu'on en puiſſe avoir une notion ſuffiſante pour la déciſion des queſtions qui la concernent.

J'obſerverai en premier lieu, que ce décret émane de la ſage diſpoſition de la Pragmatique de Bourges, autoriſée en ce point par le concordat d'entre Léon X. & François I. *Quicumque*, porte le décret, *non violentus, ſed habens coloratum titulum, pacificè & ſine lite prælaturam, dignitatem, beneficium, vel officium, trienno proximo hactenus poſſedit, vel in futurum poſſidebit, non poſſit poſtea in petitorio vel poſſeſſorio, quaquam etiam ratione juris noviter impetrati moleſtari; excepto hoſtilitatis caſu, vel alterius legitimi impedimenti; de quo proteſtari, & illud juxta Concilium Viennenſe, intimare teneatur. tit. de pacific. poſſeſſ. in Sanct. Pragm.* Rebuffe fait remonter l'origine de cette preſcription triennale à l'un des Conciles d'Affrique, *Hæc*, dit-il, *triennalis præſcriptio ex Concilio Affricano fuit elicita, de quo in cap. 1. ubi ſcripti, de præſcription. in tract. de pacific. poſſeſſ. in princip.*

Il réſulte de ce décret que le poſſeſſeur paiſible triennal d'un bénéfice, qui eſt muni d'un titre coloré, ne peut y être inquiété, ni au pétitoire, ni au poſſeſſoire par tout autre, qui ſe ſeroit fait pourvoir du même bénéfice, après les trois ans de cette paiſible poſſeſſion. Mais il faut examiner de plus près ce que l'on entend par le titre coloré, & par cette paiſible poſſeſſion triennale du bénéfice ou de l'office dont parle le décret.

Je dirai donc, que le titre coloré dont il s'agit ici, eſt celui qui émane du véritable collateur du bénéfice, mais qu'il renferme pourtant quelque défaut du côté du collateur ou du côté du pourvû, ou du titre même, ce qui rend le titre vicieux & injuſte dans le fonds : *dic titulum coloratum eum eſſe, qui proceſſit ab habente poteſtatem, defectu tamen aliquo, in conferente, vel collatorio, vel ipſo titulo, vel alia ratione, injuſtus redditur. Solier ſur Paſtor, lib. 3, tit. finalis. Guip. quæſt. 185.* après les Canoniſtes qu'il cite, n'exige autre choſe, ſi ce n'eſt qu'il parte de la main de celui qui a droit de conférer le bé-

néfice, *& dicitur coloratus quando proceſſit ab habente poteſtatem, nec exigitur quod alias oſtendatur validitas tituli*, ſi ce n'eſt pour la forme extrinſeque du titre, c'eſt-à-dire, les formalités qu'on y doit obſerver en le faiſant ici, *niſi quoad formam extrinſecam*, ſans qu'on doive entrer dans la diſcuſſion du fonds du titre, même de ſa validité, ou invalidité : *nec admittitur quæſtio de validitate vel invaliditate tituli. Guip. eod.*

Un titre de cette eſpece, ſoûtenu par la bonne foi du pourvû, toujours néceſſaire en matiere de preſcription canonique, ſuffit pour mettre [après trois ans de la paiſible poſſeſſion] le bénéfice à l'abri de toute impétration, le titre qui lui a été fait fût-il défectueux & injuſte dans le fonds.

Il s'éleve pluſieurs queſtions ſur ce décret. 1°. Ce qu'il faut entendre par les mots *non violentus* ; il ſemble d'abord que le décret parle d'une violence ou voie de fait, dont on a uſé pour entrer en poſſeſſion du bénéfice ; il ſuffit néanmoins que le bénéficier ſe ſoit immiſcé dans cette poſſeſſion de ſa propre autorité, & ſans titre, pour que la violence ſoit préſumée de ſa part, parce qu'alors il n'eſt pas entré par la porte, & il eſt intrus, *Gloſſa Pragm. Sanct. in verbo Non violentus*, ce qu'il faut entendre par ces mots, *pacificè & ſine lite trienno poſſedit* ; cette paiſible poſſeſſion eſt celle qui dans la pratique donne lieu à la réintégrande en cas de trouble, après l'an & jour, quand elle n'a pas été interrompue par aucun trouble fait au poſſeſſeur, *multi apud nos, non reputant beneficium pacificè poſſidere, niſi per annum poſſederit ſine lite, eum intra annum poſſit inquietari ſuper poſſeſſorio, retinendæ in caſu ſcilicet ſaiſinæ & novitatis, & beneficium ſequeſtrari ex ſtilo franciæ. Gloſſ. Pragm. verbo Pacificè.* Et par cette raiſon, ajoûte *Probus, eod.* il faut tenir & décider qu'aux termes du décret *de pacificis*, nul ne peut ſe dire paiſible poſſeſſeur juſques après la troiſieme année accomplie, puiſque pendant tout le temps on peut intenter action pour le pétitoire, quoiqu'après l'an & jour de la paiſible poſſeſſion on ne le puiſſe pour le poſſeſſoire, ſur cette poſſeſſion triennale. *Rebuff. in tractat. de pacific. num. 267*, agite la queſ-

tion ; ſi quelqu'un muni d'un titre coloré, ayant une poſſeſſion de deux ans, vient à décéder, ſon ſucceſſeur au bénéfice le poſſede enſuite une année paiſiblement ſous un même titre coloré, ſçavoir ſi ce dernier peut conjoindre les deux années qui ont couru ſur la tête de ſon prédéceſſeur avec la poſſeſſion annale pour former les trois années, & s'aider du décret *de pacificis*.

Ce Canoniſte répond négativement, par ſa raiſon, que tout ainſi qu'on ne ſuccede point aux bénéfices par un droit héréditaire, il en eſt de même du titre du bénéfice qu'il faut avoir du collateur ordinaire, à quoi ſe joint, dit-il, une autre raiſon priſe de ce qu'il faut abſolument une poſſeſſion continue pour s'aider de ce décret; enſorte que ſi, par exemple, le bénéficier avoit poſſédé deux ans, & qu'ayant réſigné enſuite, la réſignation ſe trouvant invalide, il fût rentré en poſſeſſion de ſon bénéfice, il ne pourroit s'aider des deux années qui ont précédé ſa réſignation, *quia poſſeſſio interrupta, non continuata, leg. naturaliter, ff. de acq. poſſeſſ. leg. Pomponius, §. cum quis, eod.*

Enfin trois choſes ſont réquiſes pour établir, que pendant les trois années, le bénéfice eſt tombé en litigé, & que par-là, la preſcription triennale a été interrompue. 1°. *Quòd emanaverit citatio executata*, 2°. *Quòd titulus agentis fuerit in judicio competenti parti adverſæ exhibitus.* 3°. *Quòd omnes dilationes ordinariæ juris, vel ſtili quæ dantur ad litem conteſtandam ſint elapſæ, ante finem trienni. Gloſ. Pragm. eod. §. hi autem, verbo Terminorum.* La conteſtation portée en jugement forme le vrai litige parmi nous.

Mais ſi après l'action intentée dans les trois ans, l'inſtance vient à périmer par la ceſſation des pourſuites, la preſcription triennale à ſon cours & l'inſtance ne peut plus être repriſe, *Paſtor, eod. num.* 3, ce qui a même lieu au Parlement, (quoique le procès ſoit entierement inſtruit & remis au Rapporteur) enſorte qu'il n'ait pas tenu à la partie, que l'arrêt n'ait été rendu dans les trois ans, ce qui fut jugé au Parlement, ſuivant l'arrêt rapporté par Soller, *eod. num.* 3.

Cet arrêt prouve la faveur du décret, puiſqu'il eſt de maxime, qu'en matiere civile, nulle péremption d'inſtance ne peut être oppoſée en la Cour quand le procès eſt entre les mains du Rapporteur, ne fût-il inſtruit que de la part d'une des parties. Le décret ne comprend que ce qui eſt réputé bénéfice ou office eccléſiaſtique; ſuivant le droit Canon, les oratoires ou chapelles de fondation laïque, non ſpiritualiſées, & conférées *pleno jure*, ſoit par le patron laïque, ſoit par l'eccléſiaſtique, ne ſont pas de ce nombre, *Rebuff. eod. num.* 287, *vide Guip. quæſt.* 187 : ſuivant les anciennes maximes, ce décret n'avoit pas lieu contre le régaliſte, dont le droit pouvoit être exercé pendant 30 ans, *Rebuff. eod. num.* 289, & *Brodeau ſur Louet, lettre V. ſom.* 2, *num.* 5; mais par l'édit d'Henri IV. de l'année 1606, ſur les remontrances du clergé, ce décret a lieu contre le régaliſte, ſi après la troiſieme année de la poſſeſſion du pourvû par l'ordinaire, il entreprend d'intenter action contre le poſſeſſeur, ce qui a été confirmé par pluſieurs arrêts, ainſi que l'obſerve Brodeau *loco ſupra, num.* 6. Le Pape ne peut déroger en France, à ce décret, ni proroger le délai de trois ans, au mépris du droit acquis au poſſeſſeur. Ce que le Pape ne peut faire que dans les pays d'obédience, qui n'ont pas reçu le décret, & qui ne ſont point aſſujetis à la police établie par le concordat, *Rebuff. eod. num.* 294.

La Gloſe de la Pragmatique, *in verbo Coloratum*, prétend que le ſimoniaque même eſt réputé avoir un titre coloré, & qu'il peut s'aider du décret *de pacificis*, quoique ſon titre ſoit invalide dans le fonds, Rebuffe eſt du même avis, toutefois *Paſtor, de Benef. lib.* 3, *q. final. num.* 21, eſt d'avis contraire, & rapporte un arrêt du Parlement d'Aix, qui a jugé que le ſimoniaque ne peut exciper de ſa poſſeſſion triennale; & je crois la déciſion de cet arrêt très-juridique, parce que cette poſſeſſion requiert eſſentiellement la bonne foi dans le poſſeſſeur, ce qui ne ſe rencontre point dans le ſimoniaque coupable d'un crime que les canons enviſagent comme plus énorme que l'héréſie même.

Ce décret peut être encore oppoſé par le poſſeſſeur aux préſentés par les patrons, aux mandataires apoſtoliques, aux indultaires, aux gradués même, ſuivant *Paſtor num.* 27, *eod.* Le pourvû d'une Cure de ville murée peut s'aider de ce décret, quoique deſtitué de grade, pourvu qu'il ait d'ailleurs les capacités requiſes. Solier ſur *Paſtor, tit.* 30. eſt d'avis contraire quant aux gradués, *ſecus tamen*, dit-il, *apud nos ex ordinatione Henrici IV. de anno* 1606, *art.* 31; & enſuite il conclut ainſi, *itaque dicendum eſt poſſeſſione triennali non juvari quæ inhabilitatem non tollit.* En effet la poſſeſſion triennale ne peut jamais ſuppléer au défaut de capacité requiſe *actu* lors de la priſe de poſſeſſion; le poſſeſſeur deſtitué de grade eſt même alors conſtitué en mauvaiſe foi; la poſſeſſion triennale couvre, par exemple, le défaut d'inſinuation de la proviſion par nos ordonnances royaux, celui d'avoir exprimé le vrai genre de vacance, la valeur du bénéfice, & autres clauſes qui doivent être exprimées dans les proviſions, *Gomeſ. quæſt.* 51.

Le décret fait une exception à cette regle de poſſeſſion triennale; ſçavoir, lorſque celui qui prétend droit ſur le bénéfice n'a pu dans les trois ans intenter ſon action, par quelque empêchement légitime, comme d'une guerre ſurvenue qui, pendant qu'elle dure, fait dormir la preſcription. *Gloſſ. pragm. verbo Hoſtilitatis*, d'une perte ou d'une captivité, ou d'une abſence néceſſaire, d'une infirmité notable, comme l'obſerve Paſtor, *cod. num.* 33; mais dans tous ces cas, ſoit que l'empêchement ſoit public, ou privé, il faut que celui qui veut s'en prévaloir uſe de proteſtation contre le poſſeſſeſſeur, par acte public ou devant Notaire, ou devant le Juge compétant, Solier en la note, n°. 33, *eod.*

Cette regle *de triennali* n'a pas lieu toutes les fois qu'on attaque le titre par la voie d'appel comme d'abus; mais cela doit être entendu, lorſque la police du Royaume & l'intérêt public ſont le fondement de l'appel, comme ſi le bénéfice ſéculier avoit été, par exemple, conféré à un régulier. *Louet, ad reg. de infirm. reſign. num.* 206, *& Févret, de l'a-*

bus, liv. 2, chap. 6, num. 22; ce dernier dit que, ſans avoir égard à la poſſeſſion d'un Religieux qui auroit tû ſa qualité & obtenu proviſion d'un bénéfice ſéculier, (quelque longue qu'elle fût) on le débouteroit du bénéfice, *tam in poſſeſſorio quàm in petitorio ;* ſur quoi Févret reprend avec juſte raiſon Rebuffe d'avoir tenu le contraire, *tract. de pacific. poſſeſſ.* non-ſeulement le ſimoniaque, mais le confidentiaire & le fauſſaire demeurent déchus de la faveur de ce décret, *Paſtor, loco ſupr. num. 22, 26;* en un mot tous ceux qui ſont conſtitués en mauvaiſe foi.

La déclaration du Roi du 6 Décembre 1736, portant reglement pour ceux qui obtiendront des degrès dans les Univerſités du Royaume, fait bien entendre que la bonne foi eſt requiſe pour pouvoir s'aider du décret *de pacificis poſſeſſ.* car ſa Majeſté voulant favoriſer la triennale poſſeſſion des dignités eccléſiaſtiques, des Cures & autres bénéfices, s'explique ainſi en donnant les motifs de ſa déclaration ; *c'eſt ce qui nous a donné lieu de conſidérer que s'il eſt très-important de rétablir un meilleur ordre dans pluſieurs Univerſités du Royaume, il ne l'étoit pas moins d'avoir quelque indulgence pour le paſſé en faveur des anciens poſſeſſeurs, qui avoient cru devoir être en ſureté ſur la foi d'un uſage qu'ils avoient trouvé établi.* Et ſur ce motif de bonne foi de la part du poſſeſſeur triennal, ſa Majeſté veut qu'il ne puiſſe être troublé par un dévolutaire, ſi on ne peut lui oppoſer d'autres défauts ou incapacités, que celles qui réſultent de la nullité ou irrégularité des degrès par lui obtenus avant la préſente déclaration.

CHAPITRE XVIII.

Du legs pieux fait par le fils de famille.

SI la queſtion qui fit la matiere des conteſtations des parties eût été examinée de près, les avis n'auroient pu être

partagés ſur la déciſion, puiſque les textes du droit civil & canonique concourent pour rendre inhabile le fils de famille de faire aucun legs pieux dans l'eſpece & les circonſtances de cet arrêt.

Pour le droit civil, la loi 1, §. *ſed ſi filius familias*, *ff. de legat.* 3, décide que le legs ou fidéicommis laiſſé par le fils de famille, eſt nul, à moins qu'il ne ſoit décédé pere de famille, ou par l'émancipation, ou par le décès du pere, & qu'il ait perſiſté dans ſa diſpoſition.

Quant au droit canonique, l'incapacité eſt encore bien marquée, *in cap. licet.* §. *quamvis, de ſepultur. in 6*, *Quamvis autem filius familias abſque patris aſſenſu ſibi poſſit eligere ſepulturam, pro anima tamen ſua præter ipſius aſſenſum* [*niſi peculium caſtrenſe, aut quaſi caſtrenſe habeat*] *aliquid judicare non poteſt.*

Sur quoi la gloſe expliquant le terme de *judicare*, obſerve qu'il eſt pris dans cette décrétale pour diſpoſition ou jugement de derniere volonté, *id eſt in ultima voluntate relinquere, judicium enim hîc ſumitur pro ultima voluntate.*

Cette décrétale lie les mains au fils de famille pour les legs même pieux : ainſi vainement alléguoit-on dans l'eſpece de cet arrêt la faveur de la cauſe pie, & cherchoit-on dans cette même faveur des prétextes pour éluder la diſpoſition ſi expreſſe de la loi 1, *ff. de legat.* 3, déja citée.

La diſpoſition de cette décrétale conforme à celle du droit civil, condamne la déciſion rendue par l'arrêt rapporté par Mr. *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 1, & avant lui par *Charond. reſponſ. lib.* 7, *cap.* 156.

Dans l'eſpece de cet arrêt un nommé Jagot fils de famille, inſtitua par ſon teſtament héritier un Hôpital; il décéda dans cette même volonté pere de famille, par le prédécès de ſon pere; après ſa mort les freres de ce Jagot attaquerent ſon teſtament comme nul, étant fait par un fils de famille ſans le conſentement du pere, en faveur de la cauſe pie. Le teſtament fut néanmoins confirmé en faveur de cet Hôpital, par arrêt du 5 Décembre 1581, & cela ſur l'opinion *de Balde, in leg. cod. de ſacroſanct. eccleſ.* Il

Il faut ici obſerver que la plupart des Interpretes ont pouſſé ſi loin les privileges de la cauſe pie, qu'ils ont donné dans l'égarement, en choquant par leurs opinions les textes des loix civiles & canoniques, qui ſont la ſeule regle qu'il faut conſtamment ſuivre dans les déciſions, ſans s'arrêter à ce que certains Docteurs, prévenus de fauſſes maximes, peuvent avoir mis en avant.

Le teſtament du fils de famille, deſtitué du conſentement du pere, eſt nul *ab initio*, il ne peut donc *ex poſt facto convaleſcere*, ſuivant la regle catoniere, faite pour les diſpoſitions de derniere volonté, qui ſe trouve adoptée par le droit civil & canonique, & ce teſtament ne peut même être validé par l'émancipation du teſtateur ſurvenue après, ou par le décès de ſon pere, *leg. filius familias, ff. de teſtam.* quoique le teſtament regarde les pauvres, *D. cap. licet de ſepult. & leg.* 1, *cod. de ſacroſ. eccl.* en quoi le teſtament eſt plus privilégié que les legs ou les fidéicommis : par cette raiſon que le teſtament eſt de droit public, & qu'il exige ces ſolemnités preſcrites par la loi, au lieu que les legs ou les fidéicommis peuvent être faits ſans ſolemnité, *& ſolo nutu.*

Cela poſé, ne faut-il pas conclure que Balde a tenu une opinion erronée, lorſque ſur cette loi 1, *cod. de ſacroſanct. eccl.* il a cru que le teſtament fait par un fils de famille, en faveur de la cauſe pie, deſtitué du conſentement du pere, étoit valable, quand il décidoit, *ſui juris*, dans cette même volonté.

Pour ce qui concerne la forme de teſter en faveur de la cauſe pie, les Docteurs exigent néceſſairement deux témoins ; & je croi qu'il ne faut pas ſe relâcher dans la pratique ſur ce point, en validant une diſpoſition teſtamentaire, deſtituée de cette formalité, quand même il s'agiroit d'un teſtament fait par un Curé, en faveur des pauvres de ſa Paroiſſe. 1°. Parce que le droit canonique exige dans toute ſorte de teſtamens deux témoins, *cap. relatum* 11, *extra de teſtim. in ore duorum vel trium ſtet omne verbum.* 2°. Parce que le droit civil n'a diſpenſé des ſolemnités requiſes, que les ſeuls

teſtamens des peres à l'égard de leurs enfans, *leg. ult. cod. famil. Erciſcun. & 21. §. ex imperfecto, de teſtam. eod.* par cette raiſon, que les biens du pere appartiennent de droit naturel aux enfans, ce qui n'a pas lieu pour le Curé, à l'égard des pauvres de ſa Paroiſſe, qu'il dépend de lui de gratifier ou non. 3°. Parce que les Docteurs les plus favorables à la cauſe pie, & qui ont admis les femmes pour témoins dans les teſtamens faits en ſa faveur, ont exigé deux témoins pour leur validité & leur forme; c'eſt la doctrine *de Benedict. in cap. Raynut. verbo Teſtamentum 1. num. 68.*

CHAPITRE XIX.

De l'appel comme d'abus d'une Procédure faite pour correction de mœurs par un Supérieur régulier.

LE Panorme ſur le chap. *contingat, extra de foro compet.* obſerve que les Supérieurs clauſtraux des Monaſteres, ſont les ſeuls Juges légitimes de leurs Religieux, pour ce qui concerne la correction des mœurs; d'où il faut conclure que le Religieux ne peut ſe pourvoir avec fondement en cour laïque, par appel comme d'abus dans les matieres qui ſont purement de la juriſdiction correctionnelle, & qu'il ne peut y porter ſes plaintes, que dans le cas d'excès de la part du Supérieur, dans la correction, *niſi modum excedat in corrigendo, Gloſſ. in verb. Minus, cap. ad noſtram, extra de appel.* Le Supérieur doit faire la correction aux Religieux, ſelon la regle de ſon ordre, ſuivant cette décrétale du Pape *Alexandre III.* s'il appeſantiſſoit la main ſur le Religieux, en lui impoſant des peines extraordinaires & inſolites, il y auroit lieu à l'appel comme d'abus; car le Roi étant le protecteur de la diſcipline eccléſiaſtique, ſéculiere & réguliere, qui s'exerce ſous l'autorité royale, toutes les contraventions à l'ordre & aux regles des Monaſteres, peuvent être la matiere d'un appel comme d'abus, & conſéquemment les excès

commis par un Supérieur ſur un Religieux, en matiere de procédure correctionnelle. Je crois que les Juges & Supérieurs des Monaſteres, peuvent ſe diſpenſer de ſuivre les regles preſcrites par l'ordonnance ; car quoique l'art. 1 du titre 1 de l'ordonnance de 1667, annonce que le Juge d'Egliſe eſt aſſujeti aux formalités ordinaires de la procédure, cela ne peut être étendu aux procédures faites dans les Monaſteres, dans la juriſdiction correctionnelle, par la raiſon que l'ordonnance n'en fait point une mention expreſſe, ce qui ſeroit pourtant requis, pour que les Supérieurs des Monaſteres y fuſſent ſoumis ; parce qu'il eſt de maxime, que les perſonnes privilégiées & exemptes, comme ſont les Monaſteres, ne ſont pas cenſées compriſes dans la diſpoſition des ordonnances, ſans une mention expreſſe, *Louet, lettre H. ſommaire* 15. Or l'ordonnance ne parlant que des Officialités, ſa diſpoſition ne peut recevoir d'extenſion à la juſtice correctionnelle des Monaſteres ; toute la difficulté qui ſe trouve dans l'eſpece de l'arrêt rapporté dans ce chapitre, eſt de ſçavoir ſi les excès imputés à frere Alexandre, étoient ſimplement de la compétence de cette juſtice correctionnelle, ou s'ils n'étoient pas au contraire de nature à mériter la punition ordinaire des crimes ; dans ce dernier cas, il eſt certain qu'il auroit fallu ſuivre l'ordre de la procédure établie par les ordonnances ; il ſemble que les excès imputés à frere Alexandre étoient d'une nature à paſſer les bornes de la juriſdiction correctionnelle ; car en conſultant le langage *de Chopin, liv.* 2, *chap.* 3, *num.* 16. *Monaſt.* la correction eſt bornée aux vices des Religieux, & aux infractions de la diſcipline monaſtique : mais ici l'on trouve un crime de faux, commis par ce Religieux, par un exploit qui eſt un acte de procédure de la juriſdiction contentieuſe & publique. Un enlevement fait à main armée d'un autre Religieux, & ces deux cas paroiſſent excéder la compétence de cette juriſdiction.

On peut obſerver ici que les proviſions d'un Official ſubrogé à la place du véritable Official, pour cauſe de récuſation, qui n'eſt commis que pour juger une ſeule cauſe, ne

doivent pas être enrégiſtrées ; ainſi jugé par arrêt du 16 Janvier 1719, prononcé par Mr. le premier Préſident de Bertier en la grand'chambre, ſuivant les concluſions de Mr. Lecomte, Avocat général, dans cette eſpece.

Charles, Marquis de Calcaguini, Auditeur général en la Légation d'Avignon, avoit prêté une ſomme de 400 liv. à Me. Jean-Michel André, Chanoine de Roquemaure ; & parce que ce Chanoine plaidoit avec l'Official forain, ce demandeur ayant formé inſtance devant cet Official, il en fut ſubrogé un autre à ſa place, pour cette cauſe ſeulement, par Mr. l'Archevêque d'Avignon, dont les proviſions ne furent point enrégiſtrées ni inſinuées. Cet Official ſubrogé rendit une ordonnance par défaut, qui condamne le débiteur au payement de 400 liv. lequel en appela comme d'abus ; ſon moyen étoit pris de ce que les proviſions de l'Official forain n'avoient pas été enrégiſtrées conformément aux édits & ordonnances ; néanmoins la Cour le démit de ſon appel comme d'abus, avec dépens & amende, ſur ce que cet Official n'avoit été délégué que pour cette cauſe, & qu'il ſuffiſoit d'avoir ſigné ces lettres de ſubrogation.

Dans la juriſdiction correctionnelle du Supérieur eccléſiaſtique, la citation eſt toujours néceſſaire, & le défaut de citation peut fournir un moyen d'abus, ſuivant un arrêt de la Cour, rendu à l'audience de la grand'chambre, le 21 Juillet 1717, ſur les concluſions de Mr. de Tournier, Avocat général, en faveur de Me. Raynaud, Prébendé de l'Egliſe de Liſle-en-Jourdain, pour lequel plaidoit Me. de Latournerie, contre le Syndic du Chapitre, défendu par Me. d'Aſtruc. Préſident Mr. de Bertier.

Ce Prébendé avoit été privé par une délibération capitulaire des diſtributions manuelles & journalieres, à cauſe du ſcandale par lui cauſé dans le chœur, par le bruit qu'il avoit fait pendant les offices ; il perſiſta dans ſon entrepriſe, ce qui donna lieu au Chapitre de prendre deux autres délibérations, dont l'une emporta privation pour huit jours, &

l'autre pour un mois de ces diſtributions, ſans que pendant tout cet intervalle de tems on usât d'aucune citation à l'égard de Me. Raynaud : La Cour ſur l'appel comme d'abus par lui interjeté, déclara y avoir abus ſeulement, en ce que Raynaud n'avoit point été cité.

Cet arrêt ſe trouve confirmé par un arrêt poſtérieur que j'ai rapporté *chap.* 11 de ce livre ; il eſt d'ailleurs conforme aux véritables maximes ; [ainſi que je l'ai obſervé ſur le même chapitre ;] enſorte qu'on peut regarder la déciſion de ces arrêts comme un point de juriſprudence établie.

¶ Les cas dans leſquels un Religieux profès peut tomber, ſont toujours de la compétence du Juge eccléſiaſtique, lorſque le délit eſt commis par un Religieux *extra regulam*, & que le délit eſt ſimplement commun ; telle eſt la déciſion des canons & des canoniſtes, *canone De perſonâ* 21, *quæſt.* 1, *Bengæus, de diviſ. benef. §.* 8. *num.* 11, *Chopin, de ſacr. polit. cap.* 4, *num.* 28. *Cujac. ad cap.* 9, *de vita & honeſt. cleric.* C'eſt encore la diſpoſition de l'art. 11 de l'ordonnance d'Orléans, qui porte que tous Abbés & Abbeſſes, Prieurs, Prieures, non étant chef d'ordre &c. ſeront ſujets à l'Evêque diocéſain, pour le regard de la viſitation & punition des crimes, & que toutefois leſdits Abbés, Abbeſſes, Prieurs & Prieures jouiront du droit de correction accoutumée ſur leurs Religieux & Religieuſes, faute d'obſervance de leur regle.

Cette ordonnance qui eſt de police générale dans le Royaume, contient la diſtinction de la juriſdiction contentieuſe d'avec la correctionnelle. Celle-ci eſt bornée à la correction accoutumée que peut exercer le Supérieur régulier ſur le Religieux. Cette juſtice n'a rapport qu'à l'obſervance de la regle du monaſtere ; enſorte qu'elle doit s'exercer ſans forme ni figure de procès, & ſans que le Juge ſoit aſſujeti à ſuivre la procédure preſcrite par les ordonnances royaux, à raiſon du délit commun du Réligieux, ou du cas privilégié pour lequel le Juge royal procede conjointement avec l'Official ; & à l'égard de cette juſtice correctionnelle, l'ordonnance donne bien a entendre que le Supérieur doit s'y comporter

ſuivant la regle de l'ordre, & par meſure ; car s'il féviſſoit *ultra modum* contre le Religieux, & d'une façon inuſitée, il y auroit lieu à l'appel comme d'abus, ce que l'article de l'ordonnance inſinue par le terme de *correction accoutumée*. D'où il faut conclure, que ſi la correction n'étoit point meſurée par la regle du monaſtere, & ſelon ſa coutume, le Religieux pourroit réclamer la protection du Parlement, non-ſeulement par la voie de l'appel comme d'abus, mais même par voie de recours à ſon autorité, pour faire ceſſer, par exemple, la vexation d'un Supérieur, qui par autorité auroit jeté dans les fers, ou traité durement & cruellement un Religieux pour une faute légere, auquel cas le Parlement pourroit députer un Commiſſaire [ainſi qu'on l'a pratiqué] pour faire la deſcente dans la priſon, ouir le Rligieux, & dreſſer procès-verbal de ſon état ; ſi après avoir été ouï par le Commiſſaire, le Religieux ſe trouvoit vexé par le Supérieur, le Parlement ſur les preuves, ordonneroit l'élargiſſement du Religieux, avec injonction au Supérieur de le traiter paternellement, ſous peine de privation des privileges du couvent, & de ſaiſie de ſon temporel.

On peut obſerver ici, que les Abbés commendataires, n'ont point en main la juſtice correctionnelle à l'égard des Religieux de l'Abbaye, à moins qu'ils ne ſoient Cardinaux, Févret, de l'Abus, liv. 2, chap. 6, n°. 26, la diſcipline & la correction réguliere ſont dévolues de droit commun aux Supérieurs réguliers, *cap. cum ad monaſterium, §. Abbates, extra de ſtatu monach.* & cela quand même l'Abbé commandataire auroit obtenu du Pape indult & privilege de connoître de la diſcipline du monaſtére, parce que cet indult ſeroit abuſif, & il y auroit lieu d'appeler comme d'abus, de ſon exécution, comme contraire à l'art. 11 de l'ordonnance d'Orléans, aux arrêts des Parlemens rapportés par Chopin, *de ſacra polit. lib. 2. tit. 8. num. 13* ; les Cardinaux Abbés commendataires peuvent encore recevoir à la profeſſion les Religieux ; mais quant aux autres Abbés commendataires ils ne jouiſſent point de ce privilege, non plus que d'inſtituer

ou de deſtituer le Prieur clauſtral, s'il ſe trouve en place par élection des Religieux ou par proviſion de ſon Général, Févret, de l'Abus, *liv.* 2, *chap.* 7, *num.* 27.

J'ai déja dit dans mes obſervations, qu'il ſemble que les excès imputés à F. Alexandre étoient d'une nature à paſſer les bornes de la juriſdiction correctionnelle que peut exercer un Supérieur ſur les Religieux du monaſtere. J'ajoûte ici, que c'étoient là de véritables crimes, à raiſon deſquels, en ſe conformant à l'ordonnance d'Orléans, le délinquant devoit être livré à la juſtice de l'Official, ſi les demandeurs en excès euſſent porté leurs plaintes devant ce tribunal, auquel cas il auroit fallu remplacer la forme preſcrite par l'ordonnance concernant la pourſuite des crimes & délits, & la contravention auroit pu faire le ſujet d'un appel comme d'abus; mais la pourſuite ayant été commencée & continuée dans la juriſdiction correctionnelle, les irrégularités de cette procédure ne parurent point aſſez conſidérables pour donner lieu à l'appel comme d'abus.

CHAPITRE XX.

De la reſtitution envers les vœux de religion, & lequel doit prévaloir pour la preuve de la naiſſance, le livre du pere, ou le régiſtre des Baptêmes.

LEs reſcrits délégatoires *in partibus*, émanés de la Cour de Rome, doivent être adreſſés à des Commiſſaires du reſſort du Parlement, dans lequel les Parties ſont domiciliées, ſuivant l'arrêt rapporté par *Duluc*, *placitor. lib* 2, *tit.* 4. Et cela par la raiſon, qu'il peut ſurvenir des cas dans les cauſes purement eccléſiaſtiques, & qui ſe traitent devant le Juge d'Egliſe, qui obligent les parties à ſe pourvoir au Parlement par appel comme d'abus; ce qui aſſujetit le Pape à adreſſer ſes reſcrits délégatoires dans le reſſort du Parlement dont les parties ſont juſticiables.

Le Concile de Trente exige que le Religieux qui réclame contre ſes vœux dans les cinq ans, ſoit ouï & interrogé par ſon Supérieur & par l'Ordinaire des lieux, *non audiatur niſi intra quinquennium, tantùm à die profeſſionis, & tunc non aliter, niſi cauſas quas prætenderit deduxerit coram Superiore ſuo & Ordinario, de regul. cap.* 19. Le Religieux n'a d'autre domicile que le monaſtere où il ſe trouve actuellement lors de l'obtention du reſcrit, en vertu de l'obédience de ſes Supérieurs; il n'a d'autre Supérieur que celui de ce monaſtere, d'autre Ordinaire que l'Evêque diocéſain.

Le Concile de Trente n'étant reçu parmi nous pour la diſcipline, qu'autant qu'il ſe trouve conforme aux concordats & aux uſages du Royaume, ne doit être entendu que du Supérieur du monaſtere où ſe trouve l'impétrant lors de l'obtention du reſcrit & de l'ordinaire des lieux; car ce réclamant ne pouvant être diſtrait ſans abus hors du reſſort du Parlement dans lequel ſe trouve ſon monaſtere, parce que c'eſt là ſon domicile actuel, ſi la diſpoſition du Concile de Trente étoit appliquée à des Commiſſaires d'un autre reſſort, elle choqueroit l'uſage & les droits du Royaume, fondés ſur la Pragmatique-Sanction, & ſur le Concordat: Ainſi vainement oppoſoit-on dans l'eſpece de l'arrêt de la Cour, la déclaration des Cardinaux ſur ce point de diſcipline du Concile de Trente.

Quant à la preuve de la naiſſance réſultant du livre journal du pere, elle eſt plus ſure que celle du régiſtre de la Paroiſſe, & doit conſéquemment prévaloir dans le concours: Boiceau dans ſon docte Commentaire ſur *l'article* 54 *de l'ordonnance de Moulins, part.* 2, *chap.* 8, obſerve que le livre journal du pere ou de la mere décédés, fait une preuve certaine, pour ce qui concerne le jour de la naiſſance de leurs enfans, & fait mention de pluſieurs arrêts qui l'ont ainſi jugé.

Le Curé ne couche ſur ſon régiſtre le jour de la naiſſance de l'enfant qu'il baptiſe, que ſur le rapport du pere ou de quelqu'autre perſonne de la maiſon de cet enfant; c'eſt ſur de

de ſemblables atteſtations que l'on couchoit parmi les Romains ſur les régiſtres publics les jours de la naiſſance ou de la mort des enfans, ainſi que l'obſerve *Danti ſur Boiceau, loco ſupra*, *num.* 4. Ainſi quand le régiſtre du Curé ſe trouve contraire au livre journal du pere de famille pour le jour de la naiſſance d'un enfant, il faut déferer à ce livre journal, parce que le Curé ne peut atteſter avec certitude que de ſon propre fait, qui concerne le jour & date de l'adminiſtration du baptême : voilà pourquoi *Fontanon en ſes additions ſur Bourdin*, *art.* 51 *de l'ordonnance de* 1539, obſerve que le régiſtre du baptême n'empêche pas qu'on ne ſoit reçu à prouver, que celui qui ſe dit mineur ſur la foi de ce régiſtre, ne fût né avant le tems auquel le régiſtre fixe le jour de ſa naiſſance, parce qu'en cela on n'attaque point la foi du régiſtre.

En effet, la foi du régiſtre ne tombe que ſur le jour de l'adminiſtration du baptême, parce qu'il n'eſt réputé autentique que pour ce qui concerne le fait du Curé ou Vicaire, & nullement pour un fait qui lui eſt étranger, comme de ſçavoir avec certitude le jour de la naiſſance de l'enfant qu'il a baptiſé.

La preuve de la filiation ne peut être établie par témoins ſeuls, s'il n'y a un commencement de preuve par écrit; c'eſt ſur ce fondement que la Cour confirma par ſon arrêt prononcé à l'audience de la grand'chambre le 29 Avril 1711, un appointement judiciel du Sénéchal de Toulouſe, qui avoit refuſé à Jean Combettes de faire preuve de ce fait de filiation par témoins.

Ce Jean Combettes ſe prétendoit fils d'autre Combettes, & alléguoit une multiplicité de faits d'où il prétendoit tirer la preuve de ſa filiation, ſans rapporter aucune eſpece de preuve écrite, ni commencement de preuve, Me. de Caſade plaida pour Combettes pere, & Me. de Cormouls pour ce prétendu fils.

La diſpoſition de cet arrêt eſt conforme *à la loi ante penult. ff. de probat.* qui exige une preuve de la filiation ; ſur quoi Mornac obſerve que les édits ſe ſont réglés ſur la diſpo-

ſition de cette loi, en ce qu'ils ont requis pour la preuve de la filiation, *profeſſiones natalium quàm vulgò vocamus, papiers & régiſtres baptiſtaires*; à défaut de régiſtre baptiſtaire, il faut du moins quelque eſpece de reconnoiſſance de cette filiation de la part du pere, comme quelque lettre ſienne, écrite à la mere de l'enfant au ſujet de ſa naiſſance, ſuivant la loi citée; & dans ce cas je ne doute pas que celui qui ſe prétendroit fils de celui qui a écrit la lettre miſſive dont il ſeroit porteur, ne fût admis à la preuve par témoins de ce fait de filiation, s'il étoit d'ailleurs établi qu'il étoit né de celle à qui la lettre a été écrite, comme il peut arriver de celui qui eſt né hors la maiſon paternelle, avant le mariage de ſon pere avec ſa mere, & qui ſe trouve légitimé par le mariage contracté enſuite en face de l'Egliſe; ce qui dans l'eſpece de cet arrêt étoit mis en avant & allégué par ce prétendu fils.

La réclamation contre des vœux *intra quinquennium*, doit régulierement ſe faire d'une maniere autentique, & par acte public reçu par un Notaire toutefois il a été jugé que cette réclamation étoit ſuffiſamment conſtatée, par la ſortie du Religieux du monaſtere dans les cinq ans, & par ſon entrée dans un ſéminaire, la réclamation s'en étant enſuivie, & ayant obtenu (quoi qu'après les cinq ans) le reſcrit du Pape; il a été encore jugé que la fulmination du reſcrit n'en étoit pas moins valable, quoique faite par l'Official ſans l'aſſiſtance du Supérieur du monaſtere délégué avec lui, dès que le Supérieur avoit conſenti par écrit & par acte que l'Official procédât en ſeul: c'eſt ainſi que ces queſtions furent décidées, par arrêt prononcé à l'audience de la grand'chambre, par Mr. le Préſident de Monbrun le 5 Mars 1710. ſur les concluſions de Mr. l'Avocat général de Tournier, en faveur de Briffon Religieux Minime, contre Laroſe impétrant en Cour de Rome, de quelques chapelles dont Briffon avoit été pourvû depuis ſa ſortie du convent des Minimes, & appelant comme d'abus de la ſentence de fulmination du reſcrit obtenu par Briffon.

Dans l'eſpece de cet arrêt, Briſſon Religieux Minime, avant la cinquieme année de ſa profeſſion expirée, étoit ſorti pour cauſe de réclamation contre ſes vœux du convent, avec la permiſſion verbale de ſes Supérieurs dont il rapportoit l'atteſtation par écrit. Il étoit entré d'abord dans le ſéminaire de Caraman de Toulouſe, & y avoit pris les ordres ſacrés, ce qui demeuroit établi par les régiſtres de ce ſéminaire; après ſa promotion il fut pourvû de quelque chapelle de patronage laïque; les 5 années s'étant écoulées, il obtint un reſcrit de ſécularisation, dont la fulmination fut adreſſée à l'Official de Toulouſe, pour procéder conjointement avec le Supérieur du monaſtere.

L'Official fit la procédure de la fulmination en ſeul, ſans l'aſſiſtance de ce Supérieur, parce qu'il avoit déclaré par un acte qu'il n'empêchoit que l'Official procédât ſans ſon aſſiſtance.

Laroſe impétra en Cour de Rome les chapelles par dévolut, & pour l'autoriſer il prit des lettres comme d'abus de la ſentence de fulmination de reſcrit qui ſécularisoit Briſſon, fondé ſur ce que la réclamation n'avoit point été faite *intrà quinquennium*, & que d'ailleurs l'Official avoit procédé en ſeul contre les termes du mandat du Pape.

La Cour par cet arrêt déclara n'y avoir abus dans la ſentence de fulmination du reſcrit obtenu par Briſſon, démit Laroſe de ſon appel avec amende & dépens, & maintint Briſſon au plein poſſeſſoire des chapellenies en queſtion, Me. de Montaudier plaidant pour l'intimé ſur l'appel, & Me. de Lacroix pour Laroſe appelant.

Les motifs de cet arrêt ſont pris de ce qu'étant de maxime qu'on peut ſuppléer à un acte par équipollent, *leg. nominatim, ff. de legat.* 3, *leg. certum, de rebus credit. eod.* Il ſuffiſoit que la réclamation de Briſſon fût établie par la preuve écrite des atteſtations données à ce ſujet par les Supérieurs du convent, & par ſon entrée au ſéminaire de Caraman, prouvée par les régiſtres de cette maiſon; ce qui opéroit le même effet qu'une réclamation faite pardevant Notaire, & que le con-

ſentement du Supérieur du monaſtere, à ce qu'il fût procédé par l'Official en ſeul à la fulmination du reſcrit, mettoit la fulmination à l'abri du défaut qu'elle auroit eu ſans ce conſentement; puiſque le Pape n'ayant délégué le Supérieur du monaſtere conjointement avec l'Official, que pour l'intérêt que le monaſtere pouvoit avoir dans la fulmination; il ſuffiſoit que le Supérieur qui avoit en main ſa défenſe, eût conſenti qu'il fût procédé ſans lui, pour que l'Official eût valablement rendu ſa ſentence, chacun pouvant renoncer au droit introduit en ſa faveur, *leg. penult. cod. de pactis.*

CHAPITRE XXI.

Comment les Chapelles de Patronage laïque peuvent être ſpiritualiſées, & de l'effet d'une Préſentation nulle.

LEs chapelles de patronage laïque, dont la pleine collation appartient aux patrons déſignés par le fondateur, ſont réputées bénéfices ſéculiers, ſelon la remarque de Dumoulin *in regul. de infirm. reſign. num.* 417, *magis ſecularia & prophana beneficia ſunt quàm eccleſiaſtica*; & ces bénéfices ne peuvent être conférés, ni par l'Evêque ni par le Pape, au préjudice du collateur laïque, ſuivant la déciſion *de Rebuff. in tract. de pacif. poſſeſſ. num.* 287, fondée ſur la *Clement.* 2. *de præb.* & ſur la Gloſe *ſur la Clement. quia contingit, de religioſ. domib.* d'où il faut conclure que le collateur laïque eſt très-favorable à cet égard, & que la collation étant pour lui un bien patrimonial, tout ce qui tend à le priver de ce bien & de ce droit de collation, mérite peu de faveur.

C'eſt ſur ce principe que j'eſtime que le collateur qui eſt rentré dans le droit qu'il avoit originairement de pleine collation, à la faveur d'une poſſeſſion quarantainaire, aidée de trois titres, doit être maintenu contre l'Evêque dans ce droit récouvré; parce qu'il eſt de maxime que toutes choſes reviennent facilement *ad priſtinum ſtatum, cap. ab exordio, diſtinct.*

53. Or le bénéfice étant de ſa nature ſéculier & profane, le collateur peut rentrer dans ſon droit primitif par le ſecours de la preſcription de 40 années, ſoûtenue de trois titres; cet eſpace de temps étant ſuffiſant pour preſcrire contre l'Egliſe : *auth. quas actiones, C. de ſacroſ. eccleſ.* y ayant bien de la différence du cas où le collateur récouvre ainſi un droit perdu, d'avec la collation d'un bénéfice originairement eccléſiaſtique, uſurpée par une perſonne laïque, à la faveur de trois titres aidés de la preſcription de quarante ans.

Dans ce dernier cas, il eſt certain que ni le laps du temps, ni les collations multipliées ne ſçauroient acquerir ce droit à un ſéculier, incapable de conférer un bénéfice purement eccléſiaſtique, s'il n'a un indult apoſtolique, ſuivant André Deluaux dans ſes Paratitles ſur les Décrétales, tit. *de inſtit.* §. 2, *num.* 9, ce qui ne ſe rencontre point au premier cas par les raiſons préalléguées.

¶ Ferriere ſur la queſtion 187 de Guipape, ni les Canoniſtes qu'il cite, ne diſent point que les chapelles, qui par leur fondation ne ſont que des legs pieux ou preſtimonies dont le patron déſigné par le fondateur a la collation *pleno jure*, que ces chappelles puiſſent être ſpiritualiſées, & devenir bénéfices eccléſiaſtiques, par les préſentations du patron faites à l'Evêque. Ferriere cite ſeulement Rebuffe, *tract. de pacific. poſſeſſ. num.* 287, qui dit que ces chapelles ſont, dans le doute, préſumées bénéfices & ſpiritualiſées, s'il conſte d'une collation faite par l'Evêque ou d'une inſtitution. Mais il n'en faut pas conclure, que le patron (à qui la collation appartient originairement) ſoit déchu de ce droit irrévocablement, & que le bénéfice, qui n'étoit que profane dans ſon origine, ne puiſſe reprendre ſa premiere nature; car une chapelle n'eſt proprement ſpiritualiſée, que lorſque le fondateur l'a érigée aux fins d'être ſpiritualiſée par l'Evêque, & rangée dans la claſſe des bénéfices eccléſiaſtiques. *Garcias, de Benef.* 1. *parte, cap.* 2, *num.* 81, *ſi tamen* (dit ce Canoniſte en parlant de ces chapelles) *aliquæ eſſent ſic inſtitutæ & erectæ authoritate Epiſcopi, ut eſſent ſpirituales & collativæ, verè eſſent beneficia.*

La collation qu'en feroit l'Evêque par la négligence ou l'inadvertance du collateur laïque, ne fait qu'une préſomption que la chapelle eſt bénéfice, parce que (ce qui caractériſe proprement le bénéfice) c'eſt d'être conféré par une perſonne eccléſiaſtique. Les laïques en étant incapables par état, *cap. ſi quis deinceps*, *cap. nullus* 16, *quæſt.* 7, *& ibi gloſſ.* mais cette préſomption *eſt juris*, & peut être détruite par la preuve du droit contraire acquis au patron par la fondation qui veille toujours pour lui, & qui l'établit ici collateur de plein droit; or qu'y a-t-il de plus naturel que de le faire rentrer dans ce droit par le ſecours de l'uſage qu'il en a fait pendant un temps ſuffiſant, pour preſcrire contre l'Evêque, peu favorable en cela, puiſqu'il n'a nul droit comme ordinaire, ſur pareilles preſtimonies, mais ſeulement *jure devoluto* en cas de négligence du patron d'y pourvoir dans les quatre mois de la vacance.

Ces bénéfices étant profanes de leur nature, *capellaniæ fundatæ per laicos, ſi non fuerint à diœceſano approbatæ, non poſſunt ab Epiſcopo conferri neque à Papâ. Clementinâ II. de præbend.* Tel eſt le langage de Rebuff. *in tract. de pacif. poſſeſſ. num.* 287. L'approbation proprement dite ſe fait lorſque l'Evêque, du conſentement du fondateur, a interpoſé ſon décret à l'acte de fondation du laïque, pour déclarer la chapelle par lui érigée, bénéfice eccléſiaſtique, ce qui ne ſe rencontroit pas dans l'eſpece de l'arrêt cité par notre auteur, puiſqu'il y étoit queſtion d'une pure collation; mais ſe fût-il agi d'une inſtitution faite par l'Evêque ſur la préſentation du patron laïque, la chapelle ne ſeroit pas pour cela réputée bénéfice, 1°. Parce que l'inſtitution n'eſt point arbitraire à l'Evêque, & qu'il eſt aſſujeti de la donner au préſenté, qui a les capacités requiſes, il n'en a donc pas la collation libre; elle eſt pourtant requiſe dans le collateur. 2°. Parce que le Pape n'a pas droit de prévention pour ces chapellenies, comme il l'a à l'égard des bénéfices purement eccléſiaſtiques, & qu'il ne peut admettre des réſignations *in favorem, ſpreto patrono laico*, ni l'Evêque des permutations.

La chapelle de cette eſpece n'étant pas réputée bénéfice eccléſiaſtique, le patron doit jouir du même avantage que s'il avoit la collation *pleno jure*, & rentrer dans ſon droit comme l'autre, s'il vient à récouvrer par la poſſeſſion de 40 ans ſoûtenues de trois titres.

Le patronage n'eſt point preſcrit par trois collations conſécutives de l'Evêque, s'il n'y a quarante ans depuis la derniere collation, ainſi jugé par arrêt du 18 *Mars* 1652, rapporté par Boniface, *tom.* 1, *liv.* 2, *tit.* 28, *chap.* 2, en quoi il eſt ſans doute moins favorable que le patron laïque dont il s'agit ici, puiſque trois collations conſécutives pendant l'eſpace de 40 ans, le font rentrer dans ſon droit, *res enim de facili ad priſtinum ſtatum redeunt*, comme je l'ai déja obſervé.

La chapelle n'ayant point perdu le caractere de bénéfice profane, tel qu'il eſt marqué dans la fondation, mais le droit du patron ayant ſeulement demeuré éclipſé à cet égard, on ne peut pas dire que la chapelle ait perdu ce caractere d'une façon irrévocable par une tranſubſtantiation en bénéfice eccléſiaſtique. Au ſurplus, quand l'Evêque auroit une fois conféré une chapelle de patronage laïque, il n'en faut pas conclure que cette collation peut donner le droit au Pape d'admettre une réſignation *in favorem*, *ſpreto patrono laico*, de la chapelle, ſi le patron en réclamoit, parce que ni Guipape, ni Ferriere, ni Rebuffe n'ont point décidé qu'une ſeule collation faite par l'Ordinaire changeât la nature d'une preſtimonie en bénéfice ſpiritualiſé, mais ſeulement, dit Rebuffe, que dans le doute, cette collation fait préſumer la chapelle ſpiritualiſée, & la met dans la claſſe des bénéfices. *Et ſi appareat de una collatione vel inſtitutione Epiſcopi, in dubio cenſetur beneficium, de pacif. poſſeſſ. num.* 287; or je croi que dans l'eſpece de l'arrêt du 23 Avril 1678, ſi le réſignant n'eût point été lui-même patron (qui ayant conſenti la reſignation ne pouvoit revenir contre ſon propre fait) tout autre patron laïque auroit pu réclamer contre la réſignation du chappelain, quoique le tour du patron eccléſiaſtique dût ve-

nir, parce que le patron ayant une fois choiſi le ſujet pour remplir la chapelle, & s'étant déterminé ſur une prédilection particuliere, ne pouvoit être contraint d'agréer un réſignataire pour chapelain.

CHAPITRE XXII.

De la preuve de la révocation de la réſignation.

LA queſtion décidée dans ce chapitre, ne pouvoit, ſelon moi, faire la matiere d'un procès, ſur-tout depuis la déclaration de 1646 pour le controlle en matiere de bénéfices, qui porte en l'art. 9, que toutes procurations pour réſigner, & les révocations deſdites procurations ſeront paſſées par Notaires royaux ou apoſtoliques, à peine de nullité; cette diſpoſition eſt conforme à la doctrine *de Rebuff. in praxi Benef. tit. de procurat. ad reſign. num. 6. Regulariter*, dit-il, *in his reſignationibus inſtrumentum ſolet eſſe publicum ad vitandum falſum.*

Il y a un cas dans lequel la preuve par témoins de cette révocation pourroit être admiſe, c'eſt lorſqu'on articule la perte du régiſtre du Notaire, dans lequel la révocation étoit inſérée; car quoiqu'on ne puiſſe être reçu à la preuve par témoins, quand il s'agit d'une ſomme excédant 100 liv. ſuivant les ordonnances, toutefois l'on eſt reçu à prouver par témoins le fait de la perte ou de l'égarement du régiſtre dans lequel l'acte ſe trouvoit inſéré, ſuivant la doctrine de Duranti, *quæſt.* 5, *num.* 3, *& de Ferr. in quæſt.* 474 *Guip.*

Ainſi ſi dans l'eſpece de l'arrêt de la Cour, on avoit ſoûtenu la révocation de la réſignation, & offert de prouver par témoins la perte du régiſtre dans lequel elle étoit inſérée, & qu'elle avoit été révoquée par ce même acte égaré ou incendié, alors la demande auroit été accueillie, & la preuve par témoins reçue; mais on ſe contenta de remettre des déclarations des témoins, qui avoient aſſiſté à l'acte de révocation, ſans en articuler la perte.

Il

Il faut ici obſerver que par la déclaration ſur l'édit de controlle de l'année 1646, art. 3, il eſt enjoint aux Notaires de garder ſoigneuſement les minutes des procurations *ad reſignandum*, avec défenſes de les délivrer aux parties, à peine de faux, & de tous dépens, dommages & intérêts deſdites parties intéreſſées.

Sur ce fondement, un nommé Mundionde Notaire, qui alléguoit avoir remis à Me. Lamouroux Chanoine, l'original ou minute d'une procuration *ad reſignandum*, faite en ſa faveur, après en avoir tiré un extrait, fut condamné à remettre dans un certain délai l'original de cette procuration, contre laquelle le réſignant s'étoit inſcrit en faux, faute de quoi il tiendroit priſon clauſe, ſauf à lui d'uſer des mêmes contraintes à l'égard dudit Lamouroux, qui ſoûtenoit que cet original lui avoit été enlevé par le réſignant; ſur quoi il offrit de ſe purger par ſerment; & en cas la Cour y fît difficulté, de faire preuve de cet enlevement.

L'arrêt n'eut point d'égard à cette demande de Lamouroux, parce qu'elle parut n'avoir d'autre objet que d'éluder la condamnation; cet arrêt fut prononcé à l'audience de la grand'chambre le 16 Décembre 1710 par Me. de Bertier, reçu depuis peu premier Préſident; plaidans pour le Notaire Me. de Latour, & pour Lamouroux Me. Ozun, & pour Chauton pourvû du bénéfice par le décès du réſignant, Me. de Campa; celui-ci ſoûtenoit l'inſcription en faux de ſon prédéceſſeur immédiat, c'étoit le fondement de ſon titre, puiſqu'il s'étoit fait pourvoir *per obitum* de ce bénéfice, à quoi la réſignation auroit fait obſtacle, ſi elle n'avoit point été fauſſe, ainſi qu'on le ſoûtenoit; Chauton fut maintenu proviſoirement au poſſeſſoire du bénéfice contentieux.

¶ L'article 1 de la déclaration du Roi du 10 Novembre 1748, concernant les inſinuations eccléſiaſtiques, porte que l'article 13 de l'édit du mois de Décembre 1691, concernant les inſinuations eccléſiaſtiques, ſera exécuté ſelon ſa forme & teneur, & en y ajoutant en tant que de beſoin, l'article déclare nulles & de nul effet toutes proviſions ſur dé-

miſſions ou permutations émanées, ſoit des collateurs ordinaires ou de la Vice-Légation d'Avignon en cas que les démiſſions ou permutations, enſemble les proviſions expédiées ſur icelles, n'ayent pas été inſinuées deux jours francs avant le décès du réſignant ou du permutant, le jour de l'inſinuation & celui du décès non compris; & cette diſpoſition doit avoir lieu, ſoit que les indultaires gradués ou autres expectans les patrons, y ſoient intéreſſés ou autrement en quelque cas que ce ſoit, faute de quoi les collateurs pourront nonobſtant les proviſions par eux accordées, diſpoſer des bénéfices réſignés ou permutés comme vacans par mort, c'eſt l'art. 2.

L'article 3 porte, que la ſeule date du jour puiſſe être utile en toutes proviſions bénéficiales, ſans que dans le cas de la concurrence entre deux proviſions données le même jour, ſoit par le Vice-Légat d'Avignon ou par d'autres collateurs, la date de l'heure marquée dans l'une, puiſſe faire donner la préférence ſur celle qui ne contiendra que la date du jour.

L'article 4 déclare la peine de nullité en cas de contravention aux précédens articles.

Suivant la doctrine des canoniſtes, ſi deux eccléſiaſtiques avoient été pourvus du même bénéfice le même jour, la préférence étoit adjugée à celui qui avoit la priorité de l'heure, ſoit que la proviſion émanât du Pape, ou de l'Ordinaire, ou même du Roi.

Socinus, conſ. 67, vol. 3. Rebuff. de pacif. poſſeſ. num. 299; mais dans le doute, les deux proviſions ſe trouvant en concours du même jour, quelle des deux doit prévaloir? Ce ſera celle qui aura été miſe à exécution la premiere par la priſe de poſſeſſion du pourvû, ſuivant Dumoulin *ad reg. de veriſim. notitia, num. 36, & Choſſi, de ſacra polit. lib. 1, tit. 6*; & s'il ne conſte point de la priorité, & que le tout ſoit dans le doute, l'une & l'autre proviſion tombent, *quia mutuo concurſu ſe impediunt.* Papon, liv. 2, tit. 9, n°. 6, par la raiſon, que *beneficium diviſionem non patitur, cap. majoribus, cap. dilecto, de præbend.*

Que ſi la proviſion des deux concurrens ſe trouve du mê-

me jour & date, émanée de deux différens collateurs, ſçavoir, l'une du Pape, & l'autre de l'Evêque, celle du Pape obtient la préférence, à moins que le pourvû par l'Evêque n'ait pris poſſeſſion le premier; car les Evêques étant les collateurs ordinaires de leur dioceſe, *can. omnes baſilicæ*, qui eſt du Concile d'Orléans, nous ne donnons en France aucune préférence au Pape dans le concours de deux proviſions, qui ſe reglent par le droit commun.

CHAPITRE XXIII.

De l'Héritier dont le Teſtateur a chargé la conſcience d'employer une ſomme en œuvres pies.

IL y a un arrêt célebre du 13 Décembre 1580, du Parlement de Paris, rapporté *par Louet, lettre L, ſomm. 5, & par Brodeau ibid.* par lequel il fut jugé que Me. le Peletier, Curé de St. Jacques de la Boucherie de Paris, n'étoit point tenu de rendre compte de la diſtribution qu'il avoit faite d'une ſomme de 3000 l. qui lui avoit été remiſe pour être employée en œuvres pies, en exécution du teſtament fait par Me. Jacques Perdrier; dans l'eſpece de cet arrêt il y avoit une décharge expreſſe de la part du teſtateur, en faveur de Me. le Peletier, de rendre compte de la diſtribution de cette ſomme: Brodeau au même lieu rapporte deux arrêts qui ont déchargé les exécuteurs teſtamentaires de la reddition de compte des ſommes dont la diſtribution leur avoit été confiée.

Sur quoi il faut obſerver avec Brodeau, que la diſpoſition de ces préjugés ne peut avoir lieu que lorſqu'il s'agit de la diſtribution d'une ſomme limitée par un teſtament; mais nullement quand elle eſt indéfinie & laiſſée à la volonté d'un tiers, comme Religieux ou autre perſonne qui pourroit uſer de cette faculté, & épuiſer abſolument la ſucceſſion par des ſcrupules de conſcience; ainſi qu'il fut décidé par l'arrêt du

26 Novembre 1637, rapporté par *Brodeau*, *cod. Baſnage*, ſur la coûtume de Normandie, tome 2, tit. des teſtamens, art. 412, rapporte pluſieurs arrêts qui ont pareillement déchargé les Curés de rendre compte des ſommes qui leur avoient été confiées par les défunts, pour être employées en œuvres pies : On peut ſeulement contraindre pareils dépoſitaires à affirmer par ſerment comme ils ont fait les diſtributions ſelon l'intention du teſtateur.

Robert, *rerum judicat. lib.* 1, *cap.* 3, rapporte un arrêt du Parlement de Paris du 23 Décembre 1580, qui condamna les héritiers à délivrer à un Prêtre la ſomme dont le teſtateur lui avoit confié la diſtribution pour des œuvres pies, ſans que ce Prêtre fût tenu d'en rendre aucun compte.

Sur quoi ce docte Avocat obſerve que la probité reconnue de ce Prêtre, fut le premier motif de cet arrêt ; d'où il faut conclure que ſi le Prêtre, à qui la diſtribution des ſommes léguées a été confiée, n'eſt pas d'une intégrité notoire, & d'une conduite irréprochable, alors il peut être contraint de rendre compte de la diſtribution, & ne doit point en être quitte en ſe purgeant par ſerment qu'il a fait cette diſtribution ſelon l'intention du teſtateur ; on peut voir dans Robert au lieu cité, les raiſons qui peuvent être alléguées de part & d'autre dans cette matiere ; je croi qu'il faut s'y régler ſur le même motif qui ſervit de fondement à l'arrêt du 23 Décembre 1580.

CHAPITRE XXIV.

De la preſcription de la cote de la Dîme contre un Acte qui la regle.

PAr arrêt d'audience du 12 Février 1635, plaidans Me. Boyer pour le Syndic des habitans du lieu de Cabrieres, appelans de l'ordonnance donnée ſur vuidement de régiſtre par le Sénéchal de Carcaſſonne, ou ſon Lieutenant au Siege

de Beziers, & Me. d'Autheſerres pour Me. Jean Juillard, Prêtre & Prieur dudit lieu.

La Cour rendit un arrêt qui préjuge que la cote de la dîme peut être preſcrite contre une tranſaction qui la fixe, puiſque cet arrêt ſur l'allégation du Syndic concernant le fait de la cote preſcrite, & ſur les défenſes contraires de Me. Gaillard Prieur, appointe les parties contraires en leurs faits, qu'elles pourront plus à plein articuler dans le mois, pour, les enquêtes faites & rapportées, être ordonné ce qu'il appartiendra, & néanmoins par proviſion, ſans préjudice du droit des parties, ordonne l'exécution de la tranſaction.

Cet arrêt eſt juridique, rien n'empêche en effet que la cote de la dîme ne puiſſe être preſcrite nonobſtant une tranſaction qui la fixe, parce que la preſcription emporte alors avec ſoi une renonciation tacite de la part du gros décimateur au droit qui lui étoit acquis par la tranſaction; ſon inaction à faire valoir l'acte, étant le juſte fondement de la fin de non-recevoir oppoſée à ſa demande, *leg. final. cod. de annal. excepr.* doit être regardée comme un relâchement de la cote.

La Cour a depuis quelques années rendu des arrêts conformes.

CHAPITRE XXV.

De la variation du Patron laique.

CEtte maxime, que le patron eccléſiaſtique ne peut varier, ſouffre cette diſtinction; ou la préſentation qu'il a faite a été notifiée à celui qui doit donner l'inſtitution ou non; dans le premier cas, il ne peut varier; dans le dernier, il le peut; car le ſimple titre de préſentation ſans notification, ne donnant point droit, *nec in re, nec ad rem*, n'empêche pas la variation du patron, *non dicitur variare, & valet ſecundi præſentatio, quia non dicitur præſentare, niſi cum effectu ſcili-*

cet præſentibus, tam præſentante quàm præſentato & eo qui præſentatur, quorum altero defficiente, non eſt præſentatio perfecta, ſicut non eſt judicium niſi ſit Judex, actor & reus, gloſſ. Pragmat. Sanct. §. item circa, in verbo Non valeant verſic. aliqui aliter dixerunt de collat. Dumoulin conſil. 58, num 16. Solier ad Flamin. de reſign. lib. 7, quæſt. 11, tiennent la même doctrine.

Ce dernier Canoniſte au lieu cité, s'éleve contre l'opinion *de Louet ad regul. de infirm. reſign.* en ce que celui-ci prétend que le ſimple titre de préſentation du patron eccléſiaſtique, empêche la prévention du Pape; mais je croi que c'eſt ſans fondement que Solier a repris Louet ſur ce point, puiſque la prévention du Pape n'eſt reçue parmi nous qu'autant que les choſes ſont entieres; enſorte que le moindre acte l'arrête, ſelon la doctrine de Brodeau ſur *Louet, lettre P, ſomm. 25*, & la déciſion des arrêts qu'il rapporte à ce ſujet; la prévention du Pape n'eſt pas favorable ſelon nos maximes, parce qu'elle tend à dépouiller les collateurs ordinaires; ſur quoi il eſt à propos d'obſerver qu'il faut ſe tenir en garde contre les déciſions de Solier, toutes les fois qu'il s'agit de l'intérêt du Pape contre celui des Ordinaires; ſa prévention pour le ſiege de Rome éclate en pluſieurs lieux de ſes ouvrages, & n'eſt pas d'un Canoniſte françois.

La variation du patron eccléſiaſtique ne peut être regardée de cet œuil ſelon les mêmes maximes, puiſque loin de bleſſer le droit du collateur ordinaire, ainſi que la prévention du Pape, elle ne fait que le confirmer en le laiſſant l'arbitre du choix entre les deux préſentés, *cap. cum autem 24, extra de jur. patron.*

Que ſi au contraire la préſentation du patron eccléſiaſtique a été notifiée à celui qui doit donner l'inſtitution, le patron ne peut plus varier ſelon la diſpoſition de cette décrétale *cum autem*; & la raiſon de cette déciſion peut être priſe du chap. *uniq. in Clement. lib. 1, tit. 4, illuſio & variatio in perſonnis eccleſiaſticis maximè ſunt vitandæ.*

Le patron laïque peut varier après la notification même

de la préſentation au collateur ordinaire ; mais il ne le peut qu'une fois, non en dérogeant au premier titre, mais en en faiſant un ſecond, enſorte que le Supérieur à qui l'inſtitution eſt dévolue aura le choix, & pourra gratifier celui de deux qu'il trouvera bon ; c'eſt l'obſervation de Solier ſur Paſtor, liv. 1, tit. 19, *in novis addit. num.* 5 ; mais cette variation doit avoir une juſte cauſe, ſans cela le patron *non poteſt recedere à prima præſentatione*, ſelon la doctrine *de Garcias, part.* 5, *cap.* 9, *num.* 213.

¶ J'ai déja dit que le patron eccléſiaſtique peut varier, quand la préſentation n'a pas été notifiée à celui qui doit donner l'inſtitution. J'ajoûte après Guinier ſur la Pragmatique au lieu déja cité, que ce patron peut encore varier, quand il a préſenté au Vicaire général de l'Evêque, qui n'avoit point de pouvoir ſpécial pour donner pareilles inſtitutions, ou dont le pouvoir étoit révoqué ; enſorte que la ſeconde préſentation admiſe par l'Evêque doit ſortir ſon plein effet ; comme auſſi ſi le préſenté vient à mourir avant l'inſtitution, ou s'il eſt inhabile *quoquo modo.*

Quand j'ai dit encore, que la variation permiſe au patron laïque doit avoir une juſte cauſe, cela doit être ainſi entendu, que le patron ne peut varier de façon qu'il puiſſe anéantir le premier titre, mais le premier ſubſtituant avec le ſecond ; le Supérieur a la liberté de gratifier l'un ou l'autre des deux ſujets, ayant le dévolu, en cas de diſcord ou de variation légitime des patrons laïques. Une cauſe légitime, par exemple, pour le patron laïque de révoquer le premier titre qu'il a fait, & d'en faire un ſecond, eſt, ſi par ignorance, il avoit fait ſa préſentation à celui qui n'avoit pas le pouvoir de donner l'inſtitution ou par incapacité ou par quelque autre excluſion de droit, ou s'il avoit préſenté un ſujet excommunié ou infame.

Venant à l'arrêt rapporté par l'auteur en date du 23 Février 1682, qui jugea que lorſque le patron conféroit le bénéfice de plein droit, il n'étoit point admis à varier ; cet arrêt a pour fondement deux maximes qu'il eſt néceſſaire de

ramener ici ; la premiere, que toute collation de bénéfice acceptée eſt réputée jugement irrévocable de la part du collateur, *Paſtor, de benefic. lib.* 1, *tit.* 22, *num.* 6 ; enſorte qu'après la collation ainſi faite, le collateur demeure dépouillé, & le droit eſt acquis au pourvû, avant même la priſe de poſſeſſion. *Jus in re acquiritur per collationem, etiam ante adeptam poſſeſſionem. Garcias, de benefic.* 4 *parte, n.* 1. *Corraſ. de benefic.* 4, *parte, cap.* 1, *n.* 14, tient le même langage, *poſtquàm verò*, dit-il, *acceptaverit clericus, jus in re acquirit ante adeptam poſſeſſionem.*

La ſeconde maxime eſt priſe des chapitres, *litteras & dilecto, extra de ſuppl. negl. prælat.* qui décide que l'Ordinaire conſomme ſon droit de collation *pro illa vice*, quoique la proviſion ſoit nulle par défaut de forme, ou par l'incapacité du pourvû. D'où il faut conclure que le patron laïque conférant de plein droit, & tenant la place de l'Ordinaire, ne peut plus varier après l'acceptation du pourvû. Et s'il ſe trouve quelque défaut de forme ou incapacité dans la perſonne, le droit eſt dévolu au Supérieur eccléſiaſtique pour faire titre.

CHAPITRE XXVI.

Si le Vicaire-Général ayant conféré à un incapable ſur la préſentation du Patron, l'Evêque peut conférer à un autre.

LA raiſon pour laquelle l'Evêque peut rectifier le jugement rendu par ſon grand Vicaire, dans la collation qu'il a faite du bénéfice à un incapable, eſt, que le grand Vicaire n'a procédé dans cette collation que comme délégué de l'Evêque, & qu'il eſt de maxime que le délégant peut corriger les défauts de la procédure ou du jugement du délégué, *Roſſiniac. de re ſacerdotali, lib.* 3, *cap.* 16.

En effet, le chapitre *cum dilecta, extra de reſcript.* ſur lequel Rebuffe au lieu cité par l'auteur, fonde ſa déciſion, eſt dans l'eſpece d'une procédure faite par des Commiſſaires nommés

nommés par le Pape qui y prononce la caſſation de cette procédure, non-ſeulement parce que ſes délégués n'avoient pas rempli leur commiſſion ou mandat, mais pour avoir manqué aux regles du droit.

Il faut prendre garde dans cette matiere, de ne pas confondre la juriſdiction volontaire de l'Evêque, avec la contentieuſe, ce qui pourroit arriver ſi l'on n'avoit ſoin de diſtinguer ces deux Tribunaux par la différence des matieres; car ſous le nom de Vicaire-général, le droit canonique comprend indiſtinctement l'Official, & ces deux noms ſont confondus, *cap. vit. de offic. Vic. in 6*, au lieu qu'en France nous donnons le nom d'Official au Vicaire-général de l'Evêque dans la juriſdiction contentieuſe, & celui de grand-Vicaire au délégué de l'Evêque pour les actes de la juriſdiction volontaire, ſuivant l'obſervation de Mr. *d'Olive*, *liv.* 1, *chap.* 16, *en ſes arrêts.*

Duperrai ſur l'édit de 1695, tom. 1, pag 61, a confondu le nom d'Official dont entend parler *Panorm. chap.* 14, *de elect.* avec le grand-Vicaire qui procede dans la juriſdiction volontaire.

L'Evêque ou ſon grand-Vicaire ayant mandat ſpécial, peut exercer hors du dioceſe dans l'étendue du Royaume, les actes qui ſont de pure juriſdiction volontaire comme la collation des bénéfices, ſuivant la doctrine des meilleurs Canoniſtes, adoptée par la juriſprudence des arrêts des Cours; c'eſt la remarque du *Préſident Boyer*, *déciſion* 30, *& de Mr. de Selve*, *tract. de benef. part.* 3, *quæſt.* 40; mais la collation d'un bénéfice ſitué dans le Royaume dépendant d'un Evêché étranger, ne peut être faite par l'Evêque ni par le grand-Vicaire de cet Evêché, il faut pour cela qu'il établiſſe un Vicaire ſpécial dans le Royaume, autrement il y auroit abus dans la collation.

¶ L'auteur commence par nous dire qu'il ſemble d'abord, que l'Evêque ou ſon Vicaire-général ne ſont qu'une même perſonne, & que cependant *Rebuffe in praxi*, dit que l'Evêque peut retracter ce qu'a fait ſon Vicaire-général, & il

cité encore Févret pour appuyer la déciſion de l'arrêt, qui décida que l'Evêque auroit pu réformer & retracter la collation faite par ſon grand-Vicaire, ſur la préſentation du patron à un incapable.

Le Vicaire-général de l'Evêque, que nous appelons Official (pour ce qui concerne la juriſdiction contentieuſe) ne fait avec l'Evèque qu'un ſeul & même Tribunal; enſorte qu'il n'y a point de dévolution à l'Evêque des jugemens rendus en cette partie par le Vicaire-général, mais au Supérieur immédiat, qui eſt le Métropolitain. C'eſt ce que nous apprend Rebuffe au lieu cité par l'auteur, n. 6, & Solier ſur Corras *in paraphr. part.* 2, *cap.* 8, *facit*, dit-il, *unum tribunal & conſiſtorium cum Epiſcopo, & ideo ab eo non poteſt appellari ad Epiſcopum.*

Il n'en eſt pas ainſi du Vicaire-général de l'Evêque pour les actes de la juriſdiction volontaire comme eſt la collation des bénéfices; l'Evêque peut ratifier ce que ſon Vicaire-général a fait d'irrégulier, parce que dans les actes, le Vicaire procede comme délégué de l'Evêque; or il eſt de maxime qu'on peut appeler au déléguant de la procédure faite par le délégué. C'eſt dans le ſens que Févret au lieu cité par l'auteur, dit que dans le cas qui fait le ſujet du préſent chapitre, & quand la collation a été faite par le grand-Vicaire *in capaci*, on ne peut appeler au Métropolitain; mais qu'on doit ſe pourvoir devant l'Evèque. Ainſi pour ne point prendre l'échange ſur ce qui eſt décidé par le droit canon, ſur le pouvoir des Vicaires-généraux des Evèques, il faut toujours diſtinguer ce qui a rapport à la juriſdiction contentieuſe, d'avec ce qui regarde la volontaire; dans la premiere, il n'y a nulle dévolution au tribunal de l'Evèque; dans la ſeconde, il y en a.

L'auteur eſt de cette opinion, *qu'une incapacité connue au patron eccléſiaſtique eſt un obſtacle à ſa variation dans le temps légitime, ſingulierement ſi l'incapacité tombe ſur le défaut de doctrine dont la connoiſſance*, dit-il, *& l'examen appartient à l'Evêque.* Cette opinion eſt contraire à la déciſion de Bro-

deau ſur Louet, lettre P. ſomm. 25, n. 3, qui après avoir dit que le patron eccléſiaſtique eſt privé de la faculté de préſenter *pro hac vice*, & ne peut varier s'il a préſenté une perſonne indigne, ajoûte qu'il en eſt autrement s'il a préſenté un ſujet incapable, auquel cas il peut varier; l'incapacité s'entend ici non du défaut de ſcience, mais d'un défaut par exemple de grade, d'ordre, ou d'âge requis pour la poſſeſſion du bénéfice. Ce qui eſt un obſtacle invincible, mais non le défaut de ſcience qui peut s'acquerir par le ſecours de l'étude.

Au ſurplus le patron laïque [quoiqu'il ait préſenté une perſonne indigne] ne peut être privé de la faculté de varier *pro hac vice* [parce qu'ainſi que l'obſerve Brodeau au même lieu] les conſtitutions canoniques n'ont rien ſtatué à l'égard de ce patron, & que le Pape ne peut toucher au temporel des patrons laïques, ce qui eſt religieuſement obſervé par la police de ce Royaume.

C'eſt une queſtion agitée par Garcias *nona parte, cap.* 2, *num.* 265, ſi le patron eccléſiaſtique, après avoir préſenté un ſujet digne & qui a les capacités requiſes, ayant la faculté de varier dans ſon choix avant la notification de la préſentation au collateur ordinaire, peut en préſentant un autre ſujet également digne, priver le collateur de gratifier l'un de deux à ſon choix; ou ſi au contraire le patron peut lui-même faire cette gratification en ſe déterminant pour l'un des deux; enſorte que le collateur ſoit aſſujeti à faire titre à celui-là. Garcias réſout la difficulté en faveur du patron eccléſiaſtique, & appuie ſa déciſion de pluſieurs autorités. Le droit du patron n'eſt conſommé que par l'inſtitution intervenue ſur la préſentation, & alors il ne peut plus varier.

CHAPITRE XXVII.

D'une ſeconde Réſignation faite dans les trois ans de la premiere.

LE réſignant doit manifeſter la volonté qu'il a de rentrer dans le bénéfice par la voie du régrès, en formant une demande expreſſe à ce ſujet, juſques-là que les Canoniſtes décident que le réſignant venant à mourir après avoir intenté l'action en régrès, & avant d'avoir obtenu jugement déclaratoire, le bénéfice ne vaque point *per ejus obitum*; mais qu'il demeure acquis irrévocablement au réſignataire, c'eſt la déciſion de Solier *ſur Paſtor*, *de Benef. lib.* 3, *tit.* 9, *in novis addit.* appuyée ſur l'autorité de Flaminius; d'où il faut conclure que le réſignant ne peut, ſous prétexte que le retour de ſa ſanté lui ouvre la porte du régrès, réſigner de nouveau le bénéfice ſans une demande en régrès : cette demande étant en ſoi peu favorable, & ſe trouvant condamnée par les conciles & les canons, doit être non-ſeulement reſtrainte aux cas exprimés par le droit, *Louet ad regul. de public.* n°. 196. mais expreſſe & manifeſte par les démarches du réſignant, faites pour rentrer dans le bénéfice par autorité du Juge.

Sur quoi il faut obſerver que la demande en régrès, doit être formée dans l'année de la convaleſcence du réſignant, après lequel temps il eſt irrécevable, ſuivant les préjugés rapportés par *Solier*, *loco ſupra*, *num.* 3; mais ſi la maladie qui a donné lieu à la réſignation continue, le réſignant peut intenter la demande en régrès, après la priſe de poſſeſſion même triennale du réſignataire, *Solier*, *eod.* Ainſi l'arrêt du 3 Mars 1684, doit être entendu d'un réſignant, qui ayant récouvré ſa premiere ſanté, avoit demeuré dans l'inaction, & négligé d'obtenir un jugement déclaratoire du régrès; car la priſe de poſſeſſion du réſignataire eſt une circonſtance indifférente, & qui ne porte aucun obſtacle au réſignant, tant que

la maladie, qui eſt la cauſe déterminante de la réſignation, dure : Sur quoi l'on peut voir Brodeau ſur Louet, *lettre B, ſomm.* 13, où cette matiere eſt amplement traitée.

Au ſurplus, ſi c'eſt un point de juriſprudence, que le réſignant ne peut dans les trois ans accorder au réſignataire pour prendre poſſeſſion, faire une ſeconde réſignation en faveur de tout autre, c'eſt auſſi une maxime conſtante que le réſignataire, ayant laiſſé écouler trois ans après la date des proviſions expédiées en Cour de Rome, ſans prendre poſſeſſion, demeure déchu de tout le droit qu'il avoit ſur le bénéce, ſans qu'il puiſſe faire revivre ce droit par une ſeconde réſignation, qui lui ſeroit faite après les trois ans par le même réſignant : c'eſt la diſpoſition de l'art. 20 de l'édit concernant le controlle des bénéfices de l'année 1637, & de l'art. 14 de la déclaration de 1646 rendue ſur cet édit, qui ſont inviolablement obſervés.

La mort de l'Evêque à qui les proviſions d'une Cure obtenue en Cour de Rome, *in forma dignum*, ſont adreſſées, n'autoriſe point l'inaction du réſignataire de cette Cure, qui a les proviſions en main, de prendre poſſeſſion dans les ſix mois preſcrits par la regle *de publicandis* ; en ſorte que le réſignant venant à décéder, ſans que le réſignataire ait pris poſſeſſion, le bénéfice vaque *per ejus obitum* ; c'eſt ainſi que cela fut jugé en la Cour par arrêt du 14 Juillet 1712, en faveur de Me. Gauran pourvû en Cour de Rome de la Cure de Colomiers, par le décès du réſignant de Me. Bach, qui avoit négligé de prendre poſſeſſion de la Cure, ſur le fondement que le Siege de Toulouſe (à qui ſes proviſions avoient été adreſſées) ſe trouvant alors vacant, il avoit eu un empêchement légitime.

Me. Gauran pourvû *per obitum*, fut maintenu au plein poſſeſſoire de cette Cure, ſur les concluſions de Mr. l'Avocat général Dadviſard, plaidant pour lui Me. de Lardos, & pour Bach Me. de Lacroix.

Le motif de cet arrêt fut pris de ce que la regle *de publicandis* eſt *ſtricti juris*, & qu'il faut en remplir rigoureuſement

la diſpoſition ; l'empêchement allégué par Me. Bach, n'étant point d'une nature à pouvoir retarder la diſpoſition de cette regle & la priſe de poſſeſſion, puiſqu'il avoit pu récourir à la Cour de Rome, & y obtenir un autre Commiſſaire.

Pour arrêter le cours du temps preſcrit par cette regle, il faudroit un empêchement légitime du côté du réſignataire pourvû en Cour de Rome ; ce qui eſt une exception de droit *ceſſante legitimo impedimento. tit. de collat. in concordat. §.* 1. ſur quoi Rebuffe obſerve qu'on répute empêchement légitime une maladie, la peſte, la guerre, quand il n'y a pas de ſureté de ſe tranſporter ſur un lieu *propter inimicos.*

Le réſignataire *in favorem* qui ne s'eſt pas plaint dans les ſix mois du refus qui lui a été fait en Cour de Rome d'admettre la réſignation, eſt irrécevable après les ſix mois expirés dans ſon appel comme d'abus de ce refus, ainſi jugé par arrêt du 13 Avril 1717, prononcé à l'audience de la grand-chambre par Mr. le premier Préſident de Bertier, ſur les concluſions de Mr. le Procureur général, en faveur de Me. Dedieu Chanoine de Conſerans, contre Me. Viguier de Laſcalettes réſignataire appelant comme d'abus, plaidans Me. d'Huleau pour Viguier, & Me. de Baſtard fils pour Dedieu, pourvû du bénéfice contentieux par Mr. l'Evêque de Conſerans.

Quoique ce ſoit un point de nos libertés & une maxime reçue en France, que le Pape ne peut ſans abus refuſer de donner date à un françois du jour de l'arrivée du courier à Rome, toutefois il faut ſe plaindre de ce refus, & en interjeter appel comme d'abus dans les ſix mois, ſuivant Pithou ſur l'art. 47 des libertés de l'Egliſe Gallicane ; & c'eſt ſur ce fondement que l'arrêt déclara Viguier irrécevable en ſon appel.

Cet arrêt décida encore que l'Evêque qui refuſe de donner le *viſa* au pourvû en Cour de Rome, (quoique le refus ſoit notoirement injuſte,) ne peut être pris à partie ni intimé en la Cour à ce ſujet ; ce qui eſt fondé ſur l'édit de 1695, art. 43, qui donne l'excluſion aux priſes à partie, toutes les

fois que les Evêques procedent en juriſdiction volontaire comme dans le cas du *viſa* : ſur ce fondement Mr. l'Evêque de Conſerans fut relaxé par ce même arrêt de la priſe à partie, & de l'intimation à lui faite par Viguier ſur le refus du *viſa*, pour lui plaidant Me. d'Aſtruc.

Le titre fait à Dedieu par l'Evêque eut ſon effet, puiſqu'il fut maintenu au plein poſſeſſoire du canonicat qui faiſoit la matiere du procès ; & par-là on jugea que l'inaction du réſignataire à ſe plaindre du refus du Pape, pendant ſix mois, avoit donné lieu à la vacance du canonicat, & que le collateur ordinaire [qui étoit l'Evêque,] avoit pu légitimément en faire titre.

La raiſon de l'arrêt fut que l'eſpace des ſix mois ayant été préfigé par les canons aux collateurs ordinaires pour remplir les bénéfices vacans, après ce laps de temps, le droit eſt dévolu au Supérieur immédiat, *cap. licet, de ſuppl. negligent. prælat. extra.*

¶ Les réſignations *in favorem*, les démiſſions ſimples, & les permutations des bénéfices ſont ſouvent la matiere des procès, & ſont aujourdhui d'un grand uſage parmi nous ; c'eſt ce qui a porté ſa Majeſté, en ſuivant les traces des Rois ſes prédéceſſeurs, de donner ſa déclaration des 14 Février 1731, & 6 Juin 1739, pour prévenir ou arrêter le cours des fraudes & des abus qui pourroient ſe gliſſer à cet égard. Cette déclaration contient pluſieurs articles. 1°. Les procurations pour réſigner ne peuvent être faites que par actes paſſés en préſence d'un Notaire & de deux témoins, & dans l'acte doit être fait mention de la ſanté ou de la maladie, dans lequel ſera le réſignant, le tout à peine de nullité. 2°. L'acte ſera écrit de la main du Notaire ſur la déclaration du réſignant, de laquelle lui ſera fait lecture, de quoi mention ſera faite, & ſi le réſignant ne peut ſigner en ſera fait mention. 3°. Les témoins ſeront domiciliés, âgés au moins de vingt-ans accomplis, & qui ne ſoient parens ou alliés du réſignant ou réſignataire, juſques au dégré de couſin germain incluſivement, ni ſerviteurs ou domeſtiques de l'un ou de l'autre. Les

témoins doivent ſçavoir ſigner, & pouvoir le faire, mâles, regnicoles, & capables des effets civils, l'article porte excluſion de témoignage pour les réguliers, novices ou profès de tous ordres, & pour les clercs, ſerviteurs, ou domeſtiques du Notaire. Les regles preſcrites pour les Notaires & témoins par les articles 40, 41, 42, 44, & 48, par l'ordonnance concernant les teſtamens, doivent être ici obſervées à peine de nullité. 4°. Il doit reſter minute & original de l'acte de réſignation devers le Notaire, ces mêmes regles doivent avoir lieu pour les procurations, & actes qui ſe font à l'effet de permuter les bénéfices, & pour les actes de démiſſion pure & ſimple. L'article dernier de la déclaration confirme l'édit d'Henry II. & autres ordonnances poſtérieures, pour toutes ſes diſpoſitions, auſquelles il n'a été dérogé par la préſente.

CHAPITRE XXVIII.

Obſervations ſur la diſpenſe de parenté au quatrieme dégré, accordée par l'Evêque.

LA queſtion qui a fait la matiere de l'arrêt rapporté dans ce chapitre, a été amplement traitée dans une diſſertation que je fis à ce ſujet, imprimée à Toulouſe en l'année 1724, dont l'objet fut de combattre les fauſſes maximes répandues dans le Livre intitulé l'Opinion des Canoniſtes, ouvrage de Me. Solier Avocat en la Cour, dans lequel il tâche de montrer que le Pape eſt ſeul en droit d'accorder des diſpenſes de mariage au troiſieme & quatrieme dégré de parenté, malgré la poſſeſſion des Archevêques & Evêques d'accorder ces mêmes diſpenſes.

Comme cette diſſertation excede les bornes de mes obſervations, j'ai cru devoir rapporter ici ſommairement les raiſons que j'ai employées pour défendre la cauſe des Evêques, & leurs droits de diſpenſer au troiſieme & quatrieme dégré, quand

quand ils ſe trouvent en poſſeſſion contre les prétentions de ce Canoniſte.

Les principales propoſitions ſur leſquelles Me. Solier fonde le pouvoir abſolu du Pape au ſujet de ces diſpenſes, & l'excluſion des Evêques roulent, 1°. Sur une puiſſance Monarchique, qu'il attribue au Pape dans l'Egliſe Univerſelle, 2°. Sur ſa ſupériorité dans tout ce qui eſt de droit poſitif aux Conciles, 3°. Sur la réſervation au Siege de Rome des cauſes majeures, parmi leſquelles il range les diſpenſes qu'il attache au Pape par inſtitution, & non par la diſpoſition du droit poſitif, ou par la coûtume preſcrite.

Ces propoſitions choquent les maximes de l'Egliſe Gallicane, & nos libertés; & ne peuvent partir que d'un Canoniſte, rempli des principes de la doctrine Ultramontaine.

En commençant par la premiere de ces propoſitions, j'obſerve que l'auteur en tire cette conſéquence, que la puiſſance des Evêques n'eſt qu'un écoulement & une influance de celle du Pape leur Chef, à qui J. C. a donné en ſeul toute la plenitude de ſon pouvoir. (*a*)

J. C. forma ſon Egliſe & en regla le gouvernement après ſa Reſurrection; ce fut lorſqu'il dit à ſes Apôtres aſſemblés: toute-puiſſance m'a été donnée dans le Ciel & ſur la terre: allés, enſeignés toutes les nations; & baptiſés-les au nom du Pere, du Fils, & du St. Eſprit, je ſerai avec vous juſqu'à la conſommation des ſiecles. (*b*)

Voilà la puiſſance des clefs diſtribuée à tous les Apôtres; cette puiſſance renferme non-ſeulement les myſteres & la doctrine, mais la juriſdiction ſpirituelle & le pouvoir de l'exercer; les Apôtres reçurent donc avec la conſécration, la juriſdiction qui en eſt inſéparable; & c'eſt ce que Saint Paul fidéle interprête des écritures, nous marque bien clairement par ces paroles qu'il adreſſe aux Evêques d'Aſie; prenez garde à vous & à tout le troupeau, duquel le St.

(*a*) pag. 44. 45. (*b*) Matth. chap. 28. verſ. 18. 19.

Eſprit vous a établis Evêques pour gouverner l'Egliſe de Dieu. (*c*)

Le gouvernement de l'Egliſe a été confié au corps des Apôtres, & non à Pierre ſeul; ce gouvernement n'eſt donc pas monarchique : Les Evêques ont par inſtitution & de droit divin, juriſdiction dans leur territoire pour le regime ſpirituel des ames, dans tous les cas qui ont rapport à ce regime, parmi leſquels on peut ranger les diſpenſes dont il s'agit, puiſqu'elles font une partie de la juriſdiction ſpirituelle de l'Epiſcopat; ils ne tiennent donc point du Pape leur juriſdiction; ce n'eſt point au Pape ſeul, à qui tout le dépôt de la juriſdiction de l'Egliſe a été confiée.

C'eſt ce qu'on peut recueuillir encore du langage de St. Cyprien, lorſqu'il dit *qu'il n'y a qu'un même Epiſcopat, diviſé entre tous les Evêques, & que les Apôtres étoient ce que Pierre étoit lui-même, revêtus de la même puiſſance, du même Apoſtolat, de la même juriſdiction, que la qualité de chef ne fut déférée à Pierre, que pour manifeſter l'unité qui devoit regner entre les membres & les chefs du corps myſtique de l'Egliſe.* (*d*)

De ces maximes, il en faut conclure que les Evêques ſont capables de droit commun, & par inſtitution d'accorder dans leur dioceſe les diſpenſes & les abſolutions, parce que tout cela dépend du regime ſpirituel qui leur a été confié auſſi-bien qu'à leur chef.

Les attributions dont jouït aujourdhui le premier Siege, & la Chaire de St. Pierre par-deſſus les autres (*e*) ſur certaines matieres qui lui ſont reſervées, viennent de la diſpoſition du droit poſitif, ou de la coûtume preſcrite qui a fait titre au Pape : nul Concile n'a attribué au Pape excluſivement au troiſieme & quatrieme dégré de parenté aux Evêques, le droit de diſpenſer dans les mariages, il ne peut donc

(*c*) Actes des Apôtres, chap. 20. verſ 28.

(*d*) *In tract. de unitate Eccleſ. & in decreto Gratiani 24. queſt. 1 cap. loquatur.*

(*e*) Actes des Apôtres, 1. verſ. 17 Epit 1. chap. 5.

avoir ce droit que par la coûtume preſente, & par l'abandon des Evêques, ſi quelqu'un d'entr'eux s'eſt maintenu dans la poſſeſſion de diſpenſer, il n'y peut être troublé ſans abus.

Cette poſſeſſion n'eſt donc point abuſive, ainſi que l'a prétendu Solier, appuyé ſur cette fauſſe maxime, que les Evêques ſont incapables par inſtitution d'accorder ces diſpenſes. (*f*)

Venant à la ſeconde propoſition qui roule ſur la ſupériorité du Pape aux Conciles généraux, puiſque ſelon Solier il y peut déroger expreſſement, (*g*) & qu'il ne peut être lié par aucun de leurs décrets; (*h*) j'obſerverai que la juriſdiction que le Pape exerce dans l'Egliſe eſt dépendante des conſtitutions de l'Egliſe même; elle eſt ſubordonnée aux décrets des Conciles: Il n'en eſt pas du gouvernement ſpirituel de l'Egliſe, comme du gouvernement temporel des Royaumes.

La puiſſance abſolue a été donnée aux Rois ſur les peuples; mais la puiſſance ſpirituelle des clefs a été établie ſelon le langage de l'Ecriture, ſur la charité & ſur l'humilité, (*i*) elle doit donc être exercée ſelon cette même inſtitution. La qualité de chef des Evêques que Jeſus-Chriſt déféra à Pierre, impoſe aux Papes, ſes ſucceſſeurs, l'obligation de tenir la main à l'exécution des loix de l'Egliſe, & d'édifier les fidéles par l'obſervance de ces mêmes loix; bien loin de vouloir s'en affranchir en affectant une indépendance ſur-tout ce qui eſt de droit poſitif eccléſiaſtique.

L'ordre que Jéſus-Chriſt donna à Pierre de confirmer ſes freres, ſe rapporte à cette qualité de chef, & à cette obligation de procurer par ſon exemple autant que par ſa vigilance paſtorale, l'exécution des loix de l'Egliſe; ſoit pour ce qui concerne la foi ou les dogmes; ſoit pour la diſcipline & les regles établies par les Conciles: & c'eſt ce que les anciens Papes ont reconnu avec les Peres de l'Egliſe, *contra ſtatuta*

(*f*) Pag. 82. 83. (*g*) Pag 138. (*h*) Pag. 57.
(*i*) S. Luc, chap. 22. verſ. 25. Epître S. Pierre, verſ 5.

Patrum, dit Zozime, *aliquid condere vel mutare nec hujus quidem ſedis poteſt autoritas.* (*k*)

Le Concile de Chalcedoine établit la même regle, & ne fait point d'exception pour le Pape, *à ſanctis patribus in una quaque ſynodo uſque nunc prolatas regulas teneri ſtatuimus.* (*l*) La Pragmatique Sanction, en conformité du Concile de Baſle, porte que le Pape ſera cité au prochain Concile, en cas de contravention de ſa part, aux loix & décrets de l'Egliſe Univerſelle. (*m*) La France a toujours reconnu cette vérité que le Pape eſt indiſtinctement ſoûmis aux loix & à la correction des Conciles généraux, tant pour ce qui concerne la foi & le dogme, que pour la diſcipline : c'eſt ce qu'a obſervé cet illuſtre Avocat général du Parlement de Paris, dans ſon plaidoyer ſur l'appel interjeté au futur Concile de la Bulle du Pape Innocent II. concernant les franchiſes dans la ville de Rome. (*n*) Et c'eſt une des maximes immuables de l'Egliſe Gallicane, que le Concile Ecumenique repréſentant l'Egliſe Univerſelle, eſt ſupérieur au Pape ; en ſorte qu'il peut le dépoſer ſi le cas y échoit. Les dépoſitions de Pierre de la Lune, connu ſous le nom de Benoît XIII. & d'Eugene IV. La premiere faite d'autorité du Concile de Conſtance ; la ſeconde par le Concile de Baſle, en ſont des exemples memorables.

Il en faut venir à la troiſieme propoſition qui tombe ſur la réſervation au Pape des cauſes majeures, parmi leſquelles l'auteur range les diſpenſes de mariage.

Les cauſes qu'on nomme aujourdhui majeures, & qui ſont réſervées au premier Siege, ont été originairement du reſſort ou des Conciles Provinciaux ou des Evêques, ainſi que je l'ai montré au long dans ma diſſertation ſur Solier. Elles ne ſont réſervées au premier Siege, que par la coûtume preſcrite qui a paſſé en force de loi, & qui lui a fait titre.

(*k*) *Cauſa* 25. *quæſt* 1. *cap.* 25.
(*l*) 25. *quæſt* 1. *cap.* 14.
(*m*) *Pragm. Sanct. tit. de elect.* 2.
(*n*) Mr. Talon, plaidoyer du 23 Janvier 1688. inſeré dans ſon traité de l'autorité des Rois, pag. 30.

Pour les diſpenſes de mariage dont il eſt traité dans ce chapitre, elles n'ont jamais paſſé pour cauſes majeures, & ne peuvent être réſervées au Pape à l'excluſion des Evèques ; en voici la preuve.

Dans les premiers ſiecles de l'Egliſe, les exemptions & les diſpenſes étoient rares, l'Egliſe n'en uſoit qu'avec circonſpection : elles étoient accordées par les Evèques dans les trois premiers ſiecles, & enſuite par les Conciles Provinciaux, juſqu'au regne de Charlemagne, temps auquel la plûpart des Evèques accordoient des diſpenſes ſans la participation des Conciles Provinciaux, en exerçant leur ancienne juriſdiction. (*o*)

Peu de temps après comme la puiſſance temporelle du Pape s'accrut grandement par les dons de Charlemagne, cette puiſſance éblouit la plus-part des Evèques, qui ſe dépouillerent en faveur du premier Siege ; en ſorte que par leur abandon, ou par leur complaiſance, le Pape s'attribua le droit d'accorder ces diſpenſes, ſans aucun décret de l'Egliſe pour cela. (*p*)

Il y eut des Evèques qui ſe maintinrent dans cette poſſeſſion de diſpenſer malgré le torrent qui entraînoit les Princes, & les ſujets au premier Siege pour obtenir les diſpenſes. (*q*) Ces Evèques ne furent pas dépouillés par le Concile de Latran qui a reſtraint ces empêchemens dirimens au quatrieme dégré de parenté, (*r*) ils ne l'ont point été par les Conciles poſtérieurs ; d'où il faut conclure qu'étant capables par inſtitution & par leur Sacerdoce d'accorder les diſpenſes dont il s'agit, leur poſſeſſion loin d'être abuſive, eſt très-légitime & très-canonique ; & qu'il y auroit entrepriſe de la part du Pape, s'il les troubloit dans cette poſſeſſion. Les arrêts du Parlement ont reconnu cette poſſeſſion légitime ; ou-

(*o*) *Thom. diſciplin. Eccleſ. part.* 2. *lib.* 3. *chap.* 24. *num.* 14. *& ch.* 26 *num.* 1.

(*p*) *Thom. lib.* 3. *cap.* 24. *num.* 14. *part.* 1.

(*q*) *Eod chap.* 27. *num* 5.

(*r*) *Cap. non debet, extra de conſanguin. & affinit.*

tre l'arrêt rapporté dans ce chapitre, on peut employer ici celui du Parlement de Provence, rapporté par Boniface, tom. 1. liv. 5. tit. 10. ch. 2. qui réſerva la voye de l'appel comme d'abus à celui qui ſe plaignoit de la ſentence de l'Official d'Aix, en ce qu'elle avoit annullé un mariage contracté ſous la foi d'une diſpenſe de mariage au quatrieme dégré, accordée par l'Evèque d'Apt.

CHAPITRE XXIX.

Si le Reſcrit portant abſolution d'une irrégularité, s'étend aux Actes de même eſpece réiterez entre le Reſcrit & la fulmination.

IL y a de puiſſants motifs pour décider qu'un reſcrit de Rome portant abſolution pour une irrégularité encourue, & expoſée au Pape par l'impétrant, ne peut recevoir d'extenſion pour pareille irrégularité, ſurvenue depuis l'obtention du reſcrit, & avant la fulmination.

1°. Les reſcrits de Rome étant de droit étroit, & ne recevant point d'extenſion, ſuivant le chapitre *Rodulphus*, *extra de reſcript.* le Commiſſaire délegué par le Pape, ne peut procéder que ſur ce qui a été expoſé au S. Pere, & qui lui eſt expreſſément délégué; il ne peut donc abſoudre d'un cas ſurvenu depuis l'obtention du reſcrit.

2°. C'eſt une maxime adoptée par les Canoniſtes, que *numquàm videtur Papa diſpenſare ſuper irregularitate niſi expreſsè dicat. Flamin. Pariſ. de reſign. Benef. lib.* 8. *quæſt.* 7. *num.* 123.

3°. C'eſt une maxime encore, que le Pape n'accorde point d'abſolution ſans demande expreſſe, *abſolutio & rehabilitatio datur petenti & non conceditur motu proprio. Flamin. de confid. Benef. quæſt.* 30. *n.* 43. 44. & que le reſcrit donné à ce ſujet, ne doit être fulminé que *quatenus ſonat & exprimit. eod. tract. quæſt.* 40, *num.* 9. Donner de l'extenſion à

la diſpenſe du Pape, en l'appliquant à un délit nouvellement commis depuis l'obtention du reſcrit, c'eſt fournir à l'impétrant occaſion de rechûte, & l'enhardir dans ſes entrepriſes ; en ſorte que je pencherois plutôt du côté de la ſéverité, que du rélâchement, en obligeant cet impétrant de recourir de nouveau à Rome, ſans qu'il ſerve d'alléguer ici pour autoriſer la déciſion de l'arrêt, qu'il y avoit apparence que l'impétrant s'étoit accuſé dans ſa confeſſion au Commiſſaire délégué par le Pape du nouveau cas, qui étoit d'avoir célébré la Meſſe étant irrégulier ; car cette déclaration ne pouvoit aucunement operer l'effet qui lui eſt attribué, parce que l'irrégularité encourue étoit notoire, & que l'Ordinaire n'a pouvoir d'abſoudre que des irrégularités occultes ; ce qui fait que quoiqu'abus dans le for interne de l'irrégularité, elle ſubſiſtoit toujours quant au for externe, à raiſon de quoi il falloit recourir au Pape, ſuivant la doctrine de Paſtor, *de Benef. lib.* 3, *tit.* 37, *num.* 10.

CHAPITRE XXX.

Des Penſions ſur les Bénéfices de Chœur, & ſi le Chapitre doit les payer, lorſque les Titulaires ne ſervent point leurs Bénéfices.

CEtte queſtion fit la matiere d'un procès en la Cour ; ſçavoir ſi le réſignataire, qui s'eſt obligé à l'égard du réſignant au payement d'une penſion annuelle, onereuſe & qui excéde de beaucoup le tiers du revenu du bénéfice, peut en être déchargé, en abandonnant à ſon réſignant le tiers du revenu en eſpeces & en fruits.

Me. Guitard, ancien Prieur, Curé de St. Michel Dieuzet, dioceſe d'Uſez, réſigna en 1719 ſon bénéfice à Me. Jean Balmele, ſous la réſervation d'une penſion de 700 livres, quoique le bénéfice ne donnât qu'environ 1200 livres de rente annuelle. Le réſignataire accablé du poids de cette

penſion, en demanda au Sénéchal de Nîmes la réduction au tiers du revenu, conformément à l'édit de 1671, & que le réſignant fût tenu de prendre ce tiers en eſpeces, & en fruits du bénéfice.

Le Sénéchal ayant ordonné par proviſion, que Me. Balmele réſignataire, payeroit la penſion de 700 liv. aux termes de la réſignation; & qu'avant dire droit ſur ſa demande, il ſeroit procédé à l'eſtimation des revenus du bénéfice, ſans y comprendre le caſuel. Ce réſignataire ayant rélevé appel de cette ordonnance, la Cour par ſon arrêt du 6 Septembre 1727, rendu au rapport de Mr. l'Abbé de Boyer, ordonna que la penſion demeureroit reduite au tiers du revenu du bénéfice, que le réſignant ſeroit tenu de prendre en fruits & en eſpeces, dépens compenſés, les frais de l'arrêt payables par Me. Guitard.

Cet arrêt ſe trouve conforme à un arrêt du Conſeil privé, du 14 Décembre 1674, rapporté dans la bibliotheque canonique, tom. 2, pag. 211, qui caſſe un arrêt du Parlement de Paris, par lequel le contraire avoit été jugé.

La doctrine des Canoniſtes eſt oppoſée à la diſpoſition de ces arrêts, en ce qu'ils décident que la penſion légitimément établie en argent, doit être payée en la forme convenue; & que quand la penſion a été ſtipulée en certaines eſpeces, elle ne peut être demandée ni payée en d'autres eſpeces; c'eſt ainſi que le décident, *Loter, de re Benefic. lib.* 1, *quæſt.* 93, *n.* 156, *& Gigas, de penſion. quæſt.* 98, *n.* 8.

En effet, le réſignant ne s'étant porté à ſe dépouiller du bénéfice, que ſous la foi d'une convention qui n'a rien de contraire à l'édit de 1671, il ſemble qu'il doit jouir du fruit de ſa ſtipulation, qui eſt de retirer le payement en argent. Cet arrêt ne peut être fondé que ſur un motif d'équité; & ſur cette conſideration, que le titulaire d'un bénéfice Cure ſe trouvant chargé du poids des fonctions, merite d'être traité favorablement, & ſoulagé du côté de la penſion établie ſur le bénéfice, quoique réduite *ad legitimum modum.*

CHAPITRE

CHAPITRE XXXI.

Du Crime de Simonie.

SUivant la doctrine des Canoniſtes, & les anciens arrêts, la ſimonie peut être prouvée par témoins, ſans que la preuve vocale ſoit aidée d'un commencement de preuve par écrit, qui donne lieu au Juge de la permettre : ces arrêts ſont rapportés par Févret de l'abus, liv. 7, chap. 2, n°. 30. & par Louet lettre B, ſomm. 9, num. 3.

La ſimonie étant un crime déteſtable, ſuivant l'expreſſion des canons, & la principale de toutes les héréſies, *Canon. ult. cauſ.* 1. *queſt.* 7. Il ſemble qu'il eſt de l'intérêt de l'Egliſe de faciliter la preuve de crime, en ordonnant la preuve par témoins ; & c'eſt ſur ce fondement, que *Flamin. de confident. Benefic. quæſt.* 7. *num.* 68. décide qu'on peut employer pour cette preuve, toute ſorte de témoins, & ceux-là même qui ont quelque note d'infamie.

Toutefois par les arrêts du Parlement de Provence, rapportés par Boniface, tom. 1. part. 1. liv. 2. tit. 27. chap. 1. num. 2. il a été jugé que la preuve de la ſimonie ne pouvoit être établie par témoins ſeuls ; & ſuivant cette déciſion, la Cour exige un commencement de preuve par écrit, en quoi elle ſe conforme à la diſpoſition d'un arrêt du Conſeil privé du Roi, qui caſſa l'arrêt du 13 Septembre 1669, rapporté dans ce chapitre, par ce motif, qu'il faut un commencement de preuve par écrit, pour ordonner juridiquement dans ce fait la preuve par témoins.

Quoique le ſimoniaque ne puiſſe s'aider du décret de *pacificis poſſeſſoribus*, il eſt cependant à couvert de toute recherche, après dix ans de poſſeſſion paiſible, ſuivant l'arrêt du 4 Mars 1574, rapporté par Charondas en ſes obſervations, ſur le mot bénéfice, & celui du Parlement de Grenoble, du 13 Mai 1609 recueilli par Baſſet, tom. 1.

liv. 6. tit. 16 chap. 1. Il y a cependant un arrêt plus recent du Parlement de Paris, qui a jugé ce crime impreſcriptible, en date du 15 Fevrier 1655. Il eſt rapporté dans le journal des audiences.

Les arrêts qui ont mis en ſureté le poſſeſſeur après dix années, ont eu pour motif de fixer par là l'état des Bénéficiers, & de rendre leur droit certain, ſelon la remarque de Charondas : les arrêts qui ont déclaré ce crime impreſcriptible, ont eu pour objet d'en arrêter le cours, en tenant le ſimoniaque continuellement expoſé à la recherche & à la peine que ſon crime mérite ; & cette peine eſt principalement la privation de ſon bénéfice : je pencherois volontiers du côté de ces derniers préjugés, qui me paroiſſent fondés ſur l'intérêt de l'Egliſe, qui exige qu'un crime qui fait tant de ravages dans ſon ſein, ne puiſſe être couvert par aucun laps de temps.

Il y en a qui croient que le prévenu de ſimonie eſt tenu de remettre contre ſoi-même les actes probatoires de la ſimonie qu'il peut avoir en main, lorſque la demande lui en eſt faite ; toutefois le contraire fut jugé à la Grand'Chambre, préſident, M. le premier Préſident de Bertier, le 28 Mars 1719, plaidans, Me. d'Aſtruc, pour Me. Baſtide, Prévôt du Chapitre de Vabres, contre Me. Amiel, chanoine au même Chapitre. Baſtide étoit oppoſant à une ordonnance obtenue par Amiel, qui ordonnoit la remiſe des actes ; ſon oppoſition fut accueillie, depens compenſés ſur les concluſions de M. le Mazuyer, Procureur-Général.

Le crime de ſimonie, n'eſt ni moins commun, ni moins reprouvé que celui d'uſure, dans ce dernier, on contraint celui qui en eſt ſoupçonné de remettre des actes contre ſoi-même, ſuivant la doctrine de M. Dolive, liv 4, chap. 19. & les arrêts qu'il rapporte ; il ſemble qu'il en faudroit uſer ainſi, à l'égard du prévenu du crime de ſimonie.

Quand j'ai dit que le ſimoniaque ne peut jouir de l'effet du decret *de pacificis poſſeſſoribus*, cela doit être entendu de la ſimonie réélle, mais nullement de la conventionelle, qui demeure couverte par la poſſeſſion triennale paiſible dubé-

néfice, ſuivant l'arrêt rapporté par *M. Maynard*, *liv.* 1, *chap.* 58. fondé ſur l'opinion *de Gomes in reg. cancel. de triennali poſſeſſ. quæſt.* 12.

Les jugemens qui ſont rendus pour fait de ſimonie, contre un Eccleſiaſtique qui s'en trouve atteint, ſont différens dans les tribunaux laïques de ceux du juge d'Egliſe; comme le juge royal ne peut connoître de ce crime, principalement contre un clerc, & pour prononcer contre des peines; mais ſeulement incidemment au poſſeſſoire du bénéfice qui ſe traite devant lui: il ne peut prononcer auſſi, que ſur ce qui eſt de ſa competence, en privant du poſſeſſoire du bénéfice celui qui eſt convaincu de ſimonie, il en eſt autrement du juge d'Egliſe: les jugemens qu'il rend à ce ſujet, declarent le clerc privé & déchû de tous offices, bénéfices & dignités eccleſiaſtiques dont il eſt pourvu, & prononcent contre la perſonne les peines canoniques. L'Ordonnance de Blois art. 21, établit bien preciſement ce que ce crime eſt *mixti fori*, puiſqu'elle enjoint aux Archevêques & Evêques, de proceder ſoigneuſement & ſevérement contre les perſonnes eccleſiaſtiques qui en ſeront coupables, & aux Sénéchaux de proceder pareillement contre les laïques: il n'y a pas de doute, que toute convention concernant l'extinction d'une penſion ſur un bénéfice, ne doive être homologuée en Cour de Rome, pour ôter toute tâche de ſimonie; c'eſt la doctrine de Fevret, de l'abus, *liv.* 2, *chap.* 5, *num.* 35, fondée ſur celle *de Navar. conſil.* 58 *de Præbend.*

Il en ſeroit autrement, ſi la penſion n'étoit pas rachetée, *anticipatis ſolutionibus*, & à beaux deniers comptans, mais ſimplement éteinte par la rénonciation du penſionnaire, alors l'homologation du Pape ne ſeroit pas neceſſaire, pour mettre le titulaire à l'abri de la demande qui pourroit lui être faite de cette penſion, ſelon la remarque de *Gigas*, *quæſt.* 25. En effet, bien loin qu'il y eût dans cette rénonciation aucun ſoupçon de pacte ſimoniaque, elle ne feroit que rendre au bénéfice la liberté primitive, ce qui eſt en ſoi très-favorable.

Il faut ici obſerver que l'arrêt qui jugea cette extinction

de penſion ſimoniaque, ne pouvant porter ſa diſpoſition au-delà du fait qui faiſoit la matiere du procès ; on ne peut pas dire, que cet arrêt préjugea que le coupable de ſimonie, s'étoit rendu indigne des bénéfices dont il avoit été pourvu dans la ſuite ; car ce jugement étant principal contre le coupable, ne pouvoit être prononcé que par le juge eccleſiaſtique, ſuivant l'ordonnance de Blois, la privation des bénéfices étant une des peines canoniques, reſervée au juge d'Egliſe contre le clerc convaincu de ſimonie, & le juge royal ne pouvant prononcer que ſur le poſſeſſoire du bénéfice qui fait la matiére du procès, où la ſimonie eſt entrée incidemment.

C'eſt une queſtion agitée parmi les canoniſtes ; ſi le clerc qui a commis une ſimonie réelle, eſt par là privable des bénéfices dont il a été légitimement pourvu avant ſon délit, *Lotter de re benef. lib. 3. quæſt. 29. num. 61 & 62*, tient qu'il n'en doit pas être privé, *Garcias part. 8, cap. 1, num. 62*, eſt d'avis contraire, *per extravag. commun. cum deteſtabile de ſimon.* Lotterius s'eſt trompé en alléguant que les canons n'avoient pas prononcé la privation des bénéfices obtenus canoniquement avant la ſimonie commiſe : le contraire demeure établi par le *chap. 2, extra de confeſſ.* où le Pape Innocent III. punit le coupable de ſimonie par ſa dépoſition, & par la privation de tout bénéfice & office eccleſiaſtique, *nos quoniam*, dit-il, *vitium hujus modi perſequi volumus, ut debemus ipſum per diffinitivam ſententiam duximus ab omni beneficio & officio & eccleſiaſtico deponendum.*

La ſimonie dans laquelle le fondateur eſt tombé en établiſſant la fondation ; eſt un vice radical qui emporte l'acte quelque favorable qu'il ſoit d'ailleurs, par rapport à l'interêt de l'Egliſe ; & le fondateur ſimoniaque encourt une peine pécuniaire : c'eſt ainſi que la Cour le décida par arrêt prononcé à l'audience de la Grand'Chambre le 29 Janvier 1714 dans l'eſpece ſuivante.

Le nommé Barutau du lieu de Miramont, voulant procurer à ſon fils la Cure du lieu, propoſa à Me. Laſmargues,

pourvu de cette Cure, de la lui reſigner, ſous cette condition qu'il fonderoit un obit de 60 liv. de rente annuelle dont il lui feroit titre : Laſmargues ſe rendit à cette propoſition, & accepta la fondation qui fut faite & le titre de cet obit, ſous cette condition qu'il réſigneroit la Cure au fils dudit Barutau ; le Sénéchal caſſa cette fondation ſur la demande de Barutau aſſigné par Laſmargues au payement de la rente obituaire.

Laſmargues étant décedé, Me. Alguieres ſe fit pourvoir en Cour de Rome de cet obit *per obitum*. Barutaut fondateur de l'obit ayant été aſſigné par ce nouveau titulaire de l'obit au payement de la rente obituaire, ſe pourvut en la Cour par appel comme d'abus, de l'exécution de la ſignature de Cour de Rome, obtenue par Alguieres ſur le fondement, que la fondation ayant été caſſée par la Sentence du Sénéchal, par le vice du ſimonie qu'elle renfermoit. Le Pape avoit entrepris ſur la juriſdiction royale, en donnant proviſion d'un obit annullé par cette Sentence.

Alguieres défendant à cet appel comme d'abus fut appellant incidament de la ſentence du Sénéchal, & conclud à la pleine maintenue,

La cauſe plaidée par Me. de Lardos pour Barutaut, & par Me, de Latournerie pour Alguieres, Mr. le Procureur-Général ayant conclu à l'enterinement des lettres en appel comme d'abus, & requis d'office la privation du droit de patronage de cet obit pour Barutaut & ſes ſucceſſeurs, en punition de ſa ſimonie, & que la collation en fut reſervée à l'Evêque diocéſain. La Cour déclara y avoir abus dans la ſignature des proviſions obtenues par Alguieres, le démit de ſon appel, & condamna Barutaut pour la peine de la Simonie commiſe en l'amende de 600 liv. applicable la moitié au profit de l'Hôpital le plus proche du lieu, & l'autre moitié au profit de l'Hôpital St. Jacques de Toulouſe, dépens compenſés, ſauf les fraix de l'arrêt payables par Barutaut.

L'Arrêt confirma la caſſation de la fondation par vice de

ſimonie, prononcée par la Sentence du Sénéchal, en faiſant droi à l'appel comme d'abus d'un côté, & de l'autre en demettant Alguieres de ſon appel d'incident.

CHAPITRE XXXII.

Si on peut obl'ger un Chanoine à ſe faire promouvoir aux Ordres ſacrés.

LE Pape peut créer un canonicat *ad effectum*, en faveur de celui qui eſt pourvu d'une dignité d'un Chapitre; qui aux termes de la Bulle de ſécularisation de ce Chapitre, doit être conferée à un chanoine *de gremio*: mais l'Evêque ne peut faire titre de cette dignité ſans abus à celui qui n'eſt point chanoine *de gremio*, quoiqu'en lui faiſant ce titre il le renvoye au Pape pour la création du canonicat *ad effectum*: c'eſt ainſi que cette queſtion fut jugée par arrêt d'audience de la Grand'Chambre, en date du 28 Février 1712 prononcé par Mr. de Bertier premier Préſident.

Dans l'eſpece de cet arrêt Mr. l'Evêque de St. Pons ſur la démiſſion faite entre ſes mains, *ex cauſa permutationis* par Me. Roguier de la Précentoirie de la Cathédrale, en avoit fait titre à Me. Abadie, ſon Promoteur, quoiqu'il ne fût point chanoine *de gremio*; & que par la bulle de ſécularisation, cette précentoirie ne dût être conférée qu'à un chanoine du Chapitre; & par le même titre Mr. l'Evêque avoit renvoyé Abadie au Pape, à l'effet de créer un canonicat *ad effectum*. Abadie ſe retira à la Cour de Rome, où il obtint non-ſeulement la création du canonicat *ad effectum*; mais encore une nouvelle proviſion *jus juri adaendo & antiquum conſervando*, & en conſéquence il prit poſſeſſion & fut inſtallé.

Me. Gentil jetta un dévolu ſur cette précentoirie, & interjetta appel comme d'abus, tant du titre qui avoit été fait à Abadie par l'Evêque, que de l'exécution de la ſignature de

Cour de Rome, portant création d'un canonicat *ad effectum*, & nouvelle proviſion du bénéfice.

La Cour déclara y avoir abus au titre fait par Mr. l'Evêque, n'y avoir point d'abus aux proviſions de la Cour de Rome; ce faiſant, maintint Abadie au plein poſſeſſoire de la Précentorie, plaidans Me de Montaudier pour Abadie, Me. Chamelos pour Gentil, & Me. Lacroix pour le Sindic du Chapitre adhérant à l'appel comme d'abus.

Tout ce qui pouvoit faire de la difficulté dans ce Procès, étoit que la ſécularisation ayant été faite par le concours de deux puiſſances, la Royale & l'Eccleſiaſtique; il ſembloit que le Pape n'avoit pû en ſeul déroger à cette Loi en admettant à cette place tout autre qu'un chanoine *de gremio*, & préjudicier ainſi au droit d'un tiers, qui étoit le corps du Chapitre; mais on regarda que la ſécularisation d'un corps régulier & ſéculier, eſt proprement l'acte du Pape, & que la puiſſance royale n'y entre que comme protectrice des Egliſes, & pour empêcher qu'il ne s'y gliſſe rien de contraire aux droits de la Couronne; que dans ces circonſtances, la ſécularisation étant émanée du Pape, il n'avoit point entendu lier ſes ſucceſſeurs, & les empêcher de pouvoir créer un canonicat *ad effectum obtinendæ dignitatis*; en quoi le Pape ne bleſſoit en rien l'autorité royale, puiſqu'il a ce pouvoir par le concordat qui eſt une loi publique dans ce Royaume.

Le chanoine qui n'eſt que ſimple clerc tonſuré, ne peut préſenter dans ſa ſemaine à un canonicat vacant, *& per turnum vicem capituli gerens*, ainſi jugé en faveur de Me. Giſcaro contre Me. Som, par arrêt du 15 Février 1718, prononcé à l'audience de la Grand'Chambre, plaidans Me. de Lardos, Aſtruc & Favier, Avocats.

Dans l'eſpece de cet arrêt Me. Som avoit eu le titre d'un canonicat du Chapitre de Conſerans, vacant *per obitum* d'un chanoine qui n'étoit point *in ſacris*, & qui avoit fait néanmoins le titre *per turnum*; Me. Giſcaro prit le titre du Chapitre de ce même canonicat, & fut appellant comme d'a-

bus, du titre fait à Me. Som : Le ſindic du Chapitre adhérant à cet appel, la Cour déclara y avoir abus au titre fait à Som, & maintint Giſcaro au plein poſſeſſoire du bénéfice, & ſur les requiſitions de Mr le Procureur-Général, fit défenſes par forme de réglement aux chanoines des Chapitres qui ne ſont point *in ſacris*, de préſenter aux bénéfices dépendans de la collation des Chapitres.

Cet arrêt eſt conforme à celui du Parlement de Roüen, en date du 21 Juin 1673, rendu à l'audience de la Grand'Chambre, rendu entre Me. Jacques Queſnel d'une part, & le nommé Michel d'autre ; ce Parlement déclara y avoir abus dans la collation faite par le Chapitre de Coûtances, ſur la préſentation d'un chanoine qui n'étoit point *in ſacris* d'un bénéfice qui avoit vacqué dans ſa ſemaine, & fit défenſes ſur les concluſions du Procureur-Général aux Chapitres du Reſſort, de conférer à l'avenir aucuns bénéfices ſur la préſentation des chanoines non promus aux ordres ſacrez, l'arrêt eſt rapporté tom. 1. Journal du Palais, pag. 406.

Les motifs de ces deux arrêts ſont pris de la diſpoſition du Concile de Vienne, qui défend aux chanoines qui n'ont pas l'ordre ſacré de ſoûdiacre, de donner aucun ſuffrage dans le Chapitre *ſtatuimus ut nullus de cætero in ejuſmodi Eccleſiis vocem in capitulo habeat etiam ſi hoc ſibi aliis liberè concedatur, niſi ſaltem in ſubdiaconatus ordine fuerit inſtitutus. Clement. ut* 11. *qui de ætate, &c.* Cette diſpoſition s'étend à la préſentation ou collation des bénéfices vacans dans leur ſemaine ; car quoique la préſentation ne ſoit point attachée à l'ordre, on a jugé à propos qu'il y eût de la proportion entre le collateur ou l'électeur, & celui qui eſt élû, & qu'un ſimple clerc ne fût point capable d'élire un Curé ; par exemple, qui a la Prêtriſe, ou qui ſe trouve conſtitué dans l'ordre de diacre : telle eſt l'obſervation des canoniſtes.

¶ L'arrêt rapporté dans ce chapitre, ne peut ſelon moi, ſervir de regle générale ; ayant été rendu dans des circonſtances particulieres, qui déterminent la déciſion priſe de ce

que

que le ſieur du Carrié jouiſſoit dans le Chapitre de St. Felix depuis 26 ans, d'une chanoinie qu'il tenoit de ſon frere, qui ne s'en étoit dépouillé que pour s'engager dans le mariage; ce qui fit craindre une ſemblable démarche de la part de ce chanoine, & dans cette vue on lui impoſa la néceſſité de ſe faire promouvoir aux ordres ſacrés, pour éviter une ſuite de ſcandale; mais je crois qu'en théſe on ne peut décider qu'un chanoine dont la prébende ne requiert point par la fondation les ordres ſacrés, puiſſe être contraint de s'y faire promouvoir à la requête du Chapitre, voici qu'elles ſont mes raiſons.

Les chanoines ne ſont pas mention que des pſalmiſtes ou ſimples clercs prépoſés pour chanter les louanges de Dieu; auſſi ne ſont-ils rengés qu'avec les pſalmiſtes, & après les Prêtres, Diacres & Soûdiacres. *Pſaltæ qui pſalmos in duas partes ex inſtitutione Flaviani, & Diodori cantabant, canonici præbendati à regulâ, & annonâ quotidianâ ita nominati.* C'eſt ainſi qu'on les trouve rengés *in compendioſâ benficiorum expoſitione.* Dans Guimia ſur la pragmat. ſanct. 2. Les ordres ſacrés ne ſont point eſſentiellement attachés à la poſſeſſion du Canonicat, puiſqu'à dix ans accomplis, un clerc peut en poſſeder dans une Collegiale, & à quatre ans dans une Cathédrale ou Metropole, ſuivant Rebuff. *in praxi ſur la regle* 18. de la Chancellerie. Or le premier des ordres ſacrés (qui eſt le Soûdiaconat) ne peut être conferé qu'à l'âge de 22 ans commencés, ſuivant la police de ce Royaume, & l'art. 29. de l'Ordonnance de Blois, & les ſimples clercs chanoines ne ſemblent aſſujettis à prendre les ordres ſacrés, qu'autant qu'ils veulent avoir voix délibérative dans les aſſemblées capitulaires dont le droit canon les exclut, quand ils ne ſont point *in ſacris clementina ut ii qui in princip.* & Garcias 3a. parte. cap. 4°. n°. 24. & il n'y a nul canon ni regle eccleſiaſtique, qui aſſujettiſſe un clerc pourvu d'un canonicat à ſe faire promouvoir aux ordres ſacrés, quand ſa prébende n'exige que la ſimple tonſure, comme étoit celle du ſieur du Carrié.

CHAPITRE XXXIII.

Du droit du Curé à l'égard des fondations faites dans ſon Egliſe, des arrerages de rente & reparations payées par les Bénéficiers.

L'Arreſtographe ne rapporte point d'autorités qui puiſſent juſtifier la déciſion de l'arrêt, qui refuſa à ces deux prêtres contre les ſucceſſeurs ou poſſeſſeurs de cette chapelainie ou obit, le rembourſement des reparations néceſſaires, utiles & permanentes, qu'ils avoient faites à la métairie dependente de cet obit; puiſqu'il eſt décidé que le ſucceſſeur peut être contraint aux reparations qui auroient dû être faites par ſon auteur, ſauf ſon ſecours contre lui ou ſes héritiers, parce que c'eſt là une charge réelle qui ſuit le fonds. Boërius, *déciſ.* 204. *n°.* 48. *Papon*, *liv.* 1. *tit.* 1. *art.* 14. 15. 16. rapporte à ce ſujet pluſieurs arrêts, & la déciſion de Mr. Maynard, *liv.* 1. *de ſes queſt. chap.* 42. des arrêts rapportés par Maynard; il reſulte qu'une portion des fruits des bénéfices, demeure affectée pour les reparations des édifices & autres impenſes néceſſaires; le poſſeſſeur eſt donc aſſujetti au payement de ces mêmes reparations, & c'eſt au titulaire poſſeſſeur du bénéfice à agir contre leſdits héritiers pour le temps de la jouiſſance de leur auteur, les biens étant affectés à cet égard depuis la miſe en poſſeſſion du prédéceſſeur ſuivant l'arrêt rapporté par Mr. Louet *lettre P. ſom.* 50. mais le créancier peut s'en prendre *recta* contre le titulaire, ſon hipothéque ayant ſuite ſur le fonds du bénéfice; mais à l'égard des penſions établies dans la réſignation du bénéfice, qui ont couru ſur la tête du réſignant, *Flamin. de reſignat. Benef. lib.* 1°. *quæſt.* 8. *n°.* 40. obſerve qu'il y a pluſieurs canoniſtes qui tiennent que le ſucceſſeur au bénéfice y eſt obligé, *adeo quod*, dit-il, *aliqui velint ut ſucceſſor in beneficio teneatur etiam ad penſiones decurſas tempore prædeceſſoris mortui ut*

fuit reſolutum in rotâ. C'eſt ainſi que la queſtion fut jugée par arrêt de la Cour rapporté par Mr. Cambolas, liv. 6, chap. 48, n°. 3.

Pour ce qui concerne les penſions ou rentes auſquelles le bénéfice eſt aſſujetti, autres que la penſion dont je viens de parler, le bénéfice n'eſt point tenu des arrerages qui ont couru ſur la tête de ſon prédeceſſeur, mais ſeulement les héritiers de ce dernier, ſuivant les arrêts rapportés par Mr. Louet & Brodeau, *lettre A, ſomm.* 115, la raiſon de Louet eſt que les penſions ou redévances ne ſont point rentes foncieres.

CHAPITRE XXXIV.

De la Concorde paſſée ſur litige, & ſi elle peut être revoquée. S'il ſuffit au pourvu de Cure en Ville murée d'être Gradué avant le Viſa.

BRodeau ſur Louet, lettre C, ſomm. 40. *num.* 1. ſouſcrit à la déciſion de Dumoulin, que tous les traités & concordats qui ſe font en matiére bénéficiale, peuvent être revoqués librement avant l'homologation en Cour de Rome, parce qu'ils ne ſont obligatoires, qu'après cette homologation: ainſi il ne faut pas regarder ces concordats comme une obligation conditionnelle, & dépendante de l'évenement de l'homologation du Pape, parce qu'ils ſeroient obligatoires *illico*, & ne pourroient conſéquement être révoqués avant l'homologation, puiſqu'il n'y auroit de ſuſpendu que l'effet & l'exécution du concordat juſques au temps de l'homologation, ſuivant la nature des obligations conditionnelles, qui ſont obligatoires avant l'événement de la condition, & tranſmiſſible aux héritiers, *ℓ. omnis ſtipulatio de verbor. obligat.* & qui par l'événement de la condition, ont un effet retroactif au tems du contrat, *Leg.* 11, *ℓ.* 1, *ff. qui potior in pig. habeant*: mais les concordats en matiére bénéficiale, contenant ſurtout ſtipulation de penſion, n'ont

aucun effet de lier ou d'obliger les parties qu'après l'homologation du Pape, qui seul peut effacer la tâche de simonie, que porte avec soi toute création de pension sur bénéfice, *cap. super & cap. veniens, extra de transact.* L'Acte n'étant reputé parfait qu'après cette homologation, peut conséquemment être revoqué *medio tempore*; & l'on peut dire de cette concorde ce que Dumoulin sur la regle *de infirm. num.* 2, dit de la résignation avant d'avoir été admise par le Pape, *non est verè & propriè resignatio; sed animus seu præparatio ad resignandum*, que ce n'est pas proprement une concorde & une transaction sur litige, mais un projet de concorde, qui n'est exécuté qu'autant que l'homologation du Pape intervint.

Il faut cependant observer ici avec *Brodeau loco supra citato*, quoique regulierement tous concordats non homologuez en Cour de Rome sur chose bénéficiale soient nuls, ils valent néanmoins sans homologation entre le résignant & le résignataire *in odium perfidiæ & ingratitudinis*, suivant les differents arrêts de préjugé qu'il rapporte.

L'arrêt mentionné dans ce chapitre par lequel il fut jugé qu'un non Gradué s'étant fait pourvoir en Cour de Rome d'une cure de ville murée, sans avoir le grade; ce défaut ne pouvoit lui être opposé, ayant obtenu le grade avant le *Visa*; cet arrêt, dis-je doit être entendu de celui qui n'ayant obtenu le grade qu'avant le *Visa*, ayant pris ensuite possession canonique du bénéfice, se trouve inquietté par un dévolutaire en Cour de Rome, qui a jetté son dévolu sur le bénéfice, après cette prise de possession; car s'il arrive qu'un gradué obtienne ou par dévolu en Cour de Rome le bénéfice comme vacant par incapacité du pourvû sans grade, ou *per obitum ultimi possessoris*, ou par collation de l'ordinaire dans le tems intermediaire de la provision du non gradué, & de son grade pris avant le *visa*; alors quoique posterieur en provision, il doit être maintenu au plein possessoire de la Cure: c'est ainsi que cette question fut jugée par arrêt de la Cour du 17 Août 1730 rendu au rapport de Mr. de Costa, en faveur

de Me. Jacques Roubaut prêtre, bachelier en théologie, contre Me. Pierre André, pour la cure de la ville de Bariac dans l'eſpece ſuivante.

Me. Soulier Curé de Bariac fit la réſignation de cette cure, le 6 Août 1728. en faveur de Me. André non gradué, le réſignant mourut le 29 du même mois.

Le 12 Septembre 1728, le ſieur Abbé commendataire de Bariac, patron de cette cure, ayant prétendu qu'elle étoit vacquante *per obitum ultimi poſſeſſoris*, preſenta Me. Roubaud prêtre & gradué à ce bénéfice; l'Evêque dioceſain lui accorda l'inſtitution canonique; en conſéquence de laquelle il fut mis en poſſeſſion, ſans oppoſition de la part du réſignataire le 14 Septembre 1728, & le jour même Me. André prit ſon dégré de Bachelier en théologie dans l'univerſité d'Avignon.

Le 2 Octobre ſuivant il obtint le *Viſa* de l'ordinaire ſur ſa ſignature de Cour de Rome, & le lendemain il prit poſſeſſion du bénéfice, Me. Roubaud y fit ſes oppoſitions; après quoi le ſieur André ayant fait aſſigner le ſieur Roubaud par devant le Sénéchal de Nîmes en maintenue au plein poſſeſſoire de cette cure, le procès inſtruit de part & d'autre; le Sénéchal rendit ſa ſentence qui juge le premier chef de la complainte en faveur du ſieur André, la Cour en reformant maintint par ſon arrêt Me. Roubaud au plein poſſeſſoire de ce bénéfice.

Cet arrêt eſt très-juridique, puiſqu'il eſt fondé ſur la diſpoſition expreſſe de la pragmatique-ſanction & du concordat, & ſur la doctrine des meilleurs canoniſtes François.

L'objet de la pragmatique & du concordat, en aſſignant aux graduez une portion des bénéfices du Royaume, a été de recompenſer les travaux de l'étude, & de couronner les grades obtenus dans les univerſités fameuſes; par cette recompenſe, il faut donc être revêtu du grade *actu* lorſqu'on eſt pourvû des bénéfices, pour leſquels le grade eſt requis, comme pour certaines dignités des Egliſes Cathédrales, & pour les cures des villes murées. Le défaut de grade annulle la

proviſion ; enſorte que le gradué qui impétre le même bénéfice en Cour de Rome, ou qui s'en fait pourvoir par l'ordinaire, y doit être maintenu à l'excluſion de celui qui en a été pourvû avant lui, & qui ne prend ſon grade que poſterieurement à la proviſion de l'autre.

Le concordat, *tit. de collaiion. §. Si quis vere* prononce la nullité des proviſions qui ſont données à ceux qui ne ſont pas gradués pour les bénéfices qui requierent le grade, *diſpoſitiones ipſæ ſint ipſo jure nullæ*, & cette nullité a lieu pour les proviſions des cures des villes murées, puiſque le concordat s'exprime ainſi dans la ſuite, *ſtatuimus quoque, quod Parochiales Eccleſiæ in civitatibus, aut villis muratis exiſtentes non niſi perſonis modo premiſſo qualificatis, aut ſaltem, qui per tres annos in Theologia, vel altero jurium ſtuduerint ſeu Magiſtri in artibus, qui in aliqua Univerſitate privilegiata ſtudentes magiſterii gradum adepti fuerint conferantur.*

La proviſion du bénéfice pour lequel le grade eſt requis eſt donc nulle, ſi le pourvû n'a pas le grade au temps du titre qui lui en eſt fait, Probus ſur la pragmat. *tit. de collation. §. In Eccleſiis in verbo inſtituantur*, s'explique bien préciſément à l'égard des cures des villes murées, *& hac ratione*, dit-il, *Gloſa Concordati concludit collationem Parochialis Eccleſiæ, non qualificatio factam, ipſo jure eſſe nullam, ſi qualificatus eam Parochialem proſequatur, tanquàm contra legem attentatam etiam quavis cauſa fuerit facta, aut reſignationis, aut ſubrogationis ſivè permutationis, & id operari favore graduatorum.*

Selon ce Canoniſte, la faveur des gradués opere la nullité de pareilles proviſions : enſorte que le gradué qui ſe fait pourvoir de la cure, doit y être maintenu à l'excluſion de celui qui en a déja obtenu le titre, étant deſtitué du grade.

Duperrai liv. 1, du droit canonique de France chap. 4, num. 27, (en rapporte un arrêt du Parlement de Paris, du 13 Avril 1690 pour appuyer ſon opinion) parle en ces termes : *L'on doit être gradué au temps des proviſions d'une cure dans une ville murée : ſi on plaidoit avec un non-gradué qui*

eût des proviſions anterieures au gradué, on peut en appeller comme d'abus, parce qu'elles ſont contre le concordat, l'Edit d'Henri II. & autres Ordonnances Royaux.

A ſuivre la doctrine de notre Arreſtographe, il ſuffit que le pourvû d'un bénéfice qui requiert le grade, l'obtienne avant d'obtenir le *Viſa*, ſi la proviſion du Pape eſt expediée *in forma dignum antiqua*; par cette raiſon, dit-il, que dans cette eſpece de proviſion le Pape *non tam confert beneficium quam committit conferendum* : mais c'eſt là une ſubtilité de quelques Canoniſtes, & une vaine diſtinction; l'Evêque ne conférant pas le bénéfice en donnant le *Viſa*, mais mettant ſeulement le ſceau à la collation qui en a été faite par le Pape. Voici comme parle Duperrai en ſes notes ſur l'Edit eccleſiaſtique, art. 2, tom. 1, pag. 12, de l'édition de l'année 1723.

Les proviſions de Cour de Rome ne ſont pas des mandats *de providendo*; mais le *Viſa* eſt l'accompliſſement de la grace & la conſommation; ce qui eſt contre l'opinion de quelques Docteurs : ce n'eſt pas par le *Viſa* qu'on eſt en coucours, & qu'on prévient, mais par les proviſions & du jour de leurs dates.

De ce langage, il faut néceſſairement conclurre qu'il faut dans les proviſions *in forma dignum*, remonter au temps de leur date, & ſe trouver gradué lors de la ſignature expédiée en Cour de Rome, ou de la collation faite par l'ordinaire pour être valablement pourvû d'une cure de ville murée.

A quoi l'on peut ajouter que pour preuve que tout doit ſe rapporter à la proviſion, c'eſt que par le *Viſa* les Evêques ne prennent connoiſſance que de la foi & de la doctrine du pourvû; mais nullement de la validité ou invalidité du titre, ſuivant les arrêts des Parlemens, rapportés dans les maximes du droit canonique, tom. 2, chap. 27, & par Duperrai *loco ſupra* Ainſi vainement, dit-on, que l'Evêque en donnant le *Viſa*, confére proprement le bénéfice ſur un mandat *de providendo*, & qu'il ſuffit d'avoir obtenu le grade avant le *Viſa*.

Sur ces principes, il faut tenir pour maxime conſtante, qu'il y a une nullité radicale dans la proviſion ; ſi le pourvû d'un bénéfice qui requiert le grade, ne l'a pas *actu* au temps du titre qui lui en eſt fait ; & que le gradué qui a jetté un dévolu ſur le bénéfice, avant que le non-gradué ait pris le grade requis, doit être maintenu au plein poſſeſſoire, quoique l'autre ait eu ſon grade avant le *Viſa*.

CHAPITRE XXXV.

De la preſcription du fonds Eccleſiaſtique, & ſi l'inſtitution d'un Prêtre à la charge de celébrer des Meſſes, & de rendre à un Prêtre de ſa famille avec même charge, fait un Obit ou Chapelle.

LE canon *Si ſacerdotes* qui eſt tiré du 9e. Concile de Tolede, eſt dans l'eſpece d'une aliénation injuſte & vicieuſe d'un fonds eccleſiaſtique faite par le Prélat ou le Bénéficier d'une Egliſe. Ce canon décide qu'alors nulle preſcription ne peut courir contre l'Egliſe que depuis le décés du Prélat qui a fait l'aliénation : or la preſcription ordinaire contre l'Egliſe, eſt celle de quarante ans, quand elle n'a pas été interrompue & qu'elle n'eſt point troublée par aucun acte ou interpellation judiciaire. Le canon *Placuit* 16, *quæſt.* 3, *verſiculo jubemus* y eſt formel, *jubemus qui rem aliquam per continuum quadraginta annorum curriculum ſine quadam legitimâ interpellatione poſſiderint de poſſeſſione quidem rei ſeu dominio nequaquam removeri.* Voilà la regle adoptée par la nouvelle Juriſprudence de ce Parlement, qui l'applique à toute eſpece d'aliénation particuliere des biens eccleſiaſtiques : C'eſt ce qu'obſerve Graverol ſur Laroche, *liv.* 1, *tit.* 10, aujourdhui, dit-il, ſoit qu'il s'agiſſe d'une *vente ou d'une inféodation, le Parlement s'y prend d'une autre maniere, & s'arrête à la preſcription de quarante ans, quand même il y auroit à dire au titre, & qu'il ne ſeroit pas revêtu*

révêtû des ſolemnités requiſes par le droit, à compter néanmoins du jour du décés de l'Eccleſiaſtique qui a mal aliéné; mais il faut que ces quarante ans ſoient utiles, & il rapporte des arrêts conformes.

S'il s'agit au contraire d'une aliénation des biens d'une Egliſe faite pour le payement d'une taxe impoſée par le Prince, ſur tout ſi cette aliénation étoit générale, alors le Parlement admet les eccleſiaſtiques au rachat ſous la condition du rembourſement en faveur d'un tiers poſſeſſeur, ſans qu'il puiſſe s'aider de la poſſeſſion de quarante ans, ni même de cent ans, *Graverol, liv. 1, tit. 2, art. 5*, qui autoriſe cette obſervation par un grand nombre de préjugés de ce Parlement; le tiers poſſeſſeur n'eſt alors enviſagé que comme engagiſte, *qui non ſibi ſed alteri poſſidet.*

Il y a des aliénations forcées contre leſquelles l'Egliſe ne peut reclamer même avant le laps de quarante ans. C'eſt par exemple, quand il eſt queſtion du bien public & d'un échange d'un fonds eccleſiaſtique fait dans ces circonſtances, ou avec le Prince ou avec un corps de Ville, ainſi jugé par l'arrêt rapporté par *Brodeau ſur Louet lettre A, ſomm. 6, art. 3.* A l'égard des aliénations qui ne ſont point couvertes par le laps de quarante ans, elles ſont revocables quand il y a un dommage réel pour l'Egliſe; ce dommage eſt préſumé toutes les fois qu'un bien eccleſiaſtique a été aliéné ſans obſerver les formalités preſcrites à cet égard; ainſi qu'il fut jugé par arrêt du Parlement de Paris, du 23 Juillet 1683, entre l'Abbé & Religieux de St. Victor de Paris, & les héritiers de Jacques Laurent, rapporté par Bardet, *tom. 2, liv. 4, chap. 36*, en ſon recueuil; il s'y agiſſoit d'une aliénation faite par un bail emphitéotique. La Novelle 46, *chap. 1 & 2, & Guip. quæſt. 594*, n'autoriſent l'aliénation du bien eccléſiaſtique, que dans le cas d'une néceſſité urgente, pour l'avantage de l'Egliſe même; mais le fonds ne doit être aliéné, que lorſqu'il y a inſuffiſanſe du côté des fruits & des revenus de l'Egliſe, ou des effets mobiliers, & dans le cas même de neceſſité urgente, les formalités de

droit (telles qui ſont preſcrites par nos auteurs ou par notre uſage) n'ont pas été gardées ; l'aliénation peut être révoquée par ceux même qui l'ont faite ; quoique régulièrement on ne puiſſe revenir contre ſon propre fait ; la raiſon en eſt priſe de ce qu'il s'agit alors de l'intérêt du Corps eccleſiaſtique, & non des particuliers qui ont conſenti l'aliénation ; c'eſt la remarque de Mr. Durant, *quæſt.* 78, *n°.* 2 ; mais ceux qui ont fait l'aliénation ne peuvent prétendre la reſtitution des fruits, parce qu'elle leur eſt perſonnelle, & qu'à cet égard, ils ſont tenus de leur propre fait, *leg. factum* 115, *ff. de reg. jur. Papon en ſes arrêts, liv.* 1, *tit.* 13, *art.* 10, *liv.* 1, *chap.* 36.

La déclaration du 10 Février 1742, concernant les maiſons Religieuſes, fait revivre en un point l'ancienne diſcipline de l'Egliſe en faveur des Evêques, ſelon laquelle ils avoient une juriſdiction immédiate ſur tous les monaſteres de leur Diocéſe, & plus particulierement ſur les Religieuſes qui ſont la matiere de cette déclaration. L'art. 1, porte que ſans avoir égard aux exceptions des Monaſteres, aucunes filles ou veuves ne pourront être admiſes à la poſſeſſion & à l'émiſſion des vœux ſolemnels ſans avoir été auparavant examinées par les Archevêques ou Evêques dioceſains, ou par des perſonnes commiſes de leur part ſur leur vocation, l'art 2, renouvelle la diſpoſition de l'art. 19, de l'Edit du mois d'Avril 1695, & en conſéquence fait défenſes à toutes les Religieuſes des Monaſtéres, exempts ou non-exempts, d'en ſortir ſous quelque prétexte que ce puiſſe, ſi ce n'eſt pour cauſe légitime & jugée telle par l'Archevêque ou Evêque dioceſain, & en vertu de ſa permiſſion par écrit, ſans laquelle il pourra être procedé (s'il y échoit) ſuivant les ſaints Canons & les Ordonnances contre les Religieuſes qui ſe trouveront hors de leur Monaſtere.

Cette diſpoſition eſt pleine de ſageſſe ; on ne ſçauroit aſſez contenir les Religieuſes dans leur cloture, & il n'eſt point d'exemption & de privilége qui puiſſe tenir ni être allegué au contraire : c'eſt à l'Ordinaire de l'Evêque diocéſain, ou en

ſon abſence au Grand-Vicaire à juger des cas qui peuvent donner lieu à rompre cette cloture pour un certain tem p.

CHAPITRE XXXVI.

Du droit de Viſite des Evêques à l'égard des Egliſes exemptes.

PAr l'art. 15 de l'Edit de 1695, concernant la Juriſdiction Eccleſiaſtique, il eſt porté que les Evêques pourront viſiter en perſonne les Egliſes paroiſſiales, ſituées dans les Monaſteres, Commanderies & Egliſes des Religieux, qui ſe prétendent exempts de leur Juriſdiction; & pareillement ſoit par eux & leurs Archidiacres, celles dont elles Curez ſont Religieux, & celles ou les Chapitres prétendent avoir droit de viſite..

Cet article eſt conforme au huitiéme canon d'un Concile de France, tenu en l'an 755, *ut omnes Presbiteri, qui in Parochia ſunt, ſub poteſtate Epiſcopi, eſſe debent* tom. 6, des Concilles, coll. 1666. Le mot de *parochia* s'étend là du Diocéſe.

De ce principe ſe tire cette conſéquence, que quand le Curé d'une Paroiſſe dépendente d'un Monaſtere ſe trouve régulier; non-ſeulement l'Egliſe, mais le Paſteur lui-même, eſt de la Juriſdiction de l'Evêque pour les fautes par lui commiſes dans la deſſerte de la cure: en ſorte que ſon ſuperieur regulier n'a aucune eſpece de Juriſdiction ſur lui à cet égard, ce que les arrêts rapportés dans les mémoires du Clergé ont conſtament jugé.

Les curés même exempts ſe doivent trouver aux Synodes convoqués par l'Evêque Diocéſain; & quand ils y manquent ils peuvent être condamnés à une aumône applicable à quelque œuvre pieuſe, ſuivant l'arrêt du 23 Février 1637, rapporté par Bardet, tom. 5, liv. 6, chap. 4, Ils peuvent même être condamnés par les Evêques dans le cours de leur vi-

ſite, à ſe retirer pour trois mois dans des Seminaires pour des fautes graves par eux commiſes dans la Paroiſſe, & dont il y a notorieté publique; c'eſt la diſpoſition de la Déclaration du mois de Décembre de l'année 1698, concernant le renouvellement des établiſſemens des Seminaires.

On peut conclurre de cet article 15, par l'argument des contraires, que les Evêques n'ont pas droit de viſite dans les Egliſes des Religieux exempts, ſi elles ne ſont paroiſſiales; ſi pourtant ces Egliſes n'étoient point dans un décence convenable, l'Evêque auroit droit en cas de négligence du Superieur du Monaſtere, de proceder à la viſite de l'Egliſe, & de ſtatuer à ce ſujet, par le droit que lui donne le Canon fameux, *omnes baſilicæ* 16, *quæſt.* 7.

Quand un Eccleſiaſtique eſt appellant comme d'abus de l'ordonnance de l'Evêque ſon ſuperieur, qui renferme une calomnie apparente de ſa part, & que l'ordonnance eſt rendue pour la pourſuite du Promoteur, en juriſdiction contentieuſe, & que le Promoteur n'a pas dequoi répondre des dépens, dommages & intérêts, auſquels il pourroit être condamné; l'Evêque ſe trouvant intimé ſur l'appel avec ſon Promoteur; la Cour ordonne que l'Evêque reſtera en cauſe, pour défendre à l'intimation, ſans avoir égard à ſa demande d'être tiré d'inſtance: c'eſt ainſi que la Cour le jugea contre Mr. l'Evêque d'Uſez, par arrêt d'audience de la Grand'Chambre, prononcé le 26 Août 1711, par Mr. le premier Préſident de Bertier, ſur les concluſions de Mr. l'Avocat Général Lecomte, dans la cauſe de Me. Maligon, Prieur & Curé de St. Privat, Diocéſe d'Uſez, Me. de Latournerie, plaidant pour Malignan; & Me. de Lardos, pour Mr. l'Evêque d'Uſez.

Cet arrêt eſt conforme à l'Edit de 1695, art. 43, concernant la juriſdiction eccleſiaſtique. La calomnie apparente eſt établie toutes les fois qu'il paroit aux yeux de la Cour, que l'Evêque s'eſt déterminé à rendre ſon ordonnance *vexandi animo*, ce qui dépend des différentes circonſtances qui accompagnent ſon ordonnance.

Il faut obſerver que ſuivant ce même article, les Evêques

ou leurs Grands'Vicaires, ne peuvent être pris à partie pour les ordonnances qu'ils rendent dans les matieres qui dépendent de la juriſdiction volontaire ; mais qu'on peut être ſimplement appellant comme d'abus de leurs ordonnances.

CHAPITRE XXXVII.

De la Portion Congrue.

PAr arrêt du 29 Août 1726, rendu en la premiere Chambre des Enquêtes, au rapport de Mr. Doujat, entre Me. François Camus, Prieur de la Rafinerie, créancier de Me. At, curé dudit lieu, pour la ſomme de 530 liv. procedant d'une condamnation portée par un arrêt de la Cour, du 18 Juillet 1725, il a été jugé que ledit Camus pouvoit uſer de ſaiſie, ſur la portion congrue dudit At, en lui laiſſant la ſomme de 150 liv. quitte de toutes charges, & que le ſurplus cederoit au profit dudit Camus, pour être employée au payement de la ſomme de 530 liv. à lui due.

Il reſulte de la diſpoſition de cet arrêt, que quelque favorable que ſoit la portion congrue & la cauſe des alimens du curé, cette portion doit être réduite pour le payement des dettes qu'il a contractées ; il en ſeroit autrement du caſuel de ſon Egliſe, qui ne peut être ſaiſi à l'exemple des épices, & du caſuel des Docteurs Regens.

Il y a des arrêts de la Cour, qui ont reſervé à des curés la ſomme de 200 liv. cela dépend du revenu des Cures, plus ou moins conſiderables, & des dépenſes que les curés ſont obligés de faire.

Par Arrêt du 9 Septembre 1706, rendu entre Me. Robert Valette, gros Décimateur ; & Me. Pierre Giles, Curé de St. Maximin, congruiſte, il fut ordonné que ce congruiſte ſe pourvoiroit par devant l'Evêque, pour y faire regler ce que le décimateur doit payer pour l'huile, pain, vin, & autres ménues dépenſes, qui entrent dans le Service Divin ; & ce-

pendant par proviſion, & ſans préjudice du droit des parties : il eſt ordonné que le Décimateur payera annuellement au Vicaire perpetuel, la ſomme de 50 liv. pour les ménues dépenſes, & 18 liv. pour l'entretien du clerc.

Cet arrêt peut ſervir de préjugé pour tous les Curés du Reſſort, réduits à la portion congrue, & qui ſe trouve ſi fort écornée par les décimes & la capitation, qu'ils n'ont pas dequoi pouvoir s'entretenir avec décence ; enſorte qu'il eſt digne de la protection que la Cour doit aux Paſteurs de l'Egliſe, chargés de tout le poids des fonctions, de leur donner ce petit ſecours.

¶ Le Roi par ſa déclaration du 13 Janvier 1742, concernant les cures & autres bénéfices à charge d'ames, voulant bien ſe prêter aux vœux du Clergé de France, a ordonné que nul Eccleſiaſtique ne puiſſe être pourvû dorénavant d'une cure ou autre bénéfice à charge d'ames, ſoit ſur la préſentation des Patrons, ſoit en vertu de ſes dégrés, ſoit à quelque autre titre & par quelque autre collateur que ce ſoit, s'il n'eſt actuellement conſtitué dans l'ordre de Prêtriſe, s'il n'a atteint l'âge de 25 ans accomplis, faute de quoi ladite cure ou ledit bénéfice ſeroient cenſés vacans & impétrables, & qu'en conſéquence, il ſoit pourvû de plein droit d'un ſujet capable par ceux à qui la collation ou l'inſtitution en appartient. La déclaration ajoute que dans les Provinces où le droit de dépot eſt établi ; ceux qui ſe trouveront pourvus de deux cures, ou d'une cure & d'un autre bénéfice, ſoient tenus de faire option dans l'année du jour de la priſe de poſſeſſion du dernier bénéfice dont ils auront été pourvus, faute dequoi le premier deſdits bénéfices ſera reputé avoir vacqué de plein droit par l'obtention du ſecond, & comme tel conferé par ceux qui ont droit d'y pourvoir.

CHAPITRE XXXVIII.

Des Dîmes inféodées, & comme elles doivent contribuer au payement de la Portion Congrue.

LEs dîmes inféodées qui reviennent à l'Egliſe, reprennent leur premiere nature, quand elles ſont réunies par conſolidation à l'Egliſe de qui elles relevent; enſorte qu'elles ne peuvent plus dévenir patrimoniales, qu'elles demeurent aſſujetties directement & immédiatement au paiement de la portion congrue des curés des paroiſſes; mais ſi elles tombent à toute Egliſe, que celle qui en avoit le Domaine directe, ou ſi elles ſont aliénées en faveur d'un laïque, alors elles ne changent point de nature, & demeurent dîmes inféodées, le droit du Seigneur dominant, ſubſiſtant en ſon entier : c'eſt la doctrine *de Dumoulin, in conſuetud. Pariſ. tit. des fiefs. §. 68, num. 22.*

A l'égard de la poſſeſſion réquiſe, pour établir à défaut de titre primordial, le droit de dîme inféodée, Brodeau ſur Louet, *lettre D. ſomm. 9, num. 5*, obſerve que les Juges déchargent le Décimateur qui allegue l'inféodation avant le Concile de Latran, tenu ſous Alexandre III. de rapporter les titres primordiaux & d'inféodation; mais qu'on l'oblige ſeulement à prouver ſa poſſeſſion centenaire, ce qui ſe juſtifie ordinairement par les actes de foi, & hommage, aveus & dénombremens anciens, rendus aux Seigneurs, dont la dîme eſt tenue comme unie au fief, *Duarenus de ſacr. Eccleſ. Miniſtr. lib. 7, cap. 1*, Après avoir rapporté le décret du Concile de Latran, par lequel il eſt prohibé aux laïques de percevoir aucune dîme eccleſiaſtique; obſerve qu'avant ce Concile, qui eſt de l'an 1179, le droit de dîme avoit été accordé à ceux qui avoient ſoûtenu la défenſe de l'Etat & de l'Egliſe contre les Sarraſins par Charles Martel, du conſentement de tout le Clergé; mais que le Concile s'étant apperçu que cette Tranſlation de dîme eccleſiaſtique en la main laïque étoit préjudiciable à l'Egliſe, fit ce décret qui eſt in-

feré au titre *de decimis extra cap. prohibemus*, par lequel l'aliénation de cette eſpece de dîme, fut prohibée à l'avenir: En ſorte que ceux qui prétendent avoir aujourdhui ce droit, peuvent y être maintenus en prouvant une poſſeſſion immémoriale, qu'on ſuppoſe fondée ſur un titre antérieur au Concile de Latran.

Le Décret de ce Concile qui prohibe aux laïques l'aliénation des dîmes inféodées avant ce Concile en d'autres mains que celles de l'Egliſe, n'eſt pas obſervé parmi nous, y ayant été dérogé par la conſtitution du Pape Clement V, faite en faveur de la Nobleſſe Françoiſe, à l'Inſtance de Philippe le Bel.

L'ancienne Juriſprudence du Parlement de Paris, exigeoit que le poſſeſſeur de la dîme inféodée, rapportât le titre d'inféodation; la poſſeſſion plus que centénaire ne ſuffiſant pas pour établir ce droit, en quoi il paroit que le Parlement ne regardoit pas d'un œil favorable le poſſeſſeur laïque de cette eſpece de dîme; mais les préjugés plus recens de ce Parlement, dérogerent à cette ancienne Juriſprudence, ſur le fondement de la difficulté qui ſe trouvoit à faire foi des titres auſſi anciens que ceux de l'inféodation de cette dîme; les anciens titres (ainſi que l'obſerve Chopin) ayant été incendiés avec les archives de la Chambre des Comptes de Paris, où ces titres avoient été mis en dépôt par ordre de Philippe le Bel.

Cette preuve immémoriale doit ſe faire par écrit; c'eſt-à-dire, par des hommages ou dénombremens anciens, ou par de beaux à ferme; car je ne crois pas que la preuve vocale ſeule puiſſe établir ce droit, ſans être ſoûtenue par des actes poſſeſſoires. C'eſt ce qu'on peut récueuillir du langage de Brodeau au lieu cité, & de l'arrêt qu'il rapporte; car la dîme inféodée étant parmi nous patrimoniale & réduite à l'inſtar des fiefs, ſuivant la remarque de Brodeau & de Fevret, doit ſe regler par conſéquent ſelon les loix des contrats emphitéotiques, dont la preuve par témoins n'eſt pas reçue ſuivant Monſieur d'Olive, *liv.* 2, *chap.* 24.

Il y a un arrêt de la Cour du 28 Août 1713 qui l'a ainſi jugé en la ſecondre Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Lasbordes, entre le Sindic du Séminaire de la Ville du Puy & le ſieur de Labaume. Cet arrêt rejetta la demande en preuve vocale du ſieur de Labaume, d'une prétendue poſſeſſion trentenaire de la dîme inféodée, ſur ce fondement que la poſſeſſion de cette dîme ne peut être prouvée que par des hommages ou autres actes équipolens d'un tems immémorial.

Il y a un arrêt de l'année 1716, rendu au rapport de Mr. de Clari, en faveur du ſieur de Maynaud, contre le Chapitre de Ste. Marie de la ville d'Auch, qui a reçu la preuve par témoins de la poſſeſſion immémoriale, par la raiſon que le ſieur de Maynaud rapportoit des titres fort anciens énonciatifs de l'inféodation de la dîme, ce qui formoit un commencement de preuve par écrit ſuffiſant pour faire ordonner cette preuve.

Pour la preuve par témoins de cette poſſeſſion immémoriale, il faut que les témoins dépoſent *de viſu* pendant 40 ans, & avoir appris de leurs ancêtres la poſſeſſion antérieure. C'eſt ainſi que la queſtion fut jugée à la troſieme Chambre des Enquêtes le 3 Juillet 1715, au rapport de Mr. de Glatens, entre le Sr. Comte de St. Veran, le nommé Muret ſon fermier, & le Sindic de la communauté de la Cavalerie.

Cet arrêt eſt conforme à la doctrine *de Ferr. ſur la queſt.* 367. *Guipap*, *Teſtes*, dit-il, *qui de hac re teſtificaturi ſunt, ejus ætatis eſſe debent, ut poſſint eſſe memores eorum quæ acceperint à majoribus ſuis & exponere quid actum fuerit* 40 *annos*.

Le 23 Mars 1712, la Cour rendit un arrêt au rapport de Mr. d'Auterive en la ſeconde chambre des Enquêtes, entre Mr. l'Evêque de Pamiers, & Me. Chamba chanoine régulier & ſacriſtain de l'Egliſe Cathédrale de la même Ville, qui jugea que Mr. l'Evêque de Pamiers, fruit-prenant pour la moitié de la dîme du Prieuré de Saurat, conjointement avec ledit Me. Chamba, Curé primitif, devoit contribuer au prorata au payement de la congrue & autres charges dud. Prieuré; néanmoins le contraire avoit été jugé le 16 Février

1689, par arrêt rendu au Rapport de Mr. de Barta, qui condamna le Curé primitif au payement de la congrue du Vicaire perpétuel, & qui en déchargea les autres fruits-prenans.

Il y a un pareil arrêt à celui de l'année 1712, en date du 9 Août 1710, rendu au Rapport de Mr. Dupui, qui condamne tous les fruits-prenans à contribuer au payement de la portion congrue & autres charges, à proportion des fruits du bénéfice, tant ſeigneuriaux que décimaux; le Conſeil privé caſſa cet arrêt le 28 Septembre 1711, pour les chefs, qui aſſujetit les droits ſeigneuricaux à la contribution de la congrue, & le confirma pour le ſurplus.

Le fondement de l'arrêt du Conſeil fut pris de ce que les droits ſeigneuriaux forment un patrimoine de l'Egliſe diſtinct & ſéparé de celui des fruits décimaux : en effet les Seigneuries ſont purement temporelles, & n'ont rien d'eccléſiaſtique ; au lieu que les dîmes étant la rétribution des Miniſtres des Autels, *ſunt aliquid ſpirituali annexum* : à quoi l'on peut ajouter que les Seigneuries ſont accidentelles à l'Egliſe, & qu'elles y ſont entrées comme par ſurcroît de patrimoine, & par la libéralité ou la conceſſion des Rois, au lieu que la dîme a toûjours été deſtinée pour l'entretien des Miniſtres des Autels : enſorte qu'elle doit demeurer en ſeule aſſujetie au payement de la portion congrue des Cures, & aux autres charges qui ont rapport au Service divin, ſans que l'autre patrimoine de l'Egliſe ſoit tenu d'y contribuer.

Par les arrêts antérieurs, la Cour avoit déja ordonné que chaque Décimateur contribueroit pour ſa portion des dîmes à l'achât des ornemens, livres, linge, luminaires, & autres choſes néceſſaires pour le Service divin, & pour l'entretien des pauvres ; il y a deux arrêts qui l'ont ainſi jugé, le premier en date du 3 Septembre 1706, rendu entre le Sindic du Chapitre de St. Pons, le Sindic de la Chartréuſe de Caſtres, & Me. Lalaude Curé de Siran ; le ſecond en date du 4 du même mois, rendu au Rapport de Mr. de Palarin confirmatif d'un jugement des Requêtes.

Ces differens arrêts ont fixé un point de Juriſprudence

conſtant ſur cette matiere ; enſorte qu'il ſeroit téméraire de faire aucune nouvelle conteſtation à ce ſujet.

CHAPITRE XL.

De l'emprunt fait par un Chapitre pour le payement des Charges ordinaires.

L'Aliénation des biens eccléſiaſtiques étant prohibée, l'hipoteque l'eſt auſſi ; il en eſt du bénéficier à l'égard des fonds dépendants de la prébende, comme du mari pour ce qui concerne les biens dotaux, le mari en perçoit les fruits, *ad ſuſtinenda onera matrimonii*, *leg. pro oneribus. cod. de jur. dot.* Le bénéficier ne perçoit les fruits que *propter officium & onera quæ ſuſtinet eccleſiæ*, ſelon l'obſervation de Brodeau ſur Louet lettre F. *ſomm.* 10. *n°.* 3 : or les taxes & impoſitions qui ſe font d'autorité du Prince ſur les bénéfices (comme ſont les décimes) étant une charge annuelle des fruits, doivent être acquittées par les titulaires ſur les fruits mêmes ; enſorte qu'ils ne peuvent à cet égard affecter le fonds & le patrimoine de l'Egliſe, mais ſeulement leurs biens propres ; car les impoſitions de décimes, & autres charges ordinaires, affectent les fruits du bénéfice, étant par leur nature *onera fructuum* : Ainſi tous les emprunts que les bénéficiers font à ce ſujet, ne peuvent aſſujettir les fonds du bénéfice à aucune hipoteque, étant leſdits emprunts perſonnels ; de façon que les bénéficiers ou leurs héritiers, doivent être contraints au paiement. La loi *jubemus, cod. de ſacroſ. eccleſ.* qui prohibe toute aliénation des biens de l'Egliſe, eſt la regle générale ; les exceptions en ſont priſes des loix mêmes. 1°. La loi *Sancimus* 21, *Cod.* & le canon *Apoſtolicos & ſuivants*, *cauſ.* 12, *quæſt.* 2 ; permettent l'aliénation des vaſes ſacrés qui ſont partie du patrimoine de l'Egliſe, pour la rédemption des captifs détenus par les infideles. 2°. Pour la nourriture des pauvres, *canone gloſſa* 71, *Guip. quæſt.* 594, *Tiraq. in tract. privileg. cauſ. piæ. privil.* 103. Ce qui doit être entendu dans le cas d'un preſſant beſoin, &

lorſque la portion des fruits du bénéfice (que les canons affectent pour les pauvres) ſe trouve épuiſée, & qu'il ſurvient quelque famine ou autres cas extrêmes.

La Novelle 7, cap. 10, met le contrat d'emphitéoſe au nombre des aliénations qui ſe font des biens eccléſiaſtiques, & dans cet objet prohibé cette eſpece d'aliénation, *quæ non procul ab alienatione conſiſtit*, (dit l'Empereur.) C'eſt ſans doute ſur ce fondement que l'on trouve dans les Mémoires du Clergé, tom. 3, part. 3, tit. 6, chap. 2, n°. 16, un arrêt du Grand'Conſeil du 14 Mars 1664, par lequel les conſuls & habitans de Rochemaure, furent condamnés à ſe déſiſter de la poſſeſſion des moulins, écluſes, canaux & aqueducs dépendans du Prieuré de ce lieu, aliénés par contrat d'emphitéoſe perpétuelle de l'an 1542, pour être réunis à perpétuité audit Prieuré, & à payer les arrérages échus. Il s'agiſſoit dans l'eſpece de cet arrêt, de l'aliénation d'un fonds conſidérable de ce Prieuré ; & qui vraiſſemblablement en faiſoit une bonne partie, auquel cas il eſt conſtant que l'aliénation ne peut être couverte que par le laps de 40 ans d'une poſſeſſion paiſible & non interrompue, *à die prælati malè alienantis* ; mais s'il étoit queſtion d'un bail emphitéotique de certains fonds ſtériles & infructueux par ſa nature, & qu'il en conſtât par une vérification d'experts, alors l'emphitéote ſeroit en toute ſureté, & l'aliénation irrévocable, *canone terrulas, cauſa* 12, *quæſt.* 2a. Quoique ce canon autoriſe le bail fait par l'Evêque, ſans le conſentement de ſon Chapitre, il faut, ſuivant notre forme de procéder, une délibération capitulaire, & obſerver les formalités préſcrites pour l'aliénation des fonds eccléſiaſtiques, ſuivant l'arrêt rapporté par Boniface, *tom.* 1, *part.* 1, *liv.* 2, *tit.* 6, *ch.* 1, rendu par le Parlement de Provence le du mois de Juin 1653.

CHAPITRE XLI.

Si on peut appeller de la Sentence du Métropolitain, omiſſo medio.

IL eſt ſurprenant que cette queſtion ait pu former un partage, & que l'arrêt rapporté par Mr. de Cambolas, liv. 1, chap, 26, ait trouvé des partiſans, après le décret ſolemnel du concordat, *tit. de Frivol. appell.* qui abolit l'uſage abuſif d'appeller du Métropolitain à Rome, *omiſſo medio.*

Le concordat n'a fait par ce décret que rappeller l'uſage & l'ordre de la hiérarchie de l'Egliſe, ſelon lequel il faut néceſſairement paſſer par les dégrés de juriſdiction établis: de l'Evêque, appeller au Métropolitain, du Métropolitain au Primat, & du Primat au Pape, *Gloſſ. Pragma, Sanct. tit. de cauſ. ℈. nec. ad quemcumque, in verbo Omiſſo medio.*

Une pratique contraire avoit introduit de porter l'appellation du Métropolitain au Pape, *omiſſo medio*, & cette pratique irréguliere détermina l'arrêt rapporté par M. Cambolas; mais comme l'abus eſt impreſcriptible, & ſur-tout en matiere de juriſdictions, qui ſont de droit public, la pragmatique-ſanction & le concordat ayant réformé l'abus qui s'étoit gliſſé ſur ce point, il y auroit un juſte moyen d'abus, ſi au mépris du concordat, une partie ſe pourvoyoit par appel en la Cour de Rome, d'une Sentence rendue par le Métropolitain, ſelon la remarque de *Paſtor, de juriſd. eccleſ. lib.* 3, *tit.* 2, *num.* 2, qui fait mention des arrêts qui l'ont auſſi jugé.

Rebuff. in Concordat. tit. de frivol. appellat. rapporte un arrêt du 11. Mai 1523, du Parlement de Paris conforme.

Il y a quelques cas dans leſquels on peut appeller au Pape, *omiſſo medio*, ils ſont rapportés *par la gloſe ſur la Pragmat. loco ſuprà*

CHAPITRE XLII.

Du Titre fait par l'Ordinaire dans les quatre mois, mais après le mois donné par le Fondateur au Patron.

S'il faut que l'Ordinaire conférant par dévolution, en fasse mention dans son Titre.

LE Fondateur (ainsi qu'un Testateur) a la faculté d'apposer à l'acte de fondation, telles conditions que bon lui semble, pourvû qu'elles ne blessent point ni l'intérêt public de l'Eglise, ni le droit commun du Royaume, ni l'honnêteté publique.

La clause qui porte que le Patron sera tenu de présenter dans le mois de la vacance, ne déroge en rien au droit commun; mais au droit particulier introduit en faveur des fondations laïques, de jouir du délai de quatre mois pour présenter; le Fondateur peut conséquemment déroger à ce droit, en imposant la nécessité aux Patrons qu'il désigne, & qui le représentent, de présenter dans un moindre délai par la raison prise de la *Loi penult. Cod. de pact.*

Si le délai avoit été fixé à quatre mois pour l'intérêt public de l'Eglise, alors le Fondateur n'y pourroit toucher, parce qu'il est de maxime que *alteri per alterum iniqua conditio inferri non potest*, & que d'ailleurs ce délai seroit de droit public, auquel nulle convention privée ne peut porter atteinte.

Quoique le droit de Patronage laïque resserre extrêmement la liberté de l'Ordinaire qui se trouve astraint de donner l'institution au présenté par le Patron, *Canon. decernimus* 16, *quæst.* 7, l'Evêque étant regardé comme le collateur originaire de tous les bénéfices de son Diocese, selon le Concile d'Orléans, *Canon. omnes Basilicæ* 16, *quæst.* 7, n'est point assujetti dans le titre qu'il fait du bénéfice de Patronage laïque, par la négligence du Patron d'insérer qu'il confere

jure devoluto, puiſque l'inſtitution de l'Evêque eſt ce qui conſtitue proprement le titre, & que la préſentation ne donne point *jus ad rem nec in re* : de même que la réſignation *in favorem* qui tire toute ſa force de la proviſion du Pape ; en ſorte qu'on peut regarder l'Evêque comme le collateur ordinaire des bénéfices de ſon Dioceſe de patronage même laique, & qu'on ne peut pas dire qu'en cas de négligence du Patron, il les confere *jure devoluto*.

CHAPITRE XLIII.

Où doit être porté l'appel de la Sentence donnée ſur la fulmination d'un reſcrit de Rome, pour la diſpenſe d'une irrégularité publique.

LA doctrine de Fevret, de l'abus, liv. 9, chap. 3, *num.* 7, paroit contraire à la déciſion de l'arrêt rapporté dans ce chapitre ; cet auteur donne pour maxime que *l'uſage du Royaume eſt tel que les Evêques, quelque clauſe qui ſoit inſerée dans leurs commiſſions, & de quelque qualité que ſoit l'affaire pour laquelle ils ſont délégués*, autoritate Apoſtolicâ, *ne s'y entremêlent* quæ vi & poteſtate ordinaria, *c'eſt ce qui fait que les Sujets du Roi tant Eccléſiaſtiques que Laïques, en cas d'appel ne ſont jamais diſtraits à ce ſujet* [& il ajoûte immédiatement après] *que le Pape ne peut par ces reſcrits intervenir le degré naturel d'appel de l'Evêque au Métropolitain.*

D'où il faut conclure que l'appel d'une Sentence rendue par l'Evêque, comme délégué du Pape, doit être porté au Métropolitain.

Je crois que la doctrine de Fevret doit être entendue des cas dont l'Evêque connoît comme délégué né du St. Siege, & qui ne ſont point ſpécialement reſervés au Pape par les Conciles, dont la diſpoſition eſt reçue en France, ou par les Concordats ; mais nullement du cas dont il s'agit dans l'eſpece de notre arrêt, qui tombe ſur une abſolution réſer-

vée au Pape par le Concile de Trente, dont nous avons adopté le décret.

En effet, ſi le Pape eſt établi Juge naturel & immédiat, pour connoître du fait d'une irrégularité publique, encourue par un clerc, & pour en donner l'abſolution, il faut néceſſairement porter devant lui l'appel de la fulmination de la diſpenſe à laquelle l'Evêque a procédé comme délégué, & par commiſſion expreſſe; car tenant alors la place du Pape, ſon délégant, ſuivant la décrétale, *ſanè quia nos, extra de offic. & poteſt judic. deleg.* ce ſeroit porter l'appel de la Sentence de fulmination devant un Tribunal inférieur que de ſe pourvoir au Métropolitain.

Il y a des cas où l'Evêque, quoique délégué du Pape, procede néanmoins *vi & poteſtate ordinariâ*, comme eſt celui par exemple de la proviſion d'un bénéfice accordée par le Pape *in forma dignum*, *Solier ſur Paſtor*, *in addit. lib.* 2, *tit.* 13, l'Evêque étant proprement alors délégué-né du St. Siege, ſon refus d'accéder le *viſa*, donne lieu de ſe pourvoir devant le Métropolitain & non au Pape, quoique la proviſion émane de lui.

CHAPITRE XLIV.

Quand eſt-ce qu'une Chapelle eſt Sacerdotale?

IL ſuffit pour rendre une Chapelle ſacerdotale que la fondation porte qu'elle ſera conférée à un Prêtre, auquel cas il ne ſuffit pas à l'eccléſiaſtique de ſe faire promouvoir à la prêtriſe *intra annum*, comme lorſqu'il eſt pourvû d'une Cure ou d'un autre bénéfice qui requiert la prêtriſe *à lege*; mais il faut qu'il ſoit prêtre *actu* quand il s'agit d'un bénéfice ſacerdotal *à fundatione*, c'eſt la doctrine de Garcias, part. 7, cap. 10, n°. 57, qui cite un grand nombre de Canoniſtes pour appuyer ſa déciſion; nos Auteurs François tiennent la même doctrine, *Chopp. de ſacra polit. tit.* 3, *art.* 10.

cit. 10, & telle eſt la juriſprudence des arrêts.

Sur ces principes, les Auteurs ont décidé que les proviſions de Cour de Rome obtenues contre la fondation, ſont nulles de plein droit, & que le poſſeſſeur ne peut s'aider du décret de *pacificis*, cette regle n'étant pas faite pour ceux qui ont un titre radicalement nul; quand la fondation porte au contraire que le pourvû du bénéfice ſera prêtre ou en état de l'être au plûtôt, le pourvû peut ſe faire promouvoir dans l'année, ſuivant le chap. *licet*, *de electione in 6°*. Si le Pape donnoit à un clerc la proviſion d'un bénéfice dérogeant aux loix de la fondation, il y auroit lieu d'appeller comme d'abus de la fulmination de la ſignature apoſtolique. Il en eſt autrement d'un ſtatut fait par un Corps de Chapitre qui n'auroit point été confirmé par le St. Siege, (comme, ſi par exemple) le ſtatut portoit que certaines places du Chapitre demeureroient affectées aux Chantres de la Cathedrale, ou aux Choriſtes, & que le Pape eût admis une réſignation de ces places en faveur de toute autre perſonne avec dérogation aux ſtatuts, *non obſtantibus ſtatutis eccleſiæ*, il n'y auroit pas alors lieu à l'appel comme d'abus de l'exécution de la ſignature apoſtolique, par la raiſon que le Pape peut déroger aux ſtatuts des Egliſes qu'il n'a pas homologuées, mais nullement aux titres des fondations. C'eſt ainſi que la queſtion fut jugée par arrêt du Parlement de Paris, du 22 Avril 1625, rapporté par Fevret, de l'abùs, liv. 3, ch. 1, n°. 16, ſur quoi cet Auteur obſerve que les ſtatuts particuliers des Chapitres [quoique fortifiés par un long uſage] ne ſont pas ſi fort conſidérables qu'il les faille égaler au titre primordial de fondation. En effet la volonté a quelque choſe de ſi ſacré & de ſi favorable, que ni le Pape ni le Roi conférant en régale n'y peuvent déroger, & cela pour le maintien des fondations pieuſes. *Sed quod non poſſit inſtitutis facta in fundatione beneficii diminui iſtud eſt introductum in favorem fundatorum, quia dum videntur fundatores eorum ordinationes inviolabiliter obſervari invitantur. Ammoſius, ad fundationem eccleſiarum. Ruſcus, tract. jur. regal. privileg. 49, n°. 3.*

Les titres promordiaux de bénéfices, ſeront à l'avenir d'autant plus ſtables & hors d'atteinte, qu'il ne pourra être fait aucune fondation ni établiſſement qu'en vertu des lettres patentes du Roi, enrégiſtrées au Parlement : Voyez les articles 1, 2, & 3, de l'édit du mois d'Août 1749, concernant les gens de main morte : cet article 3, contient une exception qui confirme la regle, *n'entendons comprendre dans les deux articles précédents, les fondations particulieres qui ne tendroient à l'établiſſement d'un nouveau Corps, College ou Communauté, ou à l'érection d'un nouveau titre de bénéfice, &c.*

CHAPITRE XLV.

De la Regle veriſimili notitia obitûs.

IL faut obſerver avec Dumoulin, *ad reg. de veriſim. num.* 55, que la proviſion du Pape donnée *etiam per obitum*, a pour fondement la réſignation qui a donné lieu au départ du courier, & que dans ces circonſtances la demande *per obitum* n'eſt qu'acceſſoire à la réſignation, *principaliter primo impetravit beneficium viventis per obitum, ſed in conſequentiam mandati ipſius reſignantis*; d'où il faut conclure que la procuration *ad reſignandum*, étant emportée par la révocation de la réſignation faite avant qu'elle ait été admiſe en Cour de Rome, le bénéfice n'a pu être obtenu du Pape ſur la clauſe *etiam per obitum*, quoique le temps de la regle *de veriſimili* ſe trouve entre la proviſion & le décès ; car loin de favoriſer la demande, *etiam per obitum*, il faudroit au-contraire, s'il étoit poſſible, l'abroger comme ambitieuſe & dérogeante aux droits des collateurs ordinaires ; *Soüer ſur Paſtor, lib.* 3, *tit.* 2, *in addit.* quoique naturellement porté à ſoûtenir les proviſions expédiées en la Cour de Rome & les clauſes qui les favoriſent, eſt néanmois d'avis que la réſignation, ayant été duement révoquée avant l'arrivée du

courier à Rome, le bénéfice ne peut être obtenu par la clauſe ſpéciale, inſérée dans la ſupplique, *etiam per obitum*, par ces raiſons, 1. Que *actu principali annullato, annullantur omnes clauſulæ contentæ in eo, Gloſſ. in cap. ſi ſignificantibus, in fin. extra de offic. delegat.*

2°. Parce que la proviſion eſt obreptice, en ce que ſi le Pape eût été inſtruit de la révocation de la réſignation, il n'eût point accordé ſa proviſion, la réſignation ayant été le ſujet & le fondement du départ du courier & de la demande de la proviſion du bénéfice.

D'où il faut conclure que la proviſion obtenue dans ces circonſtances, ſur la demande *etiam per obitum*, eſt nulle, quoique le tems de la regle de *veriſimili notitia* ſe rencontre entre le décès & la proviſion, parce que cette demande n'étant qu'acceſſoire & accidentelle, tombe avec la demande principale, *cap. acceſſorium, de regulis jur. in 6*, & je crois cette déciſion devoir être ſuivie en pratique comme plus conforme à nos maximes, qui tendent à favoriſer le droit des collateurs ordinaires, qui ſe trouveroient néanmoins bleſſés, ſi l'on donnoit à la demande *etiam per obitum*, l'effet de pouvoir valider la proviſion du Pape, puiſque le collateur ordinaire ſeroit privé de faire le titre du bénéfice vacant *per obitum*, l'arrêt rapporté dans ce chapitre avoit jugé le contraire.

Solier ajoûte qu'il eſt indifférent pour la déciſion que la révocation de la réſignation ait été faite ou non, ſi le réſignant eſt décédé avant l'arrivée du courier à Rome, & la date priſe, n'y ayant pas de révocation plus expreſſe que celle qui ſe fait par la mort du réſignant, avant que la réſignation ſoit admiſe.

Le temps requis par la regle *de veriſimili*, dépend de la diſtance du lieu où ſe trouve le collateur, & ſe meſure par la proximité ou l'éloignement du lieu du bénéficier décédé, de celui de la réſidence du collateur; enſorte qu'il faut toujours qu'il ſe ſoit écoulé entre la mort & la proviſion un eſpece de temps ſuffiſant, pour que le collateur ait pû avoir

connoiſſance par un courier du temps du décès, & qu'il n'y ait aucun ſoupçon qu'on a couru le bénéfice d'un homme vivant contre la prohibiton des Canoniſtes, Dumoulin *ad reg. veriſim. num.* 27, *Gregor. Toloſan. in ſyntogm. lib.* 17. *cap.* 17.

Quand on impetre un bénéfice vacant par Sentence, le temps court à *die latæ Sententiæ.*

Le Roi conférant en régale, n'eſt point aſſujetti à cette regle par un privilege ſingulier de la régale, Brodeau ſur Louet, lettre R, ſomm. 47, num. 6, & lettre V, ſomm. 2.

¶ L'ambition qui ſe gliſſe juſques dans le Sanctuaire, a donné lieu à la regle de *veriſimili notitia obtûs* : cette regle qui part de la main de Benoît XII, fut introduite *ne per malas artes beneficia captarentur*, & pour remedier à l'abus qui régnoit dans l'impétration des bénéfices de s'en faire pourvoir, ſoit par l'Ordinaire, ſoit par le Pape, avant le temps qu'on eût pu avoir des nouvelles de la mort du bénéficier, tant par rapport à la différente diſtance des lieux, que du tems que peut employer un courier diligent & expéditif pour porter la nouvelle de la mort au collateur du bénéfice. *Molin. ad reg. de veriſim. notit. obit. n°.* 27, & Papon en ſes arrêts, liv. 3, tit. 4, n°. 2.

Suivant le privilege des François, l'arrivée du courier à Rome fixe la date de la proviſion ; enſorte que le temps preſcrit par la regle *de veriſimili*, ſe trouve entre le décès & le jour de l'arrivée : cela ſuffit pour établir qu'on n'a point fait une courſe ambitieuſe, & que le bénéfice étoit réellement vacant par mort au temps du décès du courier.

Venant à la queſtion qui fit la matiere de l'arrêt rapporté dans ce chapitre, & qui conſiſte à ſçavoir ſi cette clauſe *etiam per obitum*, inſerée dans la ſupplique du réſignataire, peut valider la permiſſion par lui obtenue du bénéfice comme vacant par mort, lorſque la réſignation qui a donné lieu au départ du courier a été révoquée après ſon départ & avant ſon arrivée à Rome ; cet arrêt décide que la proviſion du Pape eſt validée par la clauſe *etiam per obitum*, ſi le temps

de la regle s'y rencontre ; il y a apparence que dans l'eſpece de cet arrêt la révocation de la procuration faite après le départ du courier n'avoit point été ſignifiée au réſignataire avant le départ de ce même courier, ou avant qu'il eût pris date en Cour de Rome ; car cet une maxime conſtante, qu'une réſignation peut être révoquée avant qu'elle ſoit admiſe en Cour de Rome ; enſorte qu'il ne peut être rien expédié, ni aucune ſignature valable en Cour de Rome, ſi la révocation a été ſignifiée ou au procureur fondé ou au réſignataire de la part du réſignant. *Clem. unic. de renun. & Cabaſſ. in praxi. lib.* 2, *c.* 12 ; mais dans les circonſtances où il n'y a ici aucune révocation ſignifiée, le courier *habuit juſtam cauſam arripiendi itineris*, & la proviſion eſt validée par la clauſe *etiam per obitum*, ſi toutefois le temps de la regle s'y rencontre ; tel eſt notre uſage, quoiqu'il ſemble que la clauſe *etiam per obitum* renferme une précaution ambitieuſe, contraire à l'eſprit de la regle *de veriſimili notitia obitûs*.

CHAPITRE XLVI.

Si le Chapitre peut, le Siege vacant, deſtituer les Officiers de la Temporalité.

IL eſt ſurprenant que la queſtion décidée par l'arrêt du 6 Février 1670, ait pu faire la matiere d'un procès, puiſqu'on ne peut raiſonnablement penſer que le Chapitre, *Sede vacante*, ait droit de deſtituer les Officiers de la temporalité.

En premier lieu, c'eſt une maxime que *ad eum pertinet deſtitutio ad quem inſtitutio ;* l'inſtitution des Officiers exerçans la juſtice d'une temporalité appartenante à l'Evêque, comme Seigneur de la Terre, la deſtitution de ces Officiers lui eſt réſervée comme fruit de ſa Seigneurie, & ne peut conſéquemment être dévolue au Chapitre, *Sede vacante*, le Chapitre n'étant jamais ſubſtitué à la place de l'Evêque, *Sede*

vacante, pour ce qui concerne les droits temporels de l'Evêché ; mais ſeulement pour certains actes de la juriſdiction ſpirituelle, qu'on peut voir détaillés dans le traité qu'a fait *Franciſe de Pavin. de poteſtate Capituli ſede vacante.*

2°. Le droit d'inſtituer & de deſtituer ces Officiers, eſt un véritable fruit de la Seigneurie, auquel le Chapitre ne peut jamais prétendre, puis qu'il eſt exclus *Sede vacante*, de nommer aux Bénéfices qui ſont de la collation ou préſentation de l'Evêque, & cela par cette raiſon que la collation, *eſt in fructu, Gloſſ. in cap. cum olim, extra de major. & obedient.* & que les fruits appartiennent ſuivant les conſtitutions canoniques, non au Chapitre, *Sede vacante*, mais au ſucceſſeur de l'Evêque défunt, *cap. qui ſæpè, de elect. in 6. & Clement. ſtatutum, eod. titulo.*

Le ſeul cas où je crois que le Chapitre peut deſtituer les Officiers de la temporalité, *Sede vacante*, eſt celui où il ſe trouve coſeigneur temporel de la terre avec l'Evêque ; & cela par l'argument pris des chapitres, *quantò & novit. extra de iis quæ fiunt à Prelat. ſine conſenſu Capituli*, que pendant la vacance du Siege le Chapitre a droit de conférer les bénéfices dépendans de ſa collation commune avec l'Evêque; ce qui ſe fait alors par une eſpece de droit d'accroiſſement ; *Leg. re conjuncti, ff. de legat. 3. Chopin. de ſacr. polit. lib. 3. tit. 7. num. 7*, rapporte un arrêt du Parlement de Paris du 6. Mai 1750. par lequel l'appel comme d'abus interjetté par des Officiers de la temporalité de leur deſtitution faite par le Chapitre, *Sede vacante*, fut accueuillie. Brodeau ſur Louet, lettre O, ſomm. 2. num. 10. obſerve que le Chapitre a droit de deſtitution, s'il ſe trouve fondé en titre ou coutume & poſſeſſion centenaire vérifiée par écrit, *quia habet vim conſtituti tituli.*

Je crois que quand les Officiers de la temporalité viennent à décéder, *Sede vacante*, l'inſtitution en appartient au Roi, *jure regaliæ*, ou à l'économe propoſé à la régie des fruits, par la raiſon que c'eſt là un fruit du temporel de l'Evêché, ſur lequel le Chapitre ne peut porter ſa main, n'é-

tant point dépendant ni de la juriſdiction volontaire, ni contentieuſe de l'Evêque.

C'eſt encore une regle conſtante, que le Chapitre ne ſuccede point à l'Evêque pendant la vacance du Siege, *in iis quæ ſunt ordinis*, ni pour ce qui a été commis & délégué à l'Evêque par le Pape, *clementina 2. de Statu monach.*

CHAPITRE XLVII.

Du Viſa, *où il n'eſt pas fait mention de la préſence du Pourvû.*

LE Chapitre ne peut donner le *Viſa*, *Sede vacante*, aux pourvus en Cour de Rome, *in forma dignum*, s'il n'a indult ou titre exprès, pour cela la poſſeſſion ne pouvant lui faire titre comme étant abuſive. C'eſt ainſi que la queſtion fut jugée à l'audience de la grand'chambre, par arrêt prononcé le 13 Janvier 1711, par M. le premier Préſident de Bertier, ſur les concluſions de M. l'Avocat général Lecomte; plaidans Me. de Campa pour Me. Blanc, pourvû en Cour de Rome d'un Prieuré-Cure du Dioceſe de Mende, ſur réſignation; & Me. de Lardos pour Me. Chalvos Curé, appellant comme d'abus du *Viſa* accordé à Me. Blanc par les Vicaires Généraux du Chapitre de Mende, *Sede vacante*, ſur le mandat du Pape *de providendo*. Me. de Campa ſoutint en défendant ſa partie, que la poſſeſſion preſcrite du Chapitre d'accorder le *Viſa*, *Sede vacante*, lui faiſoit titre, & qu'elle établiſſoit cette préſomption en ſa faveur, qu'il en avoit le titre ou indult.

La Cour ordonna *qu'avant dire droit ſur l'appel comme d'abus, le Sindic du Chapitre de Mende, ſeroit appellé en cauſe à la diligence du Procureur-Général ou de la partie de Lardos, pour produire l'indult ou autre titre, en vertu duquel il prétend avoir droit d'accorder le* Viſa *par ſes Vicaires Généraux*, ſede vacante.

Les raiſons déterminantes de cet arrêt, furent ſans doute 1°. Que le Vicaire du Chapitre, *ſede vacante*, ne peut exercer *ea quæ Epiſcopo competunt ſingulariter & vigore delegationis, cap. Paſtoralis, extra de offic. ordinar.* Or l'Evêque procédant en ce fait comme délégué du Pape par la clauſe inférée aux proviſions, *committatur ordinario*, il s'enſuivoit que le Vicaire Général du Chapitre ne pouvoit jamais exercer ce droit, 2°. Que le Chapitre ne ſuccede jamais à l'Evèque, *ſede vacante*, pour ce qui concerne les fonctions annexées à l'Ordre épiſcopal, & les actes dans leſquels il procede comme délégué du ſaint Siege; *Garcias, part. 5. cap. 7. num. 42.* Le *Viſa* eſt un acte de ſa nature épiſcopal & perſonnel, *Concil. Trident. ſeſſ. 24. cap. 18.* à quoi ſont conformes les ordonnances de Blois & de Melun, 3°. Que le *Viſa* étant la conſommation de la proviſion du Pape qui n'eſt qu'un mandat *de providendo*, c'eſt proprement l'Evèque qui confere le bénéfice; la collation des bénéfices dépendant de l'Evèque, n'étant jamais dévolue au Chapitre, *ſede vacante, cap. illa, ne ſede vacante, de inſtit. in 6°.*

La poſſeſſion alléguée du Chapitre ne pouvoit lui faire titre, par la raiſon que ce qui eſt de l'ordre & du ſacerdoce épiſcopal, ne peut jamais être preſcrit contre l'Evèque, & qu'il procédoit ici comme délégué du Pape, *ut Epiſcopus.*

M. Dolive, liv. 1, chap. 16, rapporte un arrêt de la Cour, à la déciſion duquel ce dernier arrêt s'eſt conformé.

Les Evèques ne ſont point fondés à requerir le certificat de vie & mœurs, ni l'inſtitution & examen de ceux qui ſont pourvus par le Chapitre des Canonicats vacans qui ſont de ſa collation. C'eſt ce qui a été décidé par un arrêt de la Cour ſervant de reglement, en date du 15 Février 1718, prononcé à l'audience de la grand'chambre, plaidans Me. de Montaudier pour M. l'Evèque de Conſerans; Me. Lardos pour le Sindic du Chapitre.

Me. Giſcaro ayant été pourvû par le Chapitre de Conſerans d'un Canonicat; M. l'Evèque de Conſerans rendit des ordonnances d'interdiction contre lui, ſur le fondement qu'il

qu'il n'avoit point pris d'inſtitution de lui, qu'il n'avoit ni certificat de vie & mœurs, ni ſubi d'examen.

Me. Giſcaro, à lui joint le Sindic du Chapitre, fut appellant comme d'abus de ces ordonnances que la Cour déclara abuſives, en faiſant défenſes aux Evèques par forme de reglement ſur les réquiſitions de M. le Procureur-Général, de requerir certificat de vie & mœurs, ou examen dans les collations faites par le Chapitre, ni inſtitution pour les Canonicats de leur collation. La raiſon déterminante de cet arrêt, peut être priſe de ce que l'Evèque n'a point de ſupériorité ni d'inſpection ſur la collation d'un bénéfice, faite par le Chapitre quand ce bénéfice eſt *de corpore Eccleſiæ Cathedralis*; parce qu'à l'égard de ces collations, l'Evèque eſt réputé ſimple Chanoine. En effet, ſi la collation ſe fait *conjunctim*, & par tout le corps du Chapitre aſſemblé *collegialiter*, l'Evèque n'a que ſa voix comme un autre Chanoine; avec cet avantage néanmoins, que ſi les voix ſont partagées, le côté de l'Evèque l'emporte, *ut ponderoſior. Joann. de Selva*, 2. *part. quæſt.* 27. *quæſt. Felin. & alios quos citat.*

S'il étoit queſtion néanmoins de la collation de la Théologale ou d'une Prébende préceptoriale, l'inſtitution en appartiendroit à l'Evèque, parce que c'eſt à lui de connoitre par examen de la capacité requiſe par le concordat & les ordonnances, de la perſonne nommée par le Chapitre : Telle eſt l'obſervation de Pallor, *de Benef. Eccleſ. lib.* 1. *tit.* 9. *num.* 4.

CHAPITRE XLVIII.

De ce qui eſt néceſſaire pour acquerir par preſcription le droit de Patronage.

IL eſt conſtant que le droit de patronage peut être acquis par preſcription & par la coutume de préſenter, ſuivant la *Gloſſ. du Chap. conſultationibus, extra de jure Patron.* mais

il faut que cette poſſeſſion ait les qualités ſuivantes

1°. La bonne foi dans la perſonne du poſſeſſeur, *Gloſſ. eodem loco*, laquelle ne peut s'établir ſans une poſſeſſion paiſible & continue ; c'eſt-à-dire, qui ne ſoit point troublée durant tout ſon cours par un acte judiciaire, *pacificus poſſeſſor eſt qui nullam ſentit moleſtiam juris vel facti, judicialem vel extra judicialem* : c'eſt la doctrine de *Flamin. Pariſ. de reſign. lib.* 10. *quæſt.* 4. *num.* 12. qu'il appuie de pluſieurs autorités, & cette poſſeſſion doit avoir été continuée pendant l'eſpace de 40. ans, & doit être prouvée par titres & non par témoins, ſuivant la doctrine de Paſtor, *de Benef. lib.* 1. *tit.* 20. *num.* 14.

2°. Il faut, ſuivant le même Auteur, que cette poſſeſſion ſoit accompagnée de trois, ou du moins de deux préſentations, & qu'elle ſoit fondée ſur un titre coloré de patronage de fondation ou dotation du bénéfice ; car ſans titre coloré, il faut une poſſeſſion immémoriale qui fait préſumer le titre ; en effet, c'eſt une maxime conſtante en matiere eccléſiaſtique que la poſſeſſion ſeule ne fait point titre à la différence de la poſſeſſion profane, & qu'il faut que cette poſſeſſion ſoit aidée par un titre du moins coloré ; c'eſt la doctrine de Fevret, traité de *l'abus*, *liv.* 4. *chap.* 11. *num.* 6. *de Solier ſur Paſtor*, *lib.* 3. *tit.* 20. *in notis* ; & ce dernier Canoniſte ajoûte d'abord après qu'on doit réputer pour coloré le titre qui ſe trouve fait par celui qui a le pouvoir de le faire, le titre ſe trouvant pourtant défectueux par quelque défaut qui ſe rencontre, ou en la perſonne du collateur ou du titulaire, ou dans le titre même, *dic titulum coloratum eſſe eum qui proceſſit ab habente poteſtatem, defectu tamen aliquo in conferente vel collatario, vel ipſo titulo, vel alia ratione, injuſtus redditur* : il faut donc le concours de ces différentes qualités dans le titre fait par le Patron qui veut établir ſon droit de patronage par la coutume de préſenter.

Pour ce qui concerne la quaſi-poſſeſſion, le chap. *conſultationibus*, *extrà de jure Patron.* décide formellement que la

poſſeſſion de Patron rend valide le titre, & que par l'inſtitution qui eſt faite ſur ce titre, le droit au bénéfice demeure irrévocablement acquis à l'inſtitué, quoique le droit de patronage ſoit évincé au poſſeſſeur par le véritable propriétaire; mais cette poſſeſſion doit néceſſairement être accompagnée de la bonne foi, ſuivant la remarque de la Gloſ. ſur cette décrétale.

Au ſurplus, l'eſpece de l'arrêt du 6 Août 1681, eſt toute différente du cas où la poſſeſſion quarantainaire ſoûtenue par trois titres, acquiert la propriété du droit de patronage d'un bénéfice; ainſi il ne faut point être ſurpris ſi la déciſion eſt contraire aux maximes reçues pour acquerir par preſcription le droit de patronage. Il s'agiſſoit dans cette eſpece, non d'un bénéfice eccléſiaſtique & ſpiritualiſé, mais des places d'un College de fondation laïque : or ces places, que l'on nomme bourſes ou preſtimonies, n'ont aucun caractere de bénéfice, parce que ceux qui les poſſedent, n'ont à remplir aucune fonction ſpirituelle, ce qui eſt toutefois eſſentiel au bénéfice ſuivant les Canoniſtes; & dans ces circonſtances la poſſeſſion & les titres faits par le Pape étoient abuſifs, comme dérogeans à cette fondation toute profane en ſoi, & d'ailleurs intéreſſante pour la cauſe publique, conſéquemment on ne pouvoit oppoſer de preſcription, l'abus étant impreſcritible.

CHAPITRE XLIX.

Cas ſingulier, ou *titre fait* à non habente poteſtatem *ne laiſſe pas d'être bon.*

CEt arrêt qui adjuge le bénéfice conféré *à non habente poteſtatem* au pourvû, ſous prétexte de ſa bonne foi, me paroît rendu contre la pureté des maximes. 1°. La collation d'un bénéfice eſt une vraie donation, *cap. unic. §. porro, extra ut Eccleſ. Benef. ſine diminut. conferant*, d'où il faut

conclure que la choſe donnée pouvant être évincée au donataire qui la tient *à non Domino* par le véritable maitre, le bénéfice conféré *à non habente poteſtatem*, peut être légitimément impétré en Cour de Rome ſur la tête du pourvû. 2°. Il n'y a point de légitime poſſeſſion en matiere canonique ſans titre coloré, *cap. Beneficium, de reg. jur. in 6*, & pour qu'un titre ſoit coloré, il faut qu'il ſoit fait néceſſairement *ab habente poteſtatem*, Solier ſur Paſtor *in not. lib. 3, tit. ult.* fondé ſur l'autorité de la *Gloſ. Pragmat. Sanct. & ſur Guipap.* La bonne foi du pourvû ne ſuffit donc point quoiqu'elle doive accompagner la poſſeſſion fondée ſur un titre coloré.

3°. La collation eſt *in fructu, cap. cum olim, extra de cauſ. poſſ.* Or dans l'eſpece de cet arrêt Mr. de Perrefine Evêque de Rhodez ayant obtenu un arrêt du Conſeil, qui maintient les Vicaires Généraux qu'il avoit établis dans l'exercice de leurs fonctions, la collation d'un bénéfice dont il s'agit leur appartenoit de droit, comme un fruit & une dépendance de leur jouiſſance, & conſéquemment la collation faite par les Vicaires Généraux du Chapitre, étoit une véritable uſurpation du droit qui leur étoit acquis.

4'. La maxime priſe de la loi *Barbarius Philippus, error communis facit jus*, ne paroit point applicable à l'eſpece de l'arrêt. Dans le cas de cette loi l'intérêt des particuliers n'étoit nullement bleſſé, puiſque les jugemens rendus par l'Eſclave réputé publiquement homme libre, ne préjudiciant aucunement au droit d'un tiers, n'en étoient pas moins juridiques au fonds, n'y ayant d'irrégularité qu'en la forme par rapport à la qualité du Juge qui avoit prononcé, au lieu que la collation faite *à non habente poteſtatem*, bleſſant directement l'intérêt particulier du collateur légitime, ne peut ſubſiſter à ſon préjudice.

5'. Quoique la ſeule poſſeſſion en matiere profane puiſſe faire titre, & que par cette raiſon les jugemens rendus par cet eſclave fuſſent à l'abri de toute recherche, il n'en eſt pas de même en matiere de collation des bénéfices, où il faut né-

ceſſairement avoir un titre coloré de poſſeſſion, ſans quoi elle n'eſt jamais canonique.

CHAPITRE L.

De la réſignation d'un bénéfice dont l'union a été ordonnée pour avoir ſon effet après la mort du titulaire.

IL y a un arrêt contraire à la diſpoſition de celui de ce Parlement, rapporté dans le 2 tom. du Journal des Audiences, liv. 3, chap. 21, en date du 31 Mai 1660, par lequel il fut jugé que l'union d'une Cure au Chapitre de l'Egliſe de Brinon, faite par Mr. l'Archevêque de Sens, ſans avoir appellé le Patron & le Curé, étoit abuſive, par la raiſon que l'un & l'autre étoient les légitimes contradicteurs & défenſeurs des droits de cette Cure. Dumoulin dans ſa note ſur la queſtion 267, de Jean Galli, eſt du même avis, en combattant l'opinion de cet auteur qui tient la négative, & qu'il n'eſt pas néceſſaire d'appeller le Curé, puiſque l'union ne doit avoir ſon effet qu'après ſa mort, *contrarium*, dit Dumoulin, *ſervari in Gallia, & bene quia debent revocari rectores maximè in uniendis Eccleſiis parochialibus.*

Il ſemble en effet que le Curé doit être appellé; car comme il eſt d'uſage qu'on doit appeller dans les unions des bénéfices, tous ceux *quorum intereſt*, quoique l'union ne doive ſortir à effet qu'après la mort du Curé, & qu'il ſemble qu'il doive être par-là hors de toute intrigue; toutefois, comme le Curé eſt le défenſeur légitime des droits de ſon Egliſe qui eſt ſon épouſe, & que l'union eſt une eſpece d'aliénation du temporel de cette même Egliſe, ſuivant la remarque de Févret, traité de l'abus, liv. 2, chap. 4, num. 19, le Curé en cette qualité d'époux & de légitime adminiſtrateur, étant obligé de veiller à la conſervation des droits du bénéfice, on peut ſoûtenir qu'il eſt néceſſaire, pour cimenter l'union du bénéfice, qu'il ſoit appellé pour déduire les rai-

ſons, & les moyens d'oppoſition qui peuvent faire un obſtacle légitime à l'union.

Paſtor, de Benefic. lib. 1, *tit.* 4, *num.* 8, après avoir décidé que l'union peut être faite ſans préjudicier aux droits du Curé, en transferant l'exécution de l'union juſqu'après ſon décès, ajoûte que l'union étant ainſi faite, le Curé peut néanmoins réſigner ſa Cure *in favorem aut ex cauſa permutationis* entre les mains du Pape, en énonçant le décret d'union, auquel le Pape peut déroger *ſemel* ſur la demande du réſignataire, & pour lui ſeul perſonnellement: enſorte que l'exécution de l'union n'aura lieu dans ces circonſtances de dérogation du Pape, qu'après le décès du réſignataire; Paſtor fait mention d'un arrêt en date du mois de Mars 1651, qui le jugea ainſi.

¶ J'ajoûte à ce que j'ai ci-devant obſervé ſur ce qui fait la matiere de ce chapitre, qu'il faut ſelon moi, faire une diſtinction qui peut concilier les différents arrêts, priſe de la nature des bénéfices réſignés; s'il s'agit par exemple, d'un bénéfice ſimple dont l'union a été faite à un autre bénéfice pendant la vie du titulaire, je crois qu'on y peut procéder ſans avoir ouï le titulaire, l'union ne devant ſortir à effet qu'après ſa mort, pourvu que les formalités preſcrites d'ailleurs pour les unions des bénéfices ayent été obſervées; mais s'il s'agit d'une Cure ou autre bénéfice ayant charge d'ames, il faut que le titulaire ſoit appellé pour déduire les moyens d'oppoſition qu'il peut former contre l'union; ce que dit Rebuffe au lieu cité par l'Auteur, ne pouvant recevoir d'application aux bénéfices de cette derniere eſpece; ſuivant la police de ce Royaume atteſtée par Dumoulin, les unions des bénéfices ne ſont point favorables par elles-mêmes, parce qu'elles tendent à la diminution du ſervice divin; ainſi il faut plutôt les reſtraindre que les favoriſer. Il y a de deux ſortes d'union ſuivant le droit canon, l'une perpétuelle & l'autre temporelle; celle-ci regarde la perſonne, & la premiere tombe ſur le bénéfice même, *Rebuff. tit. d'union, benefic. n°. 7 & 8*; les unions perſonnelles ſont proſcrites en

France comme étant abuſives, les réelles ſont accueuillies, s'il conſte de la néceſſité ou de l'utilité de l'Egliſe, c'eſt de cette derniere eſpece qu'il s'agit dans ce chapitre.

A l'égard de l'union des bénéfices-Cures & à charge d'ames, elles ne peuvent en aucun cas être faites ſans ouïr le Curé titulaire, les paroiſſiens *& quorum intereſt*, c'eſt ainſi que la queſtion fut jugée par arrêt du Parlement de Paris de l'année 1575 ſur l'appel comme d'abus intercepté de l'union de la Cure de St. Pierre, de Douai en Anjou à l'Egliſe Collégiale St. Denis, qui fut caſſée par ce défaut comme abuſive, *Févret, traité de l'abus, liv. 2, chap. 4, n°. 26.*

S'il s'agit d'une union faite d'autorité du Pape, elle ne peut ſe faire ſelon nos maximes *in forma gratioſa*, mais après enquête *de commodo vel incommodo Eccleſiæ, & vocatis vocandis*, & il faut pour cela que le Pape délegue des Commiſſaires *in partibus* qui ſoient regnicoles ; car il y auroit abus ſi des Commiſſaires étrangers procédoient à cet égard. Les deſunions des bénéfices peuvent être faites pour les mêmes cauſes de néceſſité que les unions, & il faut y obſerver les mêmes formalités que pour les unions : c'eſt l'obſervation de *Févret, livre 1, chapitre 4, nomb. 3*, qui emploie ſur cela la regle de droit, *unumquodque debet diſſolvi eodem genere vinculorum quo colligatum eſt.* L'art. 24 de l'édit eccléſiaſtique de 1695. autoriſe les deſunions des dîmes d'un bénéfice pour l'érection d'une Cure, & attribue le pouvoir aux Archevêques & Evêques dans des cas de néceſſité; mais en y obſervant les ſolemnit. & procéd. accoutumées, ce qui s'entend de toute la procéd. qu'on ſuit ordinairement pour les unions des bénéfices.

Les Evêques procedent ordinairement à l'érection des Curés ſur la requête & demande des habitans, lorſque le beſoin du peuple le requiert, ſur une requête de *commodo & incommodo*. Le Promoteur doit être ouï dans cette procédure & y donner ſes concluſions ; mais l'union des dîmes ou des autres revenus eccléſiaſtiques pour former cette Cure, doit être meſurée ſelon la déclaration de 1686, & fixée à la ſomme de 300. liv. attribuée à tous les Curés du Royaume

par cette même déclaration & celle de 1690, ſelon l'art. 24. Ainſi l'Evêque excederoit les bornes de ſon pouvoir s'il démembroit une groſſe partie de la dîme d'un prieuré Curé, pour l'érection d'une Cure dans l'étendue de la dîmerie du prieuré, pour dorer la nouvelle Egliſe ou le Curé au de-là de la portion congrue de 300 liv. La cauſe légitime du démembrement des paroiſſes eſt au long inſerée dans Duperrai ſur l'article 24 déja cité, tom. 1. pag. 597; la néceſſité du peuple en eſt la raiſon déterminante, ſans qu'on doive enviſager l'intérêt particulier, & le lucre qui en peut revenir aux Curés; cet Auteur rapporte à ce ſujet un capitulaire de Charles le Chauve, qui a été adopté par le Pape Alexandre III, dans le chap. *ad audientiam, extra de eccleſ. ædificandis.*

CHAPITRE LI.

Des Conſeillers-Clercs des Parlemens, & de la préſence qui leur eſt accordée. De la préſence des Bénéficiers malades.

L'Arrêt rendu en faveur de Mr. de Lairac, eſt du 24 Mars 1689, dans l'eſpece ſuivante. Mr. de Lairac Chanoine au Chapitre Collégial de St. Gaudens, ayant été pourvû de l'office de Conſeiller en la Cour, donna requête à ce que les diſtributions qui ſe payent par ſtatut de ce Chapitre en grains, & une fois l'an, lui fuſſent adjugées, quoiqu'il ne pût réſider dans ſon bénéfice, vu le ſervice perſonnel qu'il doit au Roi, & que les autres diſtributions qui proviennent des obligations, obits, & anniverſaires qu'il ne peut gagner, cedent non au profit de ceux qui aſſiſtent au chœur, mais de la fabrique.

Par l'arrêt, les diſtributions priſes ſur la groſſe des fruits, & payables en grain, lui furent adjugées par proviſion; & il fut ordonné que le ſindic du Chapitre ſeroit appellé: depuis la Cour convertit l'arrêt proviſionnel en définitif, & ſur le

le ſurplus de la requête appointa à bailler par écrit ; plaidans Me. de Carue pour Mr. de Layrac, & Me. de Gourdon pour le ſindic du Chapitre.

Les chanoines Conſeillers-Clercs actuellement ſervans au Parlement, gagnent les gros fruits de leurs prébendes ; ils ne perdent que les diſtributions manuelles qui ſe font au chœur en argent après le ſervice, ſuivant les arrêts rapportés par Mr. Louet, lettre C. ſomm. 24, & Mr. Maynard, liv. 1, chap. 60.

La faveur des études a porté les Cours à adjuger aux chanoines abſens, *ſtudiorum cauſâ*, les gros fruits de leurs prébendes, mais non les diſtributions manuelles du pain qu'on faiſoit aux préſens : c'eſt la diſpoſition des arrêts rapportés par Brodeau ſur Louet, lettre C, ſomm. 6, *in fine*. Les chanoines abſens pour la députation de l'aſſemblée générale du Clergé, ont plus de privilege ſur cette matiere, que les Conſeillers-clercs ou étudians dont nous venons de parler, puiſqu'ils ont droit de percevoir les fruits entiers de leurs prébendes, même les diſtributions manuelles pendant les ſéjours qu'ils ſont obligés de faire à cette occaſion ; ce qui eſt ainſi décidé par les reglemens du Clergé, confirmés par les arrêts.

Les chanoines chapellains de nos Rois ont le même avantage de pouvoir percevoir les gros fruits de leurs prébendes, par privilege du Pape Pie II. ainſi que l'obſerve la Gloſe de la *Pragmat. tit. qualiter horæ ſint dicendæ, verbo Teneantur* ; mais ils ne peuvent retirer les diſtributions manuelles qui ſe font au chœur après le ſervice, & qu'on appelle quotidiennes.

Il faut remarquer ici que dans l'eſpece de l'arrêt de Mr. de Layrac, ce chanoine faiſoit demande, non des diſtributions manuelles & journalieres qui ſe font après le ſervice, mais des diſtributions qu'on fait une fois l'année en grains ſur la groſſe des fruits, ce qui lui fut accordé par proviſion, parce que la Cour regarda ces diſtributions comme gros fruits de la prébende, mais qu'à l'égard des autres diſtribu-

tions qui étoient quotidiennes comme les anniverſaires & obits, il ſe contenta de demander qu'elles cédaſſent au profit de la fabrique, ſur quoi il fut appointé à bailler par écrit. La Cour ne lui adjugea donc point les anniverſaires ni les fondations, & cela n'eſt point dû en effet aux abſens, quand la diſtribution s'en fait journellement au chœur après le ſervice fait.

CHAPITRE LII.

De la Sentence interlocutoire du Juge d'Egliſe.

LEs arrêts rapportés dans ce chapitre ſont conformes à la police du royaume, qui a adopté ſur ce point la diſpoſition de la pragmatique-ſanction & du concordat, ſuivant laquelle dans le tribunal eccléſiaſtique, la voie de l'appel eſt formée quand il y a trois ſentences conformes de trois différents dégrés de juriſdiction en définition, & deux pour les interlocutoires. *Ab interlocutoriis autem ſecundo, à definitivis verò tertio, provocare non licet : decernimus, ſed volumus ſecundam ſententiam interlocutoriam conformem, & tertiam definitivam etiam conformem (omni morâ ceſſante) executioni debitæ demandari debere, in concord. de frivol. appell. §. ab interlocutoriis.* Sur quoi Rebuffe obſerve que les ſentences ſont réputées conformes, quoiqu'il y ait quelque choſe de différent & de changé, *in ſummis vel qualitatibus*, pourvu qu'elles ſoient concordantes pour le fonds, *nihilominus in quo conveniunt conformes dicuntur.* Si la 2 ſent. interlocut. infere un grief irréparable en définitive, & qui touche au fonds, on peut en appeller ; la gloſe de la pragmat. de *frivol. appell. ut litis &c. in verbo Non habente*, s'exprime ainſi, *ergo ab interlocutoria vim definitivè habente, poterit appellari ſicut à definitivâ.* La raiſon en eſt que le grief qu'infere l'interlocutoire ne pouvant être réparé dans le jugement du fonds, ce ſeroit paſſer condamnation ſi on acquieſçoit à pareil-

le Sentence : or dans ces circonſtances deux ſentences interlocutoires conformes ne ferment point la voie de l'appel à la partie.

Au ſurplus ces ſentences ſoit interlocutoires, ſoit définitives ne peuvent être miſes à exécution par commandement & ſaiſie que d'autorité du Juge royal, *Févret, de l'abus, liv. 4, chap. 1, n. 1.*

CHAPITRE LIII.

En quel ſens le Legs Pieux eſt regardé comme dette.

SUivant la diſpoſition du droit nouveau, l'héritier ne peut point détraire de quarte falcidie ſur les legs pieux ; enſorte qu'ils paſſent tout entiers à la cauſe pie, *auth. ſimiliter, Cod. eod. leg. falcid.* en quoi le droit ancien eſt abrogé, ſelon lequel *etiam ex legatis deo relictis, falcidia detrahebatur, Leg. 1. §. ad municipalem, ff. ad leg. falcid.* Il en eſt de même de la quarte trébellianique, l'héritier grevé de rendre à la cauſe pie ne peut en faire la détraction, *Leg. ſi quis ad declinandum 49. Cod. de Epiſc. & Cleric. & Ferr. quæſt 188.* Guypape fondé ſur la doctrine d'Alexandre & de Dumoulin.

Je crois qu'il faut excepter de cette regle deux cas. Le premier, quand l'héritier grevé eſt chargé de rendre avant ſa mort, & dans un temps limité par le teſtateur. Le ſecond, lorſque l'héritier grevé laiſſe des deſcendans dont l'exiſtence n'empêche pas l'effet du fidéicommis.

Je fonde mon opinion ſur ces raiſons. 1°. Qu'il eſt de maxime que la cauſe pie ſe trouvant en concours avec les enfans, ne jouit point de ſon privilege ; la faveur des enfans étant ſans contredit plus grande ſur les biens de leurs peres que celle de la cauſe pie, puis qu'elle trouve ſon fondement & dans les loix immuables de la nature, & dans les deſirs des parens même, ſuivant l'expreſſion des loix, *Leg. 7. ff. de bon. damnat. Leg. in ſuis, ff. de ſuis & legit. hæred. Leg. 7. §. ult. unde liberi, eod.*

Si le privilege de la cauſe pie ceſſe en faveur des enfans, & dans le concours, il en faut revenir au droit commun, ſelon lequel l'héritier grevé de rendre peut faire la détraction de la quarte comme l'héritier pur & ſimple de la falcidie ; & c'eſt par cette raiſon que les docteurs décident, que quand la cauſe pie eſt grevée de fidéicommis à l'égard d'autre cauſe pie, elle peut faire la détraction de la quarte trébellianique, ſuivant la remarque de Ferriere, *loco ſuprà*.

2°. Que ſuivant les conſtitutions canoniques, les enfans ſont ſi privilégiés qu'ils peuvent en même-temps faire la détraction de la légitime & de la quarte, ſur l'hérédité de leurs peres, *cap. Raynut de Clera, extra de teſtam.* ce qui s'obſerve inviolablement dans les jugemens ; d'où je conclus que les enfans n'étant privés, ni par le chapitre *Raynutius*, ni par aucun autre texte du droit, de faire la détraction de la trébellianique, quand la cauſe pie leur eſt ſubſtituée, rien n'empêche cette détraction, étant fondés en droit commun.

3°. Que les loix civiles qui prohibent la détraction des quartes falcidie & trébellianique, *favore cauſæ piæ*, ne faiſant point mention expreſſe du concours des enfans héritiers purs & ſimples, ou grevés de fidéicommis, ils ne ſont pas cenſés compris dans leurs diſpoſitions, par cette regle que les perſonnes privilégiées de droit ne ſont jamais cenſées compriſes dans la diſpoſition des loix & ordonnances, s'il n'en eſt fait mention expreſſe. Or rien n'eſt plus privilégié que les enfans ſur les biens de leurs peres, la quarte falcidie & la trébellianique ſe réglant par les mêmes loix, ſuivant le droit nouveau ; il faut en dire de même de la falcidie dans les deux cas ci deſſus exceptés, & décider que les enfans héritiers inſtitués ſe retranchant à leur quarte falcidie, peuvent la prendre indiſtinctement, & ſur les legs pieux & ſur les autres, l'autentique *ſimiliter* ne devant être appliquée qu'aux héritiers collatéraux ou étrangers du teſtateur, mais nullement aux enfans, n'étant pas à préſumer que les mêmes loix qui leur donnent tant d'avantage ſur les biens de leurs peres, ayent entendu les en exclure par un privilege extraordinaire, accordé à la cauſe pie.

CHAPITRE LIV.

Comment ſuccedent les Jéſuites ſortis de leur Compagnie, après leurs Vœux.

PAr arrêt d'audience du 10 Juin 1710, il a été jugé à la grand'chambre, que les Jéſuites de la Maiſon Profeſſe de Toulouſe devoient jouir du privilege des Religieux mendians, à l'effet de pouvoir porter leurs cauſes en premiere inſtance en la Cour, au nom de M. le Procureur-général, prenant leur fait & cauſe.

Il s'agiſſoit dans l'eſpece de cet arrêt d'une évocation d'inſtance de diſtribution, pendante au Sénéchal de Toulouſe, dans laquelle le Sindic de la Maiſon Profeſſe étoit partie, comme créancier : cette évocation étoit demandée par M. le Procureur-général, prenant le fait & cauſe de cette Maiſon, le Sindic adhérant à ſes concluſions.

La Cour démit par ſon arrêt, Mirande, Poiſſon, & Panebœuf créanciers, de leur demande en renvoi devant le Sénéchal, & ordonna qu'il ſeroit procédé devant elle ; plaidant Me. de Cauſade pour le Sindic de la Maiſon Profeſſe.

Cet arrêt eſt fondé ſur ce que cette maiſon a les mêmes privileges que les mendians. Les Religieux qui la compoſent ayant fait les trois vœux de pauvreté, de chaſteté & obéiſſance ſont réputés vrais Cénobites ; en ſorte qu'ils ne peuvent ſortir de la compagnie pour entrer dans un autre Ordre, à celui des Chartreux près, ſuivant la Bulle *de Gregoire XIV. de l'an* 1591. A quoi ſe joint une autre conſidération, que cette maiſon fait une ſinguliere profeſſion de pauvreté évangélique, puiſqu'elle ne poſſede aucun immeuble, & qu'elle mérite d'ailleurs d'être diſtinguée par ce privilege, ſi l'on conſidere les travaux infatigables des Prêtres qui la compoſent, ſoit dans la diſtribution du pain de la parole, ſoit dans

l'adminiſtration des Sacremens ; ſoit dans les autres pénibles fonctions du Sacerdoce.

¶ C'eſt une maxime autoriſée par la police du Royaume, que le Religieux après les vœux ſolemnels de chaſteté, pauvreté & obéiſſance ſont réputés morts civilement, & conſéquemment inhabiles à recueuillir des ſucceſſions, ſoit teſtamentaires, ſoit *ab inteſtat*, & cela même avec diſpenſe du Pape, & ils ne peuvent ſortir du tombeau de cette mort civile qu'en réclamant contre leurs vœux, s'ils ſe trouvent radicalement nuls, par quelque contrainte, violence, ou ſurpriſe dont on ait uſé à leur égard. Et pour cet effet le réclamant doit recourir à l'autorité du Pape, & obtenir un reſcrit délégatoire *in partibus* à des commiſſaires du Royaume pour être fulminé, & en conſéquence informé des faits articulés par l'impétrant, cette réclamation doit être faite dans les cinq années *poſt emiſſa vota* ; terme fatal ! duquel le Pape ne peut relever. Quoique le Religieux profès ſoit inhabile pour recueuillir des ſucceſſions en entier, ou en partie, il ne l'eſt pourtant pas, malgré la mort civile pour recevoir par teſtament un legs en forme de penſion alimentaire & viagere. *Quia legata illa in facto non in jure conſiſtunt, atque ideo interveniente capitis diminutione perſeverant, leg.* 10, *ff. de capit. minut.* Sur ce fondement la juriſprudence des arrêts autoriſe pareilles penſions. Louet & Brodeau, lettre L, ſom. 8, ſoit en grains, ſoit en argent ; ainſi ſi dans l'eſpece de l'arrêt rapporté dans ce chapitre rendu au rapport de Mr. Caſtaing, il ſe fût rencontré un legs fait au Jéſuite, lui tenant lieu de penſion viagere, & pour ſuppléer à ſes beſoins journaliers, ce legs auroit ſans doute ſubſiſté en ſon entier. Les Jéſuites ſont réputés cénobites & mendians après l'année de profeſſion, lors de laquelle ils font les trois vœux ſubſtantiels, comme il eſt porté par la Bulle de Gregoire XIII. de l'an 1584, & quoiqu'après leurs vœux, ils ſoient réputés morts civilement, toutefois je les crois habiles à recevoir une penſion viagere pour ſubvenir à certains beſoins auſquels la religion ne fournit point : l'arrêt rapporté dans ce chapitre a donc rangé avec

ſondement les Jéſuites ſous les mêmes loix que les autres religieux, en les déclarant incapables des ſucceſſions échues depuis leur profeſſion : mais comme par un point ſingulier de leur inſtitut, ils peuvent être licentiés ou congédiés, par la compagnie, avant d'avoir fait leur quatrieme vœu ſolemnel ; ce fut là le motif de l'arrêt qui les déclara habiles aux ſucceſſions à échoir après leur ſortie arrivée avant ce dernier vœu ſolemnel. Fevret, *liv.* 4, *chap.* 7, *num.* 14, obſerve que les Jéſuites ſont compris au nombre des religieux dès qu'ils ont fait les ſimples vœux ; que néanmoins par l'inſtitut de leur compagnie, ils ne ſont point exclus du droit de ſuccéder qu'après leur dernier vœu ſolemnel & public, depuis lequel ils ſont obligés de ſuivre la pauvreté évangélique ; & ſur ce fondement, par l'édit de rétabliſſement de leur ſociété en France ſous le regne d'Henri IV. il eſt porté qu'étant licentiés de leur compagnie avant le quatrieme vœu, ils pourront rentrer en leurs droits comme auparavant. Mais lorſque cet édit fut préſenté au Parlement de Paris pour être homologué, on fit une grande difficulté ſur cet article. Mr. l'Avocat Général Servin fut député vers le Roi pour remontrer à ſa Majeſté que cet article choquoit directement l'intérêt du Royaume & des familles, parce qu'elles ſeroient dans une perpétuelle incertitude, ſi les Peres Jéſuites, nonobſtant leurs vœux retenoient la propriété de leurs biens, pour y rentrer après avoir été congédiés par leurs ſupérieurs. Que par-là, les mariages & les alliances ſeroient troublés. Le Pere Cotton de ſon côté fit valoir l'inſtitut de leur compagnie ; mais le Roi ne voulut point toucher à cet article.

L'arrêt de l'année 1658, rendu après partage, paroit très-juridique par les raiſons qui lui ont ſervi de fondement.

CHAPITRE LVI.

Du Vice-Légat d'Avignon.

LA matiere traitée dans ce chapitre a beſoin de quelques obſervations qui y ont du rapport, & une connexité parfaite ; en premier lieu, il eſt certain que juſques au huitieme ſiecle, les cauſes majeures, même concernant la juriſdiction eccléſiaſtique, étoient dévolues aux Evêques comprovinciaux, qui en décidoient en dernier reſſort, & qu'on ne connoiſſoit point les reſcrits délégatoires *in partibus* des Papes, ni les fulminations des commiſſaires apoſtoliques, à ce députés pour les diſpenſes de mariage ou autres ; les fauſſes décrétales qui parurent en France ſur la fin du regne de Charlemagne, de la fabrique d'Iſidore Mercator eſpagnol d'origine, commencerent de corrompre la diſcipline eccléſiaſtique ſur ce point ; & Gratien compétiteur peu fidele des épîtres décrétales des Papes, voulant élever leur puiſſance, attribua au ſeul ſiege de Rome ce qui étoit auparavant dévolu aux Evêques ou aux Conciles provinciaux ; Thomaſſin, de la diſcipline eccléſiaſtique, tom. 1, liv. 1, chap. 4 ; toutefois comme il a toujours été un point de nos libertés, de nous régler ſur ces matieres par l'ancienne police de l'Egliſe, les Papes voulant d'un côté laiſſer à ce Royaume un veſtige de cette ancienne liberté, & cherchant de l'autre à ſe maintenir dans les nouveaux attributs que les Décrétales, dont nous venons de parler leur attribuoient, trouverent ce tempérament de déléguer des commiſſaires *in partibus* & ſur les lieux, pour connoître des matieres qu'ils s'étoient réſervées à leurs ſieges, ſoit en premiere inſtance, ſoit par appel ; mais les Papes commettoient ſouvent des Juges étrangers, *& extra patriam litigantium*, comme il réſulte du chapitre *exhibitâ* 19, *extra de judici.* le Pape Boniface rectifiant cette conſtitution, *cap. ſtatutum, de reſcript.*

cript. in 6°. ordonna qu'à l'avenir le ſaint ſiege ne pourroit déléguer d'autres commiſſaires que du dioceſe des parties collitigantes, ſi elles y étoient réſidantes.

Pour les cauſes majeures, où dont l'appel eſt dévolu au ſaint ſiege, le Pape eſt obligé ſuivant le concordat de donner ſon reſcript délégatoire à des commiſſaires nationaux, *uſque ad finem litis.* Telle eſt la diſpoſition du concordat; & s'il arrivoit qu'une des parties fît citer l'autre à Rome, il y auroit lieu d'en appeller comme d'abus; *Galliæ pratica eſt, ut hoc caſu appelletur ab abuſu ad ſenatum qui illum abuſum reformat. Rebuff. in concord. tit. de cauſis*, le privilege des François eſt donc tel, qu'ils ne peuvent être diſtraits hors du Royaume pour le jugement des appels rendus par le Juge eccléſiaſtique, & que le Pape ni ſon Légat *à latere*, ne peuvent connoitre des matières eccléſiaſtiques, ſoit pour citation ou autrement, quoiqu'il y eût conſentement des parties; ce qui a même lieu à l'égard de ceux qui ſe prétendent exempts & immédiatement ſujets quant à ce au St. Siege, pour le regard deſquels le Pape peut ſeulement commettre *in partibus*, c'eſt-à-dire dans les lieux où la cauſe doit ſe traiter de droit commun, même dans le Dioceſe des patties inſtanciées, deſquels Juges les appellations doivent pareillement y être traitées par Juges du Royaume à ce délégués juſques à déciſion finale, & en cas de contravention de la part du Pape, il y a lieu d'intercepter appel comme d'abus de l'érection de ſes reſcrits: Pithou, des libertés de l'Egliſe gallicane & le Comment. art. 45 & 46.

Au ſurplus les reſcrits délégatoires du Pape ne peuvent être adreſſés qu'à des eccléſiaſtiques conſtitués en dignité, *cap. ſtatutum, de reſcript. in 6°.* cette pratique a ſon fondement dans le droit civil; le Pape incitant en cela les Princes ſéculiers qui, établiſſant des commiſſaires ou des délégués pour l'expédition de certaines affaires, quoique perſonnes privées, leur imprimoient par cette commiſſion un caractere au-deſſus des magiſtrats ordinaires; *lege præcipimus, cod. de appellat. leg. 5. cod. de judiciis.*

Au ſujet du Vice-Légat d'Avignon ; Fevret, de l'abus, *tom.* 1. *liv.* 2. *chap.* 7. *n.* 4, obſerve qu'il ne peut valablement exercer ſa légation dans le Royaume, qu'après la vérification de ſes pouvoirs au Parlement d'Aix, de Toulouſe & de Grénoble, qui y appoſent des modifications & reſtrictions conformes à la police du Royaume ; ainſi, étant réputé étranger, il ne peut, ſuivant cette même police, fulminer des reſcrits délégatoires *in partibus*.

CHAPITRE LVII.

De la dépouille d'un Religieux.

FEvret, de l'abus, tom. 1, liv. 2, chap. 2, obſerve que le pécule du Religieux appartenoit anciennement au Monaſtere à l'éxcetpion de l'Abbé commendataire, à moins que cet Abbé ne fût Cardinal, auquel cas, à cauſe de l'éminence de la dignité, & qu'il étoit réputé Religieux du Pape, on lui adjugeoit le pécule du Religieux, & il ajoûte que, comme aujourdhui la commende paſſe pour un titre en France, dans cette vue les Parlemens adjugent préſentement les dépouilles du Religieux aux Abbés commendataires ſoit Cardinaux ou non ; & en effet, les arrêts du Parlement de Paris rapportés par *Brodeau ſur Louet*, *Lettre* R, *ſomm.* 42, en ont décidé de même ; toutefois la juriſprudence de ce Parlement atteſtée par notre auteur, & fondée ſur les anciens préjugés rapportés par Mr. de Cambolas, me paroit plus conforme aux regles eccléſiaſtiques, & conſéquemment mériter la préférence. En effet, le Concile de Trente, *de regular. ſeſſ.* 25, *cap.* 2, s'exprime ainſi ; *nemini igitur regularium, tam virorum quam mulierum, liceat bona immobilia, vel mobilia cujuſque qualitatis fuerint, etiam quoviſmodo, ab eis acquiſita, tamquam propria, aut etiam nomine conventûs poſſidere vel tenere, ſed ſtatim ea ſuperiori tradantur, conventuique incorporentur.* D'où il faut conclure que les biens, qui forment le pécule du Religieux au temps de ſon décès, doivent être

réunis à la maſſe des biens de ſon couvent après avoir paſſé par la main du ſupérieur, *ſuperiori tradantur conventuique incorporentur* ; c'eſt du ſupérieur clauſtral & régulier que le Concile parle, & non d'un abbé commendataire, ce que la ſuite du chapitre met en évidence : telle eſt encore la diſpoſition du ch. 2, *& eum ad monaſterium, ext. de ſtatu monach.*

Il faut ſe rapprocher autant que l'on peut de l'ancienne diſcipline de l'Egliſe, qui eſt toujours la plus pure, nos abbés commendataires ne ſont à proprement parler, que des abbés poſtiches, ſubſtitués à la place des véritables & originaires abbés, qui formoient un ſeul & même corps avec leurs religieux, comme fait le chef avec les membres du corps humain : or en ſuivant l'ordre naturel, le chef participe à tous les avantages ou attributs de ce corps humain, avec toutes les parties qui le compoſent ; il eſt juſte que le ſupérieur & les membres qui forment cette ſociété de cénobites, ſuccedent au pécule du religieux, par droit de communauté : l'abbé commendataire ne peut être regardé de cet œuil ; car la commende n'eſt dans ſon origine, qu'une ſimple économie temporelle, confiée à une perſonne eccléſiaſtique, & non un titre incommutable du bénéfice ; & de ce dépôt ou adminiſtration des revenus eccléſiaſtiques, il en devoit être rendu compte. Ces commendataires ſont appellés dans le droit canon, ſimples gardiens ou procureurs conſtitués au régime des fruits du bénéfice, *cuſtodes rei ſervandæ cauſa, cap.* 1°. *decret. Honor. III. de eo qui mitt. in poteſt. rei ſervandæ cauſa, & gloſſ. in cap. nemo, de elect: & elect. poteſt. in* 6°. or quoique par un dérangement de la diſcipline eccléſiaſtique, contre lequel tous les canoniſtes ſe ſont élevés, la commende ait paſſé en titre de bénéfice, & que par ce détour un eccléſiaſtique ſéculier puiſſe aujourdhui tenir un bénéfice régulier en commende à titre irrévocable, reſte toujours que *origine inſpectâ*, & ſuivant la pureté de la diſcipline monaſtique, l'abbé ou le ſupérieur régulier du monaſtere doit jouir de la dépouille ou pécule du religieux par droit de puiſſance monachale, & que cette dépouille doit

tourner au profit du monaſtere ; l'abbé commendataire ne pouvant être enviſagé comme chef de ce corps, dont le religieux décédé étoit un des membres.

CHAPITRE LVIII.

De la Regle de infirmis reſignantibus, *à l'égard des permutations faites entre les mains de l'Ordinaire.*

L'Arrêt de la Cour qui a jugé que la regle de 20 jours a lieu dans les réſignations faites entre les mains de l'Ordinaire *ex cauſa permutationis*, eſt fondé ſur quelques anciens préjugés, ſoit de ce Parlement, ſoit de celui de Paris, rapportés par M. Maynard, liv. 1. chap. 54, par Papon, liv. 3. tit. 2. & par Charondas en ſes réponſes, liv. 1. chap. 18 ; la raiſon déterminante de cette déciſion, étoit priſe de la faveur de l'Ordinaire dans les collations des bénéfices, & de ce que la regle de 20 jours, ayant été introduite pour maintenir cette faveur, il falloit lui donner ſon effet dans les collations forcées & néceſſaires que fait l'Ordinaire *ex cauſa permutationis.*

Fevret en ſon *traité de l'abus*, *liv* 2. *chap.* 6. *num.* 8. obſerve que cette juriſprudence n'eſt plus d'uſage, & qu'il a paſſé que la regle de 20 jours n'a pas lieu dans les permutations admiſes par l'Ordinaire, par cette raiſon que l'Ordinaire n'eſt pas ſi préciſément adſtraint de conſerver le bénéfice au copermutant, qu'il ne puiſſe par un préalable s'enquerir s'il y a fraude ou non dans la permutation, ou ſi elle n'eſt point colluſoire, & faite au préjudice de ſon droit de collation ; Chopin *de Sacra polit. liv.* 1. *tit.* 3. *num.* 3. rapporte pluſieurs arrêts du Parlement de Paris, qui ont décidé que cette regle n'a pas lieu dans les permutations faites entre les mains de l'Ordinaire, & c'eſt l'opinion de Chopin lui-même, *ac propterea*, dit-il, *ſi is qui apud ordinarium vel purè vel in permutantis gratiam, dimiſerat ſacerdotium vitâ deceſſerit ante viceſimum ab ordinarii collatione diem, non infrin-*

gitur collatio ex ceſſione hujuſmodi expedita, nec quaſi cedentis obitu vacuum eſt ſacerdotium impetrandum ; Dumoulin tient le même langage ſur la regle *de infirm. num.* 13. *ſi igitur ordinarius contulerit per reſignationem ex cauſa permutationis, non poterit ampliùs conferre per obitum in vim hujus regulæ, quia regula non diſponit de collatione ordinarii* : Les arrêts rapportés par Louet, lett. 1. ſomm. 5. & par Brodeau, ont ſuivi cette déciſion ; & Brodeau fait des obſervations en cet endroit, qui me paroiſſent déterminantes, pour faire pencher la balance du côté du préjugé qu'il rapporte. 1°. Que la commune opinion des Docteurs eſt, que la regle de 20 jours n'a point lieu *in ordinariis collatoribus*, & n'a point été faite ni publiée pour eux en la Chancellerie de Rome. 2°. Que la cauſe finale de cette regle a été d'empêcher que les bénéfices ne ſe perpétuaſſent dans les familles, & ne ſe rendiſſent héréditaires par la malice de ceux qui, étant tombés en extrémité de maladie, réſignoient leurs bénéfices entre les mains du Pape en faveur de leurs parens ou domeſtiques ; & c'eſt en effet la remarque de l'ancienne gloſe des regles de la Chancellerie ſur la regle 18. *in princip.*

J'eſtime donc qu'il faut décider conſtamment que la regle de vingt jours ne doit point avoir lieu dans les réſignations faites entre les mains de l'Ordinaire *ex causâ permutationis*, s'il n'y a pas lieu de ſoupçonner la fraude & la colluſion dans les copermutans ; & c'eſt ainſi que le réſout Me. Bouthillier grand canoniſte, ſur la regle *de infirmis*, comme l'a remarqué Brodeau ſur Louet, *lettre P. ſom.* 42. *Solier ſur Paſtor, in novis addit. liv.* 3. *tit.* 7. eſt de cette même opinion : il y a divers cas de fraude préſumée dont parlent Lotier & Brodeau, *loco ſuprà*, & que les arrêts ont déterminés.

La réſignation *ex cauſa permutationis* d'un bénéfice dont l'Evêque eſt collateur alternativement avec ſon Chapitre, admiſe par l'Evêque, remplit ſon tour ; c'eſt ainſi que cette queſtion fut jugée à l'audience de la grand'chambre, par arrêt prononcé par Mr. le premier Préſident de Bertier, le 26 Avril 1717, en faveur de Me. Imbert, de la ville de

Pezenas, contre Me. Delmas. Plaidans pour Imbert, Me. de Montaudier, & pour Delmas, Me. d'Aſtruc, ſur les concluſions de Mr. de Tournier, Avocat-général.

Mr l'Evêque d'Agde étoit collateur alternativement avec le Chapitre de Pezenas du bénéfice en litige ; il avoit pourvû ſur permutation le dernier titulaire ; le bénéfice ayant vaqué dans un mois affecté aux gradués, Delmas qui avoit inſinué ſon grade, ſe fit pourvoir par l'Evêque ; Imbert qui étoit gradué comme lui, & qui avoit pareillement inſinué, fit acte de requiſition au Chapitre, qui refuſa de lui faire titre, ce qui lui donna lieu de ſe retirer, *jure devoluto*, devant l'Evêque ſupérieur immédiat, qui refuſa pareillement ; Imbert ſe pourvut en la Cour par appel comme d'abus, tant du refus qui lui avoit été fait, que du titre fait à Delmas par Mr. l'Evêque. La Cour, diſant droit ſur cet appel, déclara y avoir abus au titre fait à Delmas ; ce faiſant, maintint Imbert au plein poſſeſſoire du bénéfice, à la charge par lui d'en prendre le titre canonique.

Cet arrêt eſt conforme à la doctrine de la gloſe de la Pragmatique, *tit. de collat. §. item quod omnia, in verbo Faciendæ*, qui donne pour maxime, que toutes les fois que deux collateurs conferent alternativement, comme, par exemple, le Roi & l'Evêque, certaines prébendes ou canonicats, le tour de l'Evêque ſe trouve rempli, s'il a admis la permutation du bénéfice, par la raiſon que la vacance *per ſimplicem reſignationem* eſt une vraie vacance, *ut patet in cap. dudum, de præb. in 6.* Rebuffe eſt du même avis, *in concordat. de mandat. apoſtol. §. 1. pag.* 684, & ajoûte que la déciſion a lieu, quoique celui à qui la proviſion a été donnée ſur permutation, ſoit décédé ſans avoir pris poſſeſſion ; ſur quoi il rapporte un arrêt du Parlement de Paris du 17 Août 1504, rendu entre Me. Pierre Remley & Jean Jacques.

CHAPITRE LIX.

Du Théologal.

LEs pénibles fonctions de Théologal lui méritent ſans doute d'avoir la préſence au chœur pour toutes les heures, & de gagner non-ſeulement les gros fruits de ſa prébende, mais même les diſtributions manuelles qui ſe font pour les obits ou anniverſaires, & qui ſont un émolument journalier attachés à ceux qui ſont préſens & deſſervans. Le Théologal eſt dans ſon inſtitution le conducteur de l'Evêque dans la diſtribution de la parole évangélique, qui eſt le pain dont l'ame des fideles doit être nourrie : le Théologal mérite conſéquemment d'être diſpenſé de cette préſence, puiſqu'il eſt aſſujetti par ſes fonctions à un travail continuel ; c'eſt celui de l'étude indiſpenſable pour remplir dignement l'étendue de ſes fonctions. Brodeau ſur Louet, lettre P, ſomm. 46, n. 9, obſerve qu'il faut rapporter l'origine de nos Théologaux au Concile de Latran, tenu ſous le Pape Innocent III. l'an 1215, chap. 10, où après avoir été montré que la parole de Dieu eſt la nourriture de l'ame, d'où dépend le ſalut des chrétiens, & qu'il arrive bien ſouvent que les Evèques, auſquels la diſtribution de cette parole a originairement été dévolue, n'y peuvent pas vacquer aujourdhui en perſonne, leur miniſtere étant beaucoup plus chargé de fonctions, il leur eſt enjoint de choiſir des perſonnes ayant les talens & la capacité requiſes pour prêcher dans les Cathédrales.

La Pragmatique-Sanction, ſe conformant à la détermination du Concile, a ſtatué que l'Evèque diocéſain, collateur ordinaire des prébendes, ſera tenu de conférer la premiere qui viendra à vacquer à un licentié ou docteur en Théologie, ayant dix ans d'étude dans une Univerſité fameuſe, à la charge par lui de réſidence, & de prêcher & faire leçon en Théologie deux fois, ou une fois au moins, chaque ſemaine, s'il ne lui ſurvient quelque empêchement légitime, & ve-

nant à manquer à ſon devoir, il ſera privé par ordonnance du Chapitre, de ſes diſtributions manuelles de toute la ſemaine. D'où il faut conclure que ces diſtributions lui appartiennent de droit commun en rempliſſant les obligations de Théologal. *In Pragm. tit. de Collat. §. quæ ſequuntur.* L'ordonnance d'Orléans en l'art. 8 porte, qu'en chacune Egliſe Collégiale ou Cathédrale ſera réſervé une prébende affectée à un docteur en Théologie, de laquelle il ſera pourvû par l'Archevêque, Evêque, ou Chapitre, à la charge qu'il prêchera & annoncera la parole de Dieu chacun jour de Dimanche & fêtes ſolemnelles, & aux autres jours fera lecture publique de la ſainte Ecriture trois fois la ſemaine, & ſeront tenus les chanoines d'y aſſiſter par privation de leurs diſtributions. Neron ſur cet article remarque que le Concordat ne parle que des Egliſes Métropolitaines ou Cathédrales, §. *Statuimus, de Collat.* & par l'art. 33 de l'ordonnance de Blois, poſtérieure à celle d'Orléans, il eſt dit que cet article 8 demeura confirmé, excepté pour les Egliſes où il n'y a que le nombre de dix préb. outre la princip. dignité.

L'ordonnance d'Orléans, qui parle des Egliſes Collégiales, eſt ſuivie en ce point pour les arrêts des Parlemens, puiſque Févret, traité de l'abus, tom. 1, liv. 2, chap. 5, n. 21, rapporte un arrêt du Parlement de Dijon du 15 Février 1567, rendu au profit de Hudre de la ville de St. Lazare d'Avalon, contre le Chapitre de l'Egliſe Collégiale, qui ordonne que ledit Chapitre fourniroit annuellement la ſomme de 150 l. pour être employés à l'entretenement d'un Théologal qui prêcheroit la parole de Dieu dans ladite ville, & c'eſt conformément à ce qui eſt porté par nos ordonnances royaux.

Févret obſerve encore dans le même lieu, que le Pape Alexandre III. écrivant à l'Archevêque de Lyon, lui mande que de tout temps les Egliſes de France avoient deſtiné une prébende au Théologal, & en effet les capitulaires de Charlemagne, *lib.* 1, *cap.* 72, & le Concile de Meaux, canon 35, font mention de *Presbytero Theologo;* & les fonctions de ce Prêtre Théologal étoient non-ſeulement de prêcher la parole

parole de Dieu, mais de faire des leçons publiques de Théologie, ce qui dans la ſuite a été dévolu à la Faculté, qui fait partie de l'Univerſité depuis qu'elles ont été formées ſous la troiſieme race de nos Rois.

CHAPITRE LX.

Si l'aſſignation ſuffit pour interrompre la preſcription du triennal poſſeſſeur du Bénéfice.

Si c'eſt au dévolutaire ou au poſſeſſeur à prouver le vice ou la validité du titre du Réſignant.

Si les proviſions ſont ſubreptices, lors qu'il y a été expoſé que le Bénéfice in commendam obtineri conſueverat, *quoiqu'il ne ſoit pas établi qu'il y ait d'autre commende que celle du prédéceſſeur immédiat.*

Le dévolutaire doit venir prêt.

REbuffe, *tract. de pacific. poſſeſſ. num.* 169. exige deux choſes, pour établir le trouble dans le poſſeſſeur triennal. 1°. Une aſſignation pourſuivie de la part du dévolutaire. 2°. Une communication de ſes titres en jugement, ce qui s'obſerve ſelon lui parmi nous, *hodie omnia iſta non requiruntur, ſed duo tantùm videlicet citatio & ejus executio, ſecundo juris, in judicio exhibitio quod ſervatur in Franciâ.* La pratique de ce Parlement eſt contraire à cette doctrine, puiſque ſuivant l'uſage une aſſignation duement libellée, & en la forme preſcrite par l'ordonnance de 1667, interrompt toute ſorte de preſcription, ſoit en matiere civile ou eccléſiaſt. la conteſtation en cauſe n'étant pas néceſſaire pour cela.

Au ſurplus, il eſt conſtant que le décret *de pacificis* ne peut ſervir à celui qui ſe trouve incapable par état de pouvoir remplir le bénéfice, comme ſi c'eſt un régulier qui ſoit pourvû d'un bénéfice ſéculier; de quoi Brodeau, ſur Louet, lett. B, ſomm. 12, rapporte des arrêts fondés ſur ce que la regle *regularia regularibus* eſt plus ancienne que le décret *de*

pacificis poſſeſſoribus ; ce décret ne peut même ſervir à un religieux qui, ſans diſpenſe de ſon ſupérieur, poſſede paiſiblement depuis plus de trois ans une Cure dépendante d'un ordre, ſuivant l'arr. du 7 Sept. 1613, rapporté par Brod. *eod.*

Cette même déciſion a lieu quand un ſéculier poſſede un bénéfice régulier, à moins que l'état du bénéfice n'ait été changé par une poſſeſſion de 40 années de la part des ſéculiers ; *Paſtor*, *de benef. lib.* 3. *cap. ult. num.* 25, quoique tout dévolutaire doive venir prêt & muni des titres néceſſaires pour fonder le dévolut, le poſſeſſeur triennal eſt obligé d'exhiber le titre de ſa poſſeſſion, autrement il paſſeroit pour *intrus* ; *Paſtor*, *loco ſupra*, *num.* 5 ; Solier ſur le nombre 7, eſt oppoſé à Paſtor, en ce que celui-ci avance qu'après dix ans de poſſeſſion paiſible, le titulaire du bénéfice n'eſt pas tenu de faire foi du titre de ſa poſſeſſion ; Solier le reprend avec raiſon, puis qu'on ne peut point argumenter du poſſeſſoire profane au bénéficial, & que dans celui-ci on tient pour maxime que nulle poſſeſſion ne peut établir le droit ſans titre coloré ; ainſi en tout temps le poſſeſſeur du bénéfice eſt obligé de faire foi de ſon titre.

Le vice de ſubreption ou d'obreption du titre, ou de la proviſion du bénéfice, peut être couvert par la poſſeſſion triennale, de même que ſon défaut d'inſinuation & d'enrégiſtrement requis par les ordonnances royaux ; *Paſtor*, *loco ſupra*, *num.* 19 *&* 20 ; la raiſon qu'il en donne eſt, qu'il ſuffit pour s'aider du décret *de pacificis*, d'avoir un titre coloré, quoi qu'il ſoit défectueux ; d'ailleurs il faut ici obſerver que par l'art. 15 de la déclaration de 1646, concernant le controlle des proviſions des bénéfices, tous dévolutaires pourvus en Cour de Rome ſont obligés de prendre poſſeſſion des bénéfices impétrés dans l'année de la date de leur proviſion, & de faire appeller devant le Juge royal leurs contendans au bénéfice dans les trois mois après la priſe de poſſeſſion, autrement ils demeureront déchus du droit par eux acquis en vertu de leur proviſion, avec défenſes aux Juges d'y avoir égard.

Il faut obſerver encore avec Mornac, ſur la loi 6, *ff. de his qui notant infam.* que nous ne ſuivons pas l'ordonnance de Blois, en ce qu'elle porte, que tout dévolutaire ſera tenu de faire juger le procès dans les deux ans.

CHAPITRE LXI.

Si le Juge d'Egliſe peut admettre en preuve de la promeſſe de mariage, & s'il peut ordonner que les Parties, dont l'une refuſe, ſe préſenteront devant un Prêtre pour la célébration du mariage.

DAns les oppoſitions qui ſont formées à la célébration d'un mariage, il faut diſtinguer celles qui tombent ſur le lien du ſacrement, comme s'il y a allégation de promeſſe ou de contrat de fiançailles de la part d'une des parties, d'avec celles qui regardent l'intérêt civil ou temporel, comme ſont les oppoſitions des peres & curateurs.

Les oppoſitions concernant le lien, ſont de la compétence du Juge d'Egliſe, les autres du reſſort du Juge laïque; c'eſt la diſtinction qu'en donnent les loix eccléſiaſtiques, part. 3. chap. 5. art. 1. num. 25, ſuivant la doctrine de Fevret, & l'arrêt qu'il rapporte, traité de l'abus, liv. 5. chap. 1. num. 11. la connoiſſance du Juge d'égliſe eſt ſi fort reſtrainte à ce qui eſt de *fœdere*, qu'il ne peut étendre ſa juriſdiction aux queſtions de fait qui s'y préſentent incidemment.

La Cour juge conſtamment que l'Official peut ordonner incidemment la preuve par témoins des faits qui ſont allégués pour la déciſion des queſtions qui ſont portées devant lui, & dont il eſt compétant; c'eſt ainſi que la choſe fut jugée par arrêt du 11 Avril 1724, à l'audience de la grand'-chambre, dans la cauſe de Frere Cambon, contre le ſieur de Prades & la dame de Cambon ſon épouſe, & le Sindic du monaſtere de Grandſelve, plaidans Me. de Lardos, d'Aſtruc & de Baſtard, ſur les concl. de M. l'Av. gén. de Saget.

La Cour déclara n'y avoir point d'abus dans la ſentence

de l'Official de Toulouſe du 8 Novembre 1723, en ce qu'il avoit ordonné la preuve du fait de violence, dont la tante de Frere Cambon avoit uſé pour l'obliger à ſe faire Religieux; ce fait avoit ſervi de fondement au reſcrit de ſécularisation, obtenu par Frere Cambon, dont la fulmination avoit été commiſe à l'Official de Toulouſe.

La connoiſſance des oppoſitions formées aux mariages par le pere, appartiennent au ſeul Juge ſéculier, ſans que l'Official puiſſe en connoître ni décerner des citations à ce ſujet; c'eſt ainſi que la queſtion fut jugée à l'audience de la grand'-chambre, par arrêt du 15 Décembre 1718, ſur les concluſions de M. Lecomte, Avocat-général, dans l'eſpece ſuivante.

Le ſieur de Pugnet, mineur de 30 ans, paſſa un contrat de fiançailles ſans le conſentement de ſon pere, après lui avoir fait des actes de reſpect; le pere forma des oppoſitions à ce mariage par un acte; le fils donna requête à l'Official de Cahors aux fins de faire aſſigner devant lui ſon pere, pour ſe voir débouter de ſon oppoſition; l'Official appointa cette requête, en conſéquence de laquelle l'aſſignation fut donnée.

Le pere ayant interjetté appel comme d'abus de l'ordonnance de l'Official, la Cour par ſon arrêt déclara y avoir abus en la citation; évocant l'inſtance, démit le pere de ſon oppoſition; Mr. le premier Préſident de Bertier prononça l'arrêt, plaidans Me. d'Aſtruc pour l'intimé, & Me. Sol pour l'appellant.

Le 27 Mai 1718, la Cour rendit un arrêt à l'audience de la grand'chambre, dans un appel comme d'abus, interjetté par Me. Garrigue, Prêtre, pour lequel plaidoit Me. Aſtruc; la nommée Jeanne Vermis intimée, plaidant pour elle Me. Neret, par lequel il fut jugé que l'Official de Rodez avoit commis abus, en ce qu'il avoit adjugé ſur les biens de Me. Garrigue une proviſionnelle de 20 liv. à ladite Vermis, plaignante pour fait de groſſeſſe; ce même arrêt rejetta le moyen d'abus, pris de ce que la ſentence définitive, avoit condamné ce prêtre à une aumône de 100 liv. applicable à

l'enfant procréé de ſes œuvres, & cet autre moyen pris de ce que l'Official avoit décrété la plainte d'un ajournement ſans information préalable.

L'Official commet abus toutes les fois qu'il prononce la caſſation d'un contrat de mariage paſſé ſous le ſceau royal; & que pour raiſon des dommages & intérêts demandés par une des parties, il ſe ſert du terme de *renvoi* devant le Sénéchal, ainſi jugé le 27 Janvier 1711 à l'audience de la grand'-chambre, par arrêt prononcé par Mr. le premier Préſident de Bertier ſur un appel comme d'abus, interjetté de l'ordonnance de l'Official par le nommé Reday, contre Sarraſin. Plaidans, Mes. de Latournerie & Dozun.

C'eſt une entrepriſe de la part de l'Official ſur la juriſdiction royale de prononcer ſur la caſſation d'un contrat paſſé ſous le ſceau du Roi, & il ne peut uſer du terme de *renvoi* devant le Juge royal, même ſubalterne, parce qu'il n'a point de ſupériorité, ni d'empire ſur lui, qui eſt le cas où le terme de renvoyer peut être employé par le Juge royal ſupérieur à l'égard de l'inférieur: l'Official ne peut uſer d'autre terme, ſi ce n'eſt qu'il n'entend empêcher que pour la demande en dommages, les parties ne s'y pourvoient pardevant qui il appartiendra.

Par l'arrêt que je viens de rapporter, la Cour déclara y avoir abus dans la ſentence de l'Official, qui avoit prononcé la caſſation du contrat de fiançailles, & renvoyé la demande en dommages devant le Juge royal; l'Official fut condamné en 5 liv. d'amende envers le Roi, pour l'entrepriſe.

Sur la forme que doivent garder les Officiaux dans la prononciation de leurs ſentences, on peut voir *Févret, de l'abus, tom. 2, liv. 7, chap. 3.*

CHAPITRE LXII.

Si un Chanoine régulier qui, ayant permuté ſa Chanoinie avec une autre du même Ordre, revient dans ſa premiere Chanoinie, reprend ſon rang.

QUand deux compagnies ou deux corps ſe trouvent égaux en rang & dignité, & qu'un membre de l'un de ces corps a paſſé dans l'autre, & en a exercé les fonctions, s'il vient a rentrer dans le premier corps où il fut originairement inſtallé, il ne peut ſans doute y prendre ſon rang & ſéance que du jour de la rentrée ; ce qui doit à plus forte raiſon avoir lieu, quand il arrive que la perſonne s'eſt ſéparée du premier corps pour entrer dans un inférieur, diſtinct en fonctions & en rang, & qu'elle ſe dépouille enſuite de ce dernier état, pour reprendre le premier. Alors on peut avec bien plus de raiſon appliquer la maxime que *rang une fois perdu ne ſe récouvre point* ; c'eſt ainſi que la queſtion fut décidée dans l'aſſemblée des Avocats de ce Parlement, contre deux Avocats du barreau, qui ayant paſſé à l'état de Procureur, après avoir prêté le ſerment d'Avocat en la Cour, & ſuivi le barreau en cette qualité, & y ayant enſuite exercé pendant pluſieurs années cet état, ſe dépouillerent de leurs offices, & voulurent rentrer dans le barreau, & y prendre leur rang & ſéance du jour de leur matricule ; les Avocats immatriculés depuis leur ſortie du barreau, formerent oppoſition à leur demande, ſur le fondement qu'ils avoient perdu leur rang, & qu'ils ne pouvoient le recouvrer, puiſqu'ils y avoient formellement renoncé en deſcendant dans un état inférieur, & dont les fonctions ont toujours été incompatibles, ſur-tout dans les Cours ſupérieures. Sur quoi le barreau rendit, *unâ voce*, une déciſion conforme qui fut applaudie dans le Palais, & à laquelle il fut acquieſcé de bonne grace de la part de ces deux Avocats ; & comme le grade

d'Avocat eſt indélébile, le barreau leur donna ſéance du jour de leur rentrée, en adjugeant la préſéance ſur eux aux Avocats immatriculés depuis leur ſortie du barreau.

Il en ſeroit ſans doute autrement ſi l'Avocat, qui a poſtulé au Parlement, avoit poſtulé d'une façon paſſagere, & ſans être immatriculé dans le barreau de quelque Sénéchal du reſſort, & qu'après s'y être arrêté, il revînt dans le premier barreau; le rang & ſéance lui ſeroient accordés depuis ſa matricule, par la raiſon, que les fonctions d'Avocat s'exercent ſans mêlange, aux Parlemens & aux Sénéchaux; que c'eſt-là, un or pur & ſans alliage; fonctions reconnues nobles, libres, & indépendantes par-tout où elles ſont ainſi exercées. J'eſtime pourtant que s'il s'étoit écoulé un eſpace de temps ſuffiſant pour faire préſumer que l'Avocat n'a pas eu un eſprit de retour au barreau du Parlement, ou qu'il eût manifeſté ſa volonté par des actes oppoſés à ce retour, alors il auroit perdu ſon premier rang, *argumento ducto à §. pavones, inſtit. de rer. diviſ.* où l'Empereur décide que les pigeons, animaux domeſtiques par leur nature, s'étant écartés de leur gîte, ne ſont plus préſumés domeſtiques, s'ils ont perdu *animum revertendi*, c'eſt-à-dire l'habitude de leur gîte naturel; mais ſi l'Avocat n'avoit fait autre acte que de s'éloigner du barreau du Parlement, ou pour des affaires domeſtiques, ou pour des procès, ſans s'être introduit dans un barreau ſubalterne, il pourroit, ſelon moi, reprendre ſon rang, *res enim de facili ad priſtinum ſtatum redeunt, cap. ab exordio, diſtinct. 35, & Gloſſa Pragmat. Sanct. in præmio, verbo Univerſis.*

CHAPITRE LXIII.

Du dévolut, & comment ſe doit entendre la maxime qu'il faut atteindre le vice ſur le front de celui ſur qui on jette le dévolut.

BRodeau ſur le ſomm. 10, num. 2, des arrêts de Louet, lettre B, décide formellement, & rapporte un arrêt pour appuyer ſa déciſion, qu'un dévolut obtenu en Cour de Rome ſur une cauſe qui emporte vacance du bénéfice de plein droit, n'ayant point été ſignifié à l'injuſte poſſeſſeur qui paſſe pour titulaire, n'empêche point l'effet de la réſignation, & notamment de la démiſſion pure & ſimple, faite & admiſe *ante litem notam*, ni ne prive pas le ſucceſſeur qui eſt en bonne foi, le réſignant duquel n'a point été troublé. Brodeau rapporte deux autres arrêts du Parlement de Paris, qui ont jugé que la priſe même de poſſeſſion du dévolutaire, venue à la connoiſſance du poſſeſſeur illégitime, ne l'empêche pas de réſigner le bénéfice, s'il n'y a point eu de demande judiciaire, ni de procès intenté de la part du dévolutaire avant la réſignation. Dumoulin *ad regul. de public. num.* 203, rapporte deux arrêts anciens du Parlement de Paris, qui ont décidé que la réſignation étant admiſe *ante citationem & litem notam* de la part du dévolutaire, empêchoit l'effet du dévolut.

Suivant ce préjugé, il faut un trouble de fait, qui ne peut s'établir que par une inſtance formée en conſéquence du dévolut, pour lier les mains au poſſeſſeur, & l'empêcher de réſigner ſon droit.

Les raiſons qu'allegue notre auteur, pour appuyer les arrêts qu'il rapporte, ſont. 1°. Que le dévolutaire, ayant acquis *jus ad rem* par ſon impétration, il n'eſt pas raiſonnable que les proviſions poſtérieures du réſignataire du bénéfice prévaillent. 2°. Qu'il eſt de l'intérêt public d'empêcher l'effet

l'effet de pareilles réſignations, par les fraudes qui peuvent s'y pratiquer, ſur la découverte ou connoiſſance qu'on peut avoir des dévoluts.

A la premiere de ſes raiſons, on peut répondre que le dévolutaire, ſuivant la doctrine de Loter, *de re benefic. lib.* 2, *quæſt.* 44. *num.* 4. n'eſt pas cenſé avoir un titre par la proviſion obtenue en Cour de Rome; mais ſeulement une action ou faculté de recourir à l'office du Juge qui doit prononcer dans ſa juriſdiction contentieuſe ſur la demande & défenſe des parties; donc la proviſion obtenue ſur dévolut n'eſt point abſolue, & emporte néceſſité d'intenter une action contre le poſſeſſeur injuſte du bénéfice; & cette raiſon me paroit déciſive, pour ſe ranger du côté des arrêts du Parlement de Paris.

Elle ſert encore à réfuter l'argument tiré du chapitre, *Si abſenti, de præbend. in* 6. que la proviſion du Pape donne *jus ad rem*: cette maxime n'a pas lieu dans les proviſions données ſur dévolut, par la raiſon que cette eſpece de proviſion n'eſt pas abſolue, mais donne ſimplement droit d'intenter une action devant le Juge laique, pour le poſſeſſoire du bénéfice; il faut donc que l'action ſoit intentée pour pouvoir lier le poſſeſſeur, & l'empêcher de réſigner valablement ſon droit.

Quant à l'autre raiſon du compilateur, je crois que ſi le réſignataire eſt conſtitué en bonne foi, & qu'il n'y ait point de colluſion entre lui & le réſignant, la réſignation ſe trouve à l'abri de tout ſoupçon de fraude, qui eſt un cas excepté de droit, à quoi j'ajoûte que le rolle des dévolutaires étant odieux, le réſignataire qui ſe trouve titulaire de bonne foi, mérite la préférence que les arrêts rapportés par Dumoulin & Brodeau lui donnent.

C'eſt une maxime conſtante, que dans tous les cas le contendant en matiere de bénéfices, a la main-levée des fruits par le décès de l'autre, quoique le demandeur en main-levée ſoit un dévolutaire, dont le rolle eſt peu favorable. Il y a deux arrêts de la grand'chambre, rendus à l'au-

dience, qui l'ont ainſi jugé. Le premier en date du 11 Juillet 1720, plaidans Me. de Lardos & Aſtruc; & le ſecond, le 15 du même mois & an, plaidant Me. Neret.

Par arrêt du 3 Février 1719, rendu à l'audience de la grand'chambre, Préſident M. de Bertier, en faveur de Me. Chabert, Prêtre de la Doctrine chrétienne; il fut jugé que la maintenue des fruits d'un bénéfice en litige, accordée par arrêt, doit ſubſiſter juſqu'au jugement du fonds Me. Chabert étoit dévolutaire, ſon contendant étoit décédé pendant l'inſtance; ce qui lui avoit donné lieu d'obtenir un arrêt le 19 Décembre 1719, de main-levée des fruits. Me. Goiran ayant été pourvû du bénéfice comme vacant *per obitum*, forma oppoſition envers cet arrêt, ſur ce fondement qu'il ne devoit ſubſiſter que juſqu'à ce qu'il parût un nouveau pourvû : l'arrêt le démit de ſon oppoſition, plaidant pour le dévolutaire, Me. d'Aſtruc.

CHAPITRE LXIV.

Des Marguilliers.

Et s'ils peuvent répudier un Legs fait à l'Egliſe, ſous prétexte de ſon inſuffiſance pour le Service dont il eſt chargé.
Du droit de concéder les Sépultures.

IL faut diſtinguer à l'égard de la réduction du ſervice porté par une fondation, la néceſſité qui peut ſe rencontrer de faire cette réduction par rapport à la diminution du revenu des biens, d'avec la maniere de procéder à la réduction; la connoiſſance de l'inſuffiſance des revenus & les diſcuſſions des parties ſur ce point, ſont de la ſeule compétence du Juge laïque, à qui ſeul appartient de prononcer s'il y a lieu ou non, de faire la réduction, après avoir examiné ſi les biens donnés ou légués pour ſervir de fonds à la fondation, ſont ſuffiſans ou inſuffiſans pour en remplir les charges; c'eſt

donc devant le Juge laïque qu'il faut ſe retirer pour cela.

Quant à la réduction elle-même, comme c'eſt une choſe purement ſpirituelle, il faut ſe pourvoir devers l'Evêque ordinaire des lieux, pour obtenir l'ordonnance de réduction, après avoir obtenu jugement qui déclare y avoir lieu de faire ladite réduction : c'eſt ainſi que la choſe fut jugée par un arrêt du Parlement de Bordeaux du 16 Juin 1693. rapporté dans les déciſions de Lapeyrere, 3. édit, lett. S, num. 81.

Les marguilliers ſont non-ſeulement fondés en droit de concéder des ſépultures, à l'excluſion des Evêques & Curés des égliſes, mais des bancs même, ſuivant les arrêts rapportés par Fevret, traité de l'abus, liv. 4. ch. 9. num. 5. & par Brodeau ſur Louet, lettre E, ſomm. 9.

Les marguilliers ne peuvent être contraints, ni de prêter ſerment entre les mains de l'Evêque lors de leur élection, ni même de rendre compte devant lui de leur geſtion, quoique l'Evêque puiſſe en cours de viſite, ſe faire repréſenter les comptes de la fabrique de l'Egliſe : c'eſt la doctrine de Mr. Durant, *quæſt.* 42. *num.* 11. *fondée ſur les arrêts rapportés par Chopin, de ſacr. polit. lib.* 2. *tit.* 2. *num.* 78. L'Evêque même ni ſon Official, ne peuvent prendre connoiſſance de la validité ou invalidité de l'élection des marguilliers ſans abus, ſuivant l'arrêt dont fait mention M. Dolive en ſa nouvelle addition ſur le chap. 21 du liv. de ſes arrêts.

Le 7 Décembre 1719, fut rendu arrêt d'audience, prononcé par M. le premier Préſident de Bernet, entre la Dame de Rupé, épouſe du Sieur Chevalier Delherm, & le Chapitre de Lautrec, par lequel ladite Dame fut maintenue au droit de ſépulture de ſes ancêtres, qui étoit dans le chœur de l'Egliſe collégiale de Lautrec ; & il fut ordonné que le Sieur de Rupé, prébendé du même Chapitre, frere de cette Dame, qui avoit été enterré dans une chapelle, ſeroit exhumé aux frais du Chapitre, & ſes oſſemens portés au tombeau de la famille, ſi mieux le Chapitre n'aimoit faire un ſervice, lors duquel on porteroit la biere & le drap mortuaire ſur le tombeau de la famille de Rupé, & qu'on feroit les abſoutes;

dans le même endroit, ſuivant un accommodement fait auparavant par les parties; plaidans Me. Aſtruc pour le Chapitre, qui conteſtoit le droit de ſépulture en trois manieres. 1°. Parce qu'on n'avoit point de titre. 2°. Parce que, par une tranſaction de l'année de 1615, qui régloit la tranſlation du Chapitre, établi auparavant dans une ville où il y avoit nombre d'huguénots, il étoit défendu d'inhumer dans le chœur ſans le conſentement du Chapitre. 3°. Que par une ordonnance rendue par M. l'Evêque de Caſtres en cours de viſite, il étoit fait défenſes d'enſevelir dans le chœur: Me. Lardos pour ladite Dame répliquant, allégua une très-longue poſſeſſion, & rapporta des extraits mortuaires depuis 1661 juſques en 1681, qui établiſſoient que ceux de la famille de Rupé avoient été enſevelis dans ce ſépulchre, qu'on appelloit tombeau de la famille de Rupé; que ſi on ne rapportoit pas une preuve plus ancienne, c'étoit à cauſe que les régiſtres s'étoient perdus, ſuivant le certificat qu'on en rapportoit. 2°. Que cette tranſaction ne pouvoit pas ôter un droit acquis à un tiers. 3°. Qu'avant la tranſlation du Chapitre de Lautrec, le chœur étant plus petit, la ſépulture de la maiſon de Rupé ſe trouvoit dans la nef de l'Egliſe, & non dans le chœur, le chapitre fut condamné en la moitié des dépens.

Il réſulte de cet arrêt, qu'une famille peut acquerir par la poſſeſſion de droit le ſépulchre dans une Egliſe, & qu'elle ne peut être troublée par les ordonnances de l'Evêque, quoique rendues en cours de viſite & par forme de reglement.

La raiſon en eſt, que le droit de ſépulture eſt purement temporel, & qu'il peut être acquis dans les Egliſes à titre onéreux, comme le droit de banc, puiſque par la pratique du Royaume, les marguilliers vendent le droit de ſépulchre dans la nef des Egliſes, & que les canons autoriſent la pratique de ſe choiſir la ſépulture dans une Egliſe préférablement à une autre, *cap. cum liberum, extra de ſepult.*

D'où il faut conclure que l'Evêque commettroit abus, s'il interdiſoit par ſon ordonnance à une famille le droit de ſépulture qui lui eſt acquis dans une Egliſe de ſon dioceſe.

¶ *Le droit de concéder des ſépultures*, dit notre auteur, *qui appartenoit anciennement aux Evêques & aux Curés primitifs, a paſſé par leur négligence aux marguilliers.*

Cette propoſition mérite quelque éclairciſſement & quelque diſtinction ; en premier lieu, ſuivant la police eccléſiaſtique des premiers ſiecles, les Egliſes étant regardées comme le ſiege ou repoſoient les corps des Apôtres ou des Martyrs, perſonne, de quelque diſtinction qu'il fût, ne pouvoit y être inhumé. *Leg.* 2, *Cod. de Sacroſ. Eccleſiis ;* les Papes même & les Empereurs ſe faiſoient gloire d'être enterrés au parvis des baſiliques des Apôtres, & comme parlent les auteurs, *eſſe janitores Apoſtolorum.* Conſtantin fut le premier des Empereurs qui élut ſa ſépulture dans le porche du Temple des Apôtres à Conſtantinople ; Nicephore, *lib.* 8. *cap. ult.* & Honorius, qui régna en occident, la choiſit à St.Pierre de Rome. Les Papes Benoît III. & Nicolas I. qui tenoient le ſiege vers le milieu du neuvieme ſiecle, n'oſerent ſe faire enterrer qu'au parvis de l'Egliſe de Rome ; & ce ne fut que vers la fin de ce ſiecle, & par un canon du Concile de Tribur, tenu l'an 895, qu'il fut permis aux prêtres de ſe faire inhumer dans l'intérieur de l'Egliſe. Le Concile de Meaux le permit aux laïques, s'ils s'en étoient rendus dignes par leur probité. La choſe a paſſé en droit commun, en ſorte que l'adminiſtration des fabriques des Egliſes étant tombée en main laïque, par le choix que le corps des paroiſſiens fit des perſonnes notables & zélées d'entre eux, & qu'on ſubſtitua à la place des Archidiacres ou Curés des paroiſſes qui abuſoient de cette adminiſtration ; ces laïques, qu'on qualifia de marguilliers, parce qu'ils tenoient le rolle ou matricule des pauvres à qui l'on faiſoit la diſtribution des aumônes aux portes des Egliſes ; ces marguilliers, dis-je, eurent le ſoin de concéder aux familles & aux particuliers les ſépulchres, moyenant une rétribution pour la fabrique, ce qui eſt devenu un point de police générale dans tout ce Royaume.

En ſecond lieu, les marguilliers, comme délégués du bureau ou conſeil de fabrique, peuvent bien concéder les ſépul-

tures dans la nef de l'Egliſe ; mais ils n'ont pas la faculté de troubler une famille dans la poſſeſſion où elle ſe trouve d'une ſépulture, ni le droit de la transférer à toute autre, (ce qu'ils peuvent faire en certains cas pour les bancs) ; en voici la raiſon. Les ſépulchres affectés à une famille ſont une choſe ſacrée & inviolable, à laquelle il n'eſt pas permis de toucher ; c'eſt de cet œuil que toutes les nations l'ont enviſagé ; juſques-là, qu'il n'étoit pas permis au propriétaire du fonds d'exhumer le cadavre qui avoit été transféré dans ſon fonds. Et il falloit pour cela recourir à l'autorité des Pontifes ou du Prince ; autrement on pouvoit agir criminellement envers le propriétaire du fonds qui avoit entrepris d'exhumer les oſſemens, *leg.* 8, *ff. de relig. & ſumpt. funer.* d'où il faut conclure que quand une famille a une fois acquis le droit de ſépulture dans une Egliſe à titre onéreux, & qu'elle a des oſſemens dans un tombeau, il lui devient propre, & qu'il n'eſt plus au pouvoir des marguilliers d'en transférer la conceſſion à tout autre, quelque rétribution qu'il leur fût offerte pour cela ; ce qui a lieu, non-ſeulement en faveur des perſonnes nobles, ou d'une condition honorable, mais pour toute eſpece de gens, même pour le bas peuple. *Locum in quo ſervus ſepultus eſt, religioſum eſſe Ariſto. ait, leg.* 2, *ff. eod.* & s'il arrivoit qu'un particulier ſur la conceſſion des marguilliers entreprît d'exhumer des oſſemens, pour les transférer ailleurs, ou d'en troubler le repos, en y mêlant ceux de ſa famille, ceux à qui le droit de ſépulture appartient, pourroient agir par la voie de la complainte, &, ſuivant les circonſtances, uſer même de la voie criminelle, pour obtenir la réintégrande ; ce faiſant, que le cadavre étranger ſeroit exhumé & transféré dans tout autre tombeau ; & ſi les oſſemens de la famille avoient été exhumés, qu'ils ſeroient réintégrés dans le tombeau domeſtique ; c'eſt ce qu'on peut recueuillir de l'arrêt du 7 Décembre 1719, rapporté dans ce chapitre dans la cauſe de la Dame de Rupé.

Le droit de ſépulture eſt ſi propre aux familles que, par le droit romain, il ne pouvoit être permuté, pour ne pas faire

un mêlange de différentes familles, *leg. ſi quis* 12, *§.* 1, *ff. de religioſ. & ſumpt. funer.* Les arrêts de nos Parlemens admettent au droit de ſépulchre les deſcendans, tant du côté des femmes que des mâles, *Bouguier*, *lettre S. n.* 2. *Henrys*, *liv.* 1, *queſt.* 24, *Expilli*, *chap.* 201, les marguilliers ne peuvent concéder des ſépultures dans le chœur des Egliſes, parce que, de droit commun, il n'y a que le patron & le haut-juſticier qui ayent droit de ſépulture dans le chœur; ainſi jugé par arrêt du mois d'Août 1605, rapporté par *Lebret*, *liv.* 3, *déciſ.* 8: ceux-ci ne peuveut cependant empêcher que le Curé de la paroiſſe n'y ſoit inhumé; mais le patron de l'Egliſe ni le haut-juſticier, ne peuvent empêcher la conceſſion des ſépultures, que les marguilliers voudroient faire dans la nef, ni troubler la poſſeſſion que les paroiſſiens ont acquiſe à cet égard. La raiſon en eſt, que, de droit commun, les marguilliers ſont nantis de la nef des Egliſes comme adminiſtrateurs, *Canon* 19, *cauſ.* 13, *queſt.* 2, *& cap.* 9, *extra de ſimonia*; & qu'en cette qualité ils y peuvent conceder des ſépultures & des bancs; & ils ne peuvent être dépouillés de ce droit, quand même l'exercice en auroit été ſuſpendu par la démolition de l'Egliſe; ils le reprennent dans toute ſon étendue, lorſque l'Egliſe vient à être réédifiée.

Quoique les cimetieres des paroiſſes ſoient parmi les chrétiens réputés leur ſépulture commune, & que toutes les diſtinctions humaines ſoient enſevelies & confondues dans le tombeau, toutefois l'uſage des ſépulchres familiers a été autoriſé par l'Egliſe, en ſe conformant à la pratique des Patriarches de l'ancienne loi, qui ont témoigné leur deſir pour cela; puiſque l'on voit Jacob recommander en mourant à ſon fils Joſeph, de transférer de l'Egypte, après ſon décès, ſes oſſemens dans la terre de Chanaan au pays des Ethéens, pour y être inhumés avec ceux de ſes peres Abraham & Iſaac, ce qui fut religieuſement obſervé par Joſeph, & avec une pompe digne du rang qu'il tenoit en Egypte & de la ſainteté du défunt.

CHAPITRE LXV.

Du Bail des Cautions du Dévolutaire.

DEpuis l'arrêt du mois de Janvier 1674, qui affranchit le dévolutaire pourvû par l'Ordinaire de donner caution, la Cour en a rendu un contraire le 15 Février 1719, à l'audience de la grand'chambre dans la cauſe du ſieur abbé Baſtide, pour lequel plaidoit Me. d'Aſtruc, & du ſieur Amiel, défendu par Me. Puch; le ſieur Amiel fut condamné à bailler caution à raiſon du dévolut jetté ſur la Prévôté du Chapitre de Vabres; il en avoit requis le titre par acte fait à l'Evêque, & à ſon refus au Métropolitain & Primat, & l'avoit enfin obtenu de M. l'Archevêque de Vienne en qualité de Primat des Primats; ce même arrêt jugea que l'exception de la caution, comme péremptoire, peut être oppoſée *in quacumque parte litis.*

Il y a un autre arrêt poſtérieurement rendu, du Lundi 28 Juillet 1727, à l'audience de la grand'chambre dans la cauſe de Frere de Comba religieux de l'abbaye de Marſillac, & du ſieur Ganil: Me. d'Aſtruc plaidant pour le premier, & Me. Sol pour le ſecond; par lequel il fut jugé que Frere de Comba, pourvû par l'Ordinaire, n'étoit pas tenu de donner caution: il y avoit une circonſtance dans le fait déterminante pour cette déciſion; ſçavoir, que le pourvû n'avoit point requis l'Ordinaire de lui faire titre, & qu'il avoit été pourvû *proprio motu*; ce qui fit que la Cour ne le rangea point avec les dévolutaires, qui méritent ſans doute peu de faveur par la démarche qu'ils font, en recherchant la proviſion du bénéfice contre la pureté des canons.

Parmi ce conflict de déciſions, je crois qu'il eſt plus conforme a l'eſprit de l'ordonnance d'exiger la caution du pourvû par l'Ordinaire ſur dévolut, que de l'en diſpenſer, le Bail des cautions ayant été introduit pour contenir la légere-

té

té des impétrations, par la difficulté de trouver des cautions prêtes à ſeconder la témérité d'un dévolutaire : or il n'y a pas moins de raiſon d'exiger ce bail de caution des pourvus par l'Ordinaire ſur leur réquiſition, que de ceux qui ſont pourvus par le Pape, le rolle du dévolutaire étant également odieux d'un côté que d'autre.

S'il paroît à la vérité que l'Evêque ait lui-même choiſi le ſujet pour remplir le bénéfice ſans réquiſition, dans la vue de déplacer un titulaire qui n'a pas les capacités requiſes, alors comme la démarche de l'Evêque eſt toute canonique, il eſt équitable de diſpenſer celui à qui il a fait le titre *proprio motu*, du bail des cautions ; car alors le pourvû ne peut être regardé comme dévolutaire, mais comme un eccléſiaſtique docile à répondre aux choix de ſon ſupérieur.

Le dévolutaire qui impetre le bénéfice en Cour de Rome par incapacité du poſſeſſeur, & qui en a obtenu la proviſion avec la clauſe *etiam per obitum*, eſt obligé de conſigner la ſomme de 500 liv. ou de bailler caution, quoiqu'en l'inſtance pendente il ſe déſiſte du dévolut, & qu'il ſe retranche à la clauſe *etiam per obitum*, ainſi jugé dans l'eſpece ſuivante.

Me. Cabanes gradué nommé, fut pourvû par l'Evêque de Commenge d'un canonicat de cette Cathédrale, qui avoit vaqué dans le mois de Janvier, affecté aux gradués ; Cabanes prit poſſeſſion de ce canonicat, ſur lequel on jetta un dévolut en Cour de Rome, & dont le dévolutaire obtint la proviſion, tant pour incapacité dudit. Cabanes que par le décès du dernier poſſeſſeur ; le dévolutaire, incidemment à l'appel relevé en la Cour d'une ordonnance préparatoire du Sénéchal, prit des lettres en appel comme d'abus des titres & capacités de Cabanes, & de la conceſſion qu'il avoit eue de prendre la tonſure d'autre Evêque que de ſon diocéſain : Me. de Cauſade plaidant pour Cabanes, demanda à l'audience par inſiſtance, que ce dévolutaire fût tenu de donner caution ſuivant l'ordonnance ; l'avocat du dévolutaire répondit que ſa partie ſe déſiſtoit du dévolut, & ſe retranchoit

à la clauſe *etiam per obitum*, & que d'ailleurs la demande du bail de caution devoit être faite par requête, & non par inſiſtance, ſur quoi la Cour rendit arrêt le 16 Avril 1709, prononcé à l'audience de la Grand'Chambre par Mr. le Préſident de Riquet, par lequel il fut ordonné que le dévolutaire bailleroit par un préalable caution de la ſome de 500 l. ou la conſigneroit, & que juſques à ce toute audience lui ſeroit déniée.

La raiſon déterminante de cet arrêt, fut que le bénéfice avoit été impétré en Cour de Rome, principalement par incapacité du poſſeſſeur, & que la clauſe *etiam per obitum* n'étoit que de précaution & proprement acceſſoire; qu'ainſi il falloit regarder la choſe dans ſon principe, & non par rapport au déſiſtement du dévolu ſurvenu pendant le cours de l'inſtance, qui n'avoit d'autre principe que ce dévolu même.

Cet arrêt décida encore que la demande en conſignation ou bail de caution, peut être faite par inſiſtance & ſans libelle *ad hoc*.

CHAPITRE LXVI.

Des Places des Prêtres qui vivent en commun, deſtituables par la Communauté; & ſi elles peuvent comme Bénéfices être impétrées en Cour de Rome.

LE bénéfice eſt ſelon les Canoniſtes, *res eccleſiaſtica quæ ſacerdoti vel clerico datur ad ſacrum miniſterium utenda, in perpetuum conceſſa, mediante canonica inſtitutione. Flam. de reſignat. Benef. lib. 4, quæſt. 2. num. 4.*

Sur ce principe, on ne peut point regarder comme vrais bénéfices, les places de la fondation dont il eſt parlé dans ce chapitre, parce qu'elles ne ſont pas données *in perpetuum*, le pourvû pouvant être deſtitué par celui qui l'a inſtitué, en cas de contravention aux loix de la fondation, après monition préalable, ſans qu'on puiſſe alléguer que les cures dont

le titre eſt perpétuel, peuvent être impétrées après les monitions preſcrites à ce ſujet, en cas de non-réſidence des curés ; car dans ce cas, la deſtitution du bénéficier ſe fait par l'autorité publique du magiſtrat, & des conſtitutions canoniques ; au lieu que dans l'eſpece de cette fondation, la deſtitution ſe faiſant par l'autorité privée de la communauté, qui donne les places, on ne peut pas dire que les places ſoient perpétuelles par inſtitution ainſi que le bénéfice-cure, auquel le collateur ordinaire ne peut plus toucher après la collation.

En ſecond lieu, ces places ne peuvent être regardées comme vrais bénéfices, parce que celui qui en eſt pourvû en prend poſſeſſion en vertu de la ſeule nomination de la Communauté : or le bénéfice requiert inſtitution canonique ; c'eſt-à-dire, une ſignature apoſtolique, ou *viſa* de l'Evêque ; d'ailleurs il a paſſé dans la pratique, que tout bénéfice peut être réſigné ou permuté, ce qu'on ne peut faire ici ſelon la fondation ; toutes ces différences entre le bénéfice & les places dont il s'agit, établiſſent que ces places ne ſont point vrais bénéfices eccléſiaſtiques ; & ſur ce fondement, je croi qu'elles ne peuvent être impétrées en Cour de Rome ; & qu'en ſuivant l'eſprit de la fondation, toutes les fois qu'une place ſe trouve vacante, l'eccléſiaſtique qui a les capacités requiſes par la fondation, a droit de requerir la communauté, qui eſt en demeure d'y pourvoir, de lui faire titre, faute de quoi il peut avoir recours au Juge royal, qui, comme protecteur des fondations, peut le maintenir au plein poſſeſſoire de la place.

Il n'y a même ſelon moi, que le cas de vacance qui puiſſe donner lieu à cette réquiſition, parce que c'eſt ſeconder la volonté du fondateur, que de remplir les places vacantes ; mais s'il ſe trouvoit quelque incapacité dans la perſonne du bénéficier, établie ſur une contravention aux loix de la fondation, ce ſeroit alors à la communauté d'y remédier en deſtituant le pourvû de cette place, parce que ce ſeroit le cas de la contravention aux loix de la fondation, dont l'exé-

cution eſt commiſe par le fondateur, à la ſage conduite des prêtres qui compoſent cette communauté

CHAPITRE LXVII.

D'une Cure deſſervie dans une Egliſe Cathédrale ou Collégiale.

Si la poſſeſſion de préſenter le Vicaire amovible acquiert le droit de préſenter le Vicaire perpétuel ou nouvellement créé.

Quelle preſcription eſt requiſe pour acquerir un Bénéfice à une Egliſe ?

UNe Egliſe peut preſcrire contre une autre, par poſſeſſion continue & paiſible de 40 ans, comme par exemple, dans l'eſpece du chapitre *cum de benefic. de prœbend. in 6*, où l'état du bénéfice régulier ſe trouve changé en ſéculier par la poſſeſſion des clercs ſéculiers ; pendant le tems fixé pour la preſcription, qui ſelon la gloſe, *verbo Legitima*, eſt de 40 ans ; il n'en eſt pas de même de l'acquiſition d'un bénéfice par union, auquel cas il faut une poſſeſſion immémoriale, ſuivant la doctrine *de Rebuff. in praxi, tit. de union. num.* 35, où ce canoniſte s'exprime ainſi, *non poteſt tamen præſcribere, quia unionem per quadraginta annos, ſi allegaverit ſimpliciter unionem, & probaverit diuturnam poſſeſſionem, quia hoc caſu requiritur tempus immemoriale.*

La preſcription immémoriale, qui approche de la centenaire, équipolle au titre, & a même force, ſuivant l'obſervation de Louet, lettre C, ſomm. 21, après Dumoulin, *non tam præſcriptio dicitur quàm verus titulus.*

Mais ſi le contradicteur à l'union en rapportoit le décret & titre primordial, & que ce décret fût abuſif, comme étant fait *in forma gratioſa*, & ſans cauſe légitime ; alors la poſſeſſion plus que centenaire, même paiſible & non-interrompue, ne ſçauroit faire titre, & le décret ſeroit déclaré nul & abuſif, ſuivant la doctrine de Dumoulin, *conſil.* 44. *num.*

12 ; & la déciſion des arrêts rendus ſur cette matiere, & notamment d'un arrêt de ce Parlement, en date du mois d'Août 1722, au rapport de M. d'Aiga, par lequel, ſur l'appel comme d'abus, interjetté par un Vicaire du dioceſe d'Auch, de l'union d'une Cure, antérieure même au concile de Conſtance, la Cour caſſa ladite union comme ayant été faite par l'Archevêque d'Auch, *autoritate propriâ*, ſans enquête *de commodo & incommodo* ; le Sindic du Chapitre d'Auch étoit défendeur, & ſoûtenoit l'union valable : cette cauſe avoit été appointée après avoir été plaidée le 26 du mois de Février précédent, par Me. de Montaudier & de Carrere ; le premier plaidant pour le Sindic du Chapitre ; le ſecond pour le Vicaire qui attaquoit l'union. Je me ſouviens que Me. de Montaudier ſoutint fortement que les unions antérieures au concile de Conſtance ne pouvoient être recherchées ; mais quoiqu'on ne rapportât point d'arrêt rendu dans l'eſpece d'une union antérieure à ce concile, on crut qu'il ſuffiſoit que l'union dont il s'agiſſoit eût été faite *medio tempore*, entre le décès de Grégoire XI. & le décret de ce concile concernant les unions *in formâ gratioſâ*, pour que la Cour ſe déterminât à la déclarer abuſive.

La poſſeſſion de préſenter aux cures peut donner droit de patronage à un corps eccléſiaſtique contre l'Evêque collateur ordinaire ; c'eſt ainſi que cette queſtion fut jugée par arrêt du 13 Août 1701, au rapport de M. de Chalvet, entre le Sindic des religieux de l'abbaye de Bonnefont, ordre de Cîteaux, appellant du jugement rendu par les requêtes du Palais le 28 Mai 1700 ; & Meſſire François de Briſſay de Nonville, Evêque de Commenge ; la Cour, en réformant, maintint le Sindic-Prieur & Religieux de ladite abbaye de Bonnefont, au droit de préſenter aux cures qui dépendent de la nomination de ladite abbaye, pendant la vacance du ſiege abbatial, avec inhibitions & défenſes à M. l'Evêque de Commenge & à tous autres, de leur donner aucun trouble ni empêchement.

C'eſt une maxime en matiere d'union de bénéfices, que

melius eſt non habere titulum quàm habere vitioſum ; enſorte que, quand le décret d'union renferme quelque défaut, il faut ſe retrancher à la poſſeſſion, ſi elle ſe trouve immémoriale ; toutefois quand le décret abuſif d'union ſeroit rapporté par la partie qui attaque cette union, s'il ne paroiſſoit point de ſon exécution par un procès-verbal, l'union ſubſiſteroit, à la faveur d'une paiſible poſſeſſion d'un temps immémorial : c'eſt ainſi que la queſtion fut jugée par arrêt d'audience de la grand'chambre du 4 Mars 1717, prononcé après trois audiences par M. le premier Préſident Bertier, plaidans Me. Lardos pour le Curé d'Auzielle, & Me. Montaudier pour le Sindic de l'Univerſité de Toulouſe ; la Cour, demeurant la déclaration de la partie de Me. de Montaudier; qu'elle ne vouloit point ſe ſervir, ni ne s'étoit jamais ſervie de la bulle d'union, & qu'elle ne poſſédoit point le bénéfice en vertu de cette bulle, déclara n'y avoir lieu de prononcer ſur l'appel comme d'abus, relevé par le Curé d'Auzielle, de l'union prétendue faite de la cure à l'Univerſité de Toulouſe par une bulle de l'an 1454, ſur ce que l'appellant comme d'abus ne rapportoit point de procès-verbal d'exécution de cette bulle d'union, en laquelle on convenoit qu'il y avoit abus : on crut que la poſſeſſion immémoriale ſur laquelle l'Univerſité ſe fondoit, valoit titre, & que la bulle dont l'exécution ne paroiſſoit pas, n'étoit pas le titre en vertu duquel l'Univerſité poſſédoit.

CHAPITRE LXVIII.

Des Certificats d'Etude.

QUand le gradué a étudié dans deux différentes Univerſités, il doit prendre des certificats du temps d'étude de chaque Univerſité où il a étudié, comme il fut jugé au rapport de M. de Comere le 26 Mai 1728, en faveur de Me. Bernard Bannes, contre Me. Jean Flotard, au ſujet de la

cure de Notre-Dame de la Rouviere.

Cet arrêt eſt conforme à la doctrine *de Rebuffe*, *in tract. nominat. quæſt.* 11, *num.* 11, qui, agitant la queſtion, ſi l'étude faite dans une Univerſité étrangere peut remplir le tems requis par le concordat, qu'on a accompli enſuite dans une Univerſité du Royaume de qui l'on a la nomination, réſout que le certificat d'étude pris de cette Univerſité étrangere, peut ſervir & entrer dans le compte du temps requis par le concordat; d'où il faut conclure que quand on a étudié dans deux différentes Univerſités, ainſi qu'il eſt permis, il faut néceſſairement avoir leurs certificats pour obtenir la nomination de l'Univerſité où l'on a achevé ſon cours, telle eſt l'opinion *de Solier ſur Paſtor*, *de Benef. lib.* 1, *tit.* 16, *in nov. addit.* en ces termes, *ſed una Univerſitas atteſtari non poteſt de tempore ſtudii in alia Univerſitate peracti; ſed utraque certificari debet cum quis in duabus ſtuduit.*

CHAPITRE LXIX.

Si la profeſſion faite par force, & ſuivie d'une réclamation dans les cinq ans, eſt ratifiée par le ſilence de cinq ans après la crainte ceſſée.

S'il eſt néceſſaire que les freres de la religieuſe réclamante ſur les violences du pere, ſoient appellés lors de la fulmination du reſcrit.

Si un mariage peut être confirmé, quoique fait au préjudice d'une appellation comme d'abus.

RIen n'eſt plus formel que le texte du Concile de Trente, *de regul. & monial.* chap. 19, au ſujet du *Quinquennium*, terme fatal de la réclamation contre les vœux, & au-delà duquel le religieux ne peut être écouté, *non audiatur niſi intra quinquennium, tantùm à die profeſſionis*; cette déciſion du Concile eſt de police générale du Royaume, indiſtinctement reçue dans les tribunaux des Parlemens; en

ſorte que le Pape ne peut y déroger par ſes reſcrits ſans abus, ſuivant les maximes reçues en cette matiere, & l'obſervation de Brodeau ſur Loüet, lettre C, ſomm. 8, *num.* 15; & c'eſt ce qui me détermine à décider avec Févret, liv. 5, chap 3, *num.* 25, que le Pape ne peut relever du laps du temps, & que la clauſe contenant relief du laps de temps, eſt rejettable comme abuſive & contraire à la police univerſelle du Royaume; on trouve néanmoins dans Mr. Dolive, liv. 1, chap. 6, qu'il a été jugé dans ce Parlement que le Pape avoit pu accorder ſans abus un reſcrit de relief du laps du temps, Févret qui a cité ce préjugé, a voulu lui donner ſans doute quelque prétexte ſpécieux, en l'appliquant au cas où le réclamant avoit été empêché dans les cinq années du Concile de faire ſa réclamation; cas dans lequel il dit que le Pape peut accorder ſans abus ſon reſcrit de reſtitution envers le laps du temps; mais il n'eſt pas queſtion dans l'eſpece de cet arrêt d'une violence articulée ni prétendue exercée, pour empêcher la réclamation *intra quinquennium*; mais ſimplement d'une négligence de la part du réclamant, de laquelle le Pape le releve: or ſi on toleroit une pareille dérogation, le décret du Concile qui eſt de police univerſelle dans ce Royaume, pourroit être aiſément éludé, & la reſtitution envers le laps du temps deviendroit du ſtile de Chancellerie romaine, de même que la dérogation à la regle *de infirmis reſign.* Ainſi il faut tenir pour maxime que le Pape ne peut donner un rélief du *quinquennium*, que dans le cas où l'impétrant allegue qu'il a été empêché de réclamer dans les cinq ans, parce qu'alors la preſcription n'a pu courir contre lui par cet empêchement de fait, ſelon la déciſion de la décrétale *ex tranſmiſſa, extra de præſcript.*

Sur cette matiere de réclamation contre les vœux de religion, j'ai vu juger à l'audience de la grand'chambre le 24 Mars 1722, préſidant Mr. de Nupces, plaidans Mes. de Lardos & de Latour fils, ſur les concluſions de Mr. le Procureur général Lemazuyer, qu'après le décès du religieux réclamant,

réclamant, on étoit irréceyable à quereller ſon état, & en l'appel comme d'abus relevé de l'exécution du reſcrit du Pape qui le ſécularisoit, quoiqu'il y eût des moyens d'abus pertinens contre ce reſcrit, & qu'il portât préjudice aux parens du religieux, qui avoient déja recueuilli ſa ſucceſſion dont la diſpute faiſoit la matiere du procès.

Le titre, non plus que l'état du bénéfice, ne peut être querellé après ſa mort, ſi l'inſtance n'a pas commencé durant ſa vie, Dumoulin *ad regul. de public. num.* 202. Brodeau ſur Louet, lettre B, ſomm. 10, num. 2.

¶ Dans l'eſpece du procès de la Dame de Caſtellane, il y avoit pluſieurs moyens d'abus qui n'ont pas été touchés par l'auteur, parce que l'appellant avoit ſans doute négligé d'en faire uſage 1°. Cette religieuſe avoit fait une procédure irréguliere, en ce qu'elle n'avoit point eu recours d'entrée au Pape pour obtenir ſon reſcrit, & qu'elle s'étoit arrêtée à faire ouïr des témoins de la violence exercée par ſon pere, deſtituée qu'elle étoit d'un reſcrit délégatoire *in partibus*; car ſuivant la police de ce Royaume, il faut s'adreſſer directement au Pape pour cela, & il eſt adſtraint à déléguer des commiſſaires du Royaume, & dans le Royaume, pour la fulmination, afin qu'en cas d'appel des commiſſaires délégués, on ſe pourvoie aux ſupérieurs, de dégré en dégré, ſans diſtraire les ſujets du Roi. 2°. Il y avoit abus, en ce que la religieuſe réclamante s'étoit pourvue *recta* devant le Vice-Légat d'Avignon, qui avoit adreſſé ſon reſcrit délégatoire à l'Evêque de Marſeille, & au ſupérieur de l'orde de Cîteaux pour être fulminé: or c'eſt une vérité généralement reçue dans le Royaume, & à Rome même, que le Pape ſeul peut accorder des diſpenſes concernant les vœux ſolemnels faits en religion, que les Légats même *à latere* ne peuvent s'en mêler ſans une commiſſion expreſſe, qui ne peut être donnée au Vice-Légat d'Avignon pour une diſpenſe demandée par un régnicole.

Pour ce qui concerne l'état des enfans procréés de ce mariage, il auroit été fort douteux, ſi le Parlement n'eût agi

par un motif de commiſération ; car pour ſauver l'état des enfans, & les déclarer légitimes dans un mariage, qui a été déclaré nul, il faut du moins la bonne foi d'un des conjoints: or cette bonne foi ne ſe rencontroit point ici du côté du mari ni de la femme, celle-ci n'avoit point de titre coloré pour quitter le voile, & cette bonne foi qui en eſt inſéparable, puiſqu'elle avoit eu recours au Vice-Légat d'Avignon, deſtitué de tout pouvoir, pour donner ſon reſcrit délégatoire; elle avoit en outre commis attentat par ſon mariage précipité, comme étant fait au préjudice de l'appel comme d'abus, qui avoit un effet ſuſpenſif, & qui la tenoit liée à la religion, juſques à ce que ce nœud eût été rompu par un arrêt. Le mari étoit encore conſtitué en mauvaiſe foi, puiſqu'il étoit pleinement inſtruit de toute cette procédure nulle & attentatoire, & qu'il s'expoſoit volontairement au riſque de voir ſon mariage annullé. Ce n'étoit point là un ruſtique que les loix excuſent, ſans peine, de l'ignorance du droit, mais un homme noble, qui avoit aſſez de lumieres pour entrer en défiance ſur un mariage qu'il alloit contracter. D'ailleurs l'ignorance du droit n'excuſe pas les majeurs, par la raiſon, qu'ils ont des conſeils à pouvoir prendre : *habent peritos quos conſulant.* Il y eut donc, dans cet arrêt, un motif de pitié qui détermina les Juges en faveur des enfans : motif qui n'auroit pas été du reſſort des Juges ſubalternes, adſtraints à la rigueur du droit & des maximes, ſuivant leſquelles, pour ſauver l'état des enfans, il faut néceſſairement la bonne foi d'un des conjoints dans le mariage, comme ſi l'un deux a eu juſte ſujet de croire que l'autre étoit libre par la mort de ſon conjoint. Il y a pluſieurs arrêts rapportés par Me. Claude de Ferriere dans la juriſprudence du Digeſte, qui ont déclaré les enfans légitimes, ſi la bonne foi de l'un des conjoints ſe rencontre dans le mariage qui a été annullé.

CHAPITRE LXX.

Des Dîmes Novales.

NOtre arretiſte a cru que quand la dîme d'une parroiſſe ſe trouve inféodée à un laique, le Curé devoit jouir des novales ſans limitation de temps, à l'excluſion de ce décimateur laique.

Pour appuyer cette opinion, & les principes ſur leſquels elle eſt établie, l'arrêtiſte porte un arrêt de la Cour, en date du 13 Mars 1663, rendu au rapport de Mr. de Bertier, en faveur du Curé de Projean, contre le Seigneur de Monlezun, Comte de Campagne, décimateur laique de la paroiſſe.

Il y a eu de la mépriſe dans la compilation de cet arrêt, & j'ai cru ſeconder le zele que notre illuſtre arrêtiſte a témoigné pour le bien général de la juſtice, & ſon amour pour la vérité, en découvrant l'équivoque qu'on a faite à ce ſujet.

Cet arrêt que j'ai fait extraire des régiſtres du greffe, fut rendu dans l'eſpece ſuivante.

Me. Jean Tinerage Prêtre, Curé de Projean & de Segos, fut appellant en la Cour d'une ſentence du Sénéchal de Lectoure, du 28 Juin 1661, qui ne lui avoit adjugé que le quart de la dîme des novales de ſa parroiſſe, dont le ſieur de Monlezun, Comte de Campagne, poſſédoit la dîme inféodée. L'arrêt du 13 Mars 1663, réforma cette ſentence, & maintint ce Curé contre le décimateur laique, au droit de prendre & percevoir l'entiere dîme deſdites novales: voici le ſommaire de cet arrêt.

Entre Me. Jean Tinerage Prêtre & Curé de Projean & Segos, appellant de la ſentence du Sénéchal de Lectoure, du 28 Juin 1661, & ſuppliant pour être auſſi appellant de l'appointement du 30 Mai audit an, & qu'en évoquant l'inſtance,

il ſoit maintenu en la faculté de percevoir l'entiere dîme des novales, à l'excluſion de Meſſire Déodalt de Monlezun, d'une part, & le ſieur de Monlezun Comte de Campagne, défendeur d'autre : vû le procès, &c. il ſera dit que la Cour, ſans avoir égard à la requête, en ce que tend en rétention de cauſe, faiſant quant à ce droit ſur le ſurplus d'icelle, en ce que ledit Sénéchal n'auroit adjugé audit Tinerage que le quart des dîmes des novales, a mis & met l'appellation & ce dont a été appellé au néant, & réformant, a maintenu & maintient ledit Tinerage en qualité de Curé deſdits lieux de Projean & Segos, dans le droit de prendre & percevoir l'entiere dîme deſdites novales.

Il y avoit dans ce procès d'autres conteſtations entre ces mêmes parties, & les marguilliers de l'Egliſe de Projean, ſur leſquelles il fut prononcé, & qu'il ſeroit inutile de rappeller, puiſqu'elles n'entrent point dans la queſtion des novales.

Il ſuffit d'obſerver que cet arrêt n'a jugé autre choſe, ſi ce n'eſt que le Curé du lieu de Projean étoit en droit de percevoir, à l'excluſion du décimateur laïque, l'entiere dîme des novales que ce décimateur lui conteſtoit, ſur le fondement que ce Curé, n'étant fruit-prenant que du quart de la dîme dans la paroiſſe, ne pouvoit prétendre que le quart de la dîme des novales ; mais cet arrêt n'a point décidé que l'entiere dîme des novales fût due au Curé ſans limitation de temps de jouiſſance.

Il y a au contraire deux arrêts, l'un définitif, & l'autre proviſoire, qui ont jugé que la perception des novales doit être bornée à dix années pour le Curé de la paroiſſe, quoique le décimateur ſoit laïque, & poſſede la dîme à titre d'inféodation, & qu'après les dix années expirées, la réunion des novales ſe fait de plein droit à la dîme inféodée.

L'arrêt définitif fut rendu au rapport de Mr. de Projean, le 28 Juillet 1694, entre Me. Jean Rigal, Curé de Negrepeliſſe, & le ſieur de Tieys, Seigneur d'Ariac, de la ville de Montauban, poſſeſſeur de la dîme inféodée.

Cet arrêt réformant la ſentence du Sénéchal de Monrauban, en ce qu'elle n'avoit adjugé audit Rigal les fruits des terres novales pour dix années, ordonne que led. Rigal jouira des dîmes deſd. terres novales pendant 10 années entieres, à compter du jour de la demande, après leſquelles ledit d'Ariac jouïra deſd. dîmes.

L'Arrêt proviſoire eſt du 18 Mars 1727, au rapport de Mr. de Rochemontels, entre le ſieur Duchemin, Seigneur propriétaire des dîmes inféodées de Lauſael, & Me. Pierre Barbie Curé de cette paroiſſe.

Ces arrêts trouvent leur fondemant dans les maximes reçues ſur la matiere des dîmes inféodées. Il eſt certain en premier lieu, que les dîmes ſont tombées en main laïque à titre onéreux, puiſqu'elles furent originairement inféodées par l'Egliſe même, en faveur de la Nobleſſe françoiſe, qui s'étoit ſignalée dans la défaite des enn. de la relig. & des autels.

En effet, ſoit qu'on prenne l'origine de cette inféodation, & qu'on en fixe l'époque au regne de Charles Martel vers l'an 730, après la mémorable victoire qu'il remporta ſur les Sarraſins, ſelon *Duaren. de ſacr. Eccleſ. Miniſt. cap.* 1, Fauchet, des antiquités françoiſes, liv. 5, chap. 21 : Mr. de Marca, en ſon hiſtoire de Béarn, liv. 1, chap. 28, num. 12 & ſuivans, ou ſous Philippe I. Roi de France, lors de l'entrepriſe de ſon voyage d'Outremer, ou ſous Philippe-Auguſte, lors de ſon expédition contre les Sarraſins, ſelon *Paſquier, liv.* 3, *des recherches de France, chap.* 35 *&* 41, le droit n'en eſt pas moins aſſuré aux poſſeſſeurs de cette dîme, par la raiſon que l'inféodation eſt toujours antérieure au Concile de Latran, tenu ſous Alexandre III. l'an 1179, qui n'a pu déroger à un droit alors acquis aux perſonnes laïques, *non ex privilegio, ſed ex contractu & conventione publica*, comme parlent nos Docteurs françois ; & c'eſt pour cela même que le Pape Clement V. en dérogeant au chapitre *prohibemus*, *extra de decim.* permit au poſſeſſeur de la dîme inféodée de l'aliéner en faveur d'un autre laïque, ce qui l'a rendue patrimoniale comme les fiefs.

De ces principes, il faut conclure que le poſſeſſeur de la dîme inféodée n'eſt pas moins favorable, quand ſon inféodation eſt antérieure au Concile de Latran, que le décimateur eccléſiaſtique; conſéquemment, que ſi celui-ci entre en poſſeſſion de la dîme des novales après dix années de jouiſſance du Curé de la parroiſſe, l'autre doit pareillement entrer, puiſque le décimateur laïque ſe trouve ſubſtitué par l'inféodation à la place de l'eccléſiaſtique à titre onéreux.

En ſecond lieu, le laïque n'eſt point incapable par état de poſſéder la dîme d'une paroiſſe, puiſqu'avant les inféodations dont on a parlé, les canons autoriſoient & regardoient comme légitime la poſſeſſion de la dîme en main laïque par la conceſſion de l'Evêque; c'eſt ainſi que l'a décidé le canon *Quoniam* 168, *cauſ.* 16, *quæſt.* 2, attribué à S. Jerôme, & cela par cette raiſon, que l'inſtitution de la dîme eſt de pure police eccléſiaſtique dans la loi nouvelle; inſtitution qui ne fut même pas connue dans les premiers ſiecles: d'où il faut conclure que, n'étant point annexée de droit divin à la perſonne des miniſtres de l'Egliſe, elle peut tomber en main laïque par le dépouillement de l'Egliſe même & par ſes conceſſions, & qu'elle peut être poſſédée ſans incompatibilité par les Seigneurs laïques, avec le même avantage & les mêmes prérogatives dont jouiſſoit l'Egliſe.

Cela poſé, il ſemble qu'il faut décider contre l'arrêt dont il eſt fait mention au chapitre 71, rendu au rapport de Mr. de Frezars, l'année 1663 pour le Curé de Malauze, contre le Seigneur de ce lieu, en adjugeant au poſſeſſeur de la dîme inféodée, celle des menus fruits, de même que celle des gros.

En effet, à conſidérer l'origine de la dîme, celle des gros & menus fruits eſt due indiſtinctement, *Levit. cap. ult.* l'Egliſe a donc le droit de la percevoir, n'y ayant rien eu d'innové ſur ce point ſous la loi de grace; ſi elle a ce droit, elle a pu avant le Concile de Latran le transférer aux Seigneurs laïques, ainſi qu'on l'a déja montré.

Les chapitres *cum ex tua & ex parte*, cités par notre ar-

rêtiſſe, ne ſçauroient favoriſer l'opinion contraire, qui prive les décimateurs laïques de la dîme des menus fruits. Le chapitre *Ex parte*, ordonne ſous de peines canoniques le payement de la dîme des gros & menus fruits; & pour être convaincu que la demande des menus fruits n'étoit point alors une innovation de la part des Chanoines décimateurs, introduite depuis le Concile de Latran, il n'y a qu'à jetter les yeux ſur la diſpoſition du chapitre *Cum in tua* 30, *eod.* qui aſſujettit au payement des menues dîmes les poſſeſſeurs des champs, par cette raiſon, que cette dîme ſe payoit *ab antiquo*, ainſi que celle des gros fruits. Cette décrétale eſt du Pape Innocent III. qui ſiégeoit au commencement du treizieme ſiecle, & dans un temps où l'on ne pouvoit regarder le Concile de Latran, & le Pontificat d'Alexandre III. comme fort réculés, & d'une ancienne date.

Or ſi dans un temps voiſin du Concile de Latran, le Pape parle de l'exaction des menues dîmes, comme d'un droit établi *ab antiquo*, & commun dans toute l'Egliſe; ne faut-il pas convenir que cette exaction ſe pratiquoit avant ce Concile tenu vers la fin du douzieme ſiecle, & conſéquemment que la dîme des menus fruits eſt due de droit commun aux décimateurs laïques, ayant paſſé ſur leur tête par le titre de l'inféodation avec celle des gros fruits?

¶ A remonter à l'origine & à l'inſtitution des Curés des paroiſſes, il faudroit ſe ranger du côté des arrêts qui leur adjugeoient les novales ſans limitation de tems privativement aux décimateurs, puiſqu'il eſt certain que les dîmes furent originairement le patrimoine des égliſes paroiſſielles; mais les Papes, voulant favoriſer l'établiſſement des égliſes cathédrales & des chapitres qui formoient le conſiſtoire de l'Evêque, & dont la plupart étoient réguliers, leur attribuerent les revenus de la plus grande partie des égliſes paroiſſielles de leur dioceſe; & il arriva que ces corps de chapitres, ſoit des cathédrales, ſoit des collégiales, en ſe réſervant la qualité de curés primitifs, ſe déchargerent de la conduite du troupeau & des fonctions curiales ſur des prêtres qu'ils prépoſerent au

régime des ames, ſous une rétribution pécuniaire, ou ſous l'attribution d'une portion de la dîme de la paroiſſe, enſorte qu'on donna à ces prêtres le nom de vicaires perpétuels des curés primitifs; mais comme ils ſupporterent, ainſi qu'ils le font encore, tout le poids des fonctions, & la chaleur du jour; qu'ils ſement, au langage de l'Apôtre, les biens ſpirituels, ils devroient recueuillir une partie des biens temporels des fideles, qui eſt, ce qu'on nomme fruits décimaux; toutefois cette dîme, étant ſortie de leurs mains, ainſi qu'on vient de le dire, on leur a conſervé celle qui provient des terres nouvellement défrichées privativement au gros décimateur de la paroiſſe, *cap. cum contingat, extra de decim. novala ubi proſciſſio & aratio prima inducitur. Iſidorus, lib.* 17, *cap.* 2. c'eſt-à-dire, qu'une terre nouvellement ouverte & miſe en culture pour porter des fruits & des récoltes, eſt ce qu'on appelle *novale*; ſuivant l'expreſſion d'un autre auteur, *ubi terra priùs inutilis & inculta frugum cauſa colì incipit & proſcindi. Plin. lib.* 18, *cap.* 19.

CHAPITRE LXXII.

De la néceſſité d'exprimer clairement le nom & ſurnom du réſignataire.
De la réſignation à cauſe de mort.

CE chapitre contient deux différents chefs de déciſion, le premier regarde la néceſſité de déſigner d'une maniere bien claire & bien diſtincte la perſonne du réſignataire, le ſecond tombe ſur la clauſe de regrès dans le bénéfice réſigné, en cas de convaleſcence. Pour la premiere queſtion, il faut obſerver avec Rebuffe que *nomen petentis & cognomen in ſupplicatione inſeri debet, ut illi poſſit concedi. Rebuff. in praxi, ſub tit. forma ſignat. in verbo Joannes.*

S'il n'y avoit point d'affectation ni de déguiſement frauduleux, & que ce fût une ſimple omiſſion, cela n'entraîne-

roit

roit point la nullité de la proviſion, pourvu qu'il conſtât d'ailleurs de la perſonne de l'impétrant, *nomina ſignificandorum hominum gratia inſtituta ſunt, qui ſi alio quolibet modo intelligantur nihil intereſt, ℔. ſi quidem in nomine. inſtit. de legat.* mais s'il y avoit une réticence frauduleuſe du ſurnom ou de la qualité de l'impétrant, alors la proviſion ſeroit nulle, *cap. ſuper litteris, de reſcript. extra.*

Quant au ſecond chef, Dumoulin ſur la regle *de public. num.* 276, dit que les clauſes de regrès au bénéfice, à défaut du payement de la penſion, ſont nulles & abuſives, *quia ſunt ſpecies reſervationis ſive recurſus per decreta concilia generaliter & indiſtinctè damnati*, ce que l'on peut appliquer aux différentes eſpeces de regrès, peu favorables en ſoi; toutefois l'opinion de *Solier* en ſa note *ſur Paſtor, lib.* 3, *tit.* 9, *in novis addit.* eſt contraire à celle de Dumoulin; car ce canoniſte obſerve que la clauſe de regrès, ſe trouvant tacitement renfermée dans la réſignation *ob non ſolutionem penſionis*, cette clauſe n'eſt ni nulle ni abuſive, quand elle ſe trouve ſtipulée; & je croi que cette opinon doit prévaloir, par la raiſon que le regrès, étant aujourdhui autoriſé par la police du Royaume & la juriſprudence des arrêts en cas de convaleſcence du réſignant, & défaut de payement de la penſion ſtipulée, il ne peut y avoir abus dans la clauſe de regrès qui peut paſſer tout au plus pour ſuperflue & ſurabondante; ce qui ne peut vicier la réſignation, ſuivant la maxime *utile per inutile non vitiatur, cap. utile, de reg. jur. in* 6.

Sur quoi il faut obſerver qu'une réſignation faite ſous la clauſe de regrès au bénéfice eſt à la vérité réputée abuſive en France, ſuivant l'arrêt rapporté *par Papon, liv.* 2, *tit.* 8, *art.* 3, dans l'eſpece duquel il y avoit même une réſervation expreſſe de tous les fruits; mais cette déciſion ne peut être appliquée aux cas légitimes de regrès, reçus & autoriſés par notre juriſprudence, dont fait mention Solier; la clauſe de regrès ne pouvant paſſer pour nulle & abuſive en France, que dans les cas nouveaux où le regrès n'a point été admis.

Il faut encore ſelon moi faire une différence entre la clauſe de regrès au bénéfice, inſérée dans l'acte de réſignation, *ob non ſolutionem penſionis*, d'avec la proviſion de Rome, dans laquelle le Pape réſerveroit au réſignant *proprio motu*, le regrès au bénéfice à défaut de payement de la penſion : dans ce dernier cas je croi que la proviſion du Pape ſeroit abuſive, & qu'il y auroit lieu d'interjetter appel comme d'abus de l'exécution du reſcrit ; & c'eſt de cette maniere qu'il faut entendre la doctrine *de Févret*, *de l'abus*, *liv.* 2, *chap.* 5, *num.* 28 ; que ſi au contraire la proviſion du Pape étoit rélative à la clauſe de regrès inſérée dans la réſignation *in favorem*, alors il n'y auroit point d'abus, par la raiſon que le Pape, étant obligé ſuivant nos maximes, de conférer le bénéfice, ſelon les clauſes de la réſignation, qui n'ont rien de contraire à la police de l'Egliſe Gallicane, ne commet point d'abus quand il ne fait que ſuivre les conditions licites de la réſignation.

CHAPITRE LXXIII.

S'il faut néceſſairement déclarer y avoir ou n'y avoir point d'abus dans les ordonnances dont il y a appellation comme d'abus, relevé.

Si le Chapitre Curé primitif, peut faire l'office aux enterremens des morts.

L'Art. 37 de l'édit de 1695, concernant la juriſdiction eccléſiaſtique, porte que les Cours de Parlement en jugeant les appellations comme d'abus, prononceront qu'il n'y a abus, & condamneront en ce cas les appellans en 75 liv. d'amende, qui ne pourra être modérée, ou diront qu'il a été mal, nullement & abuſivement procédé ; & en ce cas, ſi la cauſe eſt de la juriſdiction eccléſiaſtique, elles renvoyeront à l'Archevêque ou Evêque dont l'Official aura rendu

le jugement ou ordonnance, qui ſera déclarée abuſive, afin d'en nommer un autre, ou au ſupérieur eccléſiaſtique, ſi ladite ordonnance ou jugement ſont émanés de l'Archevêque ou Evêque, où s'il y a des raiſons légitimes de ſuſpicion contre lui.

Il faut obſerver ſur cet article que l'édit n'inflige aucune amende contre l'Evêque qui a rendu l'ordonnance déclarée abuſive, & que ce Parlement étoit en poſſeſſion de prononcer, en déclarant y avoir abus, la condamnation en cent ſols d'amende contre l'Evêque; ce qui a été réformé depuis le 9 Juin 1728, par une délibération de l'aſſemblée des chambres, ſur une lettre écrite à Mr. le premier Préſident par Monſeigneur le Chancelier, contenant que le Conſeil a caſſé un arrêt du Parlement, rendu ſur un appel comme d'abus contre Mr. l'Evêque de Cahors, ſur ce ſeul moyen qu'il avoit été condamné à une amende de cent ſols, & que le Conſeil trouve à propos que le Parlement réforme cet uſage, n'ayant pas voulu par ménagement inſérer dans cet arrêt de caſſation des défenſes pour l'avenir de prononcer ſemblables condamnations.

¶ L'arrêt du 5 Mars 1699 maintint par proviſion le chapitre curé primitif, dans la faculté de faire l'office aux enterremens des morts toutes les fois qu'ils en ſeroient priés par les parens des défunts: d'où il faut conclure par l'argument des contraires que le chapitre curé primitif ne peut s'immiſcer ni prétendre aux enterremens qu'autant qu'il eſt prié par les parens du défunt; & en effet, le curé primitif de la paroiſſe n'a, de droit commun, ſuivant l'uſage préſent, que la faculté de la célébration de l'office divin les quatre grandes fêtes de l'année & le jour du patron; toutes les autres facultés dépendent de la poſſeſſion où il ſe trouve: c'eſt la remarque de Me. Dubois dans les maximes du droit canonique, tom. 1. page 141, impr. de 1705, où il ajoûte, page 143, que les chapitres ou communautés, dans l'égliſe deſquels la paroiſſe eſt deſſervie, font les convois & les enterremens quand les héritiers du défunt le deſirent; & que quand la paroiſſe eſt ſé-

parée de leur égliſe, les curés & vicaires perpétuels levent les corps des défunts, leur donnent la ſépulture ; & lorſqu'ils ont ordonné d'être inhumés en quelqu'autre lieu, les mêmes curés avec leur clergé, ayant l'étole, préſentent les corps dans leur égliſe, & les conduiſent juſques au lieu de leur ſépulture ; après quoi, le corps étant poſé, le curé doit ſe retirer avec ſon clergé ; que s'il veut reſter, il ne peut ſe mêler dans le chant lugubre : cet auteur cite *Barboſa, de offic. & poteſt. parochi, part.* 3, *cap.* 26, *num.* 80 ; & ce dernier emploie à ce ſujet pluſieurs déciſions de la congrégation des Cardinaux ; mais l'uſage des lieux & de la paroiſſe, & la poſſeſſion, ſont le meilleur titre qu'on puiſſe conſulter & produire, à moins qu'il n'y eût quelque choſe d'abuſif & de contraire à la police eccléſiaſtique du Royaume dans cette poſſeſſion. *Voyez l'art.* 3 *de la déclarat. de* 1726, *& le* 4 *de celle de Janvier* 1731 *concernant les curés primitifs & les vicaires perpétuels.*

CHAPITRE LXXIV.

Si un Soûdiacre condamné aux Galeres pour dix ans, après les dix ans, a beſoin de reſtitution pour être promu aux autres ordres ſacrés, & à qui il appartient d'accorder cette reſtitution.

SUivant la doctrine des Canoniſtes même Ultramontains, la reſtitution du clerc qui a été noté d'infamie, & ſon habilitation aux ordres ſacrés eſt de la ſeule compétence du Juge royal, *infames dicimus quoſcumque leges ſæculi infames pronunciant : ſed illud Gelaſii & Stephani quamquam animus, &c. & ſub nota perpetua, &c. de illis intelligitur quibus per Judicem civilem infamia irrogatur, quoniam ſicut examinatio & caſtigatio, ita & in integrum reſtitutio non niſi ad civilem Judicem ſpectat. cap.* 7, §. 1, *cauſa* 2, *quæſt.* 3, *& ibi gloſſ.*

C'eſt encore la déciſion de la gloſe ſur le chapitre *cum te* 23, *extra de ſent. & re judic. in verbo Volumus*, qui obſerve que les clercs ne doivent avoir recours pour cette reſtitution au Pape, que lorſqu'il ſe trouve leur prince temporel; *ſed dic quod ſubſunt quoad temporalem juriſdictionem Domino Papæ.*

Le recours au Pape dans ces circonſtances ſeroit abuſif ſelon la doctrine de Fevret, *liv.* 3, *chap.* 1, *num.* 14.

De ces maximes il en faut conclure qu'il auroit ſuffi dans l'eſpece de l'arrêt du 9 Décembre 1667, de renvoyer ce Soûdiacre au Roi pour lui être pourvû.

On peut obſerver ici que quand il s'agit d'une abſolution demandée par un eccléſiaſtique d'une irrégularité encourue, & de lever cette irrégularité, le Juge royal ne peut faire à ce ſujet aucunes injonctions à l'Official; mais qu'il doit ſe borner à renvoyer l'eccléſiaſtique devant l'Ordinaire, & en cas de refus, à ſon ſupérieur immédiat pour lui être pourvû, ſuivant l'article 41 de l'édit de 1695, ſans que l'eccléſiaſtique puiſſe en conſéquence faire aucune fonction, ni en prétendre d'autre effet que d'eſter à droit.

C'eſt ſur ce fondement que j'ai vu accueuillir par un arrêt d'audience du 23 Mars 1724, une oppoſition à une ordonnance délibérée de la Cour, portant injonction à l'Official de lever une irrégularité encourue par Me. Navarre Prêtre, qui avoit célébré la Meſſe dans une chapelle interdite: ce prêtre étoit appellant comme d'abus du décret de priſe au corps laxé à ce ſujet par l'Official, & avoit obtenu cette ordonnance ſans préjudice de l'appel; Mes. de Lardos & Sol plaidoient dans cette cauſe, Mr. de Nupces préſidant à cette audience.

¶ J'ajoûte à ce que j'ai ci-devant obſervé ſur ce chap. que le clerc qui a été noté par ſentence du Juge royal, ne doit avoir recours pour ſa réhabilitation qu'au Prince temporel, quoiqu'il s'agiſſe de ſa promotion aux ordres ſacrés de l'égliſe, auxquels cette note pourroit faire obſtacle; & cela par cette raiſon que la reſtitution en entier eſt dans ces circon-

ſtances une grace dépendante du temporel des Rois, ſur lequel le Pape ne peut porter ſa main ſans abus, puis qu'il toucheroit à l'autorité du Prince, à qui ſeul appartient de rétablir celui qui ſe trouve flétri par des Juges revêtus de ſon autorité : *unumquodque debet diſſovli eodem genere vinculorum quo colligatum eſt*, ſans qu'il ſervît d'alléguer, qu'étant queſtion pour le clerc, de l'exercice des fonctions purement ſpirituelles, annexées à l'ordre, c'eſt au Pape à lever les empêchemens, & à le rendre habile à ces fonctions, comme au cas du reſcrit de diſpenſe *ſuper defectu natalium* ; puiſque dans cette derniere eſpece de diſpenſe, le défaut ou l'obſtacle venant de la nature, le Pape a ſeul le droit, à cauſe de la plénitude de ſa puiſſance *in beneficialibus*, d'effacer la tache qui peut éloigner le clerc du ſacré miniſtere, au lieu que la note qu'a encouru le clerc par l'arrêt de condamnation, étant le propre fait du Juge royal, c'eſt au Prince temporel à abolir cette note par ſes lettres de reſtitution, après quoi il n'y a plus d'obſtacle pour la promotion du clerc aux ordres ſacrés.

Au ſurplus, c'eſt des clercs & des laïques indiſtinctement notés d'infamie, que parle Gratien au lieu cité dans l'obſervation ; c'eſt le chap. 7, *cauſ.* 2, *quæſt.* 3.

CHAPITRE LXXV.

Si entre Gradués nommés il faut regarder l'ancienneté de la nomination.

Si les défauts de grade peuvent être oppoſés par l'Impétrant au Dévolutaire en Cour de Rome.

LE concordat, qui eſt une loi de police dans ce Royaume, ſi l'on en excepte le pays d'obédience, affecte aux gradués certain nombre de bénéfices, & aſſujetit les patrons ou collateurs eccléſiaſtiques de ces bénéfices, à leur en faire titre dans les mois qui leur ſont affectés ; mais le concordat fait en même-temps deux claſſes de gradués ; il appelle gradués nommés ceux qui obtiennent lettres de nomination de l'Uni-

verſité, & qui en ſont répurés les ſuppôts, & il donne la qualification le gradués ſimples à ceux qui ſe contentent de lettres de dégrés & du temps d'étude. Les bénéfices vacans au mois d'Avril & Octobre ſont affectés aux gradués ſimples, & ils ne peuvent prétendre qu'aux bénéfices vacans dans ces deux mois, dans lequel temps, les ordinaires collateurs ont la liberté de gratifier qui bon leur ſemble d'entre les gradués ſimples ou nommés. Les bénéfices vacans au mois de Janvier & Juillet ſont affectés aux gradués nommés, & les collateurs ſont adſtraints à les leur conférer, & par cette raiſon on les appelle mois de rigueur. Il faut que ces gradués nommés ayent pris la précaution de faire inſinuer leurs lettres de nomination adreſſées au collateur du bénéfice avec leurs lettres de dégrés & atteſtation du temps d'étude, ce que les gradués ſimples doivent encore avoir fait avant la vacance du bénéfice, & enſuite les uns & les autres ſont aſſujetis tous les ans de réitérer au temps de carême leurs noms & ſurnoms au collateur ordinaire ou au patron au lieu où il ſe trouvera, & greffier des inſinuations, ſans toutefois qu'ils ſoient aſſujetis à faire une nouvelle inſinuation en cas de mutation de collateur ou de patron du bénéfice. M. Louet, ſur la regle *de infirmis*, *num.* 245.

Suivant l'ordonnance de 1646 toutes les lettres de dégrés & nomination doivent être inſinuées dans les greffes des inſinuations chacune de leur dioceſe, & cela dans un mois de la date d'icelles ; à peine de nullité. Depuis l'arrêt rapporté dans ce chap. qui, entre gradués nommés & dans leur concours, donne la préférence au plus ancien en nomination, quoique moins ancien en grade, eſt intervenue la déclaration du 27 Avril 1746, par laquelle il eſt porté que lors qu'il s'agira de pourvoir aux cures ou autres bénéfices à charge d'ames, les patrons & collateurs deſdits bénéfices auront la liberté du choix entre les gradués duement qualifiés, même dans les mois de rigueur qui ſont Janvier & Juillet. Cette diſpoſition eſt pleine de ſageſſe & digne d'un Roi, qui, depuis ſon avenement à la couronne, a donné une attention ſin-

guliere à tout ce qui a rapport au bien de l'Egliſe Gallicane dont il eſt le protecteur ; rien n'eſt plus intéreſſant pour cette Egliſe que de lui procurer des paſteurs qui ayent non-ſeulement la ſcience & les talens propres au régime des ames, mais encore la piété & les vertus, qui doivent être un ſujet d'édification & d'exemple pour des paroiſſiens ; & pour parvenir à remplir les cures de dignes ſujets, il convient que les collateurs ordinaires dans le concours des ſujets, ayent la liberté du choix.

CHAPITRE LXXVI.

De l'énonciation de la Directe en faveur de l'Egliſe.

SUivant le droit commun il faut, pour établir la Seigneurie directe ſur un fonds, ou rapporter le titre primordial d'inféodation, ou en défaut, deux reconnoiſſances authentiques, ou une reconnoiſſance faiſant mention d'une précédente cotée d'an & jour, & du Notaire qui l'a reçue, ou enfin d'une reconnoiſſance ſoûtenue par des adminicules. M. de Larroche, *des droits Seigneuriaux*, *chap.* 1, *art.* 2. Mais qu'eſt-ce qu'un adminicule ? c'eſt ce qui ſert à confirmer une choſe qui eſt déja probable par elle-même. *Danti ſur Boiſſeau*, *ch.* 7, *n.* 44 ; *Larroche*, *eod.* met au nombre des adminicules les rolles de lieve ou des acquits de payemens des droits demandés, des comptes rendus par les procureurs des ſeigneurs de la lieve & exaction deſdits droits, des déclarations ou confeſſions des emphitéotes dans les achats, ventes, diviſions, & partages ou fermes, les terres être de la directe du ſeigneur ; & pareils adminicules ſuffiſent à l'égliſe pour établir la ſeigneurie directe à défaut de titre primordial ou d'une reconnoiſſance authentique : c'eſt la diſpoſition de la déclaration de Louis XIV. de Février 1657, enrégiſtrée en Parlement le 5 Mai 1665. Le motif de cette déclaration fut la difficulté qui ſe rencontroit du côté de l'égliſe de juſtifier ſoit du titre primordial, ſoit des reconnoiſſances poſtérieures,

rieures, à cauſe du malheur des guerres civiles de religion, & des incendies des archives, qui en furent une ſuite funeſte. La plupart des égliſes & monaſteres, ayant été la proie des hérétiques calviniſtes, ſur-tout dans certains cantons du Royaume, où l'héréſie avoit pris de fortes racines, & ſéduit un grand nombre de ſujets du Roi; mais comme dans cette matiere il ſe gliſſe ſouvent de l'uſurpation de la part des ſeigneurs fonciers ou directes, ſur-tout à l'égard des gens ruſtiques, & qu'il eſt de maxime de pencher du côté de l'emphitéote & de la libération, il me ſemble qu'il ne faudroit faire uſage de la déclaration de 1657, & admettre ces adminicules dans les preuves du droit de directe, que dans les contrées du Royaume, qui ont ſervi de théâtre aux guerres civiles de religion, & qui ont été infectées de l'héréſie de Calvin. Les différens arrêts rapportés par Graverol ſur Larroche au lieu cité, art. 7, ont été rendus pour des pays de cette eſpece, ainſi que l'arrêt inſéré dans ce chap. rendu en faveur de M. l'Evêque d'Alet.

Fin du premier Livre.

LIVRE II.

DES SUCCESSIONS.

CHAPITRE I.

De la Clauſe Dérogatoire.

LA queſtion ſi la révocation de la clauſe dérogatoire doit être ſpéciale, ou ſi au contraire une révocation générale avec déſignation du teſtament, où elle eſt inſérée ſuffit : cette queſtion, dis-je, ne peut être décidée en theſe, ſoit parce que la clauſe dérogatoire, ſelon l'uſage que nous en faiſons, ne ſe trouve point dans la diſpoſition des loix, & que ce n'eſt que par argument pris de la loi *Si quis, in principio, de legat.* 3, que les docteurs d'Italie l'ont introduite, ſoit parce que les interpretes eux-mêmes ſont partagés ſur cette queſtion, & que les arrêts des Cours ont varié, & ne nous fourniſſent point de préjugés certains pour en faire une regle certaine.

L'uſage de la clauſe dérogatoire a été trouvé commode ; & c'eſt ce qui l'a introduite indiſtinctement, tant en pays de droit écrit que coutumier, ſuivant l'obſervation de Brodeau ſur Louet, lettre T, ſomm. 9, num. 2, qui dit en propres termes, *que c'eſt le ſouverain & unique remede contre les ſurpriſes & ſuggeſtions fréquentes en matiere de teſtament, dont la preuve eſt très-difficile ;* d'où l'on peut tirer cette conſéquence, qu'il eſt plus ſûr dans la pratique, & plus conforme aux vues d'un teſtateur, de donner à cette clauſe l'étendue qui lui eſt propre, que de la reſtraindre & de l'affoiblir.

C'eſt ſur ce principe que la plus ſaine partie des interpretes eſt de cette opinion, que la révocation de la clauſe dérogatoire doit être ſpéciale, *ſpecifica ac individualis revocatio fieri debet, docet textus melior totius Juris ſecundùm Bald. in leg.* 1, *§. fin. cod. de lati, lib. toll.* c'eſt le langage *de Benedict. in cap. Raynut. verbo Teſtamentum* 2, *num.* 15.

Guip. quæſt. 127, *num.* 3, dit que c'eſt la commune opinion des interpretes, & entre autres de Bartole, de Balde, de Salicet & de Cynus.

Brodeau ſur Louet, lettre T, ſomm 9, num. 2, rapporte pluſieurs arrêts conformes à cette opinion, & ajoûte que pluſieurs auteurs de nom, tels que Meſſieurs Cujas, Duvair, Servin, Maynard & Expilli, apportent deux limitations à cette regle de néceſſité, de révoquer dans le teſtament poſtérieur la clauſe dérogatoire inſerée au premier; ſçavoir, 1°. Quand le teſtateur, révoquant ſpécialement le teſtament précedent, fait mention de la clauſe dérogatoire, ſans la déſigner néanmoins mot-à-mot en l'individu pour ne pouvoir s'en ſouvenir, à cauſe du long intervalle de temps, ou autrement, ce qui opere une ſuffiſante révocation de la clauſe dérogatoire, ſuivant l'arrêt du 19 Juin 1627, rapporté par Henris en ſon recueuil, liv. 3, chap. 2, queſt. 13.

La deuxieme limitation eſt quand le premier teſtament contenant la clauſe dérogatoire eſt fait en faveur d'un étranger inſtitué héritier, & le poſtérieur en faveur des enfans; auquel cas il n'eſt pas beſoin de faire mention de la dérogatoire *favore liberorum*, ſuivant la doctrine des interpretes, ce qui doit avoir lieu pour la cauſe pie, qui marche d'un pas égal avec les enfans, quand ils ne ſe trouvent point en concours.

Le teſtament même fait en faveur des héritiers *ab inteſtat*, n'a pas beſoin de révocation de la clauſe dérogatoire contenue dans le teſtament, où un étranger non parent du teſtateur ſe trouve inſtitué héritier, ſuivant l'arrêt du Parlement de Paris du 26 Mai 1666, rapporté dans le tom. 2, du Journal des Audiences, liv. 7, chap. 39; il y a même un

arrêt dans le chap. 8 du 20 Février 1665, qui a jugé en faveur des héritiers *ab inteſtat*, qu'un acte de révocation, par lequel un teſtateur déclaroit qu'il vouloit mourir *ab inteſtat*, annulloit un teſtament contenant une clauſe dérogatoire, de laquelle il n'étoit pas fait mention dans l'acte de révocation, *Bouvot, tom. 1, verbo Dérogation. quæſt. 2*, rapporte un arrêt conforme.

La qualité des teſtateurs peut faire varier les déciſions, & faire une exception aux regles établies ſur cette matiere, comme par exemple, la qualité de ruſtique ou de payſan, eſt, ſelon les docteurs, un juſte motif d'annuller les clauſes dérogatoires inſerées dans leurs teſtamens, parce qu'ils n'en connoiſſent pas la force & le véritable uſage; ce qui ſe trouve avoir été ainſi jugé au Parlement de Grénoble par arrêt du 3 Mai 1669, Baſſet en ſes arrêts, tom. 1, liv. 5, tit. 2, chap. 3.

Il y a même des docteurs qui renferment dans cette déciſion les femmes & les mineurs; mais à mon avis, les uns & les autres ne peuvent y être enveloppés, ſans qu'il ſe rencontre des circonſtances particulieres d'une ignorance groſſiere, qui puiſſe faire conjecturer qu'ils n'ont pas connu l'uſage de la clauſe dérogatoire; car il eſt des femmes & des mineurs qui ont une raiſon parfaitement éclairée, & des lumieres capables de leur rendre l'uſage de la clauſe dérogative propre.

Je rapporterai ici deux différents arrêts de la Cour, rendus; le premier, le 26 Février 1691, au rapport de Mr. Pauci en la premier chambre des enquêtes; le ſecond, le 4 Septembre 1692, au rapport de Mr. de Lauriere.

Par le premier arrêt, il fut jugé dans la cauſe des Fougaſſe, frere & ſœur, que le teſtament de leur pere commun, contenant cette clauſe dérogatoire, *Magnificat anima mea Dominum*, en date de l'année 1676, n'avoit pas été valablement révoquée par ſa déclaration, reçue en forme de diſpoſition de derniere volonté, par laquelle il confirmoit un précédent teſtament de l'année 1675, avec révocation vague de tous autres teſtamens qu'il pourroit avoir faits depuis celui-là.

Il réſulte de cet arrêt qu'entre enfans même: (car le frere étoit ici héritier, & la ſœur légataire) la révocation du teſtam. contenant clauſe dérogatoire, ne peut ſe faire en termes vagues, & qu'il faut ſe régler par le droit commun.

Par le ſecond arrêt, qui fut rendu en faveur de Mr. le Préſident de Vignoles, contre ſes freres conſanguins; il fut jugé que le pere commun n'avoit pas ſuffiſamment révoqué ſon teſtament, contenant clauſe dérogatoire, par le ſecond, fait deux ans après, avec cette déclaration qu'il révoquoit tous les teſtamens qu'il pouvoit avoir ci-devant faits, même en faveur de ſon fils le Préſident, nonobſtant toutes clauſes dérogatoires dont il juroit ne ſe ſouvenir pas.

Cet arrêt eſt très-juridique à cauſe des circonſtances qui l'accompagnent, & qui, ſelon moi, doivent être la regle des déciſions que l'on rend ſur cette matiere épineuſe. Mr. de Vignoles teſtateur étoit parfaitement inſtruit de l'uſage de la clauſe dérogatoire par l'éducation qu'il avoit reçue; il n'étoit pas cenſé avoir oublié depuis deux ans la clauſe dérogatoire, inſerée dans ſon teſtament. La révocation qu'il en fit vaguement ſans déſigner le nom du notaire, le temps du teſtament, & ſans rapporter aucun terme de la clauſe dérogatoire, paſſa avec raiſon dans l'eſprit des Juges pour l'ouvrage de la ſuggeſtion & de la captation de ſa ſeconde femme, qui avoit voulu tourner ſa volonté du côté des enfans du ſecond lit, & faire violence aux véritables deſirs du teſtateur & à ſa volonté conſignée dans ſon teſtament antérieur.

J'eſtime qu'il faut décider les queſtions qui naiſſent ſur cette matiere par les différentes circonſtances qui ſe rencontrent dans les teſtamens. Je voudrois, par exemple, exiger dans un homme de lettres, qui a fait depuis peu un teſtament contenant une clauſe dérogatoire, une révocation ſpéciale, ſi le ſecond teſtament ſe trouve fait en pleine & parfaite ſanté, ſans qu'il ſoit ſurvenu au teſtateur aucun accident depuis la confection du premier teſtament, qui puiſſe faire préſumer que ſa mémoire s'eſt affoiblie: Si au contraire c'eſt un

homme d'épée peu verſé dans la connoiſſance de la clauſe dérogatoire, une femme, un homme ſans grande littérature, la clauſe me paroit ſuffiſamment révoquée par la déſignation du notaire qui a reçu le teſtament, & la mention vague de la clauſe dont le teſtateur déclare ne pas ſe ſouvenir *in individuo*; mais dans les différentes eſpeces de diſpoſitions & dans le concours, c'eſt au Juge à diſcerner quelle peut avoir été la véritable, & quel des deux teſtamens doit prévaloir, car il eſt auſſi dangereux de faire ſubſiſter la premiere diſpoſition au préjudice de la poſtérieure, que de donner tout l'avantage à celle-ci, en déclarant la clauſe dérogatoire ſuffiſamment révoquée, parce que dans les deux cas on s'expoſe à décider contre la volonté du teſtateur. On ne ſçauroit donc aſſez peſer la déciſion pour laquelle je ne vois pas de regle infaillible, parce qu'elle dépend des différentes circonſtances qui peuvent faire varier les jugemens.

C'eſt ſur les circonſtances, par exemple, de ruſticité & de vieilleſſe, qu'il fut rendu un arrêt le 6 Mai 1720, au rapport de Mr. Foucaud Dalzon, qui ſemble déroger aux maximes reçues ſur cette matiere; il fut jugé par cet arrêt dans la cauſe d'Anne Amadieu, & Bernard Delmas, que la révocation générale ainſi faite, *caſſant tous autres teſtamens*, ſuffiſoit; c'étoit dans l'eſpece du teſtament de Jeanne Sepfond, femme ruſtique & illittéré, âgée de 80 ans; il s'étoit écoulé plus de trois ans entre le premier teſtament, contenant la clauſe dérogatoire, & le ſecond; ces circonſtances ainſi réunies ſervirent de motif à cet arrêt.

¶ La nouvelle ordonnance, concernant les teſtamens du mois d'Août 1735, a totalement proſcrit l'uſage des clauſes dérogatoires dans tous teſtamens, codicilles, ou diſpoſitions à cauſe de mort, en ces termes. *Abrogeons l'uſage des clauſes dérogatoires dans tous teſtamens, codicilles ou diſpoſitions à cauſe de mort; voulons qu'à l'avenir elles ſoient regardées comme nulles & de nul effet, en quelques termes qu'elles ſoient conçues.*

La clauſe dérogatoire avoit été inventée comme un remede propre, pour mettre un teſtateur a l'abri de l'importunité de ceux q u l'environnoient, & qui, faiſant violence à ſa liberté, pouvoient lui arracher une diſpoſition de ſes biens. Elle avoit paru commode pour conſerver, ſur-tout aux plus proches parens, une ſucceſſion que des étrangers avides leur enlevoient ſouvent pendant leur éloignement ou leur abſence, par la voie de la captation. Dans cet objet, les différens Parlemens du Royaume en avoient adopté l'uſage; mais le danger & les difficultés qui ſe rencontroient pour faire une juſte application de cette clauſe, ſoit par rapport aux termes dont elle étoit conçue, ſoit par rapport à la condition ou au ſexe de ceux qui en uſoient dans leurs teſtamens; les uns étant lettrés, les autres illittérés ou ruſtiques. Tout cela a concouru ſans doute, pour en abroger l'uſage; car il étoit difficile de faire un juſte diſcernement de la volonté du teſtateur, lors, par exemple, qu'il étoit queſtion d'une clauſe appoſée dans un teſtament, ou d'une femme, ou d'un illittéré. Enſorte qu'on riſquoit, en voulant donner à cette clauſe ſon effet ordinaire, de faire violence à la liberté d'un teſtateur, qui vouloit réellement révoquer le teſtament où elle étoit contenue; ainſi le remede devenoit un poiſon mortel pour le teſtateur. J'avois déja obſervé ſur le chapitre, que je ne connoiſſois point des regles infaillibles, pour rendre une déciſion ſure ſur cette matiere. L'article déja cité, ne porte que ſur les clauſes dérogatoires inſerées dans les teſtamens, ou autres diſpoſitions, qui ſeront poſtérieurs à la publication & enrégiſtrement de l'ordonnance. En ſorte que les Juges pourront y avoir égard, & ſe régler là-deſſus par les maximes adoptées pour leſdites diſpoſitions antérieures.

CHAPITRE II.

CHAPITRE II.

Du Teſtament imparfait en faveur des Héritiers ab inteſtat. *De la ſimple révocation d'un Teſtament.*

L'Arrêt rapporté dans ce chapitre, en date du mois de Mars 1698, ne ſert qu'à confirmer la juriſprudence de ce Parlement au ſujet des teſtamens nuncupatifs dont la preuve peut être établie par témoins, & dans leſquels l'écriture & le miniſtere du notaire ne ſont employés que pour la preuve ſeulement, & nullement pour la ſolemnité de l'acte, ainſi que l'atteſte Mr. Dolive en ſes arrêts, liv. 5, chap. 4.

Cette forme de teſtament eſt autoriſée par la loi *Hac conſultiſſima* 21, *cod. de teſtam.* §. *per nuncupationem*, dont la diſpoſition eſt reçue dans les Parlemens qui ſe régiſſent par le droit écrit; mais cette preuve par témoins eſt conſtamment rejettée par la juriſprudence du Parlement de Paris, atteſtée par Mornac ſur cette loi *Hac conſultiſſima*, en ſes termes; *ſed apud nos inanem eſſe hunc numerum teſtium qui ex arreſtis probatio per teſtes in teſtamentis nuncupativis rejicitur.* Brodeau ſur Louet, lettre T, ſomm. 8, num. 6, rapporte pluſieurs arrêts du Parlement de Paris conformes à l'obſervation de Mornac.

Cette diverſité de déciſions & de juriſprudence ſe trouve fondée ſur la différente application que font les Parlemens de droit écrit de l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, qui prohibe la preuve par témoins au-delà de 100 liv. Ils n'en ont point fait extenſion aux teſtamens par cette raiſon priſe de la loi 20, *ff. de verbor. ſignif. verba contraxerunt, geſſerunt non pertinent ad jus teſtandi*, & que cet article regarde les contrats, au lieu que le Parlement de Paris en a indiſtinctement appliqué la diſpoſition & aux contrats & aux actes de derniere volonté.

La qualité de ſucceſſeur *ab inteſtat* & de plus proche pa-

rent du teſtateur, qui ſe rencontroit en celui qui demandoit d'être admis à la preuve de cette révocation nuncupative, ne fut point déterminante ; car, ſuivant la juriſprudence de ce Parlement, atteſtée par Mrs. Maynard & Dolive, le teſtament nuncupatif, pouvant être prouvé par témoins ſur la réſomption qui en eſt faite par le Juge, ſelon la doctrine de *Mantica, de conject. ultim. volunt. lib.* 1. *titul.* 6, *num.* 7, quand même la révocation auroit été faite par ce teſtateur, en faveur d'un étranger, la preuve vocale n'en auroit pas été moins admiſe, parce qu'on employoit pour cette preuve le même nombre de témoins qu'on emploie à Montpellier, ſuivant l'art. 52 & 54 du ſtatut, qui eſt le nombre de trois pour toute ſorte de teſtamens, & qu'une révocation, ſe trouvant auſſi ſolemnelle qu'un teſtament, doit opérer le même effet qu'un ſecond teſtament, fait en faveur des héritiers *ab inteſtat*, ſuivant la plus commune opinion des interpretes.

Toute la difficulté auroit été, ſi le pere, ſe trouvant en vie lors de cette demande en preuve de la révocation du teſtament, & y ayant un des trois témoins numéraires décédé, le notaire auroit pu ſuppléer au défaut de ce même témoin.

A ſe régler par la déciſion de M. Combolas, ce notaire peut tenir la place d'un témoin ; ce qu'il avance ſur la diſpoſition de la loi *hac conſultiſſima*, §. *ult.* où la préſence du tabellion ſupplée au défaut d'un témoin. Je crois que parmi nous la préſence du notaire ne peut ſuppléer au défaut d'un témoin dans les teſtamens nuncupatifs écrits, parce que le notaire n'y eſt point employé pour le témoignage, ni pour remplir le nombre des témoins requis pour la ſolemnité de ces teſtamens, mais comme juge charrulaire, & pour recevoir dans ſes régiſtres la diſpoſition d'un teſtateur *ad probationem tantùm*, ſuivant l'obſervation de *Mantica*, *loco ſupra*, *num.* 6. A quoi j'ajoûte que le notaire, ayant parmi nous un caractere public à la différence des tabellions des romains, dont parle la loi citée par Cambolas, qui étoient perſonnes privées, la fonction de nos notaires conſiſte à retenir & à

dreſſer les contrats ſelon les regles preſcrites par les ordonnances, à quoi leur miniſtere ſe trouve borné ; ainſi, dans l'eſpece de cet arrêt, le notaire ayant été appelé comme notaire, & pour retenir l'acte de révocation avec les trois témoins requis par le ſtatut de Montpellier pour la forme des teſtamens, ç'auroit été contre les vues du teſtateur & l'uſage qu'il ſe propoſoit de faire du miniſtere de ce notaire, que de l'admettre pour témoin dans cette révocation. Je puis fonder ma déciſion ſur un arrêt du Parlement de Grénoble, rapporté par Baſſet en ſes arrêts, *tom.* 1, *liv.* 5, *tit.* 1, *ch.* 2, par lequel il fut jugé le 31 Juillet 1663 que le notaire ne peut ſuppléer dans un teſtament nuncupatif, rédigé par écrit, au défaut d'un témoin.

Pour ce qui concerne la révocation d'un teſtament, on ne doit point mettre en doute qu'étant faite avec le même nombre de témoins, & les ſolemnités preſcrites pour les teſtamens, elle n'opere le même effet qu'un ſecond teſtament en faveur des héritiers *ab inteſtat*, parce que cette révocation y eſt équipollente, ce qui ſe trouve avoir été ainſi jugé par arrêt du Parlement de Paris, rapporté par Mornac, *ſur la loi* 8, *ff. de pecul.* Il n'y a que les cas où la révocation ſe trouveroit faite devant un moindre nombre de témoins qu'il n'en faut pour un teſtament ; comme par exemple, devant trois témoins ſeulement, alors cette révocation auroit beſoin d'être confirmée par le laps de dix années, depuis la confection du teſtament, juſqu'au décès du teſtateur, pour pouvoir opérer l'effet d'appeller à la ſucceſſion les héritiers *ab inteſtat* ; c'eſt la doctrine *de Guip. quæſt.* 200, & l'explication qu'il donne à la loi *Sancimus*, *cod. de teſtam.* ajoutant que ſi la révocation ſe trouve au contraire faite devant le nombre des témoins requis pour les teſtamens, alors elle a l'effet d'appeller à l'hérédité les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, quoique le teſtateur n'ait pas ſpécialement déclaré qu'il vouloit mourir *ab inteſtat* ; & cette doctrine en effet me paroît conforme aux maximes du droit ; car peu importe que le teſtateur déclare expreſſément qu'il veut mourir *ab inteſtat*, s'il

le déclare par équipollent, en faiſant une révocation ſpéciale de ſon teſtament, *non refert quid ex equipollenti fiat. leg. nominatim, ff. de legat. 3, leg. non dubium, de rebus credit. eod.* & quand la loi *Sancimus* exige ce laps de dix ans pour donner une pleine force à cette révocation, il eſt ſenſible que c'eſt parce que, ne ſe trouvant faite qu'en préſence de trois témoins, elle a beſoin de ce laps de temps pour opérer l'effet d'une révocation ſolemnelle, faite devant le même nombre de témoins, & qui ſeule peut emporter le teſtament, ſuivant la regle *nihil tam naturale eſt quàm eo genere quidve diſſolvi quo colligatum eſt. leg. 25, ff. de reg. jur.*

L'arrêt de ce Parlement n'a point requis ni le laps de dix ans, ni la déclaration du teſtateur qu'il vouloit mourir *ab inteſtat*, & le legs augmenté en faveur de la cauſe pie, n'a ſelon moi, rien d'équipollent à cette déclaration, puiſqu'on peut faire des legs par codicille, ſans teſtament ni inſtitution d'héritier, par où les héritiers *ab inteſtat*, ſont tacitement chargés d'en faire le payement ; d'ailleurs cette augmentation de legs n'a rien de dépendant de cette révocation, ni qui la puiſſe rendre plus expreſſe en faveur des héritiers *ab inteſtat*.

On peut ici inſerer un arrêt ſingulier de la Cour, au ſujet des teſtamens faits à Montpellier ſuivant le ſtatut de cette ville.

Par l'art. 54 de ce ſtatut, il eſt porté que tout teſtament doit être fait devant trois témoins, & que le pere peut laiſſer à ſes enfans pour droit de légitime ce qu'il trouvera à propos, ce que la Cour a réglé par ſes anciens préjugés à la moitié de la légitime fixée par le droit écrit.

Ce fut une queſtion très-diſcutée en la Cour dans le procès de Meſſire George de Tremolet, Préſident à la Cour des Comptes, Aides & Finances de Montpellier, contre la Dame de Lagardie ſa ſœur conſanguine : ſi feu Meſſire de Tremolet, Lieutenant pour le Roi de la Citadelle de Montpellier leur pere commun, dont ledit ſieur de Tremolet étoit héritier, avoit pu réduire à la moitié de ſa légitime la Dame de Lagardie par un teſtament olographe écrit & ſigné de ſa

main, ainſi qu'il ſe pratique *inter liberos*, ſuivant la loi *hac conſultiſſima* 21, *Cod. de Teſtam.* ou ſi au contraire il avoit dû faire cette réduction dans un teſtament en préſence de trois témoins, & ſuivant la forme preſcrite par cet article du ſtatut.

La queſtion fut jugée pour la premiere fois en la ſeconde chambre des enquêtes, au rapport de Mr. de Projean le 28 du mois de Juin 1729, en faveur de la Dame de Lagardie, à qui l'arrêt adjugea ſa légitime en entier ſur les biens de ſon pere.

Les Juges opinans furent long-temps partagés ſur cette queſtion; d'un côté la faveur de la légitime & la rigueur du ſtatut parloient pour la Dame de Lagardie; de l'autre le droit commun & la liberté que les loix accordent au pere de teſter à l'égard de ſes enfans, ſans aucune eſpece de ſolemnité, concouroient à ſoûtenir la diſpoſition teſtamentaire & la réduction faite ſelon la faculté qu'en donne le ſtatut.

La raiſon déterminante de l'arrêt fut que, ſuivant le ſtatut, le teſtateur ne peut faire la réduction de la légitime dans un teſtament olographe, mais ſeulement dans le teſtament dont la forme eſt preſcrite par l'art. 54, qui eſt celui qui donne la liberté au pere de faire cette réduction; ce qui demeure établi par la rélation & la connexité qu'il y a entre l'art. 52 & l'art. 54. L'article 52 porte que tous les teſtamens ſeront faits en préſence de trois témoins; l'article 54 contient une répétition de cette même formalité, *omne teſtamentum per tres teſtes factum, ſine heredis inſtitutione valet, & patens poteſt*, & cet article 54 ayant été dreſſé pour donner au pere teſtateur cette liberté de réduction de la légitime preſcrite par le droit civil, & commençant par la répétition de la formalité du teſtament, déja preſcrite par l'art. 52, qui eſt la préſence de trois témoins; il en faut conclure qu'en ſuivant la diſpoſition littérale du ſtatut & l'eſprit du légiſlateur, le teſtament contenant cette réduction ne peut être fait qu'en préſence de trois témoins; car autrement la

répétition ſeroit oiſeuſe & ſuperflue, ce qui n'a jamais lieu dans les ſtatuts qui ſont *ſtricti juris*, & qui doivent être ſuivis *ad unguem & in ſpecifica forma.*

¶ L'art. 1 de l'ordonnance de 1735, concernant les teſtamens abroge dans tout le Royaume la diſpoſition de la loi *Sancimus*, *cod. de teſtam.* & la juriſprudence de ce Parlement, ſuivant laquelle on étoit reçu à prouver par témoins, & par la voie de l'enquête & un teſtament & un fidéicommis. Voici l'article, *toutes diſpoſitions teſtamentaires ou à cauſe de mort, de quelque nature qu'elles ſoient, ſeront faites par écrit. Déclarons nulles toutes celles qui ne ſeront que verbalement, & défendons d'en admettre la preuve par témoins, même, ſous prétexte de la modicité de la ſomme dont il auroit été diſpoſé.* La faveur des diſpoſitions de derniere volonté & leur exécution, qu'un déclamateur & éloquent avocat, regarde comme la ſeule conſolation qui nous reſte après la mort, *nihil aliud ſolatium mortis, quàm voluntas ultra mortem. Quintil. declamat.* 308; cette faveur, dis-je, avoit porté les légiſlateurs de l'ancienne Rome à recevoir la preuve vocale toute nue & deſtituée d'écriture pour les diſpoſitions teſtamentaires. Il eſt vrai qu'on n'admettoit point toute ſorte de témoins, & qu'on étoit fort réſervé à cet égard. Mais comme cette preuve qui ſe tire des enquêtes reſpectives, qu'il falloit faire, étoit non-ſeulement expoſée à la ſubornation des témoins, mais encore équivoque & *in nube*, la nouvelle ordonnance a trouvé à propos d'en proſcrire abſolument l'uſage dans les diſpoſitions de derniere volonté. *Boiceau ſur l'article* 54 *de l'ordonnance de Moulins*, obſerve, qu'elle n'avoit été faite, que pour prévenir la ſubornation des témoins, & éviter la multiplicité des reproches qu'on peut propoſer contre eux, & cette involution de faits, qui en eſt la ſuite, & que par cette raiſon, il faut étendre la diſpoſition de cet article aux actes de derniere volonté; *& ideo judicandum putarem*, dit-il, *in omnibus aliis diſpoſitionibus, ut in codicillis mortis cauſa, donationibus, legatis ſeu relictis particularibus, ſæpenumero enim vidi allegari hæc omnia verbaliter facta, coram nonnul-*

lis teſtibus, ut plurimùm corruptis & falſo introductis, quæ ideo mihi ſemper ſuſpecta fuêre. partie premiere, cap. 16, n. 7. Ces inconvéniens & pluſieurs autres que la ſageſſe du légiſlateur a ici prévus, ont donné lieu à la diſpoſition de cet article premier.

A l'égard des teſtamens nuncupatifs écrits, & des teſtamens miſtiques ou ſecrets, qu'on appelle ſolemnels, l'uſage en eſt autoriſé par l'art. 4 de l'ordonnance dans le pays du droit écrit, & autres, où ladite forme de teſter eſt autoriſée par les coutumes ou ſtatuts. L'ordonnance n'a point exclu les moyens énoncés dans le chapitre pour révoquer un teſtament par des déclarations équipollentes par écrit & authentiques qu'on veut mourir *ab inteſtat.*

Au ſurplus, ſuivant le droit commun, établi par l'art. 5 de cette ordonnance, le notaire peut faire nombre pour les témoins requis par le droit écrit. Enſorte que ſix témoins avec le notaire qui rédige le teſtament ſuffiſent pour la forme. Ce qui doit même avoir lieu à l'égard des Curés des paroiſſes, qui ſe trouvent autoriſés à remplir la fonction de notaire par ſtatut du lieu. Mais la nouvelle ordonnance n'admet point le notaire pour témoin dans les lieux où par coutume & ſtatut particulier, deux témoins & le notaire ſuffiſent; comme à Toulouſe, ou trois témoins, avec le notaire à Montpellier; or le ſtatut devant être ſuivi rigoureuſement, de-là que l'ordonnance n'y a point ici dérogé d'une maniere expreſſe, il faut ſelon moi le même nombre requis par le ſtatut. C'eſt ce que l'article 13 de l'ordonnance nous inſinue en déclarant, qu'elle n'entend déroger aux ſtatuts qui exigent un moindre nombre de témoins. Or ſuivant ces ſtatuts le notaire n'eſt point enviſagé comme témoin, mais comme Juge chartulaire, & pour rédiger l'acte. Et comme c'eſt par un privilege local, que le nombre des témoins ſe trouve réduit à deux ou trois, ce ſeroit donner de l'extenſion à un privilege qui eſt *ſtricti juris*, ſi l'on admettoit le notaire pour témoin, & anéantir pour ainſi dire la preuve d'un acte auſſi ſolemnel, & qui mérite tant de circonſpec-

tion. L'article 13 qui confirme les ſtatuts, loin de diminuer le nombre en y admettant le notaire, porte, qu'il ſera appellé un autre témoin outre le nombre requis par les ſtatuts dans le cas d'un teſtament fait par un aveugle, ce qui montre que le notaire ne peut ſuppléer au défaut d'un témoin dans les circonſtances où le nombre ordinaire aux autres teſtamens ſe trouve réduit par le ſtatut du lieu.

CHAPITRE III.

Du Teſtament fait aux champs.

LE teſtament fait aux champs devant cinq témoins eſt valable, ſi l'on n'a pu y trouver le nombre de ſept témoins, *ſin autem in illo loco minimè inventi fuerint ſepten teſtes uſque ad quinque, modis omnibus teſtes adhiberi jubemus leg. ult. cod. de teſtam.*

Enſorte qu'on ne peut point donner pour regle général que le teſtament fait à la campagne vaille avec cinq témoin ſeulement.

Cette loi paroit faite pour les ſeuls ruſtiques ou manan d'une plate campagne, *& ab antiquis legibus, & diverſis* dit l'Empereur, *retro principibus ſemper ruſticitati conſultun eſt, & in multis legum ſubtilitatibus ſtrictâ obſervatio eis remiſſa*; & c'eſt aux habitans de la campagne que Mornac et applique la diſpoſition de même que Chopin, *de privileg ruſticor. lib.* 1, *part.* 2, *cap.* 2, *ruſticis remittuntur*, dit-il *à Juſtiniano ſolemnes formulæ quæ ultimis elogiis præſtituta ſunt, dùmmodo adſtante quino teſte illi ſuprema ſua ordinarint :* ce qui doit être entendu des habitans des hameaux & nullement de ceux qui habitent dans des villages peuplés.

Toutefois pluſieurs interpretes ont étendu la diſpoſition de cette loi aux habitans de la ville, qui, ſe trouvant à la campagne, y ont fait leur teſtament en préſence de cinq témoins

moins, n'ayant pu en avoir le nombre de ſept, telle eſt l'opinion de Balde, de Cynus & de Salicet, ſur cette loi derniere, *Cod. de Teſtam.* ils ſe ſont fondés ſur ce qu'il y a parité de raiſon des uns aux autres, & je croi que leur opinion doit prévaloir.

En effet, en examinant avec quelque attention le fonds de cette loi, on trouve qu'elle ne contient pas tant un privilege en faveur des habitans de la campagne, qu'une diſpenſe fondée ſur la néceſſité de teſter avec cinq témoins, par la difficulté de pouvoir faire appeller le nombre de ſept déterminé par le droit.

Dans cette vue, cette loi n'eſt pas un reſcrit de pure grace, mais au contraire de juſtice; car le cas de néceſſité eſt un puiſſant motif de diſpenſe de la loi, ſuivant l'obſervation de la Gloſe *in leg.* 5, *ff. de offic. proconſ. & final. Cod. de oper. libert.* & c'eſt par cette raiſon que j'eſtime qu'un habitant de la ville, qui ſe trouvant à la campagne par accident ou pour des affaires domeſtiques, y fait ſon teſtament dans les conjonctures d'une maladie qui lui ſurvient, y peut valablement teſter avec le nombre de cinq témoins, s'il n'a pu en appeller un plus grand nombre par la pénurie qui ſe trouve dans de certaines campagnes. Or je croi que ce teſtament ainſi fait doit ſubſiſter, malgré le retour du teſtateur à la ville, ſans qu'il ait beſoin d'en faire un autre pour ratifier celui-là, parce qu'ayant une fois teſté avec les formalités requiſes dans le lieu de la confection du teſtament, l'acte porte ſa force & ſon efficace par-tout ailleurs, ſans qu'on puiſſe apporter ici pour raiſon contraire de décider l'exemple du teſtament militaire, qui ne vaut que *intra annum miſſionis*; car il y a diſparité de cas; le ſoldat teſtant *jure militari*, teſte conſéquemment par privilege ſpécial annexé à ſon état, hors duquel il ne doit plus jouir du privilege, les privileges étant de droit étroit, ce qu'on ne peut pas dire du teſtament dont il s'agit, parce que la diſpenſe du nombre ordinaire des témoins n'eſt point un privilege annexé à la perſonne du ruſtique, mais un acte de juſtice fondé ſur la néceſſité de teſter,

& ſur l'impoſſibilité d'avoir un plus grand nombre de témoins dans le lieu du teſtament.

L'arrêt dont fait mention l'auteur eſt du 20 Août 1695, dans l'eſpece ſuivante.

Le ſieur Delvolue fit ſon teſtament ſolemnel, dans lequel il inſtitua ſa femme héritiere, à la charge de rendre ſon hérédité au premier enfant mâle qu'elle auroit du ſecond mariage, & en cas elle n'eût point d'enfans d'un autre mariage, il la charge pareillement de rendre l'entiere hérédité à l'aîné des enfans du ſieur Ducros, fils d'une de ſes ſœurs.

Ce teſtament étoit écrit d'une main étrangere, & ſigné par le teſtateur à la fin de chaque page; deux ou trois jours après, on y oppoſa l'action de ſubſcription, dans lequel on nomma cinq témoins, dont pas un ne fut préſent à la ſubſcription, ni ne ſigna devant le teſtateur.

Marie Delvolue & Germaine Delvolue, ſœurs du teſtateur, attaquerent ce teſtament, & firent aſſigner l'héritier en délaiſſement des entiers biens.

Elles prétendoient le faire annuller par deux raiſons; la premiere, parce qu'il n'y avoit que cinq témoins dans un lieu peuplé où les témoins ne pouvoient manquer.

La ſeconde, parce que les témoins n'avoient pas ſigné en préſence du teſtateur, & que deux des cinq témoins numéraires de l'acte (qui étoient des payſans qui ne ſçavoient pas ſigner) leur avoient fait une déclaration qu'ils n'avoient jamais eu aucune connoiſſance de ce teſtament, & qu'ils n'avoient point été appellés.

Le teſtament fut confirmé avec dépens, au rapport de Mr. de Lanes Conſeiller de la troiſieme des enquêtes.

¶ A l'égard des teſtamens faits à la campagne & hors des villes & bourgs fermés, la nouvelle ordonnance n'a pas dérogé au droit écrit quant au nombre des témoins; mais elle porte en l'article 45, que parmi le nombre requis, il en faut deux au moins qui ſçachent ſigner, & à l'égard des autres, qu'il ſoit déclaré qu'ils n'ont pu ni ſçu ſigner, mais qu'ils ont été préſens. La pénurie qui ſe trouve à la campagne des gens

lettrés, a donné lieu à cette reſtriction de deux témoins qui ſçachent ſigner.

J'obſerverai au ſujet de l'arrêt rendu ſur le fait du teſtament du ſieur Delvolue, que ſi l'arrêt ne s'arrêta point à cette allégation, que les témoins n'avoient pas ſigné en préſence du teſtateur, ce fut par la raiſon, que les ſœurs du teſtateur, qui attaquerent le teſtament, ne prirent point une voie légale, qui devoit être l'inſcription en faux, contre l'énonciation de préſence des témoins, lors de la ſouſcription du teſtament; car cette préſence a toujours été de la forme intrinſeque de cette eſpece de teſtament; ce qui eſt confirmé par l'art. 9 de l'ordonnance, & qui doit avoir lieu dans le teſtament nuncupatif, rédigé par écrit; mais il faut ſe pourvoir par la voie de l'inſcription en faux, & une ſimple déclaration, quelque autentique qu'elle fût de la part des témoins numéraires, ne ſuffiroit pas, ce qui fit que l'arrêt du 20 Juin 1695, n'eut aucun égard à la déclaration de ces deux témoins du nombre de cinq, contenant qu'ils n'avoient eu aucune connoiſſance du teſtament dont il s'agit.

CHAPITRE IV & V.

Si le Teſtament retenu par écrit peut valoir comme nuncupatif.

LA loi *hac conſultiſſima* 21, *cod. de Teſtam. & quemadm. Teſtam. ordin.* renferme trois différentes eſpeces de teſtamens qui ſont d'uſage dans le pays de droit écrit. La premiere eſpece regarde les teſtamens qu'on appelle ſolemnels ou clos, dans leſquels il faut néceſſairement obſerver la forme preſcrite par cette loi, ſous peine de nullité: la ſeconde, les teſtamens nuncupatifs ou ſans écriture, dans leſquels on ne requiert autre choſe que la déclaration de volonté du teſtateur en préſence de ſept témoins convoqués; & la troiſieme tombe ſur le teſtament, que la loi appelle im-

parfait, à cauſe qu'il eſt valable ſans ſolemnité, étant fait par les peres & meres en faveur de leurs enfans.

Dans la premiere eſpece de teſtamens, la préſence & le miniſtere du notaire ſont indiſpenſables pour la validité du teſtament, parce que la loi le qualifie de teſtament par écrit; & cette qualification ſuppoſe l'authenticité de l'acte.

Dans la ſeconde eſpece, le miniſtere du notaire n'eſt employé que pour la preuve ſeulement de la volonté, & ne lui eſt point ſubſtantiel, ſuivant la doctrine des interpretes & la juriſprudence de la Cour, & dans la troiſieme eſpece, qui eſt le teſtament *inter liberos*, toute eſpece de ſolemnité eſt retranchée, & la ſeule déclaration de volonté conſtatée ſuffit.

Ces trois différentes eſpeces de teſtamens ont cela de commun, qu'ils doivent avoir une égale perfection quant à la volonté du teſtateur, car quelque privilégié que puiſſe être le teſtament *inter liberos*, la gloſe & les interpretes ſur *la loi final. cod. famil. Erciſcund*, donnent pour regle que ce teſtament eſt nul s'il ſe trouve imparfait, *ratione voluntatis.*

Ce principe établi, il faut examiner dans cette matiere de quelle eſpece de teſtamens le teſtateur a voulu uſer, ce qui ſe découvre ſans peine par les démarches qu'il a faites; car s'il avoit préſenté au notaire & témoins convoqués pour cela un teſtament clos, ſans leur avoir déclaré le contenu au teſtament, mais ſeulement que ſa ſeule volonté y eſt contenue, & qu'avant la ſouſcription de ce teſtament & la ſignature, le teſtateur fût décédé, ce teſtament n'auroit point ſa perfection, parce que la volonté de teſter par écrit, s'étant manifeſtée, il n'y auroit pas lieu à la réſomption des témoins, qui n'eſt d'uſage que pour le teſtament nuncupatif.

Il en eſt autrement du teſtament que la loi appelle nuncupatif ou ſans écriture, l'eſſence de ce teſtament ne conſiſtant que dans la déclaration publique que le teſtateur fait de ſa volonté en préſence des témoins : il ſuffit pour en établir la preuve que les témoins numéraires ſoient ouis & réſumés après le décès du teſtateur, quand même il ſeroit décédé avant d'avoir ſigné le teſtament rédigé par écrit, ſçachant &

voulant le ſigner avec le notaire & témoins, parce qu'il ſuffit qu'il ait voulu teſter *ſine ſcriptis*, *& per nuncupationem*, & qu'il ait manifeſté ſa volonté par une déclaration de vive voix de ſa diſpoſition teſtamentaire, pour que le teſtament ſubſiſte, Albert lettre T, *verbo Teſtament. art.* 24, rapporte à ce ſujet deux arrêts de ce Parlement.

Sur quoi il faut prendre garde de ne pas confondre ce qui eſt réellement diſtinct par la diſpoſition de la loi *hac conſultiſſima* ; ſçavoir, le teſtament par écrit, avec le teſtament nuncupatif rédigé par écrit : le premier teſtament ne peut jamais être converti en nuncupatif, parce que ce ſeroit aller contre la volonté du teſtateur, & le genre de teſter qu'il a choiſi, à moins qu'il n'en eût déclaré le contenu en préſence des mêmes témoins.

Le ſecond teſtament n'eſt pas converti en nuncupatif ; mais de nuncupatif qu'il eſt dans ſa ſubſtance, il eſt rédigé par écrit pour la preuve.

Il paroit conforme à la diſpoſition du droit de pouvoir reprocher les témoins des teſtamens nuncupatifs, &.cela par deux raiſons.

1°. Parce que dans la preuve vocale la foi des témoins eſt ſouvent ſuſpecte, *leg. teſtium. cod. de teſtibus.*

2°. Parce que la pratique étoit chez les romains de n'admettre pour témoins dans les teſtamens que ceux de la premiere conſidération ou claſſe, que l'on appelloit *teſtes claſſici* ou autrement *rogati*, à cauſe que c'étoit par un choix ſingulier de leur probité qu'on admettoit leur témoignage, ſuivant l'obſervation du commentateur de Boiceau ſur la préface, *num.* 2, *dans le traité de la preuve par témoins* ; d'où il faut conclure que ces témoins devant être irréprochables, il eſt de l'intérêt public de pouvoir faire la preuve, ou de la ſubornation à laquelle quelqu'un d'eux ſe ſeroit prêté, ou de tout autre fait qui pourroit rendre leur témoignage ſuſpect & rejetable. Mr. Maynard liv. 5, chap. 5, remarque que les témoins de ces teſtamens peuvent être reprochés, & que c'eſt pour la ſureté du teſtament.

J'obſerverai ici que la Cour ne ſuit point cette ancienne juriſprudence, atteſtée par Mr. Maynard, liv. 5, chap. 94, *num.* 6, ſelon laquelle la preuve du fidéicommis verbal devoit être faite par enquête, non ſeulement dans les dix ans, mais même avant le décès de l'héritier grevé ; il ſe juge qu'après le décès même, pourvu qu'on ſe trouve encore dans les dix années du décès du teſtateur, l'enquête peut être faite ; c'eſt ainſi que cette queſtion fut décidée en la troiſieme chambre des enquêtes le 21 Mars 1714 entre Jean Duterras capitaine de dragons, & les héritiers de Jacques Berion, au rapport de Mr. de St. Laurens.

La raiſon de l'arrêt fut, que, pouvant arriver que l'héritier grevé vienne à décéder peu de temps après le teſtateur, & avant que le ſubſtitué ait eu le temps de faire ſon enquête, il ſeroit injuſte dans ces circonſtances d'exclure le ſubſtitué de la preuve ; mais d'ailleurs les héritiers du grevé, ayant la liberté des reproches des témoins, ainſi que leur auteur, il paroit indifférent de procéder à l'enquête du vivant de l'héritier grevé ou après ſa mort.

¶ Les queſtions traitées dans ces deux chapitres ſont maintenant oiſeuſes depuis la diſpoſition de l'ordonnance de 1735, art. 1, il n'eſt pas douteux que les enfans & la cauſe pie ne ſoient compris dans cette diſpoſition, (quelque privilégiés qu'ils ſoient ſur cette matiere) par la raiſon que l'article comprend en termes généraux, toute eſpece de diſpoſition teſtamentaire de quelque nature qu'elle ſoit, *cum lex loquatur generaliter, general ter eſt intelligenda*, *Ranchin* ſur la queſt. 44 *de Guyp.* en parlant de l'ordonn. du Roi François I. Notre ordonn. en abrogeant l'uſage des teſtam. purement nuncupatifs, n'a eu pour objet que de protéger la cauſe teſtamentaire, de façon que la volonté du teſtateur ne fût point expoſée aux riſques de la ſubornation des témoins ; l'ordonnance a réduit la forme des teſtamens à trois eſpeces, aux nuncupatifs rédigés par écrit, aux miſtiques ou ſecrets, & aux teſtamens olographes, pour le pays où ils ſont en uſage du droit commun. L'article 5 preſcrit la forme des teſtamens nuncupatifs écrits, il fait une analiſe exacte de la for-

me de cette eſpece de teſtament, à laquelle les notaires doivent ſcrupuleuſement ſe tenir. Pour ſatisfaire à la diſpoſition de cet article, il faut ſur-tout que les témoins ſoient préſens au moment que le teſtateur dicte ſa volonté, & que le notaire la rédige à fur & à meſure. Et il ne ſuffit pas d'en faire lecture aux témoins lorſqu'ils arrivent après la diſpoſition rédigée & lors de la lecture qui en eſt faite au teſtateur. C'eſt pourtant là un abus qui s'eſt gliſſé de la part des notaires, & qui ſubſiſte même depuis la publication de notre ordonnance. Ce qui fourniroit un moyen de caſſation du teſtament, s'il étoit relevé & prouvé par ceux qui ont intérêt dans la ſucceſſion. Et je ne doute pas qu'y ayant une inſcription en faux contre l'énonciation de préſence de témoins, (qui étoient abſens lorſque la diſpoſition a été rédigée par les notaires) les mêmes témoins ne duſſent être ouïs pour conſtater le faux commis par le notaire; car le faux le regarde principalement, comme étant chargé par ſon miniſtere, & comme juge chartulaire, de rédiger la volonté du teſtateur en la forme preſcrite par l'article 5, laquelle doit être gardée à la lettre, à peine de nullité, ſuivant l'art. 47 de l'ordonnance.

La forme des teſtamens miſtiques ou clos, eſt preſcrite par les articles 9 & ſuivans. L'article 11 porte que ceux qui ne ſçavent ou ne peuvent lire, ne pourront faire des diſpoſitions en la forme du teſtament miſtique, en quoi l'ordonnance déroge à la loi *hac conſultiſſima*, qui permettoit aux illittérés même la forme de ces teſtamens, pourvu qu'il y fût par eux employé un huitieme témoin dans l'acte de ſouſcription *Quod ſi litteras teſtator ignoret vel ſubſcribere nequeat, octavo ſubſcriptore pro eo adhibito, eadem ſervari decernimus.* Le huitieme témoin ne peut en effet rémédier à cet inconvénient qui ſe rencontre du côté du teſtateur qui ne ſçait point lire, d'être livré à la bonne foi d'un écrivain qui rédige ſa volonté ſecrettement, & qui en devient l'arbitre; l'ordonnance n'emploie un autre témoin par-deſſus le nombre requis, que dans le cas où le teſtateur ſçachant lire, mais ne pouvant ou ne ſçachant ſigner, a fait écrire ſa diſpoſition

par une main étrangere. Alors il faut employer cet autre témoin dans l'acte de ſouſcription, en énoncer la cauſe ; c'eſt l'article 10.

Pour ce qui eſt de la troiſieme eſpece de teſtamens dont parle la loi *hac conſultiſſima*, ſçavoir, *inter liberos*, la nouvelle ordonnance n'y a point dérogé, elle déclare au contraire en l'art. 16, la validité de ces teſtamens, pourvu qu'ils ſoient écrits, datés & ſignés de la main du teſtateur; ces trois points doivent concourir dans toutes les diſpoſitions de derniere volonté faites dans cette forme. Ferriere rapporte un arrêt du Parlement de Paris en ſes Inſtitutes du droit françois, par lequel il fut jugé le 25 Juin 1612, que la date n'étoit point néceſſaire pour la validité d'un teſtament olographe, & il ajoûte que c'étoit là la commune opinion, fondée ſur ce que cette eſpece de teſtament ne tombe point dans l'ordonnance de Blois, qui enjoint aux notaires de dater les actes & les teſtamens qu'ils reçoivent. Toutefois la date a paru ici eſſentielle, par la raiſon que c'eſt là une époque aſſurée des changemens fréquens qui arrivent dans pareilles diſpoſitions ; l'article 38 de l'ordonnance exige la date dans le teſtament miſtique, tant pour la diſpoſition que pour la ſouſcription, quoiqu'il ſemble que la date en eſt ſuffiſamment conſtatée par la ſouſcription, puiſqu'elle donne l'être & la forme à cette eſpece de teſtament.

Le teſtament des enfans à l'égard de leurs peres & meres n'ont pas le même privilege ; car ils ne peuvent point teſter en leur faveur, ſans employer les ſolemnités requiſes pour les autres teſtamens, du moins dans les pays du droit écrit ; Graverol *ſur Laroche*, *liv.* 4, *tit.* 5, *art.* 11, rapporte un arrêt de ce Parlement qui l'a ainſi jugé. Au ſurplus, il n'y a aucun article dans la nouvelle ordonnance, qui, à l'égard des teſtamens clos ou miſtiques, exige que les mots de *lu & relu* ſoient inſerés à la fin du teſtament, quoique l'article 289 de la coutume de Paris ait requis cette énonciation comme une formalité eſſentielle de cette eſpece de teſtament. Quand j'ai dit que la nouvelle ordonnance autoriſe les teſta-

mens

mens olographes, cela doit être entendu dans les pays & coutumes où ils ſont en uſage de droit commun, mais nullement en pays de droit écrit, qui ne les admet qu'en faveur des enfans à l'égard deſquels ce n'eſt pas tant une diſpoſition teſtamentaire, qu'un partage des biens paternels ou maternels fait par les peres & meres.

CHAPITRE VI.

De la prétérition des enfans ou aſcendans.
De la Clauſe codicillaire.

LA clauſe codicillaire a été introduite pour ſoûtenir les diſpoſitions teſtamentaires, & dans cette vue on peut la regarder comme favorable en ſoi; elle produit le même effet que le fidéicommis, c'eſt-à-dire que l'héritier inſtitué par le teſtament imparfait *ratione ſolemnitatis*, ne pouvant avoir l'hérédité par la voie directe, l'obtient par la voie oblique; les héritiers *ab inteſtat* étant cenſés priés de lui reſtituer l'hérédité, ſelon la doctrine de Faber *in ſuo cod. lib.* 6, *tit.* 5, *definit.* 27, *paria ſunt rogare venientes ab inteſtato quod reſtituant hæreditatem, vel clauſulam apponere codicillarem.*

Les interpretes ont regardé cette clauſe d'un œuil ſi favorable, qu'ils l'ont admiſe dans les teſtamens par les termes équipollens, *hæc clauſula inducitur ex aliis verbis æquipollentibus, puta ſi teſtator in ſuo teſtamento minùs ſolemni talia ſimilia dixerit, volo teſtamentum meum valere omni meliori modo quo valere poteſt : nam ex his aut ſimilibus verbis inducitur clauſula codicillaris, Bened. in cap. Raynut.* 1, *part. teſtamentum* 3, *num.* 18, *&* 19.

Quelque favorable que ſoit cette clauſe, cette faveur néanmoins ceſſe lorſque des étrangers ou collatéraux du teſtateur ſe trouvent héritiers inſtitués, & que l'enfant eſt ignoramment prétérit, ou parce qu'il n'étoit pas né lors du teſtament, ou parce que le teſtateur avoit lieu de le croire

mort, & cela par une préſomption de la loi fondée ſur le deſir naturel des peres de voir leur hérédité tranſmiſe à leur deſcendance ; & c'eſt pour cela même que les interpretes ont regardé comme impie l'opinion qui donnoit à cette clauſe l'effet de ſoûtenir le teſtament en faveur des enfans ignorammment prétérits, *eat, cum teſtamentum factum eſt, in favorem extranei, in eoq. adjecta clauſula codicillaris, manifeſtum eſt id unum teſtatorem agere ut, quantum in ſe eſt, excludat eos qui ab inteſtato erant ſucceſſuri, in qua excluſione inhumanum ſit, & improbabile ſuſpicari eum fuiſſe comprehenſurum perſonam poſthumi, ſi de poſthumo quoque cogitaſſet ; Faber in ſuo Cod. lib. 6. tit. 17. definit. 2.* ce Parlement l'a jugé de même, ſuivant l'arrêt rapporté par M. de Larroche, liv. 4. tit. 5. art. 3.

Le même Faber, qui a fort doctement traité cette matière, ajoûte dans ſa définit. 5, que cette clauſe ſoutient néanmoins le teſtament contre l'enfant ignorammment prétérit, ſi ce n'eſt point un étranger qui ſoit héritier inſtitué, mais un autre enfant du teſtateur, de même que ſi l'on peut conjecturer que la volonté du teſtateur a été d'exclure de ſon hérédité l'enfant prétérit, quoique l'étranger ait été inſtitué.

L'inſtitution directe étant convertie en fidéicommis (comme il a déjà été remarqué) par la force de cette clauſe codicillaire, il s'enſuit que l'enfant prétérit par ſon pere dans le teſtament contenant inſtitution d'un de ſes freres, n'a droit de détraire que ſa légitime ou la quarte à ſon choix, ſuivant la doctrine du commentateur de Larroche, liv. 4, tit. 5, art. 3.

C'eſt une queſtion controverſée ſi la clauſe codicillaire ſoutient le teſtament où l'enfant qui n'étoit pas né a été ignorammment prétérit, & où un étranger ſe trouve héritier inſtitué quand le teſtateur a ſurvécu à la naiſſance de cet enfant un aſſez long eſpace de temps pour lui donner la liberté de faire un ſecond teſtament en ſa faveur, Faber dans ſa définit. 5. lib. 6. tit 17. & pluſieurs autres interpretes, ont tenu que cette clauſe opéroit alors ſon effet ordinaire, & que

le fils comme héritier *ab inteſtat*, étoit grevé de rendre l'hérédité à l'inſtitué dans le teſtament ; *Fachin. lib.* 4, *cap.* 13, *controverſ.* combat cette opinion, & ſoutient avec pluſieurs docteurs, que la clauſe codicillaire ne peut alors produire ſon effet, puiſque ce ſeroit faire agir un pere en inſenſé, & contre les loix de la nature, que de lui attribuer cette volonté, que ſon fils fût tenu de rendre ſon hérédité à des étrangers, ce qui n'eſt point à préſumer de la piété d'un pere qui n'a prétérit ſon fils, que parce qu'il en ignoroit l'exiſtence, & qui eſt cenſé avoir voulu l'inſtituer enſuite, & faire un ſecond teſtament dès qu'il l'a connu par ſa naiſſance.

Ferriere ſur la derniere queſtion de Guypape, obſerve que par la juriſprudence de ce Parlement, la clauſe codicillaire n'opere point ſon effet dans un teſtament où l'enfant a été ignoramment prétérit, & que ſa naiſſance, arrivée après le teſtament, en entraîne la nullité indiſtinctement, ſoit que le teſtateur ſoit d'abord décédé, ſoit qu'il ait ſurvécu aſſez long-temps à la naiſſance de l'enfant, pour pouvoir changer en ſa faveur ſa diſpoſition teſtamentaire ; & pour appuyer cette opinion, Ferriere rapporte un arrêt du 9 Juin 1599, dans l'eſpece d'un teſtament d'un pere, contenant clauſe codicillaire & inſtitution héréditaire de ſon fils, dans lequel il n'avoit fait aucune mention des enfans à naître. Trois filles lui étant nées après ce teſtament, & n'ayant point réparé cette prétérition par un ſecond teſtament, ces filles demanderent après ſon décès la caſſation de ce teſtament, comme nul par la prétérition ignoramment faite, ce qui fut ainſi jugé.

Il en eſt autrement, dit Ferriere, de la prétérition ſciemment faite, & quand le teſtateur a penſé aux enfans nés & connus, alors la clauſe codicillaire opere ſon effet, & ſoutient la volonté du teſtateur, ſuivant l'arrêt de préjugé qu'il rapporte.

A l'égard de la prétérition ignoramment faite, je crois que la clauſe codicillaire doit ſoûtenir le teſtament, où le fils du teſtateur eſt héritier inſtitué contre le fils prétérit, & que le

fils prétérit ne peut prétendre que ſa légitime, ſoit que le teſtateur ait ſurvécu à ſa naiſſance, ſoit qu'il ſoit décédé dans l'ignorance même de ſa conception ; & je me fonde ſur ce que les intepretes qui ont combattu l'opinion de ceux qui vouloient donner à la clauſe codicillaire ſon effet indiſtinctement dans le cas de prétérition ſciemment ou ignoramment faite, n'ont fondé leur opinion que ſur une préſomption de prédilection du teſtateur pour ſon propre fils contre des collatéraux ou étrangers héritiers inſtitués ; raiſon qui ceſſe quand le propre fils du teſtateur ſe trouve héritier inſtitué. L'arrêt rapporté par Ferriere du 9 Juin 1599 me paroit d'autant plus ſingulier, que le pere, ayant ſurvécu à la naiſſance de ſes filles, & n'ayant point touché à ſon teſtament, étoit cenſé les avoir réduites à leur légitime.

Quant à la prétérition ſciemment faite, j'eſtime que la clauſe codicillaire doit opérer ſon effet, & ſoûtenir le teſtament en faveur d'un collatéral même héritier inſtitué, parce que le pere, ayant la liberté d'inſtituer un étranger en laiſſant à ſon fils la légitime telle que de droit, eſt préſumé l'avoir voulu réduire à ſa légitime, en oppoſant la clauſe codicillaire, dont l'effet ordinaire eſt de charger les héritiers *ab inteſtat* de fidéicommis envers l'héritier inſtitué ; & dans ce cas le fils n'a droit de détraire ſur les biens que la ſeule légitime ſans quarte trébellianique, ſuivant la commune opinion des interpretes, rapportée *par Mantic. de conject. ult. volunt. lib. 7. tit. 12. num. 27 ; Fernand. ad leg. in quartam, præf. 5. num. 4*, tient cette opinion dans le cas de la prétérition ſciemment faite, qui eſt une de ces conjectures dont parle Faber, par leſquelles on peut ſe déterminer à croire que le pere a voulu réduire ſon fils à la ſimple légitime.

Au ſujet de la prétérition des enfans ſciemment faite, on peut inſerer ici un arrêt nouveau de ce Parlement, qui a du rapport à cette matiere.

Jean Teiſſier fit un teſtament le 25 du mois de Mars 1715. par lequel il inſtitua Louis Teiſſier ſon frere, pour les deux tiers de ſon hérédité, ſes enfans pour l'autre tiers, avec

clauſe de ſubſtitution de la légitime de ſes enfans, en cas ils décédaſſent en pupillarité, en faveur de ſon frere ; il ajouta que s'il avoit réduit ſes enfans à cette portion du tiers de ſes biens, *c'étoit par des raiſons à lui connues, & qu'il ne pouvoit manifeſter.*

Jean Teiſſier étant décédé dans cette volonté, Françoiſe Serres ſa veuve, en qualité de tutrice & de légitime adminiſtrereſſe de la perſonne & biens de ſes enfans, ayant demandé devant le Juge des lieux la caſſation de ce teſtament comme inofficieux, & fait en faveur de Louis Teiſſier par la fauſſe idée, dont ſon mari étoit prévenu que ſes enfans étoient bâtards, & ayant en cauſe d'appel donné requête pour demander d'être reçue à prouver, tant par actes que par témoins, que Jean Teiſſier ſon mari & Louis Teiſſier ſon beau-frere, héritier inſtitué, avoient ſouvent publié que les enfans procréés de ſon mariage étoient adultérins ; d'où il falloit conclure que cette fauſſe opinion avoit donné lieu à cette eſpece d'exhérédation, & à l'inſtitution de Louis Teiſſier, faite *contra pietatis paternæ officium*, ce qui entraînoit la caſſation du teſtament.

La Cour par ſon arrêt du 12 Septembre 1730, rendu au rapport de M. de Catellan à la premiere chambre des enquêtes, ordonna qu'avant dire droit, Françoiſe Serres en la qualité que procede, prouvera tant par actes que par témoins, que Jean Teiſſier ſon mari avoit dit que ſes enfans étoient bâtards, & que Louis Teiſſier l'avoit publié de même.

Cet arrêt préjuge que le motif déterminant de ce pere dans le tranſport qu'il fit de la plus grande partie de ſes biens ſur la tête de ſon frere, à l'excluſion de ſes enfans, étoit pris de l'opinion dont il étoit rempli qu'ils étoient procréés d'un commerce adultérin, ſans quoi il leur auroit laiſſé ſon hérédité en entier. Cet arrêt peut être fondé ſur la loi derniere, *ff. de hæred. inſtit.* où il eſt décidé qu'un teſtament fait ſur le fondement d'une fauſſe opinion, eſt nul.

¶ L'article 53 de la nouvelle ordonnance, concernant les

teſtamens, ne fait aucune diſtinction au ſujet de la prétérition des enfans, & il ne s'agit plus aujourdhui d'entrer dans les diſtinctions faites par les interpretes & adoptées par les arrêts, entre la prétérition ſciemment ou ignoramment faite. L'article s'énonce en de termes généraux. *En cas de prétérition de ceux qui ont droit de légitime, le teſtament ſera déclaré nul, quant à l'inſtitution d'héritier, ſans même qu'elle puiſſe valoir comme fidéicommis; & ſi elle a été chargée de ſubſtitution, ladite ſubſtitution demeurera pareillement nulle, le tout encore que le teſtament contînt la clauſe codicillaire.* Par là, tombe l'effet ordinaire de cette clauſe, qui eſt de convertir en fidéicommis l'inſtitution héréditaire, en chargeant les héritiers *ab inteſtat* d'en faire la reſtitution à l'héritier inſtitué, *retentâ quartâ*, mais la prétérition n'entraîne d'autres nullités que pour l'inſtitution héréditaire, & pour la ſubſtitution appoſée dans le teſtament; les autres diſpoſitions du teſtateur demeurent en leur entier & ſortent à effet. A l'égard des aſcendans il y a même raiſon de décider que la prétérition qui en eſt faite par le teſtateur, *propriis liberis non exiſtentibus*, opere la nullité du teſtament quant à l'inſtitution, & en effet l'article 53, en parlant de ceux qui ont droit de légitime, comprend les aſcendans indiſtinctement, à défaut des deſcendans. Le petit-fils du teſtateur eſt encore prétérit, ſi celui-ci ayant en ſa puiſſance un fils *ex ſuo corpore*, & le fils étant prédécédé, l'aieul teſtateur n'inſtitue le petit-fils ou ne l'exhérede pour cauſe légitime, *ſi quis filium & ex eo nepotem, neptemve in poteſtate habeat, quia filius gradu præcedit, is ſolus jura ſui hæredis habet, quamvis nepos quoque, & neptis ex eo, in eadem poteſtate ſint, ſed ſi filius ejus, vivo eo, moriatur, aut qualibet aliâ ratione exeat de poteſtate ejus, incipit nepos, neptiſve in ejus loco ſuccedere, & eo modo jura ſuorum hæredum quaſi agnatione nanciſcuntur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus teſtamentum, ſicut ipſum filium vel hæredem inſtituere, vel nominatim exhæredare debet teſtator, ne non jure faciat teſtamentum, ita & neptem neptemve, ex filio neceſſe eſt ei, vel hæredem inſtituere vel exhæredare. Apud Juſtinianum, lib. 2, tit. 13, ad §. poſthumorum loco.*

Il eſt donc clair, que le petit-fils ayant droit de légitime ſur les biens de l'aïeul, dans les circonſtances ci-deſſus marquées, la prétérition opere la nullité du teſtament fait par cet aïeul, ſuivant la diſpoſition de l'article 53, qui, parlant en termes généraux de ceux qui ont droit de légitime, renferme ſans doute les petits-fils *ex filio præmortuo*, ſoit par mort naturelle, ſoit par mort civile, *ſemper ſpecialia generalibus inſunt. leg. ſemper. ff. de reg. jur.* mais l'aïeul n'eſt pas obligé de faire mention dans ſon teſtament de ſon petit-fils, ſi le pere eſt en vie, & tient le premier dégré dans la famille, *cum ſuis hæredis jura habeat*; enſorte qu'étant prétérit ou exhérédé injuſtement, le teſtament eſt nul & caſſable quant à l'inſtitution d'héritier.

L'article 53, qui prononce la nullité de l'inſtitution héréditaire par la prétérition de ceux qui ont droit de légitime, ne reçoit point d'application au teſtament militaire, ſuivant l'article 54 qui doit ſe régler par la diſpoſition du droit écrit, qui affranchit le teſtament militaire des communes obſervances des autres teſtamens, non pas tant par un privilege ſingulier, que par un motif d'équité, pris de l'ignorance du droit, qui eſt comme naturelle à l'homme de guerre, *ſupra dicta diligens obſervatio in ordinandis teſtamentis militibus, propter nimiam imperitiam conſtitutionibus principalibus remiſſa eſt Inſtit. de milit. teſtam.* Ainſi quand il y auroit omiſſion de la part du ſoldat ou de l'officier qui eſt en campagne, d'exhéréder nommément pour juſte cauſe, ou de laiſſer leur légitime à ceux qui en ont droit, le teſtament ne laiſſeroit pas d'être bon & valable, *recte nihilominus teſtantur, eod.* le teſtament n'a le privilege que lorſqu'il ſe trouve fait *in expeditione. leg. penult. de teſtam milit. & § ſed hactenus, inſtit. eod.* mais ſi l'officier ou le ſoldat vient à teſter en quartier d'hyver dans une ville ou autre endroit du Royaume, l'un & l'autre ne ſont point alors excuſables d'alléguer l'ignorance du droit, *quia habent peritos quos conſulant.* Que ſi le fils ſe trouve prétérit par le teſtament militaire, *quid juris?* je crois que dans ces circonſtances il faut uſer de cette diſtinction, ou

la prétérition eſt ignorammment faite par le pere qui, ayant lieu de croire ſon fils décédé, a inſtitué un étranger ou collatéral; ou le pere a ſciemment prétérit ſon fils avec pleine connoiſſance de ſon exiſtence; au premier cas, en interprétant la volonté du teſtateur ſuivant les regles ordinaires, je crois l'inſtitution de l'étranger nulle, & que l'hérédité doit tomber ſur la tête du fils; au ſecond cas, la légitime telle que de droit ne peut être ôtée au fils; car elle n'eſt point au pouvoir du pere, & le privilege du teſtament militaire ne va pas juſqu'à donner atteinte à cette loi de la nature, qui lie à cet égard tous les peres envers leurs enfans, les militans n'étant excuſables que pour l'ignorance du droit civil. Car c'eſt là un des motifs du rélâchement que les loix ont bien voulu faire en leur faveur des ſolemnités requiſes pour les autres teſtamens.

La nouvelle ordonnance ne porte aucune atteinte à l'uſage de la clauſe codicillaire, elle l'approuve au contraire bien expreſſément par l'art. 57, puiſque cet article autoriſe l'effet de cette clauſe, même dans le teſtament militaire, & ſous les conditions marquées dans les articles précédens, qui ſont 1°. Que lorſque le teſtament contiendra la clauſe codicillaire, & que l'inſtitution d'héritier ne ſera ſans effet qu'à cauſe d'un défaut de ſolemnité, les héritiers *ab inteſtat*, qui ont droit de légitime ſur les biens du teſtateur, & qui par l'effet de cette clauſe ſont chargés ou priés de reſtituer l'hérédité *hæredi ſcripto*, pourront faire détraction des quartes *falcidies & trébellianiques, & de la légitime ſur les biens du teſtateur.* 2°. Que le teſtament ne pouvant ſubſiſter par le ſecours de cette clauſe, lorſqu'il y a prétérition de ceux qui ont droit de légitime, ils pourront faire la détraction deſdites quartes falcidies & trébellianiques ſur les legs & fidéicommis, & en outre retenir leur légitime ſur iceux en cas que les biens qui leur appartiendront par la nullité du teſtament, ne ſuffiſent pas pour remplir ladite légitime. Mais s'il y avoit de la part du teſtateur une prohibition expreſſe, de faire la détraction des quartes falcidies & trébellianiques, cette prohibition doit

doit avoir ſon effet, non-ſeulement par le droit écrit, mais par l'art. 60 de notre ordonnance ainſi conçue, *ſera néanmoins permis à tous teſtateurs de défendre par leur teſtament ou par un codicille poſtérieur, de retenir leſdites quartes falcidie & trébellianique conjointement avec la légitime, auquel cas ceux qui ont droit de légitime auront ſeulement le choix entre la détraction deſdites quartes & celle de la légitime, à moins que le teſtateur n'en eût autrement ordonné en les réduiſant à leur légitime, & la diſpoſition du préſent article aura lieu dans tous les cas portés aux art. 56, 57, & 58: défendons aux Juges d'avoir égard à ladite prohibition, ſi elle n'eſt faite en termes exprès.*

CHAPITRE VII.

Si la Subſtitution réciproque faite par le pere entre ſes enfans, comprend la légitime.

L'Arrêt qui a décidé que la ſubſtitution réciproque faite par un pere entre ſes enfans puberes, ne comprenoit point leur légitime, eſt très-juridique, quoique rendu contre l'opinion ſinguliere de quelques docteurs, qui ont ſoûtenu que la légitime s'y trouvoit compriſe, fondés ſur le texte de la loi *Si pater puellæ, cod. de inoff. teſtam.*

La déciſion de cet arrêt eſt fondée ſur la doctrine du plus grand nombre des interpretes & de la gloſe; doctrine que Me. Duperier, auſſi hardi que ſubtil dans ſes déciſions, traite mal-à-propos d'erreur, puiſqu'à examiner de près le texte de la loi *Quoniam in prioribus, cod. de inoff. teſtam.* on doit décider que la légitime ne doit point être compriſe depuis cette nouvelle loi dans la ſubſtitution réciproque, dont parle la loi *Si pater puellæ, cod.*

En effet, ſans parler de l'obſervation que fait Mornac ſur la loi *Si pater puellæ*, qu'elle a été corrigée par la loi *Quoniam in prioribus* du même titre, ce que les arrêts rappor-

tés par Bouguier, lettre S, *num.* 9, ont reconnu & confirmé; il n'y a qu'à remarquer que la loi *Quoniam* eſt proprement une addition & un ſupplément du privilege que Juſtinien accorde à la légitime des enfans, en ajoutant aux conſtitutions qu'il avoit déja faites, pour que la légitime leur fût ſuppléée en entier en cas de donation inſuffiſante du pere; cette prérogative que cette même légitime ne pourroit à l'avenir être chargée de la part du pere d'aucune eſpece de condition qui pût être onéreuſe au légataire, *hoc in præſenti addendum eſſe cenſemus ut ſi conditionibus quibuſdam vel dilationibus, aut alia diſpoſitione moram, vel modum, vel aliud gravamen introducente eorum jura qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta eſſe videantur ipſa conditio vel alia diſpoſitio moram vel quodcumque onus introducens, tollatur.* Si c'eſt-là une augmentation de privilege de la légitime, rien n'empêche que cette loi ne ſoit compriſe ſous le même titre que la loi *Si pater*, & qu'elle ne déroge à une loi moins favorable aux légitimaires.

Cette privation de pouvoir teſter, ſeroit ſans doute une des plus onéreuſes charges que le pere pourroit impoſer au légitimaire contre l'eſprit de la loi *Quoniam*; d'où il faut conclure que la ſubſtitution réciproque de la légitime entre enfans, n'eſt plus au pouvoir du pere. On ne peut point prendre occaſion de-là, d'attribuer au compilateur d'avoir inſeré dans ſon code des loix contraires, puiſqu'il n'y a pas de contradictions de loix, lorſqu'il conſte de la correction d'une loi par une loi poſtérieure; mais d'ailleurs la loi *Si pater*, eſt de l'Empereur Alexandre, & la loi *Quoniam* de Juſtinien qui a eu ſoin de corriger pluſieurs loix de ſes prédéceſſeurs: or on ne peut point douter après la diſpoſition ſi claire & ſi préciſe de la loi *Quoniam*, que la loi *Si pater puellæ* ne ſoit corrigée, & que la légitime ne ſoit abſolument libre *ab omni gravamine* entre les mains du légitimaire après le décès du pere; ce qui ne ſeroit pourtant pas, s'il n'avoit point la liberté d'en teſter, ſe trouvant liée par la ſubſtitution réciproque.

CHAPITRE IX.

Si cette clauſe ajoutée à l'inſtitution d'héritier, étant aſſuré que s'il vient à décéder ſans enfans, il ſuivra l'ordre de la nature, &c. *contient une ſubſtitution en faveur des plus proches.*

LEs loix ont ſi favorablement accueuilli les fidéicommis qu'elles ont eſtimé que la preuve pouvoit en ètre faite par toutes ſortes de paroles dont le teſtateur voudroit uſer, deſquelles on peut naturellement conjecturer un fidéicommis, *omne verbum ſignificans teſtatoris legitimum ſenſum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum eſt, ſive directis ſive precariis utatur, leg.* 2, *Cod. commun. de legat. & fideicomm.* Toute la difficulté conſiſte donc à démèler ſi les paroles & les expreſſions dont s'eſt ſervi le teſtateur emportent fidéicommis, ou ſi au contraire elles ſont de pur conſeil : la qualité des héritiers inſtitués doit beaucoup contribuer à la déciſion de la queſtion ; car ſi l'inſtitution regarde par exemple un fils, & qu'à cette inſtitution ſoient ajoutés certains termes favorables pour établir un fidéicommis en faveur des petits-fils, il faut beaucoup moins de clarté & de netteté dans les termes en faveur des deſcendans, qu'il n'en faudroit à l'égard des collatéraux que la loi répute étrangers au teſtateur par rapport à ſes deſcendans, *leg. unic.* §. 13, *cod. de rei uxor act.* parce que la loi de la nature déférant aux deſcendans l'hérédité de leurs peres, *leg.* 7, *ff. de bon. damnat.* on ne riſque pas de faire violence à leur volonté quand on fait paſſer leurs biens ſur la tête de leur poſtérité ; & il y a moins d'inconvénient de donner de l'extenſion aux paroles, & d'en conjecturer un fidéicommis en faveur des deſcendans, que de rendre les biens libres ſur la tête d'un héritier inſtitué contre les vues du teſtateur, quoique cet héritier ſoit ſon fils propre, par la raiſon que le

pere eſt préſumé avoir la même prédilection pour ſon petit-fils que pour ſon fils, *leg. liberorum*, *ff. de verbor. ſignif.* & que l'amour même des peres ſe fortifie à meſure qu'il deſcend, & qu'il trouve de matiere dans une deſcendance légitime, ſuivant l'obſervation de Brodeau après les anciens, *lettre D*, *ſomm.* 58, *num.* 5. Cet amour, cette prédilection pour la deſcendance, ſont bien marqués par la déciſion judicieuſe du grand Papinien dans la loi *cum avus*, *ff. de condit. & demonſt.* où l'on voit le fils propre du teſtateur exclus d'un fidéicommis, dont le petit-fils *ex altero filio*, étoit chargé en ſa faveur en cas de décès avant ſa trentieme année. Le motif de cette excluſion eſt fondé ſur ce que le petit-fils, ayant recueuilli l'hérédité, avoit laiſſé des enfans.

La faveur de la deſcendance influa ſans doute beaucoup dans la déciſion de l'arrêt rapporté dans ce chapitre : elle ſe trouvoit preſque déterminante ſelon moi, pour le Marquis de Mirepoix ; car ſi la prétention de fidéicommis avoit été formée par un collatéral au même dégré du teſtateur que le ſieur Vicomte de Saint Martin, cette demande auroit été fort hazardée, parce que les paroles & les diſcours du teſtateur laiſſent beaucoup de doute, & balancent fort l'eſprit ; doute qui ne pouvoit ſe réſoudre que par la faveur de la deſcendance, *in dubiis benigniora præferenda ſunt*, *leg. ſemper*, *ff. de regul. jur.*

Pour être convaincu du doute qui réſulte des paroles, il n'y a qu'à examiner de près la clauſe du teſtament, *étant bien aſſuré que s'il vient à déceder ſans enfans, il diſpoſera de ſes biens ſuivant l'ordre de la nature* ; juſques-là cette clauſe peut induire un fidéicommis en faveur des plus proches, parce que l'on peut conjecturer que le teſtateur a chargé, d'une maniere polie à la vérité, mais également gênante, ſon héritier inſtitué de faire la reſtitution de l'hérédité à ſes plus proches que la voix du ſang & de la nature appelle à la ſucceſſion ; mais ayant ajouté *au profit de ceux dont il aura reçu plus de ſervice & de témoignage d'amitié*, cette clauſe laiſſe l'héritier le juge & l'arbitre de la reſtitution ; d'où

l'on peut raiſonnablement conjecturer que le teſtateur a fait à ſon héritier une ſimple recommandation en faveur de la parenté, qui ne lie point, ſuivant la loi *fideicommiſſa*, §. *ſi ita quis*, *ff. de legat.* 3, & qu'il lui a enſuite inſpiré ou donné conſeil de gratifier de ſon hérédité ceux qui lui avoient donné des marques d'une plus grande affection, en quoi l'héritier n'eſt nullement aſſujetti ſuivant la loi 77, §. *mando*, *de legat.* 2; mais la faveur de la deſcendance change la recommandation en vrai fidéicommis, ſuivant le préjugé de ce Parlement du 18 Mai 1646, rapporté par Albert, lett. T, *verbo Teſtam. art.* 22.

¶ L'ordonnance du mois d'Août 1747, concernant les fidéicommis, a tranché bien de difficultés qui ſe rencontroient dans la matiere des ſubſtitutions fidéicommiſſaires; elle avoit paru ardue aux interpretes, par cette raiſon qu'on ne pouvoit le plus ſouvent développer la volonté par des conjectures. L'ordonnance les a preſcrites, elle exige quelque choſe de clair & de précis; & par là le légiſlateur, loin d'énerver les ſubſtitutions fidéicommiſſaires, leur a donné une nouvelle force en diſſipant tous les nuages qui pouvoient dérober aux Juges le véritable point de vue des ſubſtituants; mais avant de toucher les queſtions répandues dans les différens chapitres de ce ſecond livre, concernant les fidéicommis, il convient par un préalable de faire quelques obſervations ſur notre ordonnance.

La matiere des fidéicommis, dit l'ordonnance, *fort ſimple dans ſon origine, eſt devenue beaucoup plus compoſée depuis que l'on a commencé à étendre les ſubſtitutions à pluſieurs perſonnes les unes après les autres, & même a pluſieurs degrés & à une longue ſuite de générations.*

Dans les premiers temps, les fidéicommis réſidoient dans la ſeule bonne foi de ceux qui en étoient chargés, & il n'y avoit aucune action pour les contraindre à s'acquitter du dépôt. On les faiſoit ſeulement en faveur de ceux qui, ſe trouvant incapables de recevoir de la main des teſtateurs par voie directe l'inſtitution ou le legs, recevoient l'un &

l'autre par voie oblique de la main d'un héritier qui en avoit la capacité ; *inſtit. de fideicomm. hæredit. ſciendum itaque eſt omnia fideicommiſſa primis temporibus infirma eſſe, quia nemo cogebatur præſtare id de quo rogatus erat quibus enim non poterant hæreditatem vel legata relinquere, ſi relinquebant fideicommittebant eorum, qui capere ex teſtamento poterant, & ideo fideicommiſſa appellata ſunt, quia nullo juris vinculo ſed tantùm pudore eorum qui rogabantur continebantur.* L'Empereur Auguſte, touché de l'infidélité de la plupart de ceux qui étoient grevés de fidéicommis, fut le premier qui fit une ordonnance pour les contraindre à la reſtitution, & il créa un préteur ou magiſtrat *ad hoc*.

Les ſubſtitutions fidéicommiſſaires prirent dans la ſuite une telle faveur, qu'on introduiſit dans les familles les ſubſtitutions graduelles & perpétuelles, dans la vue de conſerver les biens aux deſcendans. *Leg. omnia* 32, *§. in fideicommiſſo*, *leg. peto* 69, *§. fratre*, *ff. de leg.* 2. L'Empereur Juſtinien donna des bornes à cette grande étendue de fidéicommis graduels & perpétuels, & les reſtraignit par ſa novelle 1594 à quatre degrés ou générations ; l'expérience lui ayant fait connoître que cette eſpece de ſubſtitutions graduelles étoient ſouvent la ſource de procès ruineux pour les familles, par les recherches qui étoient faites au ſujet des aliénations ou dégradations des fonds ſubſtitués, ce qui entraînoit des demandes en recours & de garantie de la part des acquereurs contre les héritiers grevés qui avoient fait l'aliénation, ou des demandes en dommages & intérêts de la part du ſubſtitué contre l'héritier grevé, à raiſon des dégradations.

On avoit adopté dans le Royaume la diſpoſition de cette novelle 159, avant l'ordonnance d'Orléans, qui a reſtraint la liberté trop étendue pour le fidéicommis, ainſi que l'a pratiqué notre nouvelle ordonnance, qui n'a pourtant pas entendu donner par là la moindre atteinte à la liberté de faire des ſubſtitutions fidéicommiſſaires, mais ſeulement de la rendre plus aſſurée aux familles, tant de ce côté qu'en

banniſſant toutes les préſomptions & conjonctures ci-devant reçues dans cette matiere, & en preſcrivant des regles fixes & uniformes pour la déciſion.

La volonté des teſtateurs a toujours paru ſacrée & inviolable aux légiſlateurs; c'eſt ce que l'Empereur Conſtantin déclare dans la loi 1, *cod. de ſacro-ſanct. eccleſ. nihil enim eſt*, dit-il, *quod magis hominibus debeatur quàm ut ſupremæ voluntates poſtquam eam aliud velle non poſſunt, ſit ſtylus & licitum quod iterum non reddit arbitrium.* L'Empereur Juſtinien nous donne de preuves de cette vérité dans pluſieurs endroits de ſes novelles, où il annonce que les dernieres volontés des mortels doivent être enviſagées comme des loix dont l'exécution intéreſſe la république, & ç'a été le point de vue de notre ordonnance, lorſque dans l'article premier elle déclare *que les ſubſtitutions fidéicommiſſaires dans les pays où elles ſont en uſage, pourront être faites par toutes perſonnes capables de diſpoſer de leurs biens, de quelque état & condition qu'elles ſoient*; l'art. 12 ſe rapporte encore à cette diſpoſition.

Cette ordonnance a adopté la diſpoſition du droit écrit, ſuivant lequel il y a deux eſpeces de ſubſtitutions fidéicommiſſaires, l'une regarde le fidéicommis univerſel, & de tous les biens; l'autre le particulier, comme d'un fonds qui fait partie d'une hérédité, *inſtit. de fideicom. hæred. tit.* 23. *& de ſingul. reb. tit.* 24. *l'art.* 1. *du tit.* 2 de l'ordonnance parle de ces deux eſpeces de fidéicommis, & requiert l'inventaire en être fait de la part de l'héritier inſtitué ou du légataire univerſel: *après le décès de celui qui aura fait une ſubſtitution, ſoit univerſelle ou particuliere, il ſera procédé dans les formes ordinaires à l'inventaire de tous les biens & effets qui compoſent la ſucceſſion, à la requête de l'héritier inſtitué ou légitime ou du légataire univerſel, & ce dans le temps porté par les ordonnances.*

Il eſt à obſerver que la diſpoſition de l'ordonnance ne tombe que ſur les ſubſtitutions ou générales ou particulieres, qui ſe font par voie oblique & par fidéicommis, mais nulle-

ment sur celles qui se font *verbis directis*, & dont la différence est marquée par Peregrinus, *de fideicom. art.* 1. *n.* 2 *&* 3, *Hæreditas*, dit cet interprète, *est successio in universum jus defuncti per modum obliquum, obliqua autem dicitur fideicommissaria, ad differentiam directæ, nam directa ea est, per quam quis hæreditatem capit jure suo, absque alicujus ministerio, veluti vulgaris, pupillaris, exemplaris, & directa militaris; obliqua autem cum mediante facto, & ministerio alterius.*

Dans la substitution vulgaire, qui a lieu au cas que l'héritier institué prédécede le testateur, *in casum non aditæ hæreditatis*, le substitué prend l'hérédité de la main du testateur par voie directe : il en est de même du substitué pupillairement, en cas de décès du fils en pupillarité ; ou exemplairement, en cas de démence de ce même fils, & dans toutes ces circonstances l'hérédité demeure vacante, *per eorum mortem*, *leg.* 2. *& ex facto*, *ff. de vulgari ;* le soldat testant militairement, a ce privilege que le substitué prend l'hérédité, par voie directe, *leg. miles ita*, *ff. de testam. milit.* & dans ces différentes especes de substitutions, le substitué prend l'hérédité libre de toute détraction de quarte trébellianique, ce que ne fait point le fidéicommissaire, par la raison que l'hérédité tombe en sa main par l'entremise de l'héritier grevé, auquel la quarte trébellianique fut originairement attribuée pour inviter pareils héritiers à s'acquitter avec fidélité du dépôt à eux confié, *instit. ad §. restituta*, *tit. de fideicomm. hæred.* & cette quarte est adjugée non-seulement au grevé de fidéicommis universel, mais du particulier, si l'héritier ou légataire s'en trouve chargé pour une quote-part de l'hérédité *ad §. nihil autem interest, eod.* Il est donc essentiel pour la matiere qui fait le sujet de cette observation, de bien connoître la différence qui se rencontre entre les substitutions fidéicommissaires & les directes, afin de ne pas confondre les especes & les cas.

Les auteurs du pays coutumier ont remarqué qu'en quelque cas que ce soit, la quarte trébellianique n'a pas lieu dans la France

la France coutumiere, comme en pays de droit écrit, par cette raiſon, que cette quarte n'a été introduite qu'en faveur des héritiers chargés de fidéicommis, & pour empêcher qu'ils ne renoncent à l'inſtitution, par où le teſtament & toutes les diſpoſitions qu'il renferme, tomberoient; raiſon qui n'a pas lieu dans la France coutumiere, où les teſtamens ne contiennent point d'inſtitution d'héritier, mais ſeulement des legs univerſels ou particuliers, qui, en cas de répudiation, paſſent de plein droit à celui à qui la reſtitution doit être faite. C'eſt ainſi que notre ordonnance, *tit.* 1, *art.* 27, l'a ſtatué pour le pays même régi par le droit écrit. *La renonciation*, porte l'article, *de l'héritier inſtitué ou du légataire univerſel grévé de ſubſtitution, ne pourra nuire au ſubſtitué, lequel audit cas prendra la place dudit héritier légataire ou donataire, ſoit qu'il y ait une clauſe codicillaire dans le teſtament ou qu'il n'y en ait point.* L'effet de la clauſe codicillaire eſt de convertir l'inſtitution en fidéicommis, conſéquemment d'attribuer la quarte trébellianique à l'héritier *ab inteſtat*, toutefois il en demeure exclus ici, par la diſpoſition de l'article.

Le fidéicommis ne laiſſe pas d'emporter avec ſoi le titre d'univerſalité, quoiqu'il ne ſoit pas de la ſucceſſion entiere; pourvu qu'il ſoit laiſſé par forme de quotité & d'univerſalité pour cette partie qui forme le fidéicommis, & que cette partie contienne les droits actifs & paſſifs pour la portion de cette ſucceſſion. *Vide* le paragraphe *nihil autem* 8 *inſtit. tit. ſupra.* L'héritier grevé a droit de détraire la quarte trébellianique, eu égard à cette quotité, & elle trempe au payement des charges au *pro rata.*

Dans le fidéicommis particulier qui n'eſt pas fait par quote de biens, il n'y a jamais lieu à la détraction de la quarte, comme eſt par exemple, le fidéicommis du legs d'un fonds de terre, d'un bœuf, de certains meubles, de certaine ſomme de deniers, &c. *inſt. lib.* 2, *tit.* 14. L'art. 4 de notre ordonnance porte que *les deniers comptans, meubles, droits & effets mobiliers ſeront cenſés compris dans la ſubſtitution lorſqu'elle ſera appoſée à une diſpoſition univerſelle ou faite par forme de*

quotité, à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par l'auteur de la ſubſtitution ; & il en ſera fait emploi ainſi qu'il ſera réglé par le titre ſecond, à l'exception de ceux qui ſeront ci-après marqués.

Il réſulte de cet article, que l'héritier grevé, peut détraire la quarte deſdits effets mobiliers, lorſqu'ils demeurent confondus dans la diſpoſition univerſelle ou particuliere, ainſi que de tout le reſte des biens ſujets à reſtitution. L'article 5 ne déroge point à cet égard à la diſpoſition de la loi, qui permet au ſubſtituant de former une ſubſtitution particuliere d'un effet mobilier qui n'eſt point laiſſé par forme de quotité; mais audit cas, l'auteur de cette ſubſtitution doit ordonner qu'il ſera fait emploi des deniers comptans ou de ceux qui proviendront de la vente, ou recouvrement deſdits meubles, droits & effets mobiliers ; & de tout cela l'héritier grevé ne peut prétendre la quarte, ainſi qu'il a été dit conformément à la diſpoſition de Juſtinien au lieu cité. Et à l'égard des beſtiaux & uſtancilles ſervans à faire valoir les terres, ils ſont cenſés compris dans la ſubſtitution deſdites terres, ſans diſtinction des fidéicommis univerſels ou particuliers, & le grevé de ſubſtitution n'eſt point tenu de les vendre & d'en faire emploi, mais obligé ſeulement de les faire priſer & eſtimer pour en rendre d'une égale valeur lors de la reſtitution du fidéicommis ; c'eſt l'art. 6 ; la raiſon en eſt ſenſible ; tout cela eſt attaché au fonds & en fait partie. Il ne peut donc en être ſéparé comme en étant un acceſſoire, *cap. acceſſorium, de regul. jur. in 6.*

Il réſulte de l'article 9, que les ſubſtitutions fidéicommiſſaires peuvent être faites par donation entre-vifs. Le droit Romain ne les admettoit que dans les actes de derniere volonté & à cauſe de mort. *Leg. ſi mulier* 3, *ff. de leg.* 3, *& leg. Seia eod. de dote legata.* Le droit françois & la juriſprudence de ce Parlement les ont autoriſées dans les actes entre-vifs, tels que ſont les donations *inter vivos*, le contrat de mariage, les inſtitutions contractuelles ; il ſemble d'abord que c'eſt aller contre l'origine des fidéicommis, que

de les admettre dans des actes irrévocables, puiſque la donation & le contrat de mariage ont un effet préſent, au lieu que le fidéicommis a de ſa nature un effet révocable, & qui ſe porte au temps de la mort. Toutefois les donations entre-vifs, contenant fidéicommis ont été accueuillies par nos ordonnances anciennes & modernes, par celle d'Orléans, art. 59, par celle de Moulins, art. 57, & par les arrêts rendus tant en pays de droit écrit que coutumier.

La ſubſtitution appoſée dans une donation acceptée par le donnataire héritier grevé, eſt valable, quoique le fidéicommiſſaire ne ſoit ni préſent ni acceptant dans l'acte. La raiſon en eſt, qu'il ſuffit que la donation ſoit parfaite entre le donateur & le donataire grevé de fidéicommis, la ſubſtitution que la donation renferme n'en étant qu'une condition; enſorte que le donataire qui a accepté, demeure aſſujetti à la reſtitution du fidéicommis d'une façon irrévocable, ſur-tout dans le contrat de mariage, c'eſt l'art. 11, *les ſubſtitutions faites par un contrat de mariage ou par une donation entre-vifs bien & dûement acceptée, ne pourront être révoquées ni les clauſes d'icelles changées, augmentées ou diminuées par aucune convention ou diſpoſition poſtérieure, même du conſentement du donataire, & en cas qu'il renonce à la donation faite en ſa faveur, la ſubſtitution ſera ouverte au profit de ceux qui y auront été appellés.* L'article ſuivant déclare irrévocables toutes inſtitutions contractuelles, ainſi que les ſubſtitutions y appoſées dans tout le pays, où elles ſont en uſage, & entre toute ſorte de perſonnes. Et cette diſpoſition nous montre la faveur qu'ont les fidéicommis, & que l'ordonance n'a eu en vue que de les protéger, de façon que ces inſtitutions contractuelles ou donations entre-vifs, une fois acceptées par l'héritier grevé, ne peuvent recevoir aucune atteinte ni changement au préjudice du fidéicommiſſaire, par aucune eſpece de convention entre le donateur & le donataire.

Venant maintenant à la queſtion qui fit la matiere de ce chapitre 9, elle n'eſt plus ſuſceptible aujourdhui d'aucune

difficulté après la diſpoſition ſi expreſſe de l'article 19 de notre ordonnance, au titre 1, qui abroge l'uſage de toute les conjectures que les interpretes avoient coutume d'employer pour la déciſion de pareilles queſtions. Voici l'article. *Les enfans qui ne ſeront point appellés expreſſément à la ſubſtitution, mais qui ſeront ſeulement mis dans la condition ſans être chargés de reſtituer à d'autres, ne ſeront en aucun cas, regardés comme étant dans la diſpoſition, encore qu'ils ſoient dans la condition en qualité de mâles, que la condition ſoit redoublée, que les grévés ſoient obligés de porter le nom & armes de l'auteur de la ſubſtitution, & qu'il y ait prohibition de faire détraction de la quarte trébellianique, ou qu'il ſe trouve des conjectures tirées d'autres circonſtances, telles que la nobleſſe & la coutume de la famille, ou la qualité & la valeur des biens ſubſtitués, ou autres préſomptions, à toutes leſquelles nous defendons d'avoir aucun égard, à peine de nullité.*

CHAPITRE X.

Si la preuve du fidéicommis peut être reçue par d'autres témoins que les témoins numéraires du teſtament.
Si on admet toûjours en preuve du fideicommis verbal.

C'Eſt la doctrine de Ranchin ſur la queſtion 130, de Guip. que lorſqu'il s'agit d'éclaircir la volonté du teſtateur, ſur une omiſſion du notaire qui a rédigé le teſtament nuncupatif, la preuve de cette omiſſion ne peut être faite que par les témoins numéraires du teſtament, *ubi verò*, dit-il, *ageretur, de probanda voluntate defuncti circa ſubſtantiam teſtamenti quæ à notario ſcribi omiſſa fuit, tunc talis notarii omiſſio probanda eſſet per ſeptem teſtes.*

Albert en ſon recueuil, lettre T, *verbo Teſtament.* art. 23, en rapportant pluſieurs arrêts de ce Parlement, qui ont reçu la preuve par autres témoins que les numéraires du teſtament du fidéicommis ajoûté à l'inſtitution, & non rédigé par le

notaire, obſerve que cette preuve doit être reſtrainte aux témoins numéraires de l'acte, lorſqu'il eſt queſtion de prouver quelque fait de la confection du teſtament, c'eſt-à-dire, qui tombe directement ſur le teſtament comme dans l'eſpece de l'arrêt rapporté par Mr. Dolive, liv. 5, chap. 22, où la preuve de ce fait fut reſtrainte aux témoins numéraires; ſçavoir, que lors de la confection du teſtament, le teſtateur qui avoit déféré à ſa femme l'élection au fidéicommis entre ſes neveux, l'avoit néanmoins verbalement chargé d'en faire la reſtitution à l'un d'eux tacitement; en quoi il avoit révoqué l'élection qu'il lui avoit déférée ſeulement par écrit, pour tenir ſes neveux dans la dépendance; mais que quand il eſt queſtion d'autres faits, comme d'une ampliation de volonté de la part du teſtateur, telle que peut être une ſubſtitution ajoutée à l'inſtitution, alors la preuve doit être reçue *per claſſios teſtes*; c'eſt-à-dire par toute ſorte de témoins de la claſſe de ceux qu'on emploie dans les teſtamens; les arrêts rapportés par Mr. Dolive avoient adopté cette diſtinction en faiſant la différence des faits qui étoient articulés contre ce qui ſe trouvoit écrit, d'avec ceux qui n'alloient pas contre l'écriture, mais qui étoient *præter teſtamentum*.

Mais depuis ces préjugés ce Parlement a admis pour la preuve, non-ſeulement les témoins numéraires du teſtament, mais tous autres qui peuvent valablement rendre témoignage ſur la diſpoſition d'un teſtateur; ainſi jugé à l'audience de la troiſieme chambre des enquêtes le 13 Juin 1720 dans la clauſe du ſieur de Villes-Paſſans, plaidans Mes. de Lardos & Aſtruc: J'ai appris que la choſe avoit été jugée de même en l'année 1718 dans cette chambre, au rapport de Mr. d'Auriol.

Je crois qu'il faut ſe renger du côté des arrêts rapportés dans ce chapitre, & que la preuve du fidéicommis ne peut être faite que par les témoins numéraires du teſtament; & cela par cette raiſon que le fidéicommis n'eſt autre choſe qu'une ſeconde inſtitution qui ſe trouve liée & connexée avec la premiere; enſorte qu'on ne peut les ſéparer dans la preu-

ve & dans la ſolemnité requiſe par la loi, qui exige que les témoins numéraires du teſtament, ayent été convoqués, *ad hoc*, & qui rejette le témoignage des autres, ajoutant même qu'il faut que les ſept témoins convoqués ayent entendu tous enſemble & dans un même temps la volonté du défunt de ſa propre bouche, *leg. hac conſultiſſima* 21, *cod. de teſtam. & quemadmod.*

Cela poſé, on ne peut ſe diſpenſer de faire la preuve du fidéicommis, qui fait partie du même teſtament par les témoins numéraires, tous autres étant exclus de droit, parce qu'ils ne peuvent valablement dépoſer d'un fait pour lequel on ne préſume point qu'ils ayent eu une attention ſérieuſe, n'ayant point été appellés pour en porter témoignage.

¶ J'ai déja obſervé que ſuivant l'article premier de l'ordonnance de 1735, concernant les teſtamens, toutes diſpoſitions teſtamentaires ou à cauſe de mort, de quelque naturelles qu'elles ſoient, doivent être faites par écrit; il eſt donc inutile d'examiner ici, ſi la preuve d'un fidéicommis peut être faite par d'autres témoins que les témoins numéraires du teſtament, & ſi on admet toujours en preuve du fidéicommis verbal. Je paſſe à une autre queſtion, ſçavoir, ſi les témoins numéraires du teſtament nuncupatif rédigé par écrit, peuvent être admis pour la preuve du faux commis par le notaire, qui a affirmé leur préſence lorſque le teſtateur a dicté ſa diſpoſition, & qu'elle a été rédigée de ſuite à fur & à meſure, ſuivant l'article 5 de l'ordonnance; tandis que les mêmes témoins étoient abſens lors de cette prononciation & rédaction par écrit de la volonté du teſtateur, n'étant arrivés qu'après tout cela conſommé pour entendre ſeulement réciter le teſtament par le notaire.

Les témoins numéraires d'un teſtament ſont des témoins néceſſaires pour le fait ſus-énoncé; car par quels autres témoins peut-on prouver la fauſſe énonciation du notaire? Il faut épuiſer tout le voiſinage d'un teſtateur pour avoir ſix ou ſept témoins requis dans le pays du droit écrit, & ſi les témoins numéraires n'étoient admis pour ce fait, le crime de-

meureroit impuni, & le notaire ſeroit preſque toujours ſûr de triompher de ſon impoſture, & la ſage diſpoſition de l'ordonnance ſeroit éludée, ſans qu'il ſerve d'alléguer ici, que les témoins numéraires ayant engagé leur foi par la ſignature du teſtament & certifié le fait énoncé par le notaire, ne peuvent aller contre, & être ouis dans la procédure du faux dont ils ſont complices eux-mêmes par leur ſignature.

Je crois qu'il faut d'abord diſtinguer le faux d'avec la fraude & la ſimulation d'un acte, ſuivant *Dumoulin ſur la coutume de Nivernois, cap.* 21, *du retrait lignager, art.* 3, *aliud merum, falſum, aliud fraus, aliud ſimulatio*, le contrat ſimulé & la fraude qui s'y eſt gliſſée, ne peuvent être prouvés par les témoins numéraires du contrat, parce que leur foi étoit engagée par la ſignature, & il faut employer pour le fait d'autres témoins, n'étant pas néceſſaire de paſſer à l'inſcription en faux, ſuivant les arrêts rapportés par *Neron, ſur l'art.* 54 *de l'ordonnance de Moulins*; mais à l'égard du faux dont il s'agit ici, comme c'eſt proprement le fait du notaire, à qui ſeul appartient de rédiger le teſtament, dans lequel il fait la fonction de miniſtre & de juge chartulaire, que d'ailleurs il eſt de l'intérêt public que le faux ne demeure point impuni, & qu'enfin les témoins du teſtament ſont des témoins néceſſaires pour le même fait; rien n'empêche que les témoins ne ſoient ouis contre lui; c'eſt la déciſion de *Matth. ſur la queſtion* 504, *Guip. qui inſtrumentum infirmari contendant ex eo quod error in eo irrepſit, vel quod rei ſeries aliter contigerit quam quod tabellio profitetur, duorum teſtium fidem & religonem exhibere debent, illis enim fide dignis, & omni exceptionibus majoribus, plus creditur quàm notario, cujus authoritas, & ſi publica ſit, duobus integris teſtibus non debet præferri, quod ſi teſtes hujuſmodi deſcripti fuerint inſtrumento publico, validiores erunt, ad ejus fidem publicam evertendam.* Si les témoins numéraires ſont exclus pour le fait de la ſimulation d'un contrat, c'eſt qu'il ne s'agit alors, que d'un intérêt particulier, & que d'ailleurs la preuve s'en fait civilement; mais lorſqu'il eſt queſtion d'un crime de faux

commis dans un teſtament par le notaire, l'intérêt public exige d'en pourſuivre rigoureuſement la punition par voie extraordinaire ; les témoins, dans le peu dont il s'agit ici, ne ſont point participans du faux commis par le notaire, puiſqu'il eſt queſtion pour lui de remplir la formalité preſcrite par l'art. 5, qui regarde ſon miniſtere & non celui des témoins qui ne peuvent être enviſagés comme complices du faux, n'étant pas prépoſés pour rédiger le teſtament en la forme preſcrite par l'art. 5, étant ſenſible qu'ils ont par ſurpriſe ou ignorance prêté leur ſignature.

CHAPITRE XI.

Si les Religieux peuvent être témoins dans les teſtamens.

CEtte queſtion ſi les religieux peuvent être témoins dans les teſtamens, doit à mon avis dépendre des circonſtances différentes, qui accompagnent les teſtamens, & qui ſont le motif du conflict des déciſions rendues ſur cette matiere.

Il faut d'abord établir pour principe, que le religieux qui a fait les trois vœux ſubſtantiels, & qui ſemble par là retranché du corps politique des citoyens, ne l'eſt pourtant pas ſelon l'obſervation *de Benedict. in cap. Raynut. verbo Et uxor. num.* 211. *Monachus non definit eſſe civis, cum per ſtatum ſuum profeſſionem mutaverit in melius* : l'heureux changement qui ſe fait en lui par ſa profeſſion, ne le met pas au nombre des eſclaves, mais lui acquiert au contraire un nouveau degré de liberté, en le ſoumettant plus étroitement à Dieu ; c'eſt l'obſervation de Duranti, *quæſt.* 7, *num.* 3. *ſervi dicuntur, non quidem pœnæ vel hominis, ſed Dei.*

Il ne faut donc pas le regarder avec quelques-uns, ni comme un membre retranché du corps des citoyens, ni comme un eſclave abſolument incapable de tout ce qui a rapport

rapport au droit civil ; c'eſt néanmoins ſur cette idée & ſur ces rapports qu'ont été rendus au Parlement de Paris, les trois arrêts d'audience dont Ferriere fait mention dans ſes Inſtitutes du Droit François, *ad §. cùm teſtes autem, de teſtam. ordinand.* Le premier du 22. Mars 1645. par lequel un teſtament auquel avoit été témoin un Chanoine régulier de l'ordre de Saint Auguſtin, fut déclaré nul. Le ſecond du 1 Avril 1656, qui rejette un teſtament fait à Lion dans le couvent des Carmes, dans lequel, parmi le nombre de ſept témoins, il ſe trouvoit quatre religieux du même couvent. Le troiſieme du 24 Mars 1659, qui jugea que les religieux ne pouvoient être témoins dans les teſtamens, quoique faits en temps de peſte ; Ferriere ajoûte que les Parlemens du pays du droit civil reçoivent les religieux pour témoins dans les teſtamens, & cite quelques arreſtographes qui ont recueuilli des préjugés pour cela, & les mêmes autorités employées dans ce chapitre par le compilateur ; Albert, *verbo Teſtam. art.* 32, rapporte deux arrêts de ce Parlement, qui ont déclaré nuls deux teſtamens, dans le premier deſquels ſept Capucins avoient été témoins, & ſept Recollets dans le ſecond ; mais la raiſon déterminante ne fut pas priſe de la qualité & de l'état des témoins, mais de l'affectation d'avoir choiſi pour témoins des religieux dans des villes où il ne manquoit pas des laïques ; affectation qui rendoit le teſtament ſuſpect de captation & de ſurpriſe.

M. Cambolas au lieu cité par l'auteur, après avoir rapporté un arrêt de ce Parlement, qui admet le témoignage de deux religieux pour preuve d'un teſtament fait dans Toulouſe, obſerve que ce Parlement jugea, *que le témoignage étoit bon, & que les religieux pouvoient être témoins dans les teſtamens, ſuivant l'opinion de Guypape & de Julius-Clarus.*

De ce langage on peut conclure, que la qualité ſeule de religieux n'eſt pas un moyen d'excluſion de leur témoignage, & qu'il faut que les circonſtances qui ont déterminé les arrêts rapportés par Albert & par l'auteur, ſe rencontrent ;

c'eſt-à-dire, une affectation marquée de préférer leur témoignage à celui des autres citoyens, pour rendre ſuſpect de captation & de ſuggeſtion le teſtament.

J'eſtime donc que le témoignage du religieux n'eſt pas rejetable par lui-même, & qu'à défaut d'autres témoins on peut dans un cas de néceſſité employer des religieux dans le teſtament, ſoit nuncupatif, ſoit ſolemnel.

Je me fonde ſur l'autorité d'Accurſe, *in auth. ſi teſtes, cod. de teſtib.* qu'il n'y a point de texte de droit qui leur donne l'excluſion de ce témoignage, *quid de monachis & converſis; dic admitti quia non inveniuntur repelli*, & c'eſt encore *l'obſervation de Papon* en ſon recueuil, *liv. 9, tit. 17, art. 32.*

Quant à l'arrêt du 3 Septembre 1663, qui déclare un religieux habile à élire au fidéicommis; cet arrêt n'a rien de remarquable; puiſque pour élire au fidéicommis, il ne faut qu'être capable de mettre en œuvre la faculté qu'on en a reçue du teſtateur par une déclaration de volonté, & par un choix; ce qui eſt de pur fait, *magis facti quam juris*, ſelon le langage des juriſconſultes, qui obſervent que celui qui eſt élu ne tient pas ſon droit de l'électeur, *non habet cauſam ab eligente neque ab eo honoratur*, *Leg. unum ex familia §. 1. de legat. 2.*

Les déportats, même quoique retranchés du corps des citoyens, étoient capables d'élire au fidéicommis, comme l'obſerve Fernand, *cap. 9. prælud. num. 10.* fondé ſur les textes de la Loi *Cum pater, §. hæreditatem, de legat. 2*, & de la Gloſe *habes, §. finali in verbo Eligendi, leg. hæredes mei, §. cum ita ff. ad rebell.* Si les bannis à perpétuité ne ſont pas privés de ce droit, à plus forte raiſon les religieux qui, quoique morts au monde, ſont néanmoins une partie du corps politique des citoyens.

Les religieux ſont exclus de toute ſucceſſion teſtamentaire ou *ab inteſtat*, par la raiſon que pour être habile à ſuccéder, il faut être capable de ce qui eſt de droit civil, ils peuvent ſeulement jouir d'une modique penſion viagere.

Les corps de communauté religieuſe ne ſont pas néanmoins incapables par la juriſprudence des arrêts de ce Parlement d'être inſtitués héritiers, ainſi qu'il fut jugé par arrêt du 5 Juillet 1720, à la troiſieme chambre des enquêtes, au rapport de M. de Vic, en faveur du college des Jéſuites de Toulouſe, contre les héritiers *ab inteſtat* de Mr. Tardin.

La loi 13, *& l'auth. ingreſſi*, *Cod. de ſacroſ. Eccleſ.* favoriſent cette déciſion, ainſi que la doctrine de Guyp. *quæſt.* 327. *num.* 3. *ſed an conventus prædicatorum poſſit hæres inſtitui credo quod ſic*, dit-il, *quia licet prædicatores non poſſint in particulari aliquid tamen in communi poſſunt habere*, il n'y a que les cas des ſuggeſtions de la part des religieux qui pourroient donner lieu à la caſſation du teſtament fait en faveur du monaſtere, ſuivant l'arrêt de Grénoble du 25 Février 1669, rapporté par Baſſet, *tom.* 2. *liv.* 8. *tit.* 1. *chap.* 5. rendu dans l'eſpece d'une ſubornation pratiquée à l'égard d'une femme décédée dans le monaſtere.

Il eſt vrai que le corps des religieux eſt incapable de poſſéder des immeubles par les loix du Royaume, comme gens de main morte, & par cette raiſon Guypape obſerve, qu'on doit les obliger à vendre les fonds & héritages qu'on leur a laiſſés par teſtament, & qu'ils peuvent ſeulement profiter du prix qui provient de la vente; mais aujourdhui le Roi les rend habiles à poſſéder ces héritages à perpétuité, ſans qu'ils ſoient obligés d'en vuider les mains en lui payant le droit d'amortiſſement.

Le Parlement de Paris n'autoriſe pas les inſtitutions univerſelles des corps de communautés religieuſes ou ſéculieres, même des hôpitaux, quoique plus favorables, à moins que l'inſtitution héréditaire n'ait pour objet la fondation des hôpitaux ou leur réparation; on peut voir à ce ſujet les différens arrêts de ce Parlement, rapportés dans le Journal des audiences, tom. 2. liv. 1. chap. 37. & tom. 1. liv. 1. chap. 135. liv. 2. chap. 11. & 147. liv. 3. chap. 7. liv. 4. chap. 9. & liv. 5. ch. 14.

Les réligieux mendians, comme les Cordeliers, peuvent

être inſtitués héritiers, ſuivant les arrêts rapportés par Mrs. *Maynard, liv. 1. chap. 19. & Duranti, quæſt. 6. num. 11.* & conſéquemment les hôpitaux ſont capables d'inſtitution héréditaire, en quoi la Cour s'eſt conformée à la diſpoſition du droit romain, qu'elle fait profeſſion de ſuivre.

J'obſerverai que, quoique les inſtitutions des communautés religieuſes ſoient autoriſées par les arrêts de ce Parlement, elles ne ſont pourtant pas ſi favorables en ſoi que celles des parens du teſtateur, quoique dans un dégré réculé; en ſorte que, pour peu qu'il y ait des preuves ou de fortes conjectures de ſubornation du teſtateur, je crois qu'il y a lieu de caſſer pareilles inſtitutions, & d'adjuger les biens aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, il me ſemble qu'une puiſſante conjecture de captation d'un teſtament, eſt celle qui ſe tire de l'habitude du teſtateur à confeſſer d'un religieux de la communauté inſtituée héritiere.

¶ L'article 41 de l'ordonnance de 1735, concernant les teſtamens, a adopté la juriſprudence du Parlement de Paris, qui donnoit l'excluſion aux religieux profès de pouvoir ſervir de témoin dans les teſtamens. L'article a même encheri ſur cette juriſprudence, puiſqu'il donne cette excluſion aux ſimples novices, quoiqu'ils ſoient encore au nombre des citoyens; il faut ſelon les loix, que les témoins des teſtamens & autres actes de derniere volonté, ſoient capables eux-mêmes des effets civils, de faire teſtament, & de recevoir par teſtament, *teſtes autem adhiberi poſſunt cum quibus teſtamenti factio eſt, ad §. teſtes autem, inſtit.* ce que Théophile, interprete grec, explique ainſi, *hoc eſt qui & ea nobis inſtitui hæredes poſſunt, & qui nos poſſunt hæredes inſtituere.* L'art. 40, en exigeant que les témoins ſoient capables des effets civils, renferme cette capacité de pouvoir teſter & de recevoir par teſtament; & c'eſt ce qui eſt interdit aux religieux profès réputés morts civilement; le religieux n'eſt point dans les teſtamens un de ces témoins que la punition d'un crime & l'exemple qu'il en faut faire, vont prendre au milieu du monaſtere & dans le cloître; il ne manque pas de témoins

capables des effets civils pour la ſolemnité requiſe aux teſtamens, quelque part que les diſpoſitions ſoient faites, & le teſtateur doit toujours s'imputer s'il a négligé de prendre un temps favorable pour cela; il n'y a donc nulle néceſſité d'admettre les religieux pour témoins dans les teſtamens; car, quoiqu'ils ſoient préſumés gens de bien, il faut encore avoir un certain degré de connoiſſance & d'attention à l'affaire dont on traite; un religieux n'en eſt pas toujours capable.

La nouvelle ordonnance de 1735 concernant les teſtamens, ni celle du mois d'Août 1747 pour les fidéicommis, n'ont point dérogé à l'arrêt du 3 Septembre 1663, qui déclara un religieux habile à élire au fidéicommis; il eſt bien vrai que l'article 24 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747, porte que la profeſſion ſolemnelle de la vie religieuſe, donne lieu à l'ouverture du fidéicommis comme la mort naturelle, & que cette profeſſion emporte mort civile; mais cela doit être entendu pour les droits actifs ou paſſifs, que l'héritier ſubſtitué pourroit exercer, deſquels il eſt déclaré incapable par la profeſſion religieuſe, mais nullement pour le fait, tel que l'élection au fidéicommis, qui ne requiert aucune capacité civile, mais ſeulement naturelle; c'eſt-à-dire, le pouvoir d'agir, *nudum miniſterium.*

Venant à la queſtion que j'ai agitée dans le chapitre, ſçavoir, ſi les corps de communautés religieuſes ſont capables d'être inſtitués héritiers & de recevoir des inſtitutions univerſelles.

J'obſerverai ici que l'article premier de l'édit du mois d'Août 1749, donne l'excluſion à tous les corps de communautés religieuſes, pour toutes inſtitutions héréditaires qui pourront être faites en leur faveur, ainſi qu'aux autres corps de communauté laiques, & *l'art.* 2 *porte défenſes de faire à l'avenir aucune diſpoſition de derniere volonté pour fonder un établiſſement de la qualité de ceux mentionnés en l'article* 1, *ou au profit des perſonnes qui ſeroient chargées de faire ledit établiſſement, le tout à peine de nullité, quand même la diſpo-*

ſition ſeroit faite, à la charge d'obtenir lettres patentes du Roi. Les hôpitaux y ſont compris, quand même il ſeroit queſtion de leur fondation, en quoi cet édit déroge à la juriſprudence du Parlement de Paris, répandue dans les arreſtographes de ce Parlement; mais ſi l'inſtitution héréditaire n'avoit pour objet & pour toute fin, que les réparations néceſſaires à un corps d'hôpital, cette inſtitution ſortiroit à effet, parce que l'ordonnance doit demeurer reſtrainte au cas de fondation exprimée, & d'un nouvel établiſſement de corps de communauté : or dans ces circonſtances, la néceſſité des réparations obligeant cet hôpital à faire la vente des immeubles, la vente qui en ſeroit faite, laiſſeroit dans le commerce & en la main des acheteurs les fonds immeubles, & par là on évite l'écueuil que l'ordonnance a eu en vue, lorſqu'elle a prohibé les inſtitutions dont il s'agit, c'eſt de voir les biens immeubles hors de tout commerce par leur incorporation en la main morte.

CHAPITRE XII.

Si celui qui ne ſçait pas lire l'écriture de main peut faire un Teſtament clos.

IL fut jugé en la ſeconde chambre des enquêtes le 24 Juillet 1719, au rapport de M. de Courtois, entre Marguerite Fauguiere, veuve d'Antoine Imbert, & Pierre & Jean Imbert, qu'un teſtament clos, fait par un homme qui ne ſçavoit ni lire ni écrire, ne pouvoit valoir, quoique le notaire aſſiſté d'un témoin, eût écrit le corps de la diſpoſition, & que le témoin l'eût ſignée avec lui; ce teſtament fut caſſé, & Faguiere inſtituée par Imbert ſon mari, condamnée à la reſtitution des fruits & en la moitié des dépens; le teſtament avoit été ſouſcrit dans toutes les formes preſcrites à ce ſujet.

Cet arrêt ſemble déroger à celui du mois d'Août 1678,

rapporté à la fin de ce chapitre, à moins qu'on ne veuille dire que dans l'eſpece de ce dernier, il y avoit deux témoins outre le notaire, au lieu que dans l'autre il n'y en avoit qu'un ſeul; cette différence n'eſt pourtant pas capable de faire varier la déciſion, parce que la préſence d'un autre témoin ne peut pas ſuppléer à l'ignorance d'un teſtateur, qui me paroit un obſtacle invincible pour pouvoir faire un teſtament clos; car celui qui ne ſçait pas lire doit néceſſairement teſter par déclaration de ſa volonté en préſence de ſept témoins, pour éviter la ſurpriſe & la tromperie contre laquelle la loi a voulu prendre de ſages précautions par la préſence des ſept témoins irréprochables qu'elle exige.

Je croi qu'il n'y a point d'exception à faire à cette regle, qui exige dans le teſtateur de ſçavoir lire la lettre de main, & qu'il faut indiſtinctement décider que celui qui ne ſçait point lire l'écriture de main, ne peut faire un teſtament clos: il n'y a pas grand inconvénient dans cette excluſion, puiſque le teſtateur a l'autre genre de teſter plus ſûr & moins dangereux pour lui que le premier.

Par arrêt rendu en la troiſieme chambre des enquêtes, après partage, vuidé en la premiere le 4 Août 1730, rapporteur Mr. de Malaret, comparuteur Mr. l'Abbé Caſtaing; parties au procès le ſieur de la Deveſe & la Dame de Malairargues, il a été jugé en theſe qu'il n'étoit pas néceſſaire pour la validité d'un teſtament clos qui eſt écrit d'autre main que de celle du teſtateur, & qu'il a ſigné à chaque page, que ces mots *lu & relu*, ſoient inſérés à la fin du teſtament, la ſignature du teſtateur ſuffiſant à chaque page.

Le motif de cet arrêt, que je tiens d'un des Juges, fut pris de ce que la loi *Hac conſultiſſima* 21, *Cod. de Teſtam. & quemadmod.* qui preſcrit la forme des teſtamens ſolemnels ou clos, n'exige point cette formalité & cette énonciation de *lu & relu*, qui eſt ſurabondante & de pur ſtile du notaire; qu'ainſi il ne faut point multiplier les ſolemnités, & gêner par-là les diſpoſitions de derniere volonté ſi favorables par elles-mêmes, ce qu'on feroit pourtant ſi on ajoutoit quel-

qu'autre formalité à la forme des teſtamens preſcrite par la loi.

¶ J'avois déja obſervé ſur ce chap. que l'ignorance du teſtateur qui ne ſçait point lire la lettre de main, me paroiſſoit un obſtacle invincible pour faire un teſtament clos, quoique écrit de la main d'un notaire aſſiſté de deux témoins. L'art. 11 de la nouvelle ordonnance y eſt exprès, comme je l'ai ci-devant remarqué en mon addition, ch. 5, de ce livre. L'art. 12 porte qu'en cas que le teſtateur ne puiſſe parler, mais qu'il puiſſe écrire, il pourra faire un teſtament miſtique, à la charge que ledit teſtament ſera entierement écrit, daté, & ſigné de la main qui le préſentera au notaire ou tabellion, & aux autres témoins, & qu'au haut de l'acte de ſouſcription, il écrira en leur préſence, que le papier qu'il préſente eſt ſon teſtament, après quoi ledit notaire fera mention dans la ſouſcription que le teſtateur a écrit ces mots en ſa préſence & des témoins, & qu'il fera au ſurplus obſervé tout ce qui eſt preſcrit par l'art. 9. Cet art. contient la forme du teſtament miſtique.

CHAPITRE XIII.

De la ſubſtitution aux biens donnés, & ſi elle doit être faite nommément aux biens donnés.

C'Eſt une queſtion, ſi les peres & meres qui ont la faculté de ſubſtituer aux biens donnés à leurs enfans, ſous les conditions énoncées dans ce chapitre, peuvent renoncer à cette faculté par acte entre-vifs. Il y a un arrêt rendu au rapport de M. de Comere, en la deuxieme des enquêtes le 5 Mars 1721, qui a jugé qu'ils ne pouvoient renoncer à cette faculté. L'arrêt eſt en faveur du ſieur Marc-Antoine Vidal, contre le ſieur Pierre Herail, greffier de l'hôtel-de-ville de Béziers.

Cet arrêt paroit rendu contre les regles; en voici les raiſons.

ſons. 1°. Parce qu'étant de maxime que chacun peut renoncer au droit introduit en ſa faveur, *Leg. penult. cod. de pact.* rien n'empêche que les donateurs ne puiſſent librement uſer de cette faculté, puis qu'elle ne bleſſe point le droit public, & qu'elle n'a été introduite que pour eux, par une faveur ſingulière : Il eſt bien vrai qu'il y a des droits auxquels il ne nous eſt pas libre de renoncer, comme par exemple, au bénéfice de la ceſſion des biens ; mais l'obſtacle nous vient alors du droit public, ſelon lequel le citoyen n'étant pas le maître de ſes propres membres, mais la république, il ne lui eſt pas permis de ſe jetter volontairement dans les fers en ſe privant du bénéfice de la ceſſion de biens qui doit lui procurer ſa liberté ; ce qui ne ſe rencontre pas dans les circonſtances de la renonciation à la faculté de ſubſtituer aux biens donnés, puiſque c'eſt-là un droit introduit ſingulierement pour les peres & meres donateurs, & qu'on ſe trouve préciſément dans le cas de la loi *penult. cod. de pact.* le public n'ayant aucun intérêt à ce que ces donateurs conſervent inviolablement cette faculté.

2°. Cette faculté de ſubſtituer aux biens donnés, étant un paſſe-droit introduit en faveur des peres & meres (les biens donnés étant *extra cauſam bonorum*) il faut plutôt la reſtraindre ſuivant les maximes, que lui donner de l'extenſion, & dans cet objet, loin d'ôter aux donateurs la liberté de renoncer à cette faculté, il faut la leur laiſſer toute entiere.

C'eſt une queſtion qui a été différemment jugée ; ſçavoir, ſi lors qu'il ſe trouve des freres germains du donataire, le donateur peut lui ſubſtituer ſes freres conſanguins : Il y a un arrêt de la ſeconde chambre des enquêtes du mois d'Août 1707, au rapport de M. de Saint-Laurens, qui décida en faveur du ſieur de Pezenes frere germain du donataire, contre la Demoiſelle de Pezenes ſa ſœur conſanguine ; mais y ayant eu requête civile contre cet arrêt, il fut emporté, & le contraire fut jugé en l'année 1715, en faveur de la ſœur conſanguine.

Je crois que la déciſion de ce dernier arrêt doit prévaloir,

parce que la ſubſtitution étant faite *favore liberorum*, les freres conſanguins du donataire comme les germains, ſont ſans doute compris ſous ce mot *liberorum*, qui renferme tous les enfans du ſubſtituant, *ſemper ſpecialia generalibus inſunt*, *leg. ſemper*, *ff. de reg. jur.*

¶ Par la juriſprudence de ce Parlement, atteſtée par les différens areſtographes, il étoit permis aux peres de ſubſtituer aux biens donnés à leurs enfans dans leur contrat de mariage, & la mere étoit admiſe au même avantage; mais il falloit que cette ſubſtitution, pour ſortir à effet, eût trois conditions, *Si nominatim, ſi ſine liberis, & favore liberorum.* L'art. 13, tit. 1, de l'ordonnance concernant les fidéicommis, a abrogé cette juriſprudence en ces termes, *les biens qui auront été donnés par un contrat de mariage ou par une donation entre-vifs, ſans aucune charge de ſubſtitution, ne pourront en être grevés par une donation ou diſpoſition poſtérieure, encore qu'il s'agiſſe d'une donation faite par un pere à ſes enfans, que la ſubſtitution comprenne expreſſément les biens donnés, & qu'elle ſoit faite en faveur des enfans ou deſcendans du donateur ou du donataire.* Le motif de l'ordonnance eſt conforme au droit écrit, qui ne permettoit point de rien ajouter à une donation déja parfaite, *leg. perfectâ, cod. de donat.* les arrêts de ce Parlement rapportés par Albert, lettre E, *verbo* Election, art. 2, avoient adopté la doctrine des interpretes qui autoriſoient un héritier chargé de fidéicommis à l'égard de celui d'entre pluſieurs qu'il voudroit choiſir, à grever l'élu du même fidéicommis en faveur d'un autre éligible, l'art. 14 a abrogé cette juriſprudence dont j'ai parlé dans mes obſervations chap. 100 de ce livre 2, *lorſque la donation*, dit l'article, *ou l'inſtitution contractuelle aura été faite à la charge de remettre les biens donnés à celui que le donateur ou le donataire voudra choiſir, celui qui ſera élu ne pourra, ſous prétexte de l'élection faite en ſa faveur, être chargé d'aucune ſubſtitution.* Le donateur n'a pas même la liberté, ſuivant l'art. 15, de ſe réſerver la faculté de charger dans la ſuite, de ſubſtitution, les biens par lui donnés, le tout ſans préjudice, de l'e-

xécution de réſerves portées par des actes antérieurs à la publication de la préſente ordonnance : l'art. 16 renferme une exception aux art. 13, 14, 15, elle eſt conçue en ces termes : *n'entendons rien innover par les articles*, 13, 14, *&* 15, *en ce qui concerne les diſpoſitions par leſquelles le donateur feroit une nouvelle libéralité au donataire, ſoit entre-vifs ou à cauſe de mort, à condition que les biens qu'il lui avoit précédemment donnés demeureroient chargés de ſubſtitution, & en cas que ledit donataire accepte la nouvelle libéralité faite ſous-ladite condition, il ne lui ſera plus permis de diviſer les deux diſpoſitions faites à ſon profit, & de renoncer à la ſeconde, pour s'en tenir à la premiere, quand même il offriroit de rendre les biens compris dans la ſeconde diſpoſition avec les fruits par lui perçus.*

Les donations entre-vifs entre mari & femme n'ont jamais effet que de donation à cauſe de mort, & ſont conſéquemment & révocables & ſuſceptibles de nouvelles charges & conditions de la part du donateur, la choſe donnée peut même être aliénée par le donateur. *Leg. ſi maritus* 12 *ff. de donat. inter. vir. & uxor.* à quoi ſe trouve conforme la diſpoſition du droit canon. *cap. ult. extra de donat.* les donations faites par le pere au fils qu'il a en ſa puiſſance, ſont révocables, & n'ont effet que de donation à cauſe de mort, parce que le fils qui eſt en la puiſſance du pere ne peut accepter, étant cenſé une ſeule & même perſonne avec ſon pere, ſuivant la loi finale, *cod. de impub. & aliis ſubſt.* or l'acceptation étant de l'eſſence de la donation entre-vifs, il faut que l'acceptant ſoit une perſonne réellement diſtincte du donateur, & voilà pourquoi l'art. 18 de cette même ordonnance, déclare n'entendre que la diſpoſition des art. 13, 14, 15, puiſſent avoir effet pour les donations entre mari & femme, ou faites par le pere de famille aux enfans étant en ſa puiſſance. Cet article ne reçoit point d'application aux donations faites par le pere dans le contrat de mariage à ſon fils qu'il a en ſa puiſſance, leſquelles ſont irrévocables ainſi que les ſubſtitutions contractuelles, & cela *favore matri-*

monii, parce que pareilles donations ont pour objet les charges du mariage dont la cauſe eſt même toute publique.

CHAPITRE XIV.

De la donation faite dans le contrat de mariage au futur époux & à ſes enfans, ou bien au futur époux, ou à ſes enfans.

IL faut d'abord obſerver que les inſtitutions & ſubſtitutions contractuelles n'ont pas été en uſage parmi les romains, & qu'elles ſont *juris merè gallici*, comme parlent nos docteurs françois. Les déciſions que l'on rend ſur ces matieres, ne peuvent conſéquemment être rendues que par argument & par l'application que l'on fait des regles établies par le droit romain, pour les inſtitutions & ſubſtitutions teſtamentaires.

Cette maxime que la donation faite au futur époux & à ſes enfans, comprend les enfans comme véritables donataires, & comme appellés *ordine ſucceſſivo* par fidéicommis après leur pere, a lieu, ſoit que la donation ait été faite par un aſcendant ou par un collatéral ou étranger, parce que les enfans qui ſont compris dans la diſpoſition, n'étant pas encore nés, ne peuvent pas concourir ni faire part.

Que ſi la donation eſt faite au pere & à ſes enfans exiſtans, dans ce cas, il faut diſtinguer la donation faite par un aſcendant, d'avec celle qui eſt faite par un collatéral ou étranger. Si elle eſt faite par un aſcendant, les enfans ne concourent point, mais ils ſont appellés après la mort de leur pere; ce qui eſt fondé ſur une conjecture de prédilection du teſtateur pour la perſonne de ſon fils ſur celle de ſon petit-fils par la proximité du dégré, *leg. peto, §. fratre, ff. de legat.* 2, ce qui n'a pas lieu au ſecond cas, & quand le donateur eſt collatéral ou étranger au donataire & à ſes enfans; car alors tous ſont appellés aux biens par portions virile, la copulative

& n'étant entendue par ordre de ſucceſſion, que *propter ordinem charitatis*, ſelon Mornac après Decius *in leg. penult. cod. de verb. ſignif.*

Il faut ici prendre grarde de ne pas confondre la donation qui ſe fait dans un contrat de mariage au pere & à ſes enfans, avec celle qui eſt faite au pere & aux ſiens ; car quoique ſelon l'expreſſion des loix, les enfans & deſcendans ſoient ſeulement déſignés par le mot de *ſiens*, toutefois ſelon l'uſage on comprend indiſtinctement ſous ce mot de *ſiens*, toute ſorte d'héritiers. De-là vient qu'il n'y a pas de ſubſtitution en faveur des enfans du donataire quand le donateur s'eſt ſervi de ce terme, *& aux ſiens ;* c'eſt la doctrine de Ferriere, ſur la queſt. 230. Guyp.

Le pere qui a droit d'élire entre ſes enfans qui lui ſont ſubſtitués par la donation contractuelle, celui que bon lui ſemble, a droit auſſi de grever de fidéicommis celui qu'il élit ; mais il faut que ce ſoit en faveur d'un autre éligible, *poterit itaque*, dit Fernand, *prælud. cap. 9, num. 4, unum eligere & eum gravare ut reſtituat ſecundo aut tertio.* C'eſt ainſi que la choſe a été jugée par les arrêts de la Cour rapportés par Albert, lettre E, *verbo Election.* art. 2, & lettre S, *verbo Subſtitution.* art. 3.

Fernand ajoûte que celui qui ſe trouve élu, & chargé de fidéicommis par ſon pere à l'égard d'un autre de ſes freres éligibles, peut détraire la quarte trébellianique, quoique cette ſeconde ſubſtitution prenne ſa force d'une ſubſtitution contractuelle, ou la détraction que la quarte n'a pas lieu. La raiſon qu'en donne Fernand, eſt *quia poterat pater non ſubſtituere & hic ſecundus debet ferre æquo animo detractionem, qui poterat omitti.* Cette doctrine n'eſt pourtant pas ſuivie, car on ne détrait jamais la quarte d'une ſubſtitution contractuelle.

Pour ce qui concerne la donation faite au futur époux, ou à ſes enfans, la disjonctive *ou* n'eſt convertie en copulative & que par ordre de ſucceſſion quand la donation part de la main d'un aſcendant, *copulam poſitam inter patrem*

& filium propter ordinem charitatis intelligi ordine ſucceſſivo, item & disjunctivam poſitam inter perſonas inter quas cadit affectio ordinata non reſolvi in conjunctivam, Mornac, *loco ſupra.*

La disjonctive *ou* n'eſt jamais convertie en copulative *&*, pour les choſes, elle demeure toujours disjonctive. Comme par exemple, ſi je legue à Mævius ma maiſon ou mon champ, le légataire ne peut prétendre ces deux choſes; mais il eſt au choix de l'héritier de lui donner l'une ou l'autre, ce qui a pareillement lieu dans les contrats, ſuivant la remarque de Mornac *eod.*

A l'égard de ce droit d'élection, qui eſt déferé au pere, lorſque la ſubſtitution eſt faite à ſes enfans *nomine collectivo*; je crois que lorſqu'il s'agit d'une ſubſtitution de ſeigneuries hautes comme de Duchés, Marquiſats ou Baronnies anciennes, & que le pere décede ſans avoir élu, le partage n'en peut être fait entre tous les éligibles *pro virili parte*; mais que l'aîné doit recueuillir en ſeul le fidéicommis.

Je fonde mon opinion ſur la loi des fiefs, ſelon laquelle ces ſeigneuries ne ſouffrent point de diviſion, & doivent tomber ſur la tête d'un ſeul pour la conſervation des familles illuſtres, *lib.* 2, *Feudor. tit.* 55, *§. firmiter, verſic. præterea*; & c'eſt par cette raiſon que les légitimes ne peuvent être demandées ſur ces termes en corps héréditaires, ſuivant la doctrine de Mr. Larroche & l'arrêt qu'il rapporte, *liv.* 6, *tit.* 63, *art.* 1.

CHAPITRE XV.

Si la donation faite par le pere dans le contrat de mariage de ſon fils au premier mâle qui en deſcendra, ou à ſon défaut, à la premiere fille ſuivant l'ordre de primogéniture, appartient à la fille de l'aînée prédécédée, ou à la ſeconde fille ſurvivante à ſon pere.

CEtte queſtion auroit été différemment jugée dans l'eſpece d'une diſpoſition teſtamentaire, par la raiſon que la tranſmiſſion de l'eſpérance n'avoit jamais lieu par la juriſprudence de ce Parlement qu'en faveur des mâles deſcendans de l'auteur de la ſubſtitution *conſervandæ agnationis gratiâ ;* mais dans les contrats l'enfant prend la place du pere, comme héritier, quoique celui-ci n'ait pas recueilli, ſur-tout en matieres de donations, ou de ſubſtitutions faites par contrat de mariage. Car alors le fils, en acceptant la donation de ſon pere, ne contracte pas pour lui ſeul, mais pour ſes enfans. Or le donateur ayant ici fait une ſubſtitution des biens donnés en faveur de ſes petites-filles, l'ordre de primogéniture gardé en défaut d'un petit-fils mâle, il devoit s'en enſuivre que la fille de l'aînée étoit préférable à la tante dans les vues même du ſubſtituant, par la prédilection qu'il avoit marquée pour ſa fille aînée ſur la cadette. La nouvelle ordonnance concernant les fidéicommis ne donne aucune atteinte à la diſpoſition de cet arrêt, puiſque la ſubſtitution étoit ſi expreſſe, n'y ayant rien de conjectural qui pût déterminer la déciſion de l'arrêt du 31 Mars 1651.

CHAPITRE XVI.

Si le donataire de tous les biens, à la réſerve d'une certaine ſomme, contribue aux fraix funéraires lorſqu'il y a un héritier; & du privilege des fraix funéraires.

L'Arrêt rendu dans la cauſe des nommés Gaſc, freres germains & conſanguins, eſt dans l'eſpece d'une donation ordinaire, & qui n'avoit point de rapport à aucun mariage contracté. Elle n'étoit point d'ailleurs univerſelle, puiſqu'il y avoit une réſerve de la part du donateur d'une portion de ſes biens. Or dans ces circonſtances, le donateur n'eſt point *loco hæredis*, & la donation eſt enviſagée comme un titre particulier, ſur-tout lorſqu'elle ne tombe que ſur les biens préſens. Ainſi il n'eſt pas douteux, que ſuivant la loi, l'héritier de la réſerve ne ſoit tenu au payement des droits funéraires du donateur; il s'y trouve encore obligé par la diſpoſition de l'art. 16 de l'ordonnance de Février 1731, concernant les donations, puiſque le donataire des biens préſens eſt affranchi du payement de toute eſpece de dettes qui n'exiſtent point au temps de la donation, même du payement des légitimes des enfans du donateur; que ſi le donataire s'eſt réſervé la liberté de diſpoſer d'un effet compris dans la donation, ou d'une ſomme fixe à prendre ſur les biens, ledit effet & ladite ſomme appartiendront aux héritiers du donateur, nonobſtant toutes clauſes ou ſtipulations à ce contraires.

Il faut conclure de cette diſpoſition que l'héritier eſt obligé en cette qualité, de ſatisfaire aux fraix funéraires. 1°. Parce que c'eſt là une dette qui n'exiſtoit point au temps de la donation; ce que l'ordonnance fait bien entendre, puiſqu'elle le déclare ainſi pour les légitimes, quoique les enfans en ſoient nantis dès le moment de leur naiſſance, *leg.* 7, *ff. de bon. damnat.* 2°. Parce que la réſerve du donateur appartient

appartenant à ſon héritier légitime, s'il n'en a autrement diſpoſé, les fraix funéraires le regardent comme dette héréditaire, *unuſquiſque de ſuo funeratur*, telle eſt la maxime.

CHAPITRE XVII.

Si les petits-fils ex filio præmortuo, *inſtitués par leur aieule, héritiers égaux avec les petits-fils*, ex alio filio præmortuo, *doivent conférer la donation faite à leur pere.*

IL me ſemble que dans l'eſpece de cet arrêt le fils de l'aîné n'étoit point obligé au rapport de la donation faite à ſon pere, & qu'il devoit emporter les trois quarts de l'hérédité, la moitié du chef de ſon pere donataire, & un quart de ſon chef.

Il eſt conſtant que par le droit nouveau le rapport des choſes données a lieu entre les enfans, ſoit dans la ſucceſſion *ab inteſtat*, ſoit teſtamentaire de leurs peres, à moins que la donation n'ait été faite par préciput, *auth. ex teſtam. cod. de collat.* mais il faut que ce rapport ſe faſſe entre les mêmes perſonnes qui ont reçu les choſes données, & qui ſont enſuite appellées à la ſucceſſion ou teſtamentaire, ou *ab inteſtat*; car ſi, comme dans l'eſpece de cet arrêt, le fils donataire de la moitié des biens, venant à décéder enſuite, le petit-fils eſt inſtitué par l'aieule en la moitié reſtante de ſes biens conjointement avec un autre petit-fils *ex altero filio præmortuo*, je ne croi pas que le petit-fils ſoit tenu de rapporter la donation. 1°, Parce qu'il eſt de maxime, que *mutatione perſonæ natura rei mutatur.* Le changement de la perſonne qui ſe fait par la mort du pere, change la nature de la choſe, & la diſpoſition de la loi, qui établit le rapport entre les mêmes perſonnes qui ont reçu la donation, & qui ſont appellées à la ſucceſſion. 2°, Parce que le petit-fils a été l'objet immédiat de la diſpoſition teſtamentaire, & que la conſidération du pere n'y eſt entrée pour rien, par la raiſon

que le petit-fils, après le décès du pere, tenant le premier rang & dans la famille & dans le cœur de l'aïeul ou de l'aïeule, on ne peut pas dire qu'il ait été inſtitué *contemplatione patris*, d'où il faut conclure que ſon inſtitution n'a rien de connexe & de lié avec la donation faite à ſon pere, puiſqu'il eſt appellé de ſon chef à la ſucceſſion; & qu'à l'égard du rapport de la donation, il doit être réputé perſonne étrangere, & par conſéquent diſpenſée de rapporter, le rapport n'ayant jamais lieu qu'entre enfans pour conſerver l'égalité entre des cohéritiers que la nature appelle conjointement à l'hérédité, ſelon l'obſervation de Fernand, *ad leg. in quartam, cap. 2, art. 1, num. 1, & gloſſ. in leg. ſi emancipati, ff. de collation. bonor.*

On peut obſerver ici qu'on n'eſt jamais tenu au rapport quand on n'eſt point ſucceſſeur à titre d'univerſalité, *leg. à patre, cod. de collation.* & que quand un des enfans cohéritiers avec ſes freres, a une portion de l'hérédité moindre que celle des autres *judicio teſtatoris*, il n'eſt pas obligé au rapport de la donation qui lui a été ci-devant faite par le pere commun, c'eſt la déciſion de *Fachin. controverſ. liv. 5, chap. 78*, où ce docteur rapporte le conflict d'opinions qu'il y a ſur cette queſtion.

La matiere concernant le rapport des donations dont il s'agit dans ce chapitre, a été doctement traitée par ce même docteur *loco ſupra*, chap. 77, 78, 79 & ſuivans.

CHAPITRE XVIII.

Si les petits-fils, ex filio præmortuo, *répudians l'hérédité de leur pere, ſont obligés d'imputer ſur la légitime qui leur compete ſur les biens de leur aïeul, ce que leur pere avoit reçu de cet aïeul.*

LA raiſon principale & déciſive qu'allegue Mr. Maynard, liv. 8, chap. 58, pour autoriſer l'imputation

ſur la légitime dont il s'agit ici, eſt qu'il ne ſert de rien aux petit-fils d'alléguer qu'ils ne viennent point par repréſentation de droit du pere dont ils ont répudié l'hérédité, mais de leur chef, puiſqu'ils ne peuvent nier qu'ils ne ſoient ſubſtitués au même dégré du pere, du chef duquel ils ſuccedent *in ſtirpes* à l'aïeul, par concours avec leur oncle; c'eſt-à-dire, qu'ils prennent la portion que leur pere auroit priſe. Autrement, s'ils étoient obſtinés à dire, que c'eſt de leur chef ſeulement qu'ils agiſſent, il faudroit, en leur accordant le point, leur accorder qu'ils doivent ſuccéder; ce qui ſeroit *in capita*, & ce ſeroit là une fauſſe maxime; & en mettant à l'écart les dégrés de leur pere, ils ſe trouveroient exclus par leur oncle *ut remotiores*; & quant à la répudiation par eux faite de l'hérédité paternelle, elle l'auroit été en fraude pour tâcher d'éluder ladite imputation, n'y ayant pas apparence, ajoûte cet auteur, que le pere ou la mere, étant tentés d'imputer, les enfans qui ſont entrés en leur dégré, puiſſent éluder cette imputation, dans la vue d'avoir un plus grand avantage que leur pere ſur les biens de l'aïeul; & par ces raiſons Mr. Maynard aſſure que ce Parlement s'eſt toujours déterminé à ordonner cette imputation, ainſi que le Parlement de Paris. Bouvot en ſes arrêts, *tom.* 1, *part.* 1, *in verbo Renonciation*, *queſtion premiere*, agite la queſtion; ſçavoir, ſi la fille, ayant renoncé dans ſon contrat de mariage à tous droits de légitime paternelle & ſupplément d'icelle, moyennant une conſtitution dotale à elle faite, les enfans peuvent de leur chef, en répudiant l'hérédité de leur mere, demander leur légitime ſur les biens de l'aïeul, qui a ſurvécu à leur mere; cet areſtographe rapporte pluſieurs arrêts du Parlement de Paris qui ont débouté les petits-fils de leur demande, par la raiſon priſe de la loi, *ſi vivo*, *cod. de bon. matern. & matern. gener.* que les enfans *non poſſunt eſſe melioris conditionis*, & que, *excluſâ matre*, *omnes deſcendentes ex eâ.* Les enfans repréſentent la perſonne de leur mere, pour le droit de légitime qui ne peut être multiplié ſur les biens de l'aïeul, & quoiqu'ils ne ſoient pas héritiers de leur mere, ils ſont liés

par la renonciation qu'elle a faite à ce droit, comme étant cenſé reçu par anticipation au moyen de la conſtitution dotale. Ainſi je me range du côté de la choſe jugée, ſans m'arrêter à la diſtinction de Guypape, queſtion 228, dont j'avois fait uſage ſur le chap. 42 de ce livre dans mes obſervations. La nouvelle ordonnance concernant les fidéicommis n'a point dérogé aux maximes adoptées ſur la matiere du chap. 19, ſur quoi je me rapporte à mon obſervation précédente.

CHAPITRE XIX.

De la ſubſtitution faite ſous deux conditions alternatives ou conjonctives.

FErnand eſt, ſelon moi, celui de tous les interpretes qui eſt le mieux entré dans l'eſprit de la loi *generaliter*, *cod. de inſtit. & ſubſtit.* & qui l'a mieux commentée; ſa doctrine peut donc ſervir de regle pour la déciſion des cas différents qui peuvent naître dans l'eſpece de cette loi; & quand même ils ne ſe trouveroient point décidés *in puncto* par le commentaire qu'il en a fait, on pourroit tirer la déciſion des principes qu'il a établis par application & par argument.

La loi *Generaliter* fait violence aux principes, & fléchit, pour ainſi dire, les regles communes en faveur des enfans des héritiers grevés de rendre, en quoi l'Empereur Juſtinien a ſuivi l'eſprit de Juric, dans la loi *Lucius Titius*, *ff. de hæred. inſtit.*

Les regles ſont que, s'il y a pluſieurs conditions appoſées dans une inſtitution teſtamentaire conjointe par la copulative *&*, comme par exemple, s'il eſt majeur de vingt-cinq ans & magiſtrat, il faut que ces deux conditions ſe trouvent remplies pour que l'inſtitution ſorte ſon plein effet; que ſi au contraire l'inſtitution ſe trouve faite ſous condition alternative, comme s'il eſt majeur ou magiſtrat, alors il ſuffit qu'il

ſoit l'un ou l'autre ; c'eſt la diſpoſition expreſſe de Juſtinien, *inſt t. §. ſi plures, de hæred. inſtit.*

La loi *Generaliter* change cet ordre en faveur des enfans des héritiers grevés ſous deux conditions alternatives, comme par exemple, s'il vient à décéder ſans enfans, ou ſans faire teſtament, & décide que la disjonctive *ou* ſe réſout alors en copulative ; c'eſt-à-dire que, pour qu'il y ait lieu à l'ouverture du fidéicommis fait ſous ces deux conditions, il faut que l'une & l'autre ſoit arrivée, & que l'héritier grevé, n'ayant point fait de teſtament, ſoit encore décédé ſans enfans ; car s'il en a laiſſé, la ſubſtitution s'évanouit. *Mantica, de conject. ult. volunt. lib. 4, tit. 10, num. 29*, dit que la loi le décide ainſi, *ut abſurdum ceſſet favore liberorum.*

Il y auroit en effet une eſpece de contradiction & de répugnance dans la diſpoſition du teſtateur, ſi on ne convertiſſoit en faveur des enfans l'alternative en copulative ; car d'un côté le teſtateur auroit eu en vue les enfans de l'héritier grevé, puiſqu'il n'a appellé le ſubſtitué qu'à défaut de ſes enfans, & de l'autre il auroit voulu exclure ces mêmes enfans ſi leur pere décédoit ſans faire teſtament. Or le teſtateur eſt cenſé avoir la même prédilection pour les enfans que pour le pere même, avec lequel ils ſont réputés ne faire qu'une ſeule & même perſonne, *leg. fin. cod. de impub. & aliis ſubſtit.* puiſqu'il en a fait mention expreſſe.

C'eſt par cette raiſon ſans doute que Mornac ſur cette loi *Generaliter*, obſerve que les interpretes ont regardé la cauſe des enfans comme le ſeul objet de cette loi : *hinc inferunt interpretes disjunctivam poſitam inter conditiones negativæ reſolvi in conjunctionem favore liberorum.*

En effet, nous apprenons de la doctrine de Fernand que toutes les autres conditions alternatives, ſous leſquelles la ſubſtitution pourroit être faite, ne ſont point réſolues en copulatives, & qu'il ſuffit, pour qu'il y ait lieu à la ſubſtitution, que l'une ou l'autre arrive, comme par exemple, ſi la ſubſtitution eſt faite au cas que l'héritier décede ſans être marié ou ſans être docteur, alors, s'il n'eſt pas docteur, quoiqu'il

ſoit marié, le ſubſtitué eſt appellé, *& vice verſa*; ce qui ne ſeroit point ainſi s'il y avoit des enfans de l'héritier inſtitué qui fuſſent dans la condition *ſi ſine liberis* lors de ſon décès.

La loi *Generaliter* a ſi fort pour objet les enfans de l'héritier inſtitué, que Fernand ſur cette loi, *num.* 6, obſerve qu'il ne ſuffit pas que l'héritier grevé ait eu des enfans, mais qu'il faut encore que ces enfans exiſtent au temps de ſon décès; car c'eſt ainſi qu'il faut entendre cette loi: *dum ergo*, dit Fernand, *liberos ſuſtulerit ſubaudi reliquerit.*

Il ſe préſente ici une difficulté que notre compilateur a touchée; ſçavoir, ſi lorſque le ſubſtitué eſt deſcendant du teſtateur, de même que l'héritier grevé, l'alternative *ou* doit être réſolue en copulative en faveur des enfans de cet héritier grevé mis dans la condition *ſi ſine liberis*: la loi *Generaliter* n'a rien décidé là-deſſus; le compilateur réſout pourtant la difficulté par la regle de la loi *Generaliter*, & décide que l'exiſtence des enfans fait évanouir la ſubſtitution, quoique l'héritier ſoit décédé ſans teſtament, qui eſt une des conditions alternatives.

Quelque penchant que j'aie de déférer à la déciſion de notre illuſtre compilateur, je ne puis réſiſter aux motifs qui me preſſent d'une déciſion contraire.

Je me fonde ſur l'eſprit du légiſlateur dans la loi *Generaliter*, & ſur l'objet qu'il a eu de favoriſer la cauſe des enfans de l'héritier grevé contre les étrangers ſeulement, & nullement au préjudice de ſes enfans ſubſtitués.

La loi fait aſſez comprendre qu'elle n'entend parler que des ſubſtitués étrangers au teſtateur, par ces termes: *viam itaque impiam obſtruentes, ut ne quis alius deviet hujuſmodi facimus ſanctionem*, elle appelle voie impie celle qui conduit à l'hérédité du teſtateur des étrangers au préjudice des enfans de l'héritier grevé ſes deſcendans; car on ne peut penſer que le teſtateur, qui eſt cenſé avoir la même prédilection pour tous ſes deſcendans, *leg. liberorum, ff. de verbor. ſignif. & ibi doctor*, ait entendu parler d'eux lorſqu'il s'eſt ſervi d'une expreſſion auſſi énergique que celle d'*impiam*,

qui n'eſt d'uſage parmi les juriſconſultes que pour marquer les démarches qui ſe font *contra pietatis paternæ officium.*

Si l'Empereur n'entend parler que des ſubſtitués étrangers, il faut conclure par la maxime *incluſio unius eſt excluſio alterius*, que les ſubſtitués deſcendans ſont la ſeule exception de la regle, & que dans le concours des deſcendans héritiers grevés ou ſubſtitués, tout privilege ceſſant, il faut ſe régler par les loix communes, ſuivant leſquelles il ſuffit qu'une des deux conditions alternatives ſoit arrivée. *D. §. ſi plures, inſtit. de hæred. inſtit.*

On peut bien conclure du langage de Fernand ſur la loi *Generaliter*, *num.* 4, que le légiſlateur n'a pas entendu parler des ſubſtitués deſcendans, puiſque pour autoriſer la déciſion de cette loi, Fernand cite la loi *Lucius Titius*, *ff. de hæred. inſtit.* qui eſt dans l'eſpece des ſubſtitués étrangers au teſtament.

Juſtinien, qui avoit adouci en faveur des fils de famille la rigueur du droit ancien par la loi *cum oportet*, *cod. de bon. quæ liber.* en laiſſant aux peres le ſeul uſufruit des biens aventifs de leurs enfans, dont ils avoient autrefois la pleine propriété, encherit ſur cette loi en faveur des mêmes fils de famille par la novelle 118, cap. 2, en privant le pere de l'uſufruit de ces mêmes biens, qui par la voie de la ſucceſſion *ab inteſtat* du fils décédé, tombent en partage entre lui & ſes autres enfans, freres du défunt, par portions viriles. Fernand *in auth. de hæred. ab inteſt. venient*, *num.* 22, a prétendu que les interpretes avoient mal entendu & expliqué le ſens de la novelle, lorſqu'ils avoient décidé que le pere perdoit par cette loi l'uſufruit des biens aventifs de ſon fils décédé *ab inteſtat*, échus en partage à ſes freres, que le pere avoit en ſa puiſſance, & que la novelle ne pouvoit être entendue que des biens ſur leſquels le pere n'avoit du vivant de ſon fils aucun uſufruit, comme étoient le pécule *caſtr.* ou *quaſi-caſtr.* & les autres biens dont l'uſufruit étoit interdit au pere ; mais nullement des biens purement aventifs du fils décédé *ab inteſtat*, ſur leſquels le pere avoit le plein uſufruit,

ſuivant la loi *cum oportet*. Fernand fonde ſon opinion ſur la loi 3, *cod. de uſufr.* dans laquelle l'Empereur Antonin décide que tant que l'uſufruitier eſt en vie, il eſt en droit de jouir de l'uſufruit des biens, quoique le maître de la propriété vienne à décéder, *uſufructuario autem ſuperſtite licet dominus proprietatis rebus humanis eximatur jus utendi fruendi non tollitur.*

On peut répondre à Fernand, & réfuter ſon opinion par deux raiſons priſes de la gloſe ſur cette même loi troiſieme *verbo Tollitur*, & ſur le chapitre 2 de la novelle 118, *verbo Uſum.*

La premiere, que la maxime de cette loi ſouffre pluſieurs exceptions, & qu'elle eſt fautive, ſur-tout dans le cas du concours du pere & de ſes enfans, en la ſucceſſion *ab inteſtat* du fils qu'il avoit en ſa puiſſance, la novelle ayant dérogé quant à ce point à la maxime générale établie par la conſtitution de l'Empereur Antonin. La ſeconde, que la gloſe *in verbo Uſum*, applique indiſtinctement la diſpoſition de la novelle tant aux biens aventifs du fils décédé, dont le pere avoit l'uſufruit, qu'aux autres, ce qui eſt bien précis par les termes qu'elle emploie, *& ſit nota quod licèt generaliter in adventitio patri quæratur uſusfructus ut cod. de bon. que liber. L. cum oportet tamen hic fallit.*

En effet, la novelle n'admet point de diſtinction entre les biens aventifs & les autres, & parle en termes généraux, auquel cas il eſt des regles de faire une application générale de ſa diſpoſition, ſuivant la doctrine de Rebuff. *de ſent. proviſ. art.* 1, *gloſſ.* 2, *num.* 10, *ubi ordinatio non diſtinguit*, dit-il, *nec nos diſtinguere debemus.*

CHAP.

CHAPITRE XXI.

De la renonciation aux droits paternels, ſauf future ſucceſſion.

LA renonciation que fait une fille dans ſon contrat de mariage à tous droits paternels, moyennant la conſtitution dotale qui lui eſt faite, l'exclud ſans doute de la ſucceſſion *ab inteſtat* de ſon pere, dans le concours de ſes freres & ſœurs, *cap. quamvis, de pactis in 6*; mais c'eſt une queſtion ſi la fille qui a renoncé avec cette clauſe, *ſauf future ſucceſſion*, peut prétendre à la ſucceſſion *ab inteſtat* de ſon pere, ſe trouvant en concours avec ſes freres & ſœurs, qui n'ont pas renoncé avec elle : *Ferr. ſur la queſt.* 192, *de Guip.* décide contre l'opinion de l'auteur, que cette clauſe doit opérer l'effet de faire ſuccéder la fille *ab inteſtat*; car autrement elle ſe trouveroit inutilement inſerée dans le contrat.

L'opinion de Ferr. eſt ſinguliere, en ce qu'il décide la queſtion en theſe, & qu'il n'admet point les diſtinctions que les interpretes ont faites à ce ſujet; ſçavoir, qu'y ayant des enfans mâles au temps de la renonciation de la fille, la renonciation eſt cenſée faite en leur faveur; & c'eſt ce qui fait que ſi au temps du décès du pere commun quelqu'un de ces mâles ſe trouve en vie, alors la fille eſt privée de la ſucceſſion *ab inteſtat*, malgré la clauſe *ſauf future ſucceſſion*, qui ne peut opérer en faveur de la fille que dans les circonſtances ou de prédécès des mâles au pere commun, ou lorſque la fille qui a renoncé ſe trouve ſeule ſuccédante *ab inteſtat* lors du décès du pere commun, ou en concours avec ſes ſœurs; & c'eſt à ces différents cas que, ſelon les interpretes, doit ſe rapporter la clauſe *ſauf future ſucceſſion. Guip. quæſt.* 192, *& Ranchin eod.* après pluſieurs autres docteurs, ont ainſi décidé la queſtion; & je crois que leur doctrine mérite d'être ſuivie, ſur-tout lorſqu'il s'agit de con-

ſerver les biens à une famille noble ou qualifiée, ce qui ne peut ſe faire que par les mâles; car ce ſeroit aller contre les vues du pere qui a exigé la renonciation de la fille, ayant des mâles, d'appeller dans le partage de ſes biens & à ſa ſucceſſion *ab inteſtat*, celle-là même qui eſt cenſée avoir renoncé en leur faveur pour conſerver le reſtant du bien dans la famille.

Il ſe préſente ici une queſtion qui partage les docteurs; ſçavoir, ſi la fille qui a renoncé ſans appoſer la clauſe, *ſauf future ſucceſſion*, eſt privée par cette renonciation de la ſucceſſion *ab inteſtat* de ſon pere qui a laiſſé des freres ou ſœurs, & ſi au préjudice de la fille ils ont droit de recueuillir l'hérédité *ab inteſtat*? *Fachin. controveſ. lib.* 8, *cap.* 71, ſoutient que la fille qui a renoncé eſt excluſe dans ces circonſtances de la ſucceſſion, par cette raiſon que *nemo habet regreſſum ad jus quod renunciavit*; Fernand, *quæſt. pacti de non ſucced. num.* 10. tient une opinion contraire, & que la fille eſt préférable aux freres & ſœurs du pere décédé *ab inteſtat* par une préſomption de volonté du pere, qui n'eſt pas cenſé avoir exigé la renonciation de la part de ſa fille pour cet effet d'appeller à ſon hérédité des collatéraux que la loi répute étrangers au préjudice de ſa propre deſcendance; & cette préſomption eſt fondée ſur la loi *Cum acutiſſimi. cod. de fideic.* Ces deux interpretes ont chacun des partiſans de leurs opinions: je me range volontiers du côté de Fernand, parce que ſa doctrine me paroît fondée ſur les ſentimens de la nature, & ſur les principes d'équité qui doivent toujours être la regle des déciſions.

CHAPITRE XXII. & XXIII.

De la renonciation aux droits paternels, ſauf future ſucceſſion.

LA queſtion qui forma le partage dans l'arrêt du 1 Décembre 1688, n'étoit point, ſelon moi, de celles qui

peuvent balancer les jugemens, & entraîner après ſoi un conflict d'opinions, puiſque c'eſt une déciſion formelle de la loi, que le teſtateur peut appoſer à l'inſtitution héréditaire telle charge ou condition qu'il trouve à propos, dès que la condition n'a rien de contraire à l'honnêteté publique, ou aux loix : *in conditionibus primum locum obtinet voluntas defuncti, eaque regit conditiones, leg. in conditionibus, ff. de condit. & demonſtrat.* en ſorte que l'héritier, ayant une fois accepté l'hérédité, ne peut s'affranchir des charges ou conditions ſous leſquelles elle lui a été déférée ; parce que la volonté *ſectionem non patitur*, & que les actes ne ſe ſcindent point, *leg. in judicio* 47, *& ſi familiæ* 48, *ff. famil. Erciſc.*

Au ſurplus, il ne s'agiſſoit point dans l'eſpece de cet arrêt d'aucuns pactes faits ſur l'hérédité d'une perſonne vivante, & du cas de la loi *ult. cod. de pact.* qui les réprouve, *quia inducunt votum captandæ mortis alienæ* ; mais d'une condition au contraire qui avoit un objet bien différent, puiſqu'elle éloignoit dans la fille la penſée de la mort de la mere, en la dépouillant de ſon hérédité ; condition qui ſe trouve en cela autoriſée par la loi *de fideicommiſſo, cod. de tranſact.*

Venant à l'arrêt rapporté dans le chapitre 22, on ne voit point quel fut le prétexte des opinans qui ſoutinrent que l'acte devoit être regardé comme une donation à cauſe de mort ; il paroît au contraire par les termes dont uſe l'auteur, que c'étoit-là un acte purement entre vifs, puiſqu'il eſt paſſé entre les ſeules parties intéreſſées dans l'affaire des freres héritiers d'une part, & la ſœur légitimaire de l'autre ; que ceux-là en cette qualité acceptent la déclaration de celle-ci, qui contient une renonciation à toute demande en ſupplément de légitime, ce qui ne laiſſe pas lieu de douter que cet acte ne fût de la nature de ceux auſquels on doit appliquer la maxime, *quod ſemel placuit amplius diſplicere non poteſt.*

En effet, la ſœur ſe trouvoit liée irrévocablement envers

ſes freres par cette déclaration ; ſes héritiers l'étoient auſſi, puiſque la réſerve de pouvoir former la demande, n'ayant été faite que ſous une condition de convaleſcence qui avoit failli, la ſœur étant décédée de ſa maladie, ſes héritiers n'avoient aucune reſſource pour fonder leur action.

Quant à l'arrêt du 8 Août 1667, inſeré dans le 23 chap. il faut remarquer que la loi *Qui Romæ*, §. *duo fratres*, *ff. de verbor. obligat.* ne pouvoit faire obſtacle à la déciſion qui fut rendue, puiſque dans l'eſpece de cette loi les freres avoient traité & tranſigé ſur le fidéicommis, ſuivant l'obſervation de la gloſe, *cum hoc judici liquet de fideicommiſſo quoque fratres inter ſe tranſegiſſe.* Or dans l'eſpece de l'arrêt les freres cohéritiers avoient pareillement abandonné toute prétention ſur le fidéicommis, puiſqu'en renonçant à la ſucceſſion teſtamentaire, ils avoient procédé au partage des biens comme héritiers *ab inteſtat*, & par cette démarche ils avoient formellement laiſſé le teſtament à l'écart ſans exécution & ſans ſuite, ce qui renfermoit ſans doute une renonciation à tous les avantages qu'ils auroient pu retirer l'un ou l'autre de ce même teſtament.

Il eſt conſtant en maxime que deux cohéritiers teſtamentaires qui procedent en exécution du teſtament à un partage égal des biens de l'hérédité, & qui font à ce ſujet des renonciations reſpectives, tant pour le préſent que pour l'avenir, ne ſe portent point de préjudice pour la demande, le cas y échéant, en ouverture d'une ſubſtitution réciproque appoſée au teſtament, parce que c'eſt une regle que les clauſes d'un contrat quelque générales qu'elles ſoient, demeurent toujours reſtraintes au point ſur lequel les parties ont traité, ſuivant la loi *Si de certa*, *cod. de tranſact.* & la doctrine de Dumoulin *in conſuet. Pariſ.* tit. des fiefs, *gloſ.* 1, *num.* 25.

On ne peut prouver l'expilation d'une hérédité, par la voie de l'audition cathégorique des perſonnes tierces qui ſe trouvent nanties des effets de l'hérédité, & qui en font la remiſe aux héritiers ; mais il faut prendre la voie de l'enquis contre celui qui a fait l'expilation ; c'eſt ainſi que la Cour le

jugea par arrêt d'audience, prononcé à la tournelle par Mr. le Préſident de Ciron le 17 Avril 1709, plaidant Me. de Latournerie pour Canal, contre la Demoiſelle de Capot.

Canal, débiteur par ſon billet, privé de l'héredité de la Demoiſelle Capot, ſe trouva nanti de ce billet, dont il offroit le payement à la Demoiſelle Capot héritiere de ſa mere; celle-ci prétendant que ſes freres avoient expilé l'hérédité de leur mere, & enlevé pluſieurs billets qui en dépendoient, obtint une ordonnance de la Cour où le procès étoit pendant pour faire répondre Canal cathégoriquement, s'il n'étoit vrai que ſes freres lui avoient remis ce billet, ou fait remettre par perſonnes interpoſées.

Canal s'étant pourvû par oppoſition contre cette ordonnance, & ayant ſoûtenu qu'il n'étoit pas obligé de répondre ſur ce fait, demeurant ſon offre d'acquiter la ſomme de 300 liv. contenue au billet, la Cour le condamna au payement ſuivant ſon offre, & au ſurplus, déclara n'y avoir lieu quant à préſent de le faire répondre cathégoriquement ſur ce fait, ſauf à la Demoiſelle Capot à prendre les voies de droit pour cela, & la voie de l'information.

On peut recueuillir de la diſpoſition de cet arrêt que l'expilation d'une hérédité étant réputée un véritable vol, il faut prendre la voie criminelle contre les expilateurs.

Il faut néanmoins excepter l'expilation faite par une femme de l'hérédité de ſon mari, *& vice verſa*, pour laquelle il n'eſt pas permis aux héritiers du mari de prendre la voie de l'information contre la femme, ſuivant la diſpoſition des loix inſerées ſous le titre du Digeſte *de action. rerum amotar.* la voie civile, & la preuve par enquête, étant la ſeule qu'il faut prendre à cet égard; s'il eût été queſtion dans l'eſpece de cet arrêt d'une expilation de cette nature, la Cour n'auroit point réſervé la voie de l'information.

CHAPITRE XXV.

Si la qualification de mâles, miſe aux derniers dégrés de ſubſtitution, eſt préſumée répétée aux premiers dégrés.

LEs juriſconſultes, & après eux les interpretes, ont unanimement décidé que les clauſes & conditions appoſées dans une partie inférieure du teſtament, devoient être rapportées à tous les articles précédens de l'acte, *hanc autem ſcripturam, non ſolum ad præcedentia ſola legata; ſed ad univerſa quæ teſtamento adſcripta ſunt extendi, Gallus Aquilius & filius Trebatius reſponderunt, idque verum eſt, leg. talis ſcriptura, §. final. ff. de legat.* 1°. Telle eſt la doctrine de Barthole, *in leg. final. de rebus dubiis*, & de Boyer, *déciſion* 146; c'eſt encore une maxime conſtante que les clauſes ne ſont pas préſumées *oiſives*, & qu'il faut leur faire produire l'effet que le teſtateur peut avoir eu en vue lorſqu'il a pris ſoin de les inſerer, ſuivant l'obſervation de *Ferr. ſur la queſt.* 192. *Guip.* fondée ſur la loi *Si quando, ff. de legat.* 1.

L'objet le plus fréquent d'un teſtateur qui emploie la clauſe & qualification de mâles, eſt de conſerver ſes biens dans ſa famille; c'eſt la doctrine de Dumoulin dans ſon conſeil 51, *num.* 28, fondée ſur celle des interpretes; enſorte que ſi cette qualification ſe trouve ou dans l'inſtitution ou dans quelque dégré de ſubſtitution, on en doit conjecturer que le teſtateur a eu une prédilection ſinguliere pour les mâles, & que s'il en fait mention, ç'a été *conſervandæ agnationis gratiâ*; & dans ces circonſtances il faut préferer les mâles, qui ne ſeroient que dans la ſimple condition ſans qualification même des mâles, aux filles qui ſe trouveroient diſpoſitivement appellées, parce que cette qualification donne l'excluſion aux filles, *maſculis exiſtentibus ex conjectura mente teſtatoris*, leur vocation ne pouvant avoir d'effet qu'après les mâles; l'arrêt rendu dans l'eſpece du teſtament de

Gui de Liques, peut ſervir de préjugé ſur cette matiere, parce qu'il eſt fondé ſur les regles.

A l'égard de l'arrêt du 5 Mai 1668, rendu dans l'eſpece du teſtament de Claude Surel, il me paroît donner trop d'extenſion à la qualification de mâles au préjudice des filles ; je me fonde ſur ce que la qualification de mâles n'avoit pas été inſerée par Claude Surel, pour conſerver ſes biens dans la famille, puiſqu'il ne l'avoit appoſée que dans l'ordre de vocation de Genevieve ſa fille : or la clauſe de mâles appoſée vaguement en faveur des deſcendans, ne pouvant être appliquée aux deſcendans mâles par les filles, ſuivant la doctrine *de Guip. quæſt.* 133, parce qu'elle n'eſt pas préſumée alors avoir pour objet les ſeuls agnats, & la conſervation des biens dans la famille, & ſur-tout lorſque le teſtateur a commencé l'inſtitution par ſes propres mâles à l'excluſion de ſes filles, ſuivant Ranchin, *eod. loco* ; il faut conclure que cette même qualification inſerée dans la vocation des filles, ne pouvoit être ici rapportée aux dégrès des mâles, parce que le teſtateur n'avoit point eu pour objet la conſervation des biens dans ſa famille, lorſqu'il avoit appellé les mâles des filles, mais de préférer ſeulement leurs deſcendans mâles à leurs filles.

S'il eût été queſtion d'une ſucceſſion d'un gentilhomme, compoſée de fiefs ou de terres ſeigneuriales, alors je croi qu'on auroit dû tranſporter la clauſe des mâles, quoiqu'en ligne collatérale, parce qu'en cette matiere on ſe regle par des conjectures & des préſomptions de deſir & de volonté des teſtateurs, & qu'on doit ſuppléer au défaut de leurs expreſſions, *benignâ interpretatione*, ſuivant la regle qu'en donne le Juriſconſulte, *leg. Cum avus, ff. de condit. & demonſtr.* Or il faut toujours préſumer qu'un gentilhomme ſouhaite de conſerver les terres dans ſa ligne maſculine, ſuivant l'obſervation de Cujas en ſa conſultation 20, *cujus rei nobiles ſtudioſiſſimi ſunt, & hac ratione in feudis etiam hæredum nomen pro filiis tantum maſculis accipitur.*

Ce fut une queſtion fort débatue en la troiſieme chambre

des enquêtes, & qui ne fut vuidée qu'après deux partages, ſi par la vocation ſelon l'ordre de primogéniture, dans une ſubſtitution faite par un aſcendant, le fils de l'aîné décédé avant d'avoir recueuilli, eſt préférable à ſon oncle, qui ſe trouve diſpoſitivement appellé, & ſi ce fils entre alors en la place de ſon pere, quoiqu'il ne ſoit fait aucune mention de lui dans le teſtament; cette queſtion forma un premier partage à la troiſieme des enquêtes, rapporteur Mr. de Laroque-Seré, & compartiteur Mr. l'Abbé de Mariote; il fut porté à la premiere, où il intervint un ſecond partage qui fut vuidé en la ſeconde, en faveur de l'oncle, & à l'avis du compartiteur; l'arrêt fut rendu le 12 Mai 1718, entre Charles & Jean-Pierre Dutillet, deſcendans de Charles de Gontaud, par Marthe de Gontaud ſa fille.

Jean-Pierre Dutillet étoit fils puîné de Marthe, & Charles Dutillet, fils de Jean Dutillet, fils aîné de ladite Marthe de Gontaud, les deux freres étoient diſpoſitivement appellés aux biens de Charles de Gontaud leur aieul maternel par ordre de primogéniture, & la ſubſtitution ne paſſoit point à leurs enfans.

Le cas de cette ſubſtitution étoit échu, le fils de l'aîné qui n'avoit point recueuilli, prétendit donner l'excluſion à ſon oncle; l'oncle au contraire ſoutint qu'il étoit ſeul appellé, & que l'ordre de primogéniture ne changeoit pas les maximes dans l'eſpece de cette cauſe, ſelon leſquelles le pere ne tranſmet pas au fils l'eſpérance du fidéicommis.

Deux maximes également reçues, & qui paroiſſoient ſe choquer dans cette matiere, donnerent lieu au partage & au conflict des opinions. La premiere dont on appuyoit la cauſe du fils de l'aîné prédécédé, eſt qu'en matiere de droit d'aîneſſe ou de primogéniture, le fils repréſente le pere, ſuivant la doctrine de Dumoulin, *in conſuet. Pariſ.* tit. 1, des fiefs, *§.* 13, *in verbo* Pour ſon droit d'aîneſſe, *num.* 5. & de pluſieurs autres interpretes.

La ſeconde que l'oncle appelloit à ſon ſecours, eſt que la tranſmiſſion de l'eſpérance au fidéicommis n'a jamais lieu par

par la pureté du droit, & qu'elle n'eſt admiſe par la juriſprudence de la Cour, qu'en faveur des deſcendans, contre des collatéraux du teſtateur ou des étrangers ſubſtitués; qu'ainſi Jean Dutillet ſon frere aîné, étant décédé ſans avoir recueuilli, n'avoit pu tranſmettre ſon droit au fidéicommis à Charles ſon fils.

Si la queſtion eût d'abord été enviſagée du véritable côté, elle n'auroit point ſans doute fait la matiere d'un partage, & on l'auroit décidée de même qu'elle le fut, & cela par deux raiſons.

1°. Parce que quand Dumoulin décide en faveur du fils de l'aîné, c'eſt dans un point de coutume dont il ne s'agiſſoit point dans ce procès, qui donne cet avantage au droit d'aîneſſe; en ſorte que le fils ſuccede alors aux biens de ſon chef, & par le droit qu'il a de repréſenter ſon pere prédécédé: *adverte tamen*, dit ce docteur, *loco ſupra, ad duo, primo quod propriè non eſt tranſmiſſi, quia filius præmoriens numquàm in eo jus habuit, non ergo nepos ex eo venis jure tranſmiſſi à patre, ſed jure repreſentationis & ſuo nomine & jure proprio.*

Cette déciſion ne pouvoit s'appliquer à l'eſpece de l'arrêt, parce qu'il eſt de maxime qu'en matiere de ſubſtitution le fils ne repréſente jamais le pere prédécédé ſans avoir recueuilli le fidéicommis, à moins qu'il ne ſoit appellé comme mâle, *conſervandæ agnationis gratiâ*, & dans la condition *ſi ſine liberis maſculis.*

2°. Parce que la doctrine des interpretes, qui donne l'avantage au fils de l'aîné ſur ſon oncle en matiere de primogéniture, ne doit s'appliquer qu'aux ſucceſſions des fiefs de dignité, comme Duchez, Marquiſats, & Comtez, qui, à défaut de mâles, ſont reverſibles à la Couronne, & pour leſquels il y a dans les familles une ſubſtitution graduelle & maſculine. Cette eſpece de ſucceſſion a ſes privileges ſinguliers qui l'affranchiſſent des loix communes; mais pour les autres ſucceſſions, qui n'ont pas cet avantage, je croi qu'il faut s'en tenir aux maximes du droit écrit, ſelon leſquelles

le fils ne repréſente point le dégré du pere décédé, ſans avoir recueuilli le fidéicommis, *leg. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell.* & telle eſt la juriſprudence de la Cour, qui ne s'eſt fléchie qu'en faveur des deſcendans contre des étrangers ſubſtitués, en admettant la tranſmiſſion de la ſimple eſpérance, *favore liberorum.*

Ce n'eſt pas l'ordre de primogéniture, que le teſtateur veut être gardé dans les dégrès, qui rend les enfans de l'aîné décédé avant d'avoir recueuilli, & qui ne ſont que dans la ſimple condition, préférables à leur oncle nommément appellé; mais la qualification de mâles, ſoit qu'elle ſe trouve dans la condition, ſoit dans le corps de la diſpoſition du teſtateur; parce qu'elle dénote le deſir que le teſtateur a eu de conſerver ſes biens dans ſa famille par les mâles ſes deſcendans; or dans ce cas le fils *ſub intrat locum patris*, non par tranſmiſſion, *quia ſpes non tranſmittitur*, mais comme diſpoſitivement appellé de ſon chef par le teſtateur pour tenir la place de ſon pere, *conſervandæ agnationis gratiâ.*

C'eſt ſur ces principes qu'on peut fonder un arrêt rendu en la troiſieme chambre des enquêtes, le 30 Avril 1722, au rapport de Mr. d'Auriol entre Palis oncle, & François Palis ſon neveu, dans cette eſpece.

Jean Palis teſtateur inſtitua ſon fils Jean, & en cas de décès ſans enfans, où ſes enfans ſans enfans, lui ſubſtitua Anne Palis ſa fille & ſes enfans, & les enfans de ſes enfans, en tout les mâles & aînés préferés, & iceux défaillans, aux aînées; Jean Palis eut des enfans mâles de deux lits; Jean-Baptiſte nâquit de ſon mariage avec Cavaliere; celui-ci eut un fils nommé François, Antoine Palis fut procréé du ſecond mariage avec Gineſte.

Jean-Baptiſte, pere de François, décéda du vivant de Jean ſon pere; celui-ci étant mort, François demanda l'ouverture de la ſubſtitution appoſée au teſtament de Jean Palis ſon bis-aïeul; Antoine ſon oncle fit la même demande, ſur le fondement qu'il ſe trouvoit plus près d'un dégré du teſtateur, & qu'il étoit dans la réduplicative, au lieu que Fran-

çois n'étoit que dans la condition. L'arrêt ouvrit la ſubſtitution en faveur du neveu, quoique plus éloigné d'un dégré du teſtateur, & dans la ſimple condition *ſi ſine liberis.*

La raiſon déterminante de cet arrêt doit être priſe de la doctrine de Dumoulin, *conſil.* 51, *num.* 28, qu'il appuie ſur l'autorité des interpretes : *qualitas maſculinitatis*, dit-il, *adjecta præſumit habitum eſſe reſpectum ad ipſam continuationem maſculinitatis in ſe, & non ad certas perſonas vel gradus tantùm, & tendit ad extenſionem ſubſtitutionis quandiu ſunt maſculi.* Ainſi, quoique François ne ſe trouvât ici que dans la ſimple condition, & qu'Antoine ſon oncle fût dans la réduplicative, il ſuffiſoit que par la qualification de mâles, le teſtateur eût marqué le deſir de perpétuer ſes biens dans la famille, pour que François ſe trouvât dans ſa diſpoſition, & par cette voie, ſubrogé à la place de ſon pere, *ex conjecturata mente teſtatoris argumento, leg. cum avus, ff. de condit. & demonſtr.* ce qui le rendoit préférable à ſon oncle.

Dans les circonſtances où la ſubſtitution ſe trouve maſculine, on ne regarde point la proximité du dégré, ni des perſonnes, *non ad certas perſonas vel gradus tantùm*, mais la maſculinité elle-même; enſorte que le mâle plus éloigné du teſtateur, ſe trouvant auſſi capable de remplir ſes vues, qui tendent à perpétuer ſon nom, que celui qui lui eſt plus proche, il n'eſt queſtion que d'examiner ſi l'ordre de primogéniture doit être gardé; car alors le plus éloigné deſcendant de l'aîné, exclut le cadet, quoique plus proche, parce qu'il prend la place de l'aîné même.

J'obſerverai ici que c'eſt un point de juriſprudence de ce Parlement, de donner à la clauſe de mâles l'effet dont je viens de parler, ſoit que le teſtateur ſubſtituant ſoit nobie ou non; outre l'arrêt de Gui de Liques, rapporté dans ce chapitre, & celui rendu dans l'eſpece du teſtament de Jean Palis, j'en ai vu rendre un autre au mois d'Août 1731, en la ſeconde chambre des enquêtes au rapport de Mr. de Juin, en faveur de la Dame Prieur de St. Germain, procédant comme

tutrice de Charles & Etienne Prieur ſes enfans, contre Marie Prieur leur couſine germaine ; j'avois écrit pour la Dame de St. Germain. Cet arrêt fut rendu après partage porté à la troiſieme des enquêtes, où il fut vuidé *nemine contradicente*, ſelon l'avis de Mr. de Cazes compartiteur.

¶ L'art. 19 de l'ordonnance déroge expreſſément à la juriſprudence de ce Parlement & aux maximes ici adoptées ſur cette matiere. L'art. porte *que les enfans qui ne ſont point appelés expreſſément à la ſubſtitution, mais qui ſeroient ſeulement mis dans la condition, ſans être chargés de reſtituer à d'autres, ne ſeront en aucun cas regardés comme étant dans la diſpoſition, encore qu'ils ſoient dans la condition en qualité de mâles, & que la condition ſoit redoublée. Vachin. controverſ. jur. lib. 4. c. 51*, a remarqué que c'étoit-là une ample matiere de diſpute entre les interpretes, pour ſçavoir ſi les enfans mis en la condition *ſi ſine liberis* ſont cenſés appelés au fidéicommis ; la commune opinion, & qui a été accueuillie par les arrêts, eſt qu'ils ne ſont point appelés, ni dans la diſpoſition ; mais que leur pere, ayant recueuilli l'hérédité, leur exiſtence exclut le ſubſtitué comme l'héritier *ab inteſtat* du pere ; & cette maxime a lieu non-ſeulement à l'égard des teſtamens, mais pour les contrats de mariage. *Guip. quæſt. 39, & ibi Perr. & Ranchin.*

La juriſprudence de ce Parlement étoit telle, que les enfans mis en la condition ſous la qualification de mâles, ou même dans quelque partie du teſtament avec cette qualification répétée, étoient cenſés diſpoſitivement appelés *conſervandæ agnationis gratiâ*, enſorte que leur pere demeuroit grevé de fidéicommis à leur égard, par la diſpoſition préſumée de l'aieul ou autre aſcendant mâle, auteur de la ſubſtitution ; ils étoient encore diſpoſitivement appelés lorſqu'ils ſe trouvoient dans la réduplication ſimplement, & ſans la clauſe de mâles, en ces termes, *& les enfans ſans enfans.*

Cette juriſprudence trouvoit ſon fondement dans la déciſion de la loi & dans la doctrine des interpretes, ſuivant leſquels un fidéicommis peut être établi par de ſimples conjec-

tures. *Leg. cum proponebatur 65 ff. de legat. 2. & Cujac. conſult. 35. & alii*, l'article proſcrit toutes ces conjectures; il exige une diſpoſition non équivoque, & par cette même raiſon, la charge de porter le nom & armes de la famille; la prohibition de détraction de quarte trébellianique, & autres de cette eſpece, ne peuvent plus avoir force de fidéicommis en faveur même des deſcendans du teſtateur, ce qui avoit lieu avant notre ordonnance, ainſi que la prohibition d'aliéner les biens *extra familiam.*

CHAPITRE XXVII.

Si l'héritier chargé de rendre, peut élire un des enfans du ſubſtitué prédécédé, qui viennent par tranſmiſſion au fidéicommis fait en faveur de leur pere, ou ſi ce fidéicommis appartient également aux enfans ſurvivans à l'héritier.

L'Arrêt du mois de Juin 1678, fut rendu ſur un principe qui paroît mal appliqué; ſçavoir, que par l'uſage de ce Parlement, le pere tranſmet aux enfans l'eſpérance du fidéicommis qu'il n'a pu recueuillir : il eſt vrai que par un motif d'équité cette juriſprudence s'y eſt introduite contre la pureté des loix, en faveur des deſcendans qui ſe trouvent en concours dans la ſucceſſion de l'aïeul avec un collatéral ou étranger ſubſtitué, & diſpoſitivement appellé; mais cette tranſmiſſion n'a jamais lieu contre un fils du teſtateur, ou autre deſcendant, ſuivant la nouvelle juriſprudence des arrêts rapportés par Mr. Dolive, liv. 5, chap. 22, & dans les additions, par la raiſon que, dans le concours des deſcendans également privilégiés, il faut ſe régler par le droit commun, ſuivant lequel l'eſpérance du fidéicommis ne peut être tranſmiſe du pere à ſes enfans au préjudice de leur oncle ou tante diſpoſitivement appellés, *leg. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell.* qui eſt la regle qu'il faut ſuivre en cette matiere; en ſorte que le pere, venant à décéder ſans avoir

recueuilli le fidéicommis, ne peut tranſmettre à ſes enfans mis en la condition *ſi ſine liberis*, le droit qu'il auroit eu ſur l'hérédité, le cas y échéant; les enfans même ne peuvent avoir droit ſur l'hérédité par repréſentation, puiſqu'elle n'a lieu qu'aux ſucceſſions *ab inteſtat*, *inſtit. §. cum filius, de ſucceſſ. quæ ab inteſt.* C'eſt ce qui a fait conclure à Hottoman dans ſon *Conſeil* 71, que la tranſmiſſion n'avoit point lieu en faveur du neveu dans ſon concours avec l'oncle ſur les biens ſubſtitués par l'aieul, le pere étant décédé avant d'avoir recueuilli.

En un mot, il n'y a nul texte dans le droit qui puiſſe donner quelque fondement à cette tranſmiſſion dont nous parlons. La pureté des maximes, & la rigueur du droit, ſe déclarent contre l'uſage qui s'en eſt introduit ſur un motif d'équité, il faut conſéquemment reſſerrer cet uſage dans ſes légitimes bornes; toutefois l'arrêt rapporté dans ce chapitre, en aſſujettiſſant l'oncle à la reſtitution du fidéicommis, a fait brêche à cet uſage; puiſque l'oncle n'étoit nullement tenu à la reſtitution du fidéicommis en faveur de ſes neveux; les biens étoient libres en ſa main, & la ſubſtitution étoit devenue caduque par le prédécès du pere; car n'étant pas même fait mention des enfans du ſubſtitué, ils ne pouvoient rien prétendre au fidéicommis, ſelon les vues & la diſpoſition du teſtateur, qui, ſelon que l'obſerve Faber *de conject. lib.* 17, *chap.* 18, n'eſt pas cenſé avoir impoſé la charge de reſtitution à celui qu'il a gratifié; or la reſtitution du fidéicommis eſt toujours onéreuſe à l'héritier grevé, *leg.* 2, *in fin. ff. de ſuis & legit. hæred.*

Le ſeul texte qui auroit pu, ſelon moi, donner quelque couleur à la demande des neveux, étoit la loi *Cum avus*, *ff. de cond. & demonſt.* où, quoiqu'il ne ſoit pas fait mention des enfans du petit-fils inſtitué par l'aieul, le juriſconſulte décide pour eux contre leur grand-oncle ſubſtitué à leur pere; mais il y a cette différence, que dans l'eſpece de cette loi le pere avoit recueuilli l'hérédité, ainſi que l'obſerve la Gloſe, auquel cas ſes enfans prenoient l'hérédité comme ſucceſ-

ſeurs légitimes & *ab inteſtat*, le fidéicommis ne pouvant avoir lieu, ſelon la préſumée volonté du teſtateur qu'à défaut d'enfans de l'héritier inſtitué, légitimes ſucceſſeurs des biens qu'il avoit déja recueuillis, *leg. 7, ff. de bon. damnat.* Mais cette raiſon de décider pour les enfans, ne ſe rencontroit point dans l'eſpece de cet arrêt, où le pere étoit décédé avant d'avoir recueuilli, & n'avoit laiſſé après lui qu'une eſpérance au fidéicommis, qui n'avoit pu être tranſmiſe aux enfans que dans les circonſtances où l'héritier grevé auroit été collatéral ou étranger au teſtateur, ſuivant les adouciſſemens que la juriſprudence de ce Parlement a trouvée à propos de donner à la rigueur des maximes reçues en cette matiere.

¶ C'étoit un point de juriſprudence de ce Parlement, que la tranſmiſſion d'eſpérance avoit lieu en faveur des deſcendans de l'auteur de la ſubſtitution, au préjudice d'un collatéral ou étranger diſpoſitivement appellé. En ſorte que ſi le fils héritier grevé venoit à prédécéder l'auteur de la ſubſtitution, le petit-fils mis dans la ſimple condition, recueuilloit l'hérédité par la voie de la tranſmiſſion, quoique ſon pere héritier grevé n'eût point recueuilli l'hérédité, l'art. 20 de l'ordonnance, tit. 1, concernant le fidéicommis, a abrogé cette juriſprudence en ces termes : *Ceux qui ſont appelés à une ſubſtitution, & dont le droit n'aura pas été ouvert avant leur décès, ne pourront en aucun cas être cenſés en avoir tranſmis l'eſpérance à leurs enfans ou deſcendans, encore que la ſubſtitution ſoit faite en ligne directe par des aſcendans, & qu'il y ait d'autres ſubſtitués appelés à la même ſubſtitution après ceux qui ſeront décédés & leurs enfans ou aſcendans.*

La repréſentation ne peut non plus avoir lieu ni en ligne directe, ni en collatérale, ſuivant l'art. 21, à moins qu'il n'ait été ainſi ordonné par l'auteur de la ſubſtitution ; & pour ce qui concerne le droit d'élection au fidéicommis déféré à l'héritier grevé, l'art. 62 de l'ordonnance concernant les teſtamens, ne permet point à celui qui a reçu le pouvoir de l'exercer de le porter ſur toute autre tête que celle qui a été déſignée par l'auteur de la ſubſtitution, à moins que le teſta-

eur n'en eût autrement ordonné. Voici l'art. *Celui qui aura été inſtitué héritier, à la charge d'élire un des enfans du teſtateur, ne pourra élire un des petits-enfans ou deſcendans, encore que celui des enfans dont ils ſont iſſus fût mort avant que le choix eût été fait; & ſi tous les enfans du premier dégré décedent avant ledit choix, le droit d'élire demeurera caduc & éteint, le tout, à moins que le teſtateur n'en ait autrement ordonné.*

CHAPITRE XXVIII.

La donation étant faite par le pere dans ſon contrat de mariage à un des enfans qui en proviendront, tel qu'il élira; & en défaut de ſon élection, tel que ſa femme élira; & en défaut, tant par lui que par ſa femme de nommer, à l'aîné: à qui appartient cette donation en défaut de nomination du pere & de la mere, ou à celui qui ſe trouve l'aîné lors du décès du pere prémourant, ou à celui qui ſe trouve l'aîné lors du décès de la mere, qui décede la derniere.

Et ſi l'élection tacite contenue ſous l'inſtitution d'héritier, faite par le pere, ceſſe par l'élection expreſſe de la mere.

LE droit d'élire aux biens donnés, réſervé par le mari dans ſon contrat de mariage, ne peut être tranſporté à ſa femme par teſtament; c'eſt ainſi que la queſtion fut jugée par arrêt du 13 Juillet 1722, rendu au rapport de Mr. de Lacarri en la ſeconde chambre des enquêtes, dans cette eſpece.

Me. Guillaume Couture & Pétronille Damadis contracterent mariage le 9 Février 1671, lors duquel tous les deux firent donation de la moitié de leurs biens préſens & à venir en faveur d'un des enfans mâles qui naîtroit de ce mariage; ils ſe réſerverent l'élection.

De ce mariage furent procréés cinq enfans, Clément, Guillaume, Jean-François & deux autres mâles, le 29 Juin 1705.

1705. Guillaume Couture pere fit ſon teſtament, par lequel, ayant narré la clauſe de la donation contractuelle, il déclara *qu'il donnoit la moitié des biens donnés par leur contrat de mariage, à celui qui ſeroit élu par la Dame Damadis ſon épouſe, & qu'il inſtitue pour le ſurplus celui qu'elle choiſiroit; & en cas la Dame ſon épouſe ne voudroit ou ne pourroit faire la nomination, il nomme Guillaume Couture, pour ne mourir pas ſans donataire & ſans héritier; & ce au cas ſeulement que la Dame Damadis ſon épouſe ne voudroit ou ne pourroit nommer & élire un d'entre ſes enfans, comme il lui en remettoit le choix, tant pour la moitié donnée que réſervée.*

Guillaume Couture ayant fait aſſigner en 1717 ſa mere au Sénéchal d'Auch, en maintenue aux biens donnés, faute par elle d'avoir fait la nomination, la Dame Damadis nomma Me. Jean-François Couture, Archidiacre de Tarbe, pour recueuillir la donation.

Le Sénéchal rendit ſa ſentence le 18 Septembre 1721, qui confirme cette élection; l'arrêt de la Cour réformant, maintint Guillaume Couture en la moitié des biens en conſéquence de la donation contractuelle, avec reſtitution des fruits, ſuivant l'eſtimation d'experts, depuis l'inſtance, & d'auparavant, ſuivant l'état qui en ſeroit baillé.

Guillaume Couture fondoit ſa prétention ſur quatre raiſons principales. 1°. Sur ce que la Dame Damadis n'avoit pu nommer, parce que l'élection eſt perſonnelle & non ceſſible. 2°. Qu'elle avoit perdu la faculté d'élire en répudiant l'hérédité de ſon mari. 3°. Que la Dame Damadis ne pouvant nommer, il devoit profiter de l'élection faite par ſon pere.

La Dame Damadis répondoit, 1°. Que ſuivant Henrys, tom. 2, liv. 5, queſt. 12, & Ricard, tom. 2, traité 3, part. 2, queſt. 463, aux addit. ſur le chap. 11, encore que la faculté d'élire ne puiſſe être transférée à un autre, il en étoit autrement entre mariés. 2°. Que la nomination du pere ne pouvoit ſortir à effet qu'en défaut de celle de la mere, en ſe réglant par la clauſe du teſtament.

L'arrêt de la Cour peut être fondé ſur la doctrine de Du-

moulin *in conſuet. Pariſ. §.* 16, *Gloſſa* 1, *num.* 2, 3, où ce docteur décide que le droit d'élire au fidéicommis eſt perſonnel, & ne peut être cédé ni tranſporté ſur la tête d'un autre, & ne paſſe même pas à l'héritier; la raiſon qu'il en donne eſt que le droit d'élection *eſt meri facti, & non competit per modum juris.* Bretonnier ſur Henrys, *tom.* 2, *liv.* 5, *queſt.* 12, après avoir remarqué que l'arrêt rapporté par Henrys, qui décida que le droit d'élection avoit pu être cédé & tranſporté, eſt ſingulier, & rendu dans une eſpece toute favorable par elle-même; ajoûte qu'il ne doit point être tiré à conſéquence, & qu'il faut décider en theſe que le droit d'élection eſt une faculté perſonnelle qui ne peut être exercée par procureur ou ſubſtitut.

Une femme héritiere grevée par ſon mari avec faculté d'élire tel de ſes enfans qu'elle voudra, eſt obligée de remettre les biens au fidéicommiſſaire qu'elle a élû en la même maniere que le teſtateur les a laiſſés, ſans qu'elle puiſſe profiter des conditions avantageuſes que le fidéicommiſſaire pourroit lui faire, pour faire tomber ſur lui l'élection, comme ſi, par exemple, ayant le choix d'élire à un legs de 1000. liv. fait par le teſtateur à un de ſes enfans, elle pactiſioit avec celui qu'elle a choiſi, qu'il ſeroit tenu de recevoir payement du legs en une rente conſtituée, & que l'héritier auroit la faculté de le payer par parcelles de 100. liv. alors le fidéicommiſſaire peut être relevé de pareille convention, & ſe faire payer le legs de 1000. liv. en entier, argent comptant; c'eſt ainſi que la Cour le jugea en la troiſieme des enquêtes le 20 Mai 1722, au rapport de Mr. de Cauſſade dans l'affaire du nommé Graves.

Le motif de cet arrêt fut, que ſi pareille convention étoit autoriſée, ce ſeroit fournir occaſion aux héritiers grevés de mettre, pour ainſi dire, aux encheres leur droit d'élection en tirant le meilleur parti qu'ils pourroient des éligibles par la préférence qu'ils donneroient aux uns ſur les autres; ce qui tendroit à renverſer la diſpoſition des teſtateurs en dénaturant le fidéicommis; en ſorte que la Cour a réprouvé

avec raiſon des conventions de cette eſpece, comme contraires à la bonne foi & à l'exactitude ſcrupuleuſe qu'un héritier grevé doit marquer dans la reſtitution du dépôt qui lui a été confié.

On peut ajouter que le droit d'élection conſiſtant *in facto*, l'héritier grevé ne peut rien changer dans l'ordre & l'arrangement établi par le teſtateur, & doit ſe borner au choix de la perſonne, pour lequel une pleine liberté lui a été donnée, ſans toucher à la choſe.

L'arrêt dont on rapporte la date au commencement de l'année 1679, me paroit rendu contre les regles : En voici les raiſons & la preuve. Il conſte par l'eſpece que Vital Freiſſinet, en ſe mariant, fit une donation contractuelle à l'aîné de la famille, en cas lui ou ſa femme ne fiſſent point d'élection entre les enfans qui naîtroient de ce mariage, & que ni le donateur ni ſa femme n'uſeroient point du droit d'élection réſervé par cette donation ; cela poſé, où pouvoit être la difficulté que les biens donnés n'appartinſſent à Chriſtophre aîné, ou à ſes ſucceſſeurs & ayant-cauſe ? le droit aux biens donnés à défaut d'élection, étoit irrévocablement acquis à l'aîné des enfans qui naîtroient de ce mariage, & cet aîné prémourant, tranſmettoit ce droit à ſes héritiers ou ayant-cauſe.

Pour en être convaincu, il faut établir pour maxime conſtante. 1°. Que les obligations conditionnelles ont un effet rétroactif au temps du contrat, quand la condition ſous laquelle elles ſont contractées vient à s'accomplir & à ſe vérifier, *leg.* 11, *§.* 1, *ff. qui potior. in pign. habeant.* il en eſt de même des donations entre-vifs conditionnelles, qui lient & obligent les donateurs envers les donataires ; en ſorte que la donation, ayant été ici faite à l'aîné, à condition que ni le pere ni la mere ne diſpoſaſſent pas autrement des biens donnés en faveur de quelque autre de leurs enfans, la condition, ayant été accomplie par leur décès arrivé ſans avoir élu, les biens donnés appartenoient à l'aîné donataire contractuel, à qui la loi donnoit l'hypoteque ſur les biens du

jour de leur mariage, *D. leg.* 11. 2°. Que dans les contrats on tranſmet à ſes ſucceſſeurs l'eſpérance même ſur les biens ; en ſorte que les conditions ſous leſquelles les biens nous ſont donnés, ne venant à s'accomplir qu'après le décès du donataire, ſes ſucceſſeurs ont ſur les biens donnés les mêmes droits qu'auroit eu le donataire, s'il avoit vu de ſon vivant l'accompliſſement de la condition ; c'eſt la doctrine de Fernand, *prælud. cap.* 10, *num.* 10, *de Brodeau ſur Louet, lettre S, ſomm.* 9, *num.* 13, *de Coquille ſur la coûtume de Nivernois, chap.* 27, *des donations, art.* 12, *pag.* 679. parce que la tranſmiſſion de l'eſpérance, qui n'a pas lieu dans les diſpoſitions teſtamentaires, a toujours lieu dans les diſpoſitions entre-vifs, & notamment dans les inſtitutions contractuelles, *quæ ſunt juris mere gallici*, ſuivant l'obſervation du même Coquille : Or s'agiſſant ici d'une inſtitution ou donation contractuelle en faveur de l'aîné iſſu du mariage, le droit en étoit tranſmis à ſes ſucceſſeurs ou ayant-cauſe par la mort civile *ante conditionis eventum.*

¶ L'art. 64 de l'ordonn. concernant les teſtamens ne laiſſe point la liberté de varier ſur l'élection une fois faite par un contrat de mariage, ou par un acte entre vifs accepté par celui qui aura été élu dans la forme preſcrite pour l'acception des donations du mois de Février 1731, & l'article ſuivant ajoûte que ladite diſpoſition aura lieu, encore que le choix ait été fait avant le temps porté par le teſtament, ſi ce n'eſt que le teſtateur eût prohibé expreſſément de faire ledit choix avant le terme par lui marqué, auquel cas ledit choix ne ſera irrévocable qu'après l'expiration dudit terme. On peut voir dans les art. 62, 63, 64, 65, & 66 les regles preſcrites ſur la matiere des élections aux fidéicommis laiſſés tant par diſpoſition de derniere volonté que par acte entre vifs.

CHAPITRE XXX.

Si l'héritier chargé de rendre, qui a joui durant moins de dix ans, doit imputer les fruits perçus ſur la quarte trébellianique à proportion du temps de ſa jouiſſance.

A ſuivre la diſpoſition de la loi 22, §. *Si hæres*, *ff. ad Trebell.* la quarte trébellianique pourroit être conſumée par une jouiſſance moindre que celle de dix ans, parce qu'il peut arriver que le revenu de dix années des biens ſubſtitués excederoit de beaucoup la quarte avec ſes fruits, ce qui ſuffiroit aux termes de cette loi; *tunc enim quod percipitur ſubmovet falcidiam ſi tantum fuerit, quantum quartam facit & quartæ fructus.* Le juriſconſulte fait dépendre l'imputation qui doit être faite par l'héritier grevé de ſa quarte ſur les fruits perçus, d'une queſtion de fait; & l'on ne peut pas dire que la loi 8, §. 11, *ff. de inoff. teſtament.* ait fixé à dix ans de jouiſſance le temps néceſſaire pour abſorber la quarte avec ſes fruits, puiſque cet eſpace de temps ne ſe rencontre dans cette loi que *ex contingentia facti*, l'héritier grevé ſe trouvant chargé de faire la reſtitution, non à ſon décès, mais après dix ans de jouiſſance.

Toutefois l'uſage de la Cour de compenſer la quarte trébellianique avec cet eſpace de temps, peut être fondé par argument ſur cette loi, de laquelle on peut conjecturer que ſi le juriſconſulte fait la compenſation de la quarte avec la jouiſſance de dix années, c'eſt parce qu'il a jugé cet eſpace de temps convenable & ſuffiſant pour cela; ce que *Faber*, *in rational. in D. lege*, obſerve en ces termes: *eſt enim decennii tempus in hanc rem accommodatiſſimum cum vix fieri poſſit, ut fructus decennii in hanc rem non ſufficiant*: le même auteur *in ſuo Cod. lib. 6, tit. 27, definit. 18*, rapporte un arrêt du Sénat de Chamberi, qui jugea que cinq années de jouiſſance abſorboient la quarte; mais en ſe réglant par le

compte ſur lequel cet arrêt fut rendu, & ſur l'eſtimation du fonds, à cinq pour cent de rente annuelle, les fruits de la quarte trébellianique manqueroient toujours à l'héritier grevé : à ſe régler au contraire par la jouiſſance de dix années, & à eſtimer le fonds ſur le même pied de revenu de cinq pour cent, ces dix années emportoient beaucoup au-delà de la quarte & de ſes fruits ; en ſorte que, contre la déciſion de la loi 22, *ad Trebell.* l'héritier grevé prendroit ſur le fidéicommiſſaire au-delà de ce qu'il peut légitimément prétendre.

Je croi donc qu'on pourroit prendre un tempéramment pour conſerver l'égalité & les droits de l'héritier grevé & du fidéicommiſſaire, en ordonnant une imputation de la quarte ſur la jouiſſance, non par rapport au temps déterminé de dix années, mais par meſure & compte des revenus quand ils ſont fixes & déterminés par des baux à ferme ; ce qui arrive ordinairement dans les ſucceſſions des terres & ſeigneuries ; que ſi au contraire il n'y a rien de certain & de fixé par des baux à ferme, alors, *propter incertitudinem fructuum*, on peut s'en tenir au terme de dix années, ce qui paroît conforme à l'eſprit de la loi 8 déja citée, dans laquelle le juriſconſulte n'auroit point ſans doute rendu la même déciſion, ſi les revenus des biens, ayant été certains par des baux à ferme, la jouiſſance de dix années eût excédé la quarte & ſes fruits, puiſque la loi 22, *ad Trebell.* déjà citée, meſure l'imputation ſur la quantité des fruits perçus ; la loi 8, *de inoff. teſtam.* n'eſt fondée que ſur une préſomption du droit, à la faveur de laquelle on ſe porte à croire que le terme de dix années eſt néceſſaire pour former une compenſation de jouiſſance avec la quarte ; mais cette préſomption peut ſans difficulté être détruite par la preuve du fait contraire, réſultant des baux à ferme de la terre ou ſeigneurie.

¶ L'art. 60 de l'ordonn. de 1735 permet au teſtateur de prohiber à l'héritier grevé la détraction de la quarte trébellianique, d'où je conclus qu'il peut auſſi ordonner que la jouiſſance des fruits dont il fixera le temps, tiendra lieu à

l'héritier grevé de quarte, dont l'imputation ſe fera alors ſur les fruits; ce qui n'auroit point lieu au Parlement d'Aix, quoique pays de droit écrit, puiſque par l'uſage de cette province, autoriſé par les arrêts de ſon Parlement, les pere & mere n'ont pas la liberté d'interdire à leurs enfans, qu'ils ont grevé de fidéicommis, la détraction de la trébellianique, ſuivant l'obſervation de Duperier, *liv. ch. 3 de ſes queſt. notables*; & c'eſt ſur ces principes qu'il réſout en faveur des enfans la queſtion qu'il traite, conſiſtant à ſçavoir, ſi les enfans du premier dégré qui ſont chargés d'un fidéicommis univerſel, peuvent être chargés de reſtituer leurs propres biens. Or la quarte trébellianique appartient de droit commun à l'héritier grevé; c'eſt l'aſſujetir, ſuivant Duperier, à reſtituer ſon propre bien, en faiſant l'imputation de cette quarte ſur une jouiſſance qui eſt dévolue à l'héritier grevé par cette ſeule qualité.

Comme la volonté des teſtateurs eſt la loi dominante, c'eſt à cette même volonté qu'il faut ici ſe fixer. J'adhere volontiers à la diſtinction faite par notre auteur; que ſi le pere, en chargeant ſes enfans de rendre leur propre bien, a dit expreſſément, qu'il leur donnoit les fruits de ſon hérédité en repréſentation dudit bien, qu'il le chargea de rendre, alors ils y ſont obligés à concurrence de ce qu'ils auront reçu de la valeur des fruits de l'hérédité, diſtraction faite des fruits de la trébellianique; ce qu'il faut entendre dans le cas où la détraction n'aura pas été prohibée. A l'égard de la légitime, les fruits en étant dus après le décès du pere par le droit de la nature déclaré par la loi 7 *ff. de bonis damnat.* ils ne peuvent être compenſés ni prohibés par le pere teſtateur; bien différens en cela de ceux de la trébellianique, qui n'a été adjugée à l'héritier grevé que par la diſpoſition du droit civil, qui a pu laiſſer au pere ſubſtituant la liberté de la prohiber.

CHAPITRE XXXII.

Si la donation univerſelle contient une élection tacite en fidéi-commis.

Si elle la contient lorſqu'il y a un teſtament portant inſtitution d'un autre éligible.

Si l'inſtitution d'un éligible étant caſſée, l'élection tacite ſubſiſte.

SI l'on pouvoit argumenter du donataire univerſel, à l'héritier, la donation univerſelle, faite par celui qui a droit d'élire, renfermeroit élection tacite de la perſonne du donataire, puiſque, ſous l'inſtitution héréditaire, l'élection tacite ſe trouve compriſe ſelon Fernand, *prælud. cap. 9. num. 6.* Ce qui ſe juge ainſi dans ce Parlement, contre ce qui a été jugé au Parlement de Paris par l'arrêt rapporté par Henris, tom. 1, liv. 5, queſt. 16, mais la donation univerſelle n'eſt point un titre d'univerſalité, parce que le teſtateur conſerve la liberté de teſter, & qu'il n'y a que l'héritier qui ſoit réputé en droit ſucceſſeur univerſel, comme je l'ai montré dans le chapitre 24 du cinquieme livre. Ainſi il faut décider que le droit d'élection n'eſt point tacitement compris dans la donation univerſelle, mais ſeulement dans l'inſtitution d'héritier; & c'eſt là même toute la faveur qu'on peut faire à l'élection tacite, qui n'eſt fondée ſur aucun texte du droit civil, & que l'on tire ſeulement par argument de la loi *Julianus*, *ff. de leg.* 3. Selon la remarque de Fernand, le droit d'élection, étant en ſoi *magis facti quàm juris*, ce qui ſembleroit exiger le fait de l'héritier grevé, & une élection expreſſe de ſa part.

L'arrêt dont fait mention l'auteur qui ſe trouve rapporté par Mr. de Cambolas, liv. 1, chap. 12, ne peut, ſelon moi, ſervir de préjugé & de regle dans l'eſpece où il a été rendu, parce qu'il renferme une déciſion contraire à la préſumée

ſumée volonté du ſubſtituant, en ce qu'il ordonne l'ouververture de la ſubſtitution en faveur des mâles & des filles indiſtinctement, dans des circonſtances où il falloit néceſſairement donner à la clauſe de mâles toute la force qui lui étoit propre en donnant l'excluſion aux filles, parce qu'elle ne pouvoit avoir été inſérée dans le teſtament, que *conſervandæ agnationis gratiâ*, le teſtateur l'ayant appoſée dans l'inſtitution héréditaire, ce qui la tranſportoit à la ſubſtitution, qui, n'étant qu'une ſeconde inſtitution, doit ſe régler par les mêmes loix, les mêmes clauſes étant cenſées répétées dans la ſubſtitution quand il y a même motif de prédilection & d'amour tant pour les ſubſtitués que pour les inſtitués, ſuivant la remarque de Dumoulin, *in conſuetud. Pariſ. §. 55, Gloſſ. 1, in verbo Item, num. 3.*

CHAPITRE XXXIV.

Si le legs reçu par le légataire, l'empêche d'impugner le teſtament.

Si le pere doit ajouter le titre d'inſtitution à la légitime qu'il legue à ſes enfans lorſqu'il inſtitue un étranger.

De l'inſtitution du fils en cinq ſols.

IL faut, ſelon les auteurs, faire une diſtinction ſur ce premier article, qui n'a pas été touchée par le compilateur, & qui doit néanmoins être un motif de déciſion différente; c'eſt ſi le légataire, en recevant le legs, a connu la nullité ou fauſſeté du teſtament, ou ſi au contraire il a été dans une juſte ignorance de l'un & de l'autre; s'il connoiſſoit la fauſſeté du teſtament, & qu'avec cette connoiſſance il ait reçu le legs; il ne peut plus impugner le teſtament, ſuivant l'obſervation de la gloſe ſur la loi 5 *ff. de his quæ ut indign. verbo Acceptum*; ce qu'on peut encore tirer de la loi 3 *cod. ad leg. Cornel. de falſ. argumento à contrario*, dans laquelle l'Empereur Alexandre décide que le legs reçu n'empêche pas le fils d'ar-

guer de faux le teſtament de ſon pere, parce que la fauſſeté ne lui étoit point connue ; telle étoit la doctrine des peres, *prælect. lib. 9 cod. ad leg. Cornel. de falſ. tit. 22.*

Il en faut dire de même de la nullité du teſtament qui procede, ou de l'incapacité du teſtateur, comme s'il étoit mort civilement au temps du teſtament, ou du défaut de ſolemnité du teſtam. & la loi qui donne la liberté d'impugner le teſtam. dans ces deux cas, après le legs reçu, ne doit être entendue que dans les circonſtances qu'on a ignoré ces deux choſes.

A l'égard de la plainte d'inofficioſité, qui, ſelon la loi, ne peut être intentée après qu'on a reçu le legs, il faut encore diſtinguer, ſelon moi, l'ignorance du droit d'avec l'ignorance du fait ; c'eſt de l'ignorance du droit dont la loi entend parler, & qui ne peut être un prétexte au légataire de revenir contre le teſtament, comme, par exemple, ſi le pere qui devoit inſtituer ſon fils en la légitime, en faiſant un héritier étranger, s'eſt contenté de lui faire un ſimple legs, & que le fils ait reçu ce legs, ignorant qu'il pouvoit attaquer ce teſtament de nullité, alors il ſe trouve lié par l'acceptation, *quia error juris nocet*, à moins qu'il ne fût mineur ; que ſi au contraire il s'agit d'une pure erreur de fait dans le fils légataire, comme s'il avoit ignoré qu'au temps du teſtament ſon pere étoit tombé dans un état d'imbécillité, qui l'excluoit de pouvoir valablement diſpoſer, & que dans cette ignorance il ait reçu le ſimple legs, alors l'acceptation du legs ne peut lui faire obſtacle, parce que la loi n'entend pas parler de cette ignorance de fait, qui eſt dans tous les cas un juſte moyen de revenir contre les actes qu'on a paſſés, ou contre les acquieſcemens préjudiciables qu'on pourroit avoir donnés. *Leg. 3, cod. ad leg. Cornel. de falſ. leg. ſive per ſtatus ff. de integr. reſtit. leg. ſi per errorem 15 ff. de juriſd. omnium judic.*.

A l'égard de l'inſtitution du fils en une certaine ſomme, lorſque l'inſtitution héréditaire regarde un étranger, *Beneq. in cap. Raynut. in eod. teſtam. 1, num. 55*, regarde cette inſtitution comme indiſpenſable pour que le teſtament puiſſe ſe ſoûtenir, on y peut voir les limitations qu'il porte à cette regle,

& comment elle doit être entendue, *Fernand. in leg. in quartam, præfat. 2, art. 3, num. 5*, après avoir obſervé que c'eſt là la commune opinion des interpretes & des praticiens, que le pere doit nommément inſtituer le fils en une certaine ſomme pour exclure la querelle d'inofficioſité, ajoûte qu'il a toujours tenu l'opinion contraire, & qu'il ne s'en départira point, puiſque, ſuivant la loi, le fils n'a pas à ſe plaindre, s'il a ſa légitime par quelque titre que ce ſoit, ce docteur apporte pluſieurs raiſons qui paroiſſent ſolides pour appuyer ſon opinion, & qu'il ſoumet lui-même à l'examen du lecteur.

La Cour a jugé conſtamment qu'il faut une renonciation expreſſe, conſignée dans une tranſaction pour pouvoir exclure la voie de faux qui peut être priſe par la partie adverſe, & que le ſeul acquieſcement à l'acte reconnu pour faux ne ſuffiſoit pas ſans tranſaction expreſſe.

Les intérêts des légitimes ſont dus ſans interpellation, quoique la légitime ait paſſé en ligne collatérale, & ſur la tête du frere du légitimaire ; c'eſt ainſi que cette queſtion fut jugée en la premiere chambre des enquêtes le 9 Mai 1729, au rapport de Mr. Rey, entre le ſieur Jean Turalure d'une part, & le ſieur Louis Ceré d'autre ; l'arrêt réforma la ſentence du Sénéchal de Figeac, en ce qu'elle n'avoit adjugé les intérêts à Turalure, repréſentant les légitimaires décédés frere & ſœur de ſa femme, que depuis l'introduction d'inſtance ; cet arrêt eſt contraire à ceux du Parlement de Bordeaux, rapportés dans les déciſions de Lapeyrere, lettre I, ſur le mot Intérêts, par leſquels il a été jugé que les intérêts de la légitime qui a paſſé en collatérale, ne ſont dus que du jour de la demande.

Je crois que la légitime peut conſerver ſon privilege ſur la tête du frere ſucceſſeur du légitimaire, parce que c'eſt là une portion de l'hérédité paternelle ſur laquelle les freres ont un droit commun, & pour laquelle ils ſont réputés cohéritiers l'un de l'autre, ce qui fait que le frere qui ſuccede au droit de légitime de ſon frere, ne doit point être regardé comme une nouvelle perſonne, & d'une moindre faveur ſur les

biens de leur pere commun dont la légitime eſt une portion ; mais ſi la légitime paſſoit en la main d'un étranger ou d'un collatéral du teſtateur par diſpoſition teſtamentaire du légitimaire, alors les intérêts n'en ſeroient dus que depuis l'interpellation, parce que les privileges ne paſſent point aux héritiers étrangers, mais ſeulement aux enfans ou deſcendans, *leg.* 1, *cod. de privileg. dot. & ibi gloſſ.* ce qui doit avoir d'autant plus lieu ici que la demande des intérêts n'eſt point en ſoi favorable par les loix canoniques, & qu'il ne faut point conſéquemment lui donner de l'extenſion.

¶ J'avois dit que lorſque l'inſtitution du fils en une certaine ſomme, ſe trouvoit faite dans un teſtament contenant inſtitution héréditaire en faveur d'un étranger, cette inſtitution du fils, pour ſes droits de légitime en cette même ſomme, étoit indiſpenſable pour que le teſtament pût ſe ſoûtenir ; & cela ſuivant la commune opinion des interpretes ; l'art. 50 de l'ordonnance de 1735, a autoriſé cette déciſion : Voici l'article, *dans le pays où l'inſtitution héréditaire eſt néceſſaire pour la validité du teſtament, ceux qui ont droit de légitime ſeront inſtitués héritiers, au moins en ce que le teſtateur leur donnera, & l'inſtitution ſera faite en les appellant par leurs noms, ou en les déſignant de telle maniere que chacun d'eux y ſoit compris ; ce qui aura lieu même à l'égard des enfans qui ne ſeront pas nés au temps du teſtament, & qui ſeroient nés ou conçus au temps de la mort du teſtateur.* L'enfant du teſtateur n'eſt point cenſé prétérit, quelque modique que ſoit l'effet ou la ſomme que le teſtateur lui a aſſignée pour ſon droit de légitime en la forme énoncée en l'article 50, quoique le teſtateur eût inſtitué un étranger ; c'eſt l'art. 51 ; mais ceux à qui le pere a laiſſé une ſomme au-deſſous de la légitime qui leur eſt due de droit, pourront former leur demande en ſupplément, & le ſupplément eſt ſi favorable que l'art. 52 porte, qu'il doit avoir lieu dans le pays même dans lequel ladite demande n'a pas été admiſe juſques à préſent, ou étoit prohibée dans certains cas.

CHAPITRE XXXVI.

De l'Héritier inſtitué ou ſubſtitué pupillairement in re certa.

FErnand, *leg. in quartam, præfat.* 2, *art.* 3, *num.* 4, ſoutient que le droit d'accroiſſement ne peut compéter au fils inſtitué *in re certa*, à l'égard des biens laiſſés à l'héritier univerſel, parce que le droit d'accroiſſement n'a point lieu entre deux perſonnes qui ſuccedent *diverſo jure*, ſuivant la loi *Sed cum Patrono*, *ff. de bonor. poſſeſſ.* d'où il conclud que ce droit d'accroiſſement, n'ayant pas lieu dans l'héritier inſtitué *in re certa*, cette ſolemnité d'inſtitution ne peut avoir été introduite par cette raiſon.

Il eſt de maxime que le droit d'accroiſſement a lieu entre légataires conjoints par la choſe léguée, & qu'il n'a pas lieu s'ils ſe trouvent disjoints, *Duarenus*, *de jure accreſc. lib.* 1, *cap.* 4; mais c'eſt contre la regle d'étendre ce droit d'accroiſſement à celui qui eſt ſéparé par la choſe, comme eſt l'inſtitué *in re certa* de l'héritier univerſel, parce qu'on ne peut pas préſumer que le teſtateur ait tacitement appellé à l'hérédité un légataire auquel il a aſſigné une choſe particuliere, il n'en eſt pas de même des cohéritiers à l'égard deſquels l'accroiſſement a toûjours lieu, quoiqu'inſtitués en portions inégales, parce que le titre de cohéritier eſt un titre d'univerſalité qui emporte avec ſoi un droit ſur toute l'hérédité, *Duarenus*, *loco ſupra.*

Je crois donc qu'on ne peut pas étendre le droit d'accroiſſement à celui qui eſt inſtitué *in re certa*, parce qu'il eſt ſéparé de l'héritier univerſel par la choſe même; ce qui ſuffit pour lui donner l'excluſion par l'argument pris de la loi *Conjunctim. ff. de legat.* 3, où le Juriſconſulte décide que la conjonction des héritiers ou légataires par la choſe, donne lieu au partage par concours, *concurſu fiunt partes*: Voilà

pourquoi la choſe eſt due à chacun : *in ſolidum & proprio deficientis accreſcit alteri.*

Au ſurplus, quand la loi décide que l'inſtitué en une choſe particuliere eſt appellé à toute l'hérédité, lorſqu'il n'y a point d'héritier nommé dans le teſtament ; la loi a pour fondement la préſumée volonté du teſtateur, qui, n'ayant point fait d'inſtitution univerſelle, eſt cenſé avoir voulu appeller à l'hérédité, l'inſtitué *in re certa*, ſuivant l'obſervation de la gloſe, *verbo Inſtitutus*, *Leg.* 1. §. 4. *ff. de hæred. inſtit.* & cet inſtitué alors n'a point les biens *jure accreſcendi*, mais comme héritier univerſel ; ce qu'on ne peut pas dire de l'inſtitué *in re certa*, dans le teſtament contenant inſtitution d'héritier, parce que cet inſtitué eſt alors ſimple légataire, *leg. Quoties*, *de hæred. inſt.* qui ne peut prétendre au droit d'accroiſſement, ſuivant la doctrine de Barthole *in leg. Lucius*, *de vulgar. num.* 18.

De ces principes il faut conclure que quand l'inſtitué *in re certa*, eſt appellé par la loi à l'hérédité, ou par la répudiation de l'héritier inſtitué, ou par ſon prédécès au teſtateur ; ce n'eſt pas par droit d'accroiſſement, mais uniquement pour ſoûtenir le teſtament, & empêcher que le teſtateur ne meure *ab inteſtat*, à quoi les loix romaines avoient une grande attention, *leg.* 1, *ff. de hæred. inſtit. & ex facto* 35, *eod. & novell.* 1, §. 1 *& 3* ; & c'eſt ſur le fondement de ces mêmes loix que Meſſieurs les Commiſſaires de ce Parlement, qui ont travaillé depuis peu par ordre de Monſeigneur le Chancelier à dreſſer des mémoires concernant la juriſprudence de la Cour, ont décidé que le fidéicommiſſaire doit prendre l'hérédité, & entrer en poſſeſſion des biens ſubſtitués, nonobſtant la répudiation de l'héritier grevé ; ce qui eſt contre les maximes du droit ancien.

CHAPITRE XXXVII.

Si la ceſſion de tous les droits paternels, faite par la ſœur à ſon frere, moyennant certaine ſomme, empêche la demande du ſupplément de légitime dans les 30 ans.

C'Eſt la commune opinion des docteurs, que le fils ou la fille qui, pendant la vie du pere reçoivent leur légitime, ſans une renonciation ſpéciale à toutes demandes ſur ce droit, peuvent, après le décès du pere, agir en ſupplément; ce qui doit avoir également lieu lorſqu'ils reçoivent des mains de l'héritier leurs droits paternels, & qu'ils renoncent vaguement & en termes généraux, moyennant certaine ſomme à ces mêmes droits, parce qu'il eſt de maxime que les renonciations ſont *ſtricti juris*, & ne reçoivent point d'extenſion ſuivant la doctrine de *Benedict. in caput Raynut. verbo Duas habens, num.* 288.

Ranchin ſur la queſtion 427, Guip. en ſoûtenant l'opinion de Guip. & réfutant l'opinion contraire du Préſident Boyer dans ſa déciſion 14, *num.* 5, aſſure que le fils ne peut agir en ſupplément de légitime, quoiqu'il ait renoncé en faveur de ſon pere, avec ſerment même, à toutes les demandes qu'il pourroit faire ſur ſes biens : *verior tamen videtur authoris opinio, ut filius nonobſtante tali pacto firmatu juramento quod poſſit agere ad ſupplementum, ex quo illi ſupplemento expreſsè non renuntiavit.*

Cette queſtion s'eſt jugée de même dans les Parlemens qui ſe régiſſent par le droit écrit, comme on peut le recueuillir des arrêts dont fait mention *Ferr. in D. quæſt.* 427, *Guip. & Faber in ſuo cod. lib.* 3, *tit.* 19, *definit.* 1, elle a été diverſement jugée au Parlement de Paris, ſuivant les Arrêts rapportés par Robert, *rer. judic. liv.* 2, *chap.* 4, *& Montholon en ſes Arrêts, chap.* 35 ; Robert en apporte la raiſon, que ſuivant la diſpoſition du droit romain, il ne peut être fait

aucun préjudice à la légitime, & que c'eſt pour cela même que dans les Parlemens régis par le droit écrit, les renonciations des enfans aux biens paternels, ne les privent pas de demander leur légitime en entier, à la différence de l'uſage du pays coutumier & de la France, où telles renonciations ſont reçues & operent un effet général, en mettant les peres à l'abri de toute eſpece de recherche de la part des enfans qui ont ainſi renoncé.

C'eſt une queſtion qui a été diverſement jugée en la Cour, ſi les intérêts du ſupplément de légitime ſont dus depuis le décès du pere, lorſque le légitimaire, après avoir fourni quittance à l'héritier des droits paternels, ſans réſervation aucune, forme enſuite une demande en ſupplément, ou ſi au contraire ces intérêts ne ſont dus que depuis l'introduction de l'inſtance? Mr. de Cambolas, liv. 2, chap. 32, rapporte des arrêts contraires: je croi que dans ces circonſtances même les intérêts ſont dus depuis le décès du pere, parce que le ſupplément de la légitime eſt une portion de l'hérédité, comme la légitime même qui produit des fruits annuels.

CHAPITRE XXXVIII.

Si le Teſtament écrit & ſigné par le Teſtateur, vaut en faveur de la cauſe pie, ſans Notaire & Témoins.

LA queſtion, ſi un teſtament fait en faveur de la cauſe pie ſans témoins, vaut, n'eſt pas ſans difficulté; & je pencherois plûtôt à en prononcer la nullité qu'à le confirmer: Voici les raiſons ſur leſquelles je fonde mon opinion.

En premier lieu, quoique la commune opinion des docteurs ait prévalu à celle du docte Cujas dans ſa conſultation premiere, & qu'il ait paſſé en maxime conſtante, que le teſtament *inter liberos* eſt valable ſans témoins lorſqu'il eſt écrit par le teſtateur, il faut obſerver que les interpretes ne ſe ſont portés

portés à cette déciſion que ſur les textes de deux différentes loix du code ; ſçavoir, de la loi *ult. cod. famil. Eriſcund.* & de la loi 21, *§. ex inperfecto, cod. de teſtam. & quemadm. teſtam. ordin.* dans leſquelles les Empereurs ont cru devoir affranchir les teſtamens des peres entre enfans, du joug des ſolemnités ordinaires, par la raiſon que la nature, appellant déja les enfans à l'hérédité de leur pere avant la diſpoſition du pere même, c'étoit aſſez qu'il conſtât de ſa volonté de quelque maniere, & dans quelque forme qu'il eût jugé à propos de la manifeſter.

La cauſe pie n'a pas reçu le même avantage, & quoique la premiere de ces loix ſoit partie de la main de Conſtantin, & la ſeconde de Théodoſe & Valentinien, Princes, non-ſeulement Chrétiens, mais recommandables par leur piété, ils n'ont pas jugé à propos de communiquer ce privilege aux teſtamens faits en faveur de la cauſe pie, parce qu'en effet elle n'a rien de privilégié ſur ce point, ainſi qu'il réſulte du texte formel de la loi *Generali, cod. de ſacroſ. Eccleſ.* qui exige au contraire que les diſpoſitions teſtamentaires faites en faveur de la cauſe pie, ſoient révétues de toutes les ſolemnités du droit, *quod tamen alia omni juris ratione munitum ſit* ; nulle loi n'a dérogé celle-ci : la cauſe pie demeure donc ſoumiſe par le droit civil aux formalités ordinaires des teſtamens, & elle ne peut prétendre ſur ce point de jouir du privilege des enfans.

En ſecond lieu, ſelon la commune opinion des docteurs, les teſtamens faits en faveur de la cauſe prie ſont valides avec deux témoins ſeulement. La raiſon en eſt, que cette eſpece de teſtament ne ſe regle point par le droit civil ; mais par la diſpoſition du droit canonique qui n'exige que deux ou trois témoins dans les teſtamens, ſuivant le chapitre *Relatum* 11, *extra de teſtam.* mais la préſence de deux témoins eſt de l'eſſence de ces teſtamens, & c'eſt ce que Mantica, *de conject. ult. volunt. lib.* 6, *cap.* 3, *num* 4, & ſuivans, établit d'une maniere bien concluante ſur l'autorité des interpretes.

Le chapitre *relatum* me paroit déciſif de la queſtion, le

Pape Alexandre III déclare que le teſtament *ad pias cauſas*, ne doit pas ſe régler ſuivant la forme du droit civil, qui requiert ſept témoins; mais ſuivant les canons qui ſe contentent de la préſence de deux ou trois témoins, ſuivant ce qui eſt dit dans l'écriture, *in ore duorum vel trium ſtet omne verbum:* voilà la forme des teſtamens de cette eſpece; nulle loi eccléſiaſt. n'a dérogé à cette décrétale, il faut donc en ſuivre la diſpoſit. le dr. civil d'un côté a donné des privileg. aux teſtam. des peres en faveur de leurs enfans, qu'il n'a pas communiqués à la cauſe pie; la loi canoniq. de l'autre, n'a pas donné ces privileg. à la cauſe pie; pourquoi donc vouloir la rendre privilégiée en la mettant au niveau des enfans, dans un point où les loix ont jugé à propos de la réduire au dr. comm. je ne vois pas de raiſon ſolide pour décider le contraire, ſurtout quand la cauſe pie ſe trouve en concours avec les collatér. du teſtateur, qui, comme ſes héritiers légitim. ſont réputés par le droit, privilégiés dans ſa ſucceſſion, puiſque les teſtam. faits en faveur des héritiers *ab inteſtat*, jouiſſent de cette prérogative de pouvoir ſubſiſter, & d'être valables avec le nombre de cinq témoins ſeulement, *leg. hac conſultiſſima*, *§. Si quis* 21, *cod. de teſtam.*

Enfin, j'obſerverai qu'en matiere des teſtamens, les privileges ne ſont point égaux entre les enfans & la cauſe pie, puiſque le fils de famille qui peut teſter *inter liberos*, ſans le conſentement de ſon pere, ne le peut en faveur de la cauſe pie ſans ce conſentement, ſelon Mr. Duranti, *quæſt.* 21.

A ſuivre l'opinion de Ferr. ſur la queſtion 538 Guip. il faut donner au teſtament fait en faveur de la cauſe pie, le même privilege qu'au teſtament *inter liberos*, qu'il ſoutient être valable, s'il ſe trouve écrit de la main du teſtateur, ou ſigné, l'alternative *ou* prouve que, ſelon lui, il ſuffit que le teſtateur ait ſigné le teſtament quand il eſt écrit d'une autre main; & qu'au contraire s'il l'a écrit de la ſienne propre, la ſignature n'eſt pas néceſſaire *Si totum teſtamentum ſcriptum ſit manu teſtatoris, vel ſubſcriptum ab eo, valet hujuſmodi teſtamentum inter liberos, & favore cauſæ piæ*, Ferr. cite la loi

ult. cod. famil. Eriſcund. mais cette loi ne parle que du teſtament *inter liberos.*

Le préjugé qui eſt rapporté dans ce chapitre, & qui déclara valide un teſtament fait en faveur de la cauſe pie, écrit ſeulement & ſigné par le teſtateur, & l'opinion contraire de pluſieurs docteurs qui requierent la préſence de deux témoins, donnerent lieu à un procès qui fut intenté en la Cour par le ſindic des pauvres de l'Hôpital de Villemeur, contre la Dame de Puget; celle-ci avoit été inſtituée héritiere par la Dame de Vivier par un reſtament révétu de toutes les formalités du droit, poſtérieurement elle dérogea à ce teſtament par un ſecond, fait en faveur des pauvres de cet Hôpital, écrit de ſa main & ſigné aux trois premieres pages, mais non à la derniere, y ayant même des interlignes dans le corps de la diſpoſition, & des ratures.

Le ſindic des pauvres prétendit qu'il ſuffiſoit que le teſtament fût écrit de la main de la teſtatrice, ſuivant l'opinion de Ferr. quoiqu'il ne fût pas ſigné à toutes les pages, qu'il étoit daté, & que la volonté de la teſtatrice étoit conſtatée; ce qui ſuffiſoit *favore cauſæ piæ.* Toutefois la Cour, par ſon arrêt du 21 Août 1713, prononcé à l'audience de la grand'-chambre, maintint la Dame de Puget en l'hérédité de la Dame de Vivier, ſans avoir égard au teſtament fait au profit de cet Hôpital.

Le motif de cet arrêt ne fut pas que le ſecond teſtament fait en faveur de la cauſe pie, n'étoit ſigné d'aucun témoin; car l'Avocat de la Dame de Puget ne conteſta point là-deſſus, & crut la maxime de Ferriere déja adoptée par la juriſprudence de la Cour; mais que ce teſtament n'avoit point toute la perfection que la teſtatrice avoit voulu lui donner, ſçavoir, la ſignature à chaque page, ce qui ſe manifeſtoit par l'attention qu'elle avoit marquée de ſigner les trois premieres pages; enſorte qu'ayant laiſſé la derniere ſans ſeing, il y avoit lieu de conjecturer un répentir de ſa part, & un changement de volonté avant d'avoir donné la perfection à ce teſtament.

¶ Dans le reſſort de ce Parlement, où les teſtamens olo-

graphes ne ſont autoriſés qu'entre enfans, la cauſe pie ne peut prétendre le même privilege; je veux dire, que les diſpoſitions de derniere volonté faites en ſa faveur, puiſſent être valables ſans notaire & témoins; l'ordonnance concernant les teſtamens, art. 16, donne ce privilege dans le pays du droit écrit aux diſpoſitions faites en faveur des enfans, d'être valables, étant écrites, ſignées & datées par le teſtateur: or, ſuivant la maxime *incluſio unius eſt excluſio alterius*, il y a une excluſion formelle dans tel article, pour tous autres que les enfans. D'où il faut conclure que les diſpoſitions de derniere volonté, faites en faveur de la cauſe pie, exigent eſſentiellement le miniſtere d'un notaire, & le nombre des témoins requis pour les teſtamens par l'ordonnance, n'y ayant aucun article qui ait déclaré la cauſe pie privilégiée à cet égard, & en concours avec les enfans, en faveur deſquels l'art. 15 relâche le nombre ordinaire des témoins requis par les art. 5, 7, 9 & 10, en déclarant que deux témoins ſuffiſent avec la préſence du notaire; ce qui doit être entendu dans le cas où le pere teſtateur n'a pas écrit, daté & ſigné ſa diſpoſition, & a choiſi la forme du teſtament nuncupatif écrit; car l'art. 16 le diſpenſe de cette ſolemnité dans le teſtament olographe. Il eſt donc ſenſible que, ſuivant cette nouvelle ordonnance, il faut ſuivre la forme preſcrite pour les autres teſtamens dans les diſpoſitions faites en faveur de la cauſe pie, n'y ayant de privilege que pour les enfans: le teſtament militaire, ou fait en temps de peſte; mais d'ailleurs l'art. 78 y eſt exprès; il eſt conçu en ces termes: *Toutes les diſpoſitions de la préſente ordonnance, ſoit ſur la forme ou ſur le fonds des teſtamens, codicilles, ou autres actes de derniere volonté, ſeront exécutées, encore que leſdites diſpoſitions, de quelque eſpece qu'elles ſoient, euſſent la cauſe pie pour objet.* De cet article on doit conclure que la cauſe des enfans eſt enviſagée comme plus privilégiée que la cauſe pie, & qu'elle ne doit point venir en concours avec les enfans pour les privileges.

CHAPITRE XL.

De la femme inſtituée héritiere en l'uſufruit par le teſtament de ſon mari, pour en jouir pendant ſa vie, à la charge de nourrir & entretenir les enfans.

BEnedict. *in verbo Cætera bona, num.* 19, Mantica, *de conject. ult. volunt. lib.* 9, *tit.* 7. *num.* 1, & pluſieurs autres interpretes, ont été de cette opinion, que l'uſufruit des biens d'une hérédité laiſſée à la femme par le teſtament de ſon mari, ſe réduit au ſimple entretenement, & que la veuve eſt comptable envers ſes enfans héritiers inſtitués, des fruits de l'hérédité.

Cette opinion loin d'être fondée ſur quelque texte du droit, eſt contraire à la diſpoſition des loix même inſerées ſous le titre *de uſu & uſufructu legat.* au digeſte, où les loix ne diſtinguent point le legs d'uſufruit fait à la femme, d'avec celui qui ſe trouve fait à toute autre perſonne; ce qui eſt confirmé par deux arrêts de la Cour rapportés pas Albert, lettre V, *verbo* uſufruit; & la déciſion de ces arrêts doit avoir lieu, à moins qu'il ne paroiſſe que la volonté du teſtateur a été de ne laiſſer à ſa femme qu'une ſimple adminiſtration, ce qui ſe rencontre lorſque la femme a été ſimplement laiſſée Dame, maîtreſſe & adminiſtreresſe des biens ſans énonciation d'uſufruit, auquel cas le legs doit être réduit aux ſimples alimens, *cum præeminentia in domo.*

Au ſurplus, il paroît indifférent pour la queſtion que la femme ait été nommément inſtituée au legs d'uſufruit, ou qu'elle en ſoit ſeulement légataire, parce que cette inſtitution eſt un titre purement honorable; mais qui n'eſt pas plus abondant que celui du ſimple legs d'uſufruit; c'eſt ce qu'a remarqué Fernand, *L. in quartam, præfat.* 2, *art.* 3, *num.* 2, en parlant de l'inſtitution en la légitime, faite par le pere en faveur de ſon fils.

CHAPITRE XLIII.

Si les petits-fils peuvent demander un ſupplément de légitime ſur les biens de leur aieul, lorſque le pere ou la mere prédécédés y ont renoncé.

CHarondas, *reſponſ. liv.* 3, *chap.* 8, traite la même queſtion déci ée par l'arrêt rapporté dans ce chapitre, & fait mention d'un arrêt du Parlement de Paris de l'année 1568, q ii décida que la fille qui, dans les articles de ſon mariage, a fait une renonciation à tous droits paternels, moyenant la conſtitution dotale qui lui a été faite, venant enſuite à décéder avant ſon pere qui a fait la conſtitution, *ne peut rien tranſmettre à ſes enfans ſur cette ſucceſſion dont elle leur a ôté l'eſpérance, ayant été ſatisfaite de ſa part héréditaire ou légitime, au moyen de la dot reçue.*

Cet arrêt paroît contraire à celui dont fait mention notre auteur; mais il doit être entendu dans le cas où les petits-fils ont accepté l'hérédité de leur mere prédécédée, qui avoit reçu une partie de ſes droits paternels; car dans ces circonſtances, repréſentant ſa perſonne, il eſt certain que la renonciation de la mere fait obſtacle à la demande des petits-fils, & qu'ils ne peuvent prétendre à un ſupplément de légitime auquel elle a renoncé, ſuivant la diſpoſition de la loi *Cum à matre, cod. de rei vindicat.*

Mais ſi les petits-fils repréſentent ſeulement le dégré de leur mere; c'eſt-à-dire, qu'ils prennent ſa place dans la ſucceſſion de leur aieul, ſans s'être immiſcés dans l'hérédité de leur mere, alors la renonciation de leur mere ne peut leur être oppoſée, par la raiſon que la légitime ſur les biens de l'aïeul leur eſt due de leur chef, ſans qu'ils ſoient tenus d'imputer ce que leur mere a reçu en avancement d'hoirie, s'il n'eſt tombé en leurs mains après le décès de la mere, puiſque la légitime eſt due en entier après le décès du pere de

famille à ceux qui y tiennent le premier degré, *leg. Neptem 7, C. de inoff. teſtam.*

Ainſi, il faut décider cette queſtion qui a partagé les interpretes, par la diſtinction que fait Guip. *in quæſt.* 228, *num.* 2, où les petits-fils viennent de leur chef, comme repréſentans le degré ou comme repréſentans leur mere prédécédée, en qualité d'héritiers; au premier cas, la renonciation de leur mere ne fait point obſtacle à leur demande; au ſecond cas, ils ſont liés par cette renonciation.

Les petits-fils venant de leur chef, ne ſont tenus d'imputer ſur leur légitime que la portion que leur mere avoit reçue, & qui leur a été tranſmiſe; car s'ils n'ont rien de cette portion, ils peuvent demander leur légitime en entier; c'eſt la doctrine de Fernand, *leg. in quartam* 2, *præfat. num.* 12, *cap.* 12.

CHAPITRE XLIV.

De la prohibition ou décharge de faire inventaire.

Si l'inventaire fait par le défunt peut décharger l'héritier d'en faire un autre.

JE crois que le teſtateur peut prohiber la faction d'inventaire à ſon héritier; non au préjudice de ſes créanciers, mais des légataires & ſubſtitués, & qu'alors ni les légataires ni les ſubſtitués ne peuvent y contraindre l'héritier; je me range en cela du côté des interpretes qui l'ont ainſi décidé, & dont l'opinion eſt rapportée par Fachin, *controverſ. lib.* 6, *cap.* 25; opinion que *Fachin* ſoutient être la meilleure, par les raiſons dont il combat la doctrine ſinguliere de quelques docteurs ſur ce point.

Fachin allegue deux raiſons pour appuier ſa déciſion, qui me paroiſſent touchantes; la premiere, que le teſtateur auroit pu priver les légataires, & fidéicommiſſaires du légat & de

la ſubſtitution, à plus forte raiſon peut-il décharger ſon héritier de la faction d'un inventaire, dont l'omiſſion peut bleſſer l'intérêt ſeul des légataires ou ſubſtitués ; la ſeconde, que ſuivant la loi *ult. cod. arbitr. tutel.* le teſtateur peut prohiber au tuteur la confection de l'inventaire de ſes effets, dans la vue de dérober au public la connoiſſance du fonds de ſon patrimoine, & qu'il peut avoir ici le même motif ; j'ajoûterai que le teſtateur peut impoſer à ſon héritier telle condition qu'il trouve à propos, & que ſa volonté eſt une loi inviolable, *uti paterfamilias legaſſit ita jus eſto*, la ſeule exception à cette maxime, eſt, ſi la condition renferme en ſoi quelque choſe qui puiſſe choquer le droit public, auquel cas il n'eſt pas au pouvoir du teſtateur d'y aſſujetir l'héritier, *leg. nemo*, *ff. de legat.* 1 : or la prohib. d'invent. ne bleſſe pas le dr. public, l'invent. ayant été introduit par Juſtinien en faveur de l'héritier ſeul, contre les créanc. & légataires, *leg. ult. cod. de jur. delib.* afin de n'être tenu à l'égard des créanc. au-delà des forces de l'hérédité, & pour le droit de réduire les légats exhorbitans, à concurrence de la quarte falcid. le teſtateur peut donc impoſer cette condition à l'héritier au préjudice des légataires & ſubſtitués, qui doivent être aſſujettis aux conditions qu'il a plu au teſtateur d'impoſer à ſa diſpoſition, *leg. ſi hæredi*, *ff. de condit. inſtit.* ne pouvant approuver ſon jugement pour une partie, & l'impugner pour l'autre.

Quant aux créanciers, le teſtateur ne peut prohiber à ſon héritier l'invent. de telle ſorte que les créanciers n'ayent pas la liberté, pour la conſervation de leurs créances, d'y faire procéder, parce que le teſtateur ne peut leur préjudicier par ſa diſpoſition, *cum alteri per alterum iniqua conditio inferri non poſſit* : mais le teſtateur peut prohiber cette faction d'inventaire à ſon héritier perſonnellement, & ſous la condition de privation de l'hérédité, au cas il y fît procéder ; & il n'y a pas de doute, ſelon moi, que l'héritier ne demeurât privé de plein droit de l'hérédité, s'il faiſoit inventaire au préjudice de la prohibition, parce que la volonté du défunt lui doit ſervir de regle, *leg. in conditionibus*, *ff. de condit.*

dit. & demonſtr. & que la prohibition ne choque en rien le droit public.

Au ſurplus, je croi que l'héritier qui jouit des biens ſous la foi d'un inventaire fait par le défunt dans ſon teſtament, & qui a eu connoiſſance après ſon décès que le défunt laiſſoit des créanciers, ne peut ſe diſpenſer de faire un inventaire d'autorité de juſtice, & dans les formes ordinaires, ſans quoi il eſt tenu perſonnellement envers les créanciers, & ne peut répudier; je me fonde ſur deux raiſons, 1°. Qu'on préſume facilement la colluſion & la fraude *inter perſonas conjunctas*, ſuivant l'obſervation de la gloſe ſur la loi *penult. ff. de ritu nupt.* L'héritier qui a négligé de faire inventaire, & qui a ſuivi la foi de celui du défunt avec qui il ſe trouve ſi intimément lié, manque à l'exactitude qu'il doit aux créanciers de l'hérédité, & s'expoſe par là à un ſoupçon de colluſion & de fraude avec ſon auteur, qui, connoiſſant les dettes qu'il avoit contractées, devoit laiſſer à ſon héritier le ſoin de faire procéder juridiquement à ſon inventaire pour la ſureté des créances.

2°. Parce que la loi *ult. cod. de jur. deliber.* preſcrit à l'héritier une forme judiciaire de faire proceder à l'inventaire après le décès du défunt, & qu'il ſemble aſſujetti à ſuivre cette forme, ſur-tout à l'égard des créanciers, auſquels, ainſi qu'on l'a déja obſervé, le teſtateur ne peut préjudicier par l'inventaire qu'il a dreſſé lui-même.

Le Procureur du Roi ne peut requerir la confection d'inventaire pour les pupilles, quand ils ont un tuteur, que lorſque les parens du pupille l'en requierent eux-mêmes, ainſi jugé à l'audience de la grand'chambre, préſidant Mr. le Premier, plaidans Me. Favier pour la veuve de Bourgade, de Caſtres, & Me. Aſtruc pour Me. Prudhomme, Procureur du Roi en la judicature de Caſtres, le 26 Janvier 1717; cet arrêt fut rendu contre les concluſions de Mr. le Procureur-général Lemazuyer.

Il faut excepter le cas de colluſion entre les parens du pupille & leur tuteur; car alors le Procureur du Roi pour-

roit ſans difficulté requerir l'inventaire, parce qu'il a en main la défenſe des pupilles, qui eſt de droit public; il en ſeroit de même dans les circonſtances d'une prohibition d'inventaire de la part du pere teſtateur, & d'une pleine confiance en la foi du tuteur par lui nommé au pupille.

Si la conduite du tuteur devenoit ſuſpecte de fraude envers le pupille, le Procureur du Roi ſeroit en droit de requerir l'inventaire, & le Juge fondé d'y procéder; car, quoique l'on défere à la nomination tutelaire faite par le pere dans ſon teſtament, toutefois s'il arrive que cette nomination bleſſe l'intérêt du pupille, & la loi publique des tutelles, le Juge eſt en droit, après le décès du pere, de pourvoir au pupille d'un autre tuteur, ſuivant la doctrine de Mr. Dolive, liv. 1, chap. 33, fondée ſur la loi *Utilitatem* 10, *de confirm. tutor.*

¶ Il n'y a aucun article de la nouvelle ordonnance, concernant les teſtamens ou ſubſtitutions, * qui ait ôté la liberté au teſtateur ou au ſubſtituant de prohiber l'inventaire à l'héritier inſtitué ou au fidéicommiſſaire; & quand l'art. 1 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747, concernant les ſubſtitutions, aſſujettit l'héritier inſtitué ou légitime, grevé de fidéicommis, à faire procéder dans les formes ordinaires à la confection d'un inventaire des effets qui compoſent la ſucceſſion, cela s'entend du cas ordinaire, qui eſt celui où le teſtateur a laiſſé la choſe dans le droit commun, qui permet à tout héritier de faire procéder à l'inventaire après le décès du teſtateur, quand il n'y a point de prohibition faite à cet égard; & cela, ſuivant la loi *ult. cod. de jur. deliber.* A l'égard de l'u-

* *Quand l'ordonnance déclare la néceſſité de faire un inventaire & en a preſcrit la forme, elle a enviſagé l'intérêt du fidéicommis, & a cru ſeconder les vues du ſubſtituant à cet égard; mais comme celui-ci a été le maître d'apposer à l'inſtitution héréditaire une ſubſtitution, il eſt pareillement le maître d'impoſer la condition ſous laquelle il a entendu teſter ou ſubſtituer, pourvu que cette condition ne choque point le droit public; ce qui n'a pas lieu dans la prohibition dont il s'agit ici.*

ſuſruitier de tous les biens, ces ordonnances ne l'aſſujettiſſent pas non plus à aucun inventaire : car il y a bien de la différence entre un héritier grevé de rendre à ſon décès, & un ſimple uſufruitier ; l'uſufruitier jouit pendant ſa vie du fonds d'autrui, & n'a aucun droit ſur la propriété, *uſusfructus eſt jus alienis rebus utendi, ſalvâ rerum ſubſtantiâ. inſtit. de uſufruct.* au lieu que l'héritier grevé eſt reputé propriétaire du fonds : *hæres & dominus. leg. ſubſtituto. ff. de acq. rer. domin.* C'eſt donc à lui, ou à celui ſur la tête duquel doit tomber cette propriété, à faire procéder à l'inventaire des effets mobiliers, pour conſerver les biens au ſubſtitué, & remplir les vues du teſtateur.

Il ſe préſente deux queſtions ſur cette matiere des inventaires, qui ſont très-intéreſſantes pour le public : la premiere conſiſte à ſçavoir, ſi après le décès d'un teſtateur qui a fait un teſtament clos ou myſtique, il peut être procédé à l'ouverture du teſtament par un notaire requis par les parties, ou ſi le teſtament clos doit être remis par le notaire qui s'en trouve détenteur, ou par tous autres, devers le juge du domicile du teſtateur, aux fins d'être par lui procédé à ladite ouverture; la ſeconde, ſi les notaires peuvent procéder à la confection des inventaires volontaires, à la charge par eux d'obſerver les formalités requiſes, & cela au préjudice du juge du domicille du défunt ?

Il y a deux arrêts de ce Parlement, le premier, du 15 Juillet 1747, contradictoirement rendu entre Me. Gilbert de Maſſillian, Préſident Juge-Mage en la Sénéchauſſée & Siege préſidial de Montpellier, & les ſindics des notaires de cette ville, qui fait défenſe audit Me. Maſſillian de troubler les notaires de ladite ville, dans le droit de faire l'ouverture des teſtamens clos lorſqu'ils en ſeront requis par les parties intéreſſées ; le ſecond arrêt, en date du 27 Juin 1750, a été rendu ſur ſoit-montré avec Mr. le Procureur-général, à la requête des ſindics des notaires de la même ville, & cet arrêt confirme celui du 15 Juillet 1747, & maintient les notaires au droit de procéder à l'ouverture des teſtamens clos

& myſtiques, dont ils recevront les ſouſcriptions, enſemble au droit de pouvoir procéder à la confection des inventaires volontaires, à la charge par eux d'obſerver les formalités en tel cas requiſes.

ARRÊT de la Cour du Parlement de Toulouſe, du 15 Juillet 1747., concernant l'ouverture des Teſtamens clos.

LOUIS par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre : au premier huiſſier ou ſergent ſur ce requis : comme en l'inſtance en notre Cour de Parlement de Toulouſe, pendante entre Me. Gilbert de Maſſillian, Conſeiller, Préſident Juge-Mage, Lieutenant-Général né en la Sénéchauſſée & Siege Préſidial de Montpellier, impétrant lettres du 20 Février 1746, à ce qu'il ſoit fait défenſes à Me. Marqués Notaire de Montpellier, de à l'avenir uſer d'entrepriſe, ce faiſant, lui enjoindre de porter audit de Maſſillian tous les teſtamens & codicilles myſtiques ou ſecrets qu'il pourra recevoir, à l'effet d'être par lui ſeul procédé à l'ouverture & publication, conformément au droit romain & à l'uſage qui s'eſt de tous les temps obſervé en ladite ville de Montpellier, à peine de cinq cens livres d'amende, & des contraventions, enquis, & autres fins, avec dépens, ledit Marqués défendeur, & Mes. Bonnet & Aurés ſindics des Notaires dud. Montpellier, ſupplians par requête du 16 Mars 1746, à ce que, ſans avoir égard aux lettres dudit ſieur Juge-Mage, lui faire défenſes de les troubler dans le droit & poſſeſſion de faire l'ouverture des teſtamens clos, lorſqu'ils en ſeront requis par les parties intéreſſées, conformément au droit commun & uſage général du Royaume, avec dépens ; ledit ſieur de Maſſillian défendeur d'autre : Notredite Cour, Vu le procès plaidé du 28 Avril 1746, leſdites lettres & requête, état des verbaux d'ouverture des teſtamens, au nombre de cent quarante-un, remis par ledit de Maſſillian ; vingt autres verbaux d'ouverture des teſtamens remis par leſdits Sindics des Notaires ; trois autres verbaux des 9 Juillet, premier Novembre, 20

Décembre 1746, *délibération des Notaires de Montpellier du* 4 *Août* 1711, *arrêt de notredite Cour du* 29 *Avril* 1730, *autre arrêt du* 7 *Août* 1722, *autre arrêt du* 5 *Mars* 1746, *dire par écrit, mémoires, ſuites de mémoire, & autres pieces mentionnées dans les productions deſdites parties; enſemble les concluſions de notre Procureur-général: Par ſon arrêt prononcé le* 15 *Juillet* 1747, *diſant droit aux parties, ſans avoir égard aux lettres dudit Maſſillian, lui fait défenſes de troubler les Notaire dudit Montpellier, dans le droit de faire l'ouverture des teſtamens clos, lorſqu'ils en ſeront requis par les parties intéreſſées, dépens compenſés; Nous, à ces cauſes, à la requête deſdits Mes. Bonnet & Aurés, ſindics deſdits Notaires de Montpellier, te mandons & commandons mettre le préſent arrêt à éxécution, & pour ce faire tous exploits requis & néceſſaires; ce faiſant, contraints par toutes voies dues & raiſonnables ledit Me. Maſſillian à payer & rembourſer incontinent & ſans délai auſdits ſindics deſdits Notaires, ou à leur certain mandement, la ſomme de* 283 *liv.* 18 *ſ.* 8 *d. tant pour le rapport intervenu au préſent arrêt, que fraix de l'expédition & ſceau d'icelui; mandons en outre à tous nos autres officiers, juſticiers & ſujets, ce faiſant, obéir.* Donné *à Toulouſe en notredit Parlement le vingt-deuxieme jour du mois de Juillet, l'an de grace mil ſept cent quarante-ſept, & de notre regne le trente-deuxieme. Par la Cour,* CAZALS, ſigné. *Collationé,* Iserres ſigné. *Collationé,* Ouvrier ſigné. *Scellé,* Cazals ſigné.

Le 22 *Juillet* 1747 *ſignifié à Sarremejane Procureur de Me. Maſſillian Juge-Mage de Montpellier, baillé copie à ſon clerc, au domicile.* Jouve ſigné.

Ledit arrêt a été ſignifié audit ſieur de Maſſillian, par exploit du 12 *Juin* 1748.

ARREST de la ſouveraine Cour de Parlement de Toulouſe, du 27 Juin 1750, qui maintient les Notaires de la ville de Montpellier au droit de procéder à la confection des inventaires volontaires, avec défenſes tant aux Officiers du Sénéchal, Préſidial de ladite ville, qu'à tous autres, de troubler leſdits Notaires dans leſdites fonctions.

LOUIS, *par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre : au premier notre huiſſier ou ſergent ſur ce requis : comme ſur la requête de ſoit-montré à notre Procureur-général, & préſentée à notre Cour de Parlement de Toulouſe le 25 du courant, par les ſindics des Notaires royaux de notre ville de Montpellier, à ce que, pour les cauſes y contenues, il lui plaiſe maintenir les Notaires royaux de la ville de Montpellier au droit de faire l'ouverture des teſtamens ſolemnels, dont ils recevront les ſouſcriptions, & de procéder à la confection des inventaires volontaires, conformément aux ordonnances royaux, arrêts & reglemens de notredite Cour, à la charge d'obſerver les formalités en tel cas requiſes ; ce faiſant, ordonner que les arrêts de notredite Cour des 29 Mars 1696, 29 Juillet 1722, & 30 Janvier dernier, rendus en faveur des Notaires de Toulouſe & ceux du Puy, ſeront déclarés communs avec les ſupplians, & conformément à iceux, faire inhibitions & défenſes aux officiers de notre Sénéchal, Préſidial de Montpellier, & à tous autres, de les troubler dans leſdites fonctions, à peine de mille livres d'amende, des dommages & intérêts, que tant eux que les parties pourroient ſouffrir, & ordonner de plus que des contraventions il en ſera enquis pardevant le premier Magiſtrat requis ſur les lieux : NOTRED. Cour, vu ladite requête & ordonnance de ſoit-montré, l'arrêt de notredite Cour du 29 Juillet 1722, & 30 Janvier dernier, & autres pieces attachées à ladite requête, enſemble les dire & concluſions de notre Procureur-général, par ſon arrêt prononcé le 27 Juin, mois courant 1750, ayant égard à ladite requête, a maintenu & maintient les Notaires de la ville de Montpellier au droit de faire l'ouverture des teſtamens ſolemnels dont*

ils recevront les ſouſcriptions, & de pouvoir procéder à la confection des inventaires volontaires, à la charge par eux d'obſerver les formalités, en tel cas requis, & déclarant les arrêts de notredite Cour deſdits jours 29 Mars 1696, 29 Juillet 1722, & 30 Janvier dernier, communs avec leſdits Notaires de Montpellier, a fait & fait inhibitions & défenſes tant aux officiers du Sénéchal, Préſidial de Montpellier qu'à tous autres, de troubler leſdits Notaires dans leſdites fonctions, à peine de 1000 liv. d'amende, dépens, dommages & intérêts, que tant eux que les parties pourroient ſouffrir, & des contraventions, enquis devant le premier Magiſtrat royal requis: A CES CAUSES, à la requiſition du ſindic des Notaires de la ville de Montpellier, nous te mandons & commandons de mettre à due & entiere exécution le préſent arrêt ſuivant ſa forme & teneur, & pour ce faire tous exploits de commandement & autres requis & néceſſaires. Mandons en outre à tous nos autres officiers, juſticiers & ſujets, ce faiſant, obéir. DONNÉ à Toulouſe en notredit Parlement le 27 jour du mois de Juin, l'an de grace 1750, & de notre regne le 35. Par la Cour GOUNON, *ſigné à l'original, controllé & ſcellé.*

A la requête des ſindics de la communauté deſdits Notaires, ledit arrêt a été notifié à meſſieurs les officiers & gens du Roi du Sénéchal & Siege Préſidial de Montpellier, le 9 Août 1750.

Entrons ici dans les motifs des ces arrêts; & pour cela, faiſons une analyſe du droit que les notaires peuvent avoir acquis ſur cette matiere, ſoit par la diſpoſition du droit romain, ſoit par nos ordonnances royaux.

L'origine des inventaires remonte au temps de l'Empereur Juſtinien, comme il ſe voit dans la loi *ult. cod. de jur. deliber.* dont il eſt l'auteur. Cette loi, preſcrivant la forme des inventaires, requiert pour cela le miniſtere des tabellions, *ſub præſentia tabularionum cæterorumque, qui ad hujuſmodi confectionem neceſſarii ſunt.* Mornac ſur cette loi, remarque que ceux dont la préſence eſt néceſſaire, outre le miniſtere du tabellion, ſont trois témoins; les légataires,

les créanciers, & que l'héritier doit auſſi y ſouſcrire & appoſer la ſignature ; & ſi ce dernier ne ſçait point ſigner, il faut ſuppléer à cela par l'aſſiſtance d'un autre tabellion ; & par le concours de ces différentes formalités, l'inventaire étoit réputé acte authentique. Voilà quelle fut la forme des inventaires dans leur origine.

Sur quoi il faut obſerver que les notaires, tenant parmi nous la place des tabellions dont parle cette loi, leur miniſtere peut être employé dans les inventaires volontaires, qu'ils ne peuvent être troublés par les juges du domicile du teſtateur, avec d'autant plus de raiſon, que nos notaires ont un caractere public, & qu'ils ſont juges chartulaires, au lieu que les tabellions romains étoient des perſonnes privées, que les actes paſſés devant eux n'étoient réputés publics qu'autant qu'ils étoient inſinués *apud acta*, c'eſt-à-dire, en préſence du juge & des parties contractantes, *leg. ult. cod. de re judicatâ*. Les actes inſinués en cette forme, étoient alors apellés *ſcripturæ publicæ*, actes publics.

Dans les premiers temps de la monarchie françoiſe, les notaires étoient des perſonnes privées ſemblables aux tabellions des romains ; les actes qu'on paſſoit par leur miniſtere étoient appellés *notitiæ privatæ*. Les actes qu'on appelloit publics, ſe paſſoient devant le Magiſtrat ou devant les Evêques, comme l'obſerve l'auteur du traité *de re diplomaticâ*, liv. 3, chap. 4. Nous apprenons du même autheur, *liv.* 2, *chap.* 1, que dans les premiers temps, quand on vouloit paſſer un contrat, on l'écrivoit ſur des peaux de parchemin d'une égale meſure, on en donnoit une à chacun des contractans. *Boer. deciſ.* 105, *nom.* 8, obſerve que c'étoit encore l'uſage de ſon temps ; en effet, l'ordonnance d'Henri III, de Juillet 1580, contenant reglement pour le ſalaire & vacation des notaires, porte, que dorenavant, au lieu de l'ancienne taxe que les notaires avoient accoutumé de prendre de ſeize ſols par peau, ils prendroient pour chaque peau écrite, ſelon les ordonnances, demi-écu par peau. De cette forme de rédiger les actes ſur peaux ou chartes, en dérive le

nom

nom qu'on donne aux notaires de juges *chartulaires* ; & en effet, dans les actes de juriſdiction volontaire, comme ſont les émancipations, la confection des inventaires, & autres de cette eſpece, ils ont fait concurremment avec les juges des lieux la fonction des juges chartulaires lorſqu'ils en ont été requis par les parties ; ce qui a été autoriſé par les ordonnances royaux pour le ſoulagement des ſujets. Les procédures des notaires faites à cet égard, étant beaucoup moins diſpendieuſes & onéreuſes au public, l'art. 64 de l'édit de Blois, laiſſe la liberté aux héritiers du défunt de prendre à leur choix notaires & tabellions pour faire procéder à l'inventaire, ſoit qu'il y ait enfans ou non, excepté le cas de prétendue confiſcation, aubaine, contenſion entre les parties, ou que par aucun y ayant intérêts, l'inventaire ſoit réquis à ſes dépens, riſques & fortunes, ſauf auſſi de procéder par voie de fait, ſi faire ſe doit, pour la conſervation des biens des mineurs ou abſens, & dans les cas ci-deſſus exprimés, le juge royal peut procéder tout comme le juge du Seigneur juſticier dans l'étendue de ſa juriſdiction, à moins qu'il ne s'agît de la conſervation des droits du Roi ; auquel cas l'article prohibe au juge du Seigneur juſticier de s'entremettre au fait de l'inventaire ; l'art 155 de l'ordonnance de Louis XIII, confirme cette diſpoſition de l'ordonnance de Blois, même ès juſtices ſubalternes & non royales, & laiſſe au choix des héritiers, ſoit qu'il y ait enfans ou non, de prendre notaire ou tabell. pour faire inventaire, ſans qu'il ſoit néceſſaire d'appeller le juge royal, procur. ou greff. de la juſtice, ni autres juges, ſinon en cas de confiſc. aubeine, ou contenſion entre parties réglées après conteſtation en cauſe, ce qui doit avoir lieu, tant pour les maj. que pour les min. ſinon que les parens des mineurs euſſent requis que le tuteur fût tenu d'appeller le juge du domicile du défunt. L'article défend aux notaires de prendre plus grand ſalaire que ce qui leur eſt attribué par les ordonnances. Graverol ſur Larroche, liv. 6, tit. 55, art. 1, après avoir obſervé que l'héritier a la liberté de faire procéder à l'inventaire ou par le premier notaire requis, ou

par le commiſſaire des inventaires, rapporte un arrêt du Conſeil du Roi, Sa Majeſté y étant, du 28 Novembre 1647, rendu ſur la requête du ſindic général du Languedoc, par lequel il fut fait défenſes aux commiſſaires des inventaires établis dans ladite province, de procéder aux inventaires, s'ils n'en ſont requis par les parties, ou par le procureur de Sa Majeſté, pour ſon intérêt ou celui du public, ou pour la conſervation des biens des mineurs.

En l'année 1702 il fut créé des offices de commiſſaires & greffiers aux inventaires; mais ces commiſſaires ne pouvoient procéder dans cette province, qu'en conformité de l'arrêt du Conſeil ci-deſſus cité; ils furent ſupprimés par édit de l'année 1714, qui remet les choſes dans leur premier état & conformément au droit commun. Les arrêts de ce Parlement ſe ſont conformés ſur cette matiere, aux anciennes ordonnances de nos Rois, & à l'arrêt du Conſeil du 28 Novembre 1647, ci-deſſus énoncé; il eſt donc certain que les notaires ne peuvent être dépouillés par les juges ordinaires des lieux, du droit de procéder aux inventaires quand ils en ſont requis par les héritiers ou les tuteurs, n'y ayant d'exception pour eux que dans les cas marqués par les ordonnances.

Les créanciers du défunt peuvent faire procéder à ſon inventaire d'autorité du juge, parce que leur intérêt particulier ſe trouve que leurs créances ſoient aſſurées, & que les effets du débiteur ne ſoient point latités; je crois même que dans les circonſtances où le tuteur feroit procéder à l'inventaire par le premier notaire requis, le Procureur du Roi doit y être appellé comme partie intéreſſée, non pour y conclure, mais pour veiller à la conſervation des biens du pupille; & les tutelles étant de droit public, à moins que la mere ou l'aieul du pupille n'euſſent ſa tutelle en main, auquel cas la préſomption ſeroit pour leur exactitude & leur vigilance à l'égard des pupilles.

Pour ce qui concerne les ſubſtitutions fidéicommiſſaires, il eſt indiſpenſable, ſuivant l'article 6 du titre 2 de 1747,

que le Procureur du Roi ſoit appellé, parce que l'inventaire doit être fait d'autorité du ſeul juge royal, reſſortiſſant nuement au Parlement ; mais l'article 4 attribue aux notaires royaux le droit de faire inventaire des biens dépendans du fidéicommis, en préſence du premier ſubſtitué, s'il eſt majeur ; ou de ſon tuteur ou curateur, s'il eſt pupille, mineur ou interdit ; ou du ſindic ou autres adminiſtrateurs, ſi la ſubſtitution eſt au profit de l'Egliſe ou d'un hôpital, corps ou communauté eccléſiaſtique ; & le notaire n'eſt interdit de cette fonction que lorſqu'il y aura lieu de faire l'inventaire en juſtice ; ce qui doit être entendu des cas où le Roi a intérêt dans l'inventaire, ainſi qu'il eſt porté. J'avois dit que ſuivant l'opinion des interpretes, le teſtateur pouvoit prohiber la confection d'inventaire à ſon héritier, au préjudice même des ſubſtitués, & j'avois ramené les raiſons qui pouvoient autoriſer cette prohibition, mais depuis eſt intervenue l'ordonnance du mois d'Août 1747, concernant les fidéicommis, qui, ſans uſer d'aucune diſtinction, enjoint en l'article premier du titre ſecond, de faire procéder dans les formes ordinaires à l'inventaire de tous les biens & effets qui compoſent la ſucceſſion de celui qui aura fait une ſubſtitution, ſoit univerſelle ou particuliere après ſon décès, enſorte qu'il n'eſt plus au pouvoir du teſtateur de prohiber à ſon héritier grevé cet inventaire ; ce que l'article 3 donne bien à entendre, puiſqu'il porte qu'en cas de négligence de l'héritier inſtitué ou légitime, ou de celui qui devra recueuillir les biens ſubſtitués, il ſoit procédé audit inventaire à la requête du Procureur du Roi, du Bailliage ou Sénéchauſſée, ou autre ſiege royal, reſſortiſſant nuement au Parlement ou Conſeil ſupérieur dans l'étendue ou reſſort duquel étoit le domicile de l'auteur de la ſubſtitution.

Il eſt vrai que la diſpoſition de ces articles ſemble d'abord tomber ſur les teſtamens contenant ſimplement un fidéicommis, & que la prohibition dont nous parlons demeure exceptée de la regle établie par l'ordonnance ; mais il faut tenir le contraire par deux raiſons; la premiere, qu'il eſt de ma-

xime, que là où l'ordonnance ne diſtingue point, il ne faut admettre aucune diſtinction ; la ſeconde, qu'il eſt manifeſte que celle-ci a voulu protéger les fidéicommis & en aſſurer la remiſe au fidéicommiſſaire, par la précaution d'un inventaire exact, ce qui paroit conforme aux vues de l'auteur de la ſubſtitution ; & dans ces circonſtances, il faut ſuivre littéralement la diſpoſition de cette ordonnance, à laquelle le teſtateur ne peut déroger par une pareille prohibition, la loi qui eſt toute publique, devant toujours prévaloir à la loi particuliere, que le teſtateur pourroit impoſer à ſon héritier.

Il eſt à propos d'obſerver ici ſur cette matiere des inventaires, qu'avant la déclaration du Roi du 3 Février 1731 il étoit d'uſage que les officiers de l'état major des places, procédoient après la mort des officiers militaires, décédés dans les places de guerre, citadelles ou forts, aux ſcellés des effets mobiliers deſdits officiers & à leur inventaire, ce qui a été réformé par l'article premier de cette déclaration, conçu en ces termes. Lors du décès de nos gouverneurs, lieutenans-généraux ou commandans pour nous dans nos provinces, gouvernemens, ou commandans particuliers de nos villes & places, nos lieutenans en icelles, majors, aides-majors, capitaines des poſtes, & tous autres officiers de l'état major de noſdites provinces & places, comme auſſi des directeurs généraux de nos fortifications dans noſdites provinces, nos ingénieurs, ayant des départemens fixes dans nos places, des lieutenants-généraux, commiſſaires & gardes d'artillerie, demeurant dans les provinces & places de leurs réſidences ; il ſera procédé aux oppoſitions & levées de ſcellés, & à la confection de l'inventaire de leurs ſucceſſions par les juges ordinaires du lieu de leur réſidence, à l'excluſion des majors & aides-majors deſdites places, & de tous autres officiers militaires, auſquels nous défendons très-expreſſément de troubler leſdits juges dans la connoiſſance deſdites ſucceſſions, ſous quelque prétexte que ce puiſſe être.

L'article 2 porte que le major ou aide-major de la place de la réſidence de l'officier décédé, ſera appellé à la diligence

du juge, pour être préſenté à la levée du ſcellé. L'art. 5 veut que ſi l'officier énoncé dans l'article premier, eſt décédé dans l'exercice de ſes fonctions, & dans une place où il y ait pluſieurs juriſdictions royales & établies, il ſoit procédé à l'appoſition du ſcellé par le juge royal, qui a la connoiſſance des cauſes des nobles, le tout ſans tirer à conſéquence pour autres cas concernant le partage des biens du défunt, & quant à la ſucceſſion & appoſition du ſcellé des officiers qui viendront à décéder dans les places où ils tendent garniſon, ou par leſquelles ils paſſoient avec la troupe des ingénieurs, qui ſe trouvent employés dans les places par extraordinaire, & ſans y avoir un département fixe, & les officiers d'artillerie qui n'y ſeront envoyés que par ſemeſtre; ladite oppoſition de ſcellé ſe fera par les majors ou aides-majors deſdites places, qui procederont enſuite à l'inventaire.

Quand l'article premier attribue l'appoſition du ſcellé & confection d'inventaire de l'officier au juge qui a la connoiſſance des cauſes des nobles, l'art. l'entend pour l'officier qui n'a qu'une nobleſſe perſonnelle & de commiſſion; car pour celui qui eſt ou noble de race, ou ennobli par lettres du Prince, les cauſes ſont dévolues de plein droit aux juges royax, reſſortiſſant nuement aux Parlements, comme ſont les Baillifs & Sénéchaux, à l'excluſion des Prévôts ou Châtelains royaux.

Par les ordonnances royaux déja citées, la forme des inventaires concernant le fidéicommis, eſt détaillé par les articles 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, de l'ordonnance, où le tuteur pourra avoir recours.

CHAPITRE XLV.

Quels legs peut faire le pere, qui, mariant ſon fils, a promis de l'inſtituer héritier, à la charge de payer ſes legs.

IL faut établir pour maxime que la promeſſe d'inſtituer héritier faite par le pere dans les contrats de mariage de

ſon fils, eſt une vraie donation de ſes biens préſens & à venir ; c'eſt la doctrine de Mrs. Maynard, liv. 5, chap. 90 & Cambolas, liv. 4, chap. 26, num. 2. Fernand, qui a traité la matiere des inſtitutions contractuelles fort exactement, regarde du même œuil ces inſtitutions, & comme de vraies donations, puiſque d'un côté il ſoutient que les articles de mariage qui renferment ces inſtitutions doivent être inſinués, & ce par les mêmes motifs qu'ont eu les ordonnances royaux, lorſqu'elles ont requis l'inſinuation des donations ; c'eſt ainſi qu'il parle, *prælud. cap. 6, num. ult.* & que de l'autre, ce même docteur, au chapitre 7, *eod. num. 6*, obſerve que le pere, qui a promis d'inſtituer, ne peut aliéner les biens qu'en certains cas, 1°. Pour doter ſes filles, & pour la légitime de ſes enfans. 2°. Quand le pere fait l'aliénation pour dédommager un tiers de quelque perte qu'il pourroit lui avoir cauſée. 3°. Pour ſe tirer de quelque état de contrainte perſonnelle, & pour ſe mettre à l'abri de la peine qu'il pourroit avoir encourue pour quelque délit commis. 4°. Quand ce pere fait quelque contrat d'achat, de vente ou de permutation en bon pere de famille pour l'entretien & l'augmentation du patrimoine ; enfin, quand ce pere aliene quelque fonds pour ſon entretien ou celui de ſa famille.

Cette doctrine, que l'inſtitution univerſelle & contractuelle, équipolle à une donation entre-vifs, eſt également reçue & adoptée par les docteurs françois, & par les arrêts rendus en pays coutumier, ainſi qu'on peut le voir dans *Louet, lettre S, ſomm.* 9, & dans Brodeau, *eod.* celui-ci, num. 5, après avoir rapporté un arrêt du Parlement de Paris du 27 Mars 1599, qui jugea que les pere & mere ne peuvent diſpoſer de leurs biens, ni les hypotéquer au préjudice du ſubſtitué contractuel, obſerve que, bien que la liberté ne ſoit pas pour cela ôtée aux pere & mere de diſpoſer abſolument de ces mêmes biens, cette liberté doit être entendue, tout dol & fraude ceſſant ; enſorte qu'ils peuvent néanmoins faire des diſpoſitions modérées en faveur de l'Egliſe, & pour autres cauſes pies, & non au profit de l'un

de leurs enfans ; parce que la diſpoſition ſeroit faite en fraude, & comme dit la loi *Titius*, *ff. ad trebell. intervertendi fidei commiſſi gratia*, qui eſt le motif de cet arrêt du 27 Mars 1599.

La réſervation expreſſe du donateur, de pouvoir faire des legs, change pour ainſi dire la nature de l'inſtitution contractuelle, en ce que le donateur n'eſt point reſſerré dans les bornes que la loi de ce contrat lui preſcrit, à raiſon de l'aliénation des biens contenus dans l'inſtitution, & qu'il peut, à l'exemple des inſtitutions teſtamentaires, abſorber en légats les trois quarts des biens donnés, ſuivant l'arrêt de la Cour : mais je crois que cette réſervation doit demeurer reſtrainte au cas exprimé ; c'eſt-à-dire, aux legs, & qu'elle ne donne point la liberté au donateur de diſpoſer par acte d'entre-vifs de ces mêmes biens, juſqu'à concurrence des trois quarts, par la raiſon que les réſervations de cette eſpece ſont *ſtricti juris*, comme faiſant partie d'un contrat.

CHAPITRE XLVI.

Si le pere peut, au préjudice de ſes créanciers, renoncer à l'uſufruit qu'il a ſur le legs fait à ſon fils ?

L'Arrêt rapporté dans ce chapitre eſt contraire à un arrêt du 17 Juillet 1680, rapporté par l'arreſtographe, tom. 2, liv. 6, chap. 14, par lequel il fut jugé que le pere qui a l'uſufruit des biens de ſes enfans, *jure patriæ poteſtatis*, n'y peut renoncer au préjudice de ſes créanciers. La déciſion de l'arrêt contenu dans ce chapitre, eſt contraire à la diſpoſition de la loi troiſieme, §. 1, *quæ in fraudem creditorum*, ſur laquelle la gloſe *in verbo Amittit*, obſerve que le débiteur ne peut renoncer à l'uſufruit au préjudice de ſes créanciers, ni expreſſément *per pactum*, ni tacitement *non utendo*.

Vainement oppoſeroit-on ici que la reſtitution du fidéi-

commis peut être faite par l'héritier grevé par anticipation de temps, en quoi la loi décide que les créanciers de l'héritier grevé ne ſont pas cenſés fraudés, *leg. patrem*, *ff. quæ in fraudem creditor.* ce qui ſe trouve avoir été ainſi jugé ſuivant l'arrêt rapporté par Mr. Dolive, liv. 5, chap. 29, car ſi la reſtitution anticipée du fidéicommis, ne préjudicie point aux créanciers de l'héritier grevé ; c'eſt par la raiſon qu'en donne Papinien ; ſçavoir, que l'héritier n'a proprement rien donné du ſien quand il a fait cette reſtitution, n'ayant en cela fait autre choſe que remplir ſes engag. & ſeconder en quelque ſorte les deſirs du ſubſtituant, *leg. unum ex famil. §. 1, de legat. 2, & d. L. patrem*; au lieu que dans la renonciat. de l'uſufruitier à l'uſufruit en faveur de la propriété, l'uſufruitier ſe dépouille ſans néceſſité, & contre l'eſpérance & les vues du teſtateur, & que par ce dépouillement il préjudicie à des créanciers qui ont droit d'exercer les actions de leur débiteur.

Suivant les diſtinctions que je viens de marquer, il fut rendu un arrêt en la troiſieme chambre des Enquêtes le 5 Mai 1721, au rapport de M. de Gaujeac, qui décida que le pere qui jouit de l'uſufruit des biens de ſon fils, *jure patriæ poteſtatis*, ne peut s'en dépouiller en ſa faveur au préjudice de ſes créanciers ; il fut rendu un arrêt conforme en la premiere des Enquêtes, au rapport de M. de Catellan-Lamaſquere le 22 Juillet 1722 ; enſorte que c'eſt-là un point de juriſprudence de ce Parlement.

¶ Par la diſpoſition de l'art. 42 de l'ordonnance concernant les ſubſtitutions, tit. 1, l'héritier grevé ne peut faire une reſtitution anticipée du fidéicommis au préjudice de ſes créanciers, qui ayant droit d'exercer les actions de leur débiteur, ont intérêt qu'il conſerve la jouiſſance qui tourne à leur profit, & ſur laquelle ils ont priſe pour leur payement. Voici l'article, *la reſtitution du fidéicommis faite avant le temps de ſon échéance, par quelque acte que ce ſoit, ne pourra empêcher que les créanciers du grevé de ſubſtitution, qui ſeront antérieurs à ladite remiſe, ne puiſſent exercer ſur les biens ſubſtitués, les mêmes droits & actions que s'il n'y avoit point eu de reſtitution*

reſtitution anticipée, & ce juſqu'au temps où le fidéicommis devoit être reſtitué, ce qui aura lieu même à l'égard des créanciers chirographaires, pourvu que leurs créances ayent une date certaine avant ladite remiſe. Cette diſpoſition de l'ordonnance déroge formellement à la juriſprudence de ce Parlement, ſuivant laquelle l'héritier grevé pouvoit avant le temps, faire la reſtitution du fidéicommis au préjudice de ſes créanciers. L'art. 42 renferme deux avantages pour les ſujets du Roi ; le premier regarde l'intérêt de l'héritier grevé, qui fait un emprunt. Le ſecond, du créancier qui prête ; l'héritier, preſſé par les beſoins, ne trouveroit point à faire un emprunt ſi celui qui lui ouvre ſa bourſe devoit être dans une crainte continuelle que ſon débiteur ſe dépouillât par une remiſſion anticipée du fidéicommis au préjudice de la créance & du droit de pouvoir exercer ſon action ſur les fruits de cette jouiſſance, & retirer payement de ce qui lui eſt dû ; & le créancier a de ſon côté l'avantage de voir ſa créance plus aſſurée, ſi la reſtitution du fidéicommis ne peut être anticipée, & par là faite à ſon préjudice ; & il eſt de l'intérêt public de donner aux créanciers toute ſorte d'aſſurance ſur les biens du débiteur, ſans quoi l'on verroit tomber le commerce de différents contrats, qui rendent néanmoins l'état floriſſant.

CHAPITRE XLVIII.

Des mots Item, *je legue*, ou *legue auſſi.*

DUmoulin *in conſuet. Pariſ.* tit. des fiefs 1, §. 55, *Gloſſa* 1, *in verbo Item*, obſerve que le mot *item* ne renferme point en ſoi répétition des clauſes précédentes, mais une ſimple continuation d'oraiſon *dictio Item de ſe non eſt repetitiva ſed continuativa, & non ordinatur ad repetendum qualitates & conditiones diſpoſitionis precedentis, ſed ad continuandum ſermonem ejuſdem capituli*, ſur quoi il cite pluſieurs textes du droit civil.

Le même auteur, num. 3, apporte enſuite une exception à cette maxime, en ajoutant qu'on peut conjecturer une tacite répétition de diſcours & de clauſes par cette diction *item*, lorſqu'il y a une conjonction, identité de diſcours, & parité de raiſon dans ce qui ſuit immédiatement le mot *item; copula*, dit-il, *identitas orationis*, *& identitas rationis*, & qu'au contraire trois choſes ſont excluſives de cette répétition tacite, *videlicet adverſativa, diverſitas orationis*, *& diverſitas rationis*; & je crois que c'eſt la meilleure regle à ſuivre dans cette matiere.

Le Préſident Faber, *in ſuo Cod. lib.* 6, *tit.* 25, *definit.* 4, rapporte un arrêt du Sénat de Chamberi, qui peut autoriſer cette maxime, par lequel il fut jugé que la qualification de mâle appoſée dans le premier dégré de ſubſtitution, n'étoit pas cenſée répétée dans le ſecond, parce qu'il y avoit différence de qualité de ſubſtitués, & par conſéquent diſparité de raiſon & de motifs dans les deux dégrés ſur le mot *item*, qui renferme une tacite répétition des clauſes précédentes; on peut voir la loi *in repetundis* 63, *& ibi Gloſſ. de legat* 3.

CHAPITRE XLIX.

Si le muet & ſourd de naiſſance, peut faire teſtament pourveu qu'il ſçache écrire, & ſoit capable d'affaires par l'écriture.

JE croi qu'on ne peut décider en theſe, qu'un muet & ſourd de naiſſance puiſſe faire un teſtament, pourvu qu'il ſoit capable d'affaires au moyen de l'écriture. Je me fonde, 1°. ſur l'excluſion formelle que donne la loi *Diſcretis* 10, *cod. qui teſtam. facere poſſ.* au muet & ſourd *à natura*, de pouvoir faire aucune eſpece de diſpoſition de derniere volonté, pas même en faveur de la liberté, ſans que la loi ait pris ſoin de diſtinguer les cas, & de faire une exception

en faveur de ceux qui, ſçachant écrire, étoient capables d'affaires, ce que la loi n'auroit pas manqué de faire ſi ç'eût été l'eſprit du légiſlateur, puiſqu'il n'étoit pas nouveau au tems de Juſtinien, auteur de cette loi, que de muets & de ſourds de naiſſance pouvoient être capables de commerce & d'affaires, ayant appris à écrire; ce que l'expérience avoit ſans doute fait connoître dans ce ſiecle, comme dans ces derniers temps: d'où je conclus que cette loi doit être appliquée indiſtinctement aux ſourds & muets *à natura*; car c'eſt une maxime généralement reçue, que ce n'eſt point au Juge d'admettre ces diſtinctions là où la loi n'a pas jugé à propos d'en faire, ce pouvoir étant réſervé au ſeul légiſlateur, *leg. ult. cod. de legib.*

La loi *Diſcretis* eſt conçue non-ſeulement en termes généraux, & qui renferment une excluſion générale pour tous les ſourds & muets *à natura*; mais elle nous montre encore que ç'a été l'intention du légiſlateur par les termes qu'elle emploie, & par le détail qu'elle fait des différentes eſpeces de diſpoſitions dont elle les exclud, comme des codicilles & donations à cauſe de mort, où il faut moins de ſolemnité qu'aux teſtamens, & ſur quoi il ſemble que la loi auroit dû relâcher quelque choſe de la rigueur de ſa déciſion, ce qu'elle n'a pourtant pas fait, non plus qu'en faveur de la liberté des eſclaves.

2°. Ce ſeroit, ſelon moi, d'une trop dangereuſe conſéquence d'admettre les ſourds & muets de naiſſance à cette faculté de pouvoir teſter quand ils ſçavent écrire, & qu'ils ſont capables d'affaires; car autre choſe eſt la capacité de teſter, autre choſe la capacité d'agir dans le commerce de la ſociété civile. Le teſtament a été regardé par les loix comme l'acte le plus ſolemnel & le plus ſérieux de tous, & qui exige dans le teſtateur une délibération parfaite de la volonté, & une connoiſſance claire & diſtincte de l'acte; & c'eſt ce qu'on peut conjecturer de cette capacité des ſourds & muets *à natura*, d'agir dans le commerce ordinaire; capacité qui peut s'acquerir par l'habitude, & qu'on peut exercer

ſans avoir cette maturité de jugement requiſe pour pouvoir valablement teſter.

¶ L'article 5 de l'ordonnance de 1735, concernant les teſtamens, contient une excluſion formelle pour les muets de pouvoir faire un teſtament nuncupatif écrit, parce que cet article exige que les diſpoſitions ſoient prononcées & dictées par le teſtateur. Pour ce qui eſt des teſtamens myſtiques, le muet en eſt également incapable, parce qu'il doit déclarer aux notaires & témoins, ſuivant l'article 9, lors de la ſouſcription, que dans le papier clos & ſcellé qu'il leur préſente, eſt contenue ſa diſpoſition de derniere volonté, de quoi en doit être dreſſé acte par le notaire. Il eſt bien vrai que l'article 12 porte qu'en cas que le teſtateur ne puiſſe parler, mais qu'il puiſſe écrire, il pourra faire un teſtament myſtique; mais cela doit être entendu d'un teſtateur qui par accident a perdu l'uſage de la parole qui lui étoit naturel, mais nullement d'un muet de naiſſance dont les ſignes équivoques ne peuvent ſuppléer au défaut de la parole, dans un point auſſi délicat & auſſi intéreſſant qu'eſt celui d'un teſtament: ſi en effet l'article eût entendu parler d'un muet de naiſſance, qui ſçait écrire, il l'auroit exprimé, y ayant bien de la différence entre un muet de cette eſpece, & celui qui ne peut parler; on entend par ce dernier, un uſage de la parole interrompu par quelque accident, auquel l'on ſupplée par l'écriture, ce qui n'eſt point alors douteux ni équivoque; & il eſt à remarquer ſur cela que l'article ne ſe ſert pas de ce terme, *ne ſçache parler*, mais *ne puiſſe parler*; ce qui prouve que l'ordonnance n'entend pas comprendre dans cet article 12 les muets & ſourds de naiſſance, & *à naturâ*, quelque capables qu'ils paroiſſent d'ailleurs de certaines affaires qui concernent la ſociété civile; celui qui eſt devenu muet par accident avoit déja acquis la connoiſſance néceſſaire pour teſter valablement, & il eſt cenſé avoir retenu cette connoiſſance, quoique privé accidentellement de l'uſage de la parole; mais on ne peut pas dire que le muet *à naturâ* ait cette connoiſſance indiſpenſable pour la capacité d'un teſtament.

CHAPITRE L.

Si le fils héritier de ſon pere peut demander la légitime & la falcidie.
S'il peut omettre la légitime & demander la falcidie.

C'Eſt une queſtion controverſée, ſi le fils héritier inſtitué & chargé de légats qui abſorbent plus des trois quarts de l'hérédité, peut détraire en même temps la falcidie & ſa légitime. *Fachin. controverſ. lib.* 13, *cap.* 52, a cru qu'il pouvoit faire cette double détraction ſur l'hérédité, & l'abandonner enſuite aux légataires; il s'eſt fondé ſur ce que la même raiſon milite pour le fils dans ce cas, que dans celui de la détraction de la légitime & quarte trébellianique qu'il peut faire en même temps, en reſtituant le fidéicommis, ſuivant le chap. *Raynutius*, *extra de teſtam.* pouvant ici détraire la falcidie, *ut quilibet extraneus*, & la légitime *ut filius*. Les autres Docteurs ſont oppoſés à cette doctrine ſur le fondement qu'il n'y a nul texte du droit civil ni canonique, qui ait permis la détraction de la légitime & falcidie tout enſemble, d'où ils tirent cette conſéquence qu'il ne faut point donner de l'extenſion au *chap. Raynutius* qui doit demeurer reſtraint à la trébellianique & à la légitime.

Cette derniere opinion a prévalu dans les jugemens rendus par la Cour, rapportés par Mr. Dolive, qui ont ſervi de fondement à l'arrêt du 8 Août 1678 : je voudrois faire une diſtinction qui me paroît propre à concilier le conflict qu'il y a ſur ce point entre les interpretes, & qui n'a rien de contraire aux arrêts dont je viens de parler ; diſtinction priſe de l'eſprit & du fonds des loix mêmes, qui ſervent de regle pour les matieres d'inſtitution d'héritier & de ſubſtitution.

Je crois donc qu'il faut diſtinguer ici la qualité de légataires ; s'ils ſont enfans ou deſcendans du teſtateur, le fils héritier doit opter de ſa légitime ou de la falcidie, & demeu-

rer reſtraint à l'une ou à l'autre de ces deux portions de l'hérédité ; ſi au contraire les légataires ſont des collatéraux du teſtateur ou des étrangers, c'eſt répondre à la prédilection naturelle qu'un pere a toujours pour ſes enfans ſur des collatéraux, que d'adjuger au fils héritier inſtitué la falcidie & la légitime tout enſemble.

La faveur des enfans a ſouvent déterminé les déciſions des juriſconſultes dans les matieres de ſubſtitution & d'inſtitution, comme je l'ai remarqué ailleurs ; enſorte que quand ils ſe trouvent en concours avec des étrangers, il faut leur donner ſur eux tout l'avantage qu'on peut tirer de l'eſprit de ces mêmes loix : or il ſuffit ici pour autoriſer ma diſtinction que le ch. *Raynutius*, *extra de teſtam.* permette au fils la détraction de la quarte trébellianique & de la légitime tout enſemble dans la reſtitution qu'il fait du fidéicommis, pour qu'on puiſſe en tirer cette conſéquence, que la détraction de la légitime & quarte falcidie lui compete auſſi à l'égard des légataires étrangers.

¶ L'article 56 de l'ordonnance de 1735, concernant les teſtamens, déroge aux arrêts rapportés ſur ce chapitre ; l'article porte, *que ceux qui ont droit de légitime, & qui auront été inſtitués héritiers, pourront faire détraction de la quarte falcidie ſur les legs, & de la quarte trébellianique ſur les fidéicommis, & retenir en outre leur légitime.* L'article n'admet point de diſtinction entre les légataires étrangers & les légataires à titre d'inſtitution, ni entre les héritiers étrangers ou légitimes ; il faut donc s'en tenir à la diſpoſition littérale de cet article, ſuivant la maxime des interpretes, *ubi lex non diſtinguit, nec nos diſtinguere debemus.*

CHAPITRE LI.

Du legs d'uſufruit, ou des fruits & revenus juſqu'à certain temps ou juſques à l'échéance de certaine condition.

IL faut prendre garde ici de ne pas confondre ce qui eſt réellement diſtinct par la diſpoſition de la loi; le legs des rentes & revenus d'un fonds, avec le legs d'uſufruit de ce même fonds. Il y a cette différence eſſentielle entre l'un & l'autre, que le légataire des rentes & revenus d'un fonds de terre ou d'une maiſon, eſt reſtraint à prendre de l'héritier les rentes annuelles que portoit ce même fonds au teſtateur lors de ſon décès, & que l'héritier n'eſt pas tenu de la diminution de ces rentes, qui pourroit arriver ou par cas fortuit, ou par des révolutions aſſez fréquentes dans le commerce, mais ſeulement de la diminution ſurvenue par ſon fait, c'eſt-à-dire par ſa faute; c'eſt la diſpoſition formelle de la loi *Fundi Æbutiani* 38. *ff. de uſu, & redit. &c. & ibi gloſſ.* telle eſt encore la diſpoſition de la loi 31. *eod.*

Aux termes de cette premiere loi, l'héritier demeure en poſſeſſion du fonds, & peut le vendre & l'aliéner comme ſa choſe propre, au lieu que le légataire de l'uſufruit a droit de jouir pleinement de la choſe, d'en dépoſſéder l'héritier, & de percevoir les fruits ou par lui-même, ou par des fermiers.

Dumoulin, *in conſuetud. Pariſ. tit. des Fiefs, §. 1. gloſſ. 1. num. 45.* a bien établi cette différence de legs ſur le fondement de cette même loi; & au *num. 40. eod.* il cite un grand nombre de Docteurs qui témoignent que cette différence eſt adoptée par la pratique & dans les jugemens.

Le legs des rentes & revenus a cela de commun avec celui d'uſufruit, qu'il prend fin par le décès du légataire; c'eſt la remarque du Juriſconſulte dans la loi 22. *patrimonii, eod.* mais il differe dans tout le reſte.

Il eſt à propos d'obſerver ici, que le propriétaire du fonds dont l'uſufruit a été légué, eſt obligé de fournir aux fraix des groſſes réparations qui ſurviennent à faire pendant le cours de l'uſufruit, ſuivant la loi *Eum*, *cod. de uſufr.* les menues réparations étant une charge de l'uſufruit ; mais ce propriétaire n'eſt point tenu de ces groſſes réparations, ſi au temps du décès du teſtateur que l'uſufruit a commencé, elles étoient à faire ; *leg. 65. ff. de uſufr. & quemadm. quis utat.* La raiſon qu'en donne Faber *in rational. ad §. non magis* de cette loi, eſt que les legs d'uſufruit, étant une pure libéralité du défunt ſon héritier (qui le repréſente) ne doit point être tenu d'aucune eſpece de réparation, *ne eo caſu donator liberalitatis ſuæ pœnam patiatur* ; le légataire ayant le choix de répudier le legs ou de l'accepter, s'il l'accepte il doit prendre la choſe en l'état qu'elle eſt, *qualis qualis ſit, etiam ſi deterior ſit. Faber eod.*

C'eſt par l'obſervation de Faber qu'on peut concilier la contrariété apparente des loix *eum*, *cod. de uſufr. & 65. ff. eod.*

CHAPITRE LII.

Des dépens obtenus contre l'héritier ſous bénéfice d'inventaire.

LEs dépens ſont perſonnels, par la raiſon, que c'eſt la peine des téméraires plaideurs. Ainſi, quoique l'héritier ſous bénéfice d'inventaire ſoit reçu à répudier l'hérédité, il eſt néanmoins tenu des dépens, auxquels il a donné lieu par des conteſtations chicanneuſes, condamnées par arrêt ; *Charondas, reſponſ. liv. 3. chap. 10. Mornac, ad leg. 79. ff. de judic.*

L'ordonnance de 1667, pour réprimer la témérité des plaideurs, les a aſſujetis à la contrainte par corps, après les quatre mois par l'art. 2. du tit. 24 ; mais c'eſt une queſtion de

de ſçavoir, ſi les quatre mois courent irrévocablement depuis la ſignification de l'arrêt éxécutoire de dépens, & commandement fait en conſéquence, au préjudice de l'appel de taxe, ou s'ils ne courent au contraire, que depuis l'arrêt de retaxe, & la ſignification qui en a été faite ?

Ce qui peut favoriſer le débiteur de ces dépens, eſt que les dépens ſont proprement illiquides juſqu'à la retaxe qui en eſt faite ; enſorte qu'on ne peut regarder celui qui y eſt condamné comme débiteur, que depuis l'arrêt de retaxe, & conſéquemment les délais de l'ordonnance ne doivent point courir contre lui avant cet arrêt.

Le demandeur paroit d'un autre côté fondé à exécuter cette contrainte d'abord après les quatre premiers mois expirés en exécution de l'arrêt de taxe, par cette raiſon, qu'il ſeroit aiſé au débiteur d'éluder l'exécution de cet article de l'ordonnance au préjudice du créancier, en gagnant le double du temps que l'ordonnance ne lui donne, ce qu'il peut faire aiſément en ne relevant appel de la taxe que vers la fin des quatre premiers mois expirés, & obtenant par détour captieux un délai de huit mois, l'Arrêt de retaxe, n'étant rendu qu'après les quatre premiers mois. Nonobſtant cette conſidération il fut jugé en la troiſieme chambre des Enquêtes le 10 Juillet 1720, au rapport de M. Trenqualye, entre le Commandeur de Cais, & le nommé Bonnet, que le délai d'exécuter la contrainte ne couroit que du jour de l'arrêt de retaxe.

On peut obſerver ici que, quoique les Parties ayent été miſes hors de cour & de procès, dépens compenſés. Celui qui ſe trouve condamné aux fraix de l'expédition de l'arrêt, eſt tenu de rembourſer à l'autre les fraix des expéditions des arrêts qu'il a été obligé de lever pour rendre les charges libres, comme demandeur en excès ; c'eſt ainſi que la choſe fut jugée le 2 Mai 1725, en la troiſieme des Enquêtes, au rapport de M. Trenqualye, en faveur de Dupuy.

Le motif de cet arrêt eſt fondé ſur l'uſage, que pour le payement des fraix d'expédition des arrêts qu'on a levés

pour l'inſtruction, le dernier arrêt regle les précédens, & que les épices ne ſont confondues avec les dépens, que pour ce qui concerne la contrainte au corps, qui s'exécute indiſtinctement pour les épices & pour les dépens depuis le reglement fait à ce ſujet, dans l'aſſemblée des chambres de ce Parlement le 10 Mars 1717.

Ce reglement portant que la contrainte au corps auroit lieu, tant pour les épices que pour les dépens, fit la matiere d'une conteſtation entre le ſieur de Muraſſon, & le ſieur de Braſſac, qui roula ſur ce que le ſieur de Muraſſon ayant obtenu une ſentence, avec condamnation de dépens d'autorité du Sénéchal, contre le ſieur de Braſſac, dont les épices ſe montoient à la ſomme de 700 liv. & le ſieur de Braſſac ayant interjeté appel en la Cour de cette ſentence, le ſieur de Muraſſon y obtint une ordonnance, contenant permiſſion d'exécuter la ſentence, nonobſtant l'appel pour les épices, & forma enſuite un ſoit-montré le 2 Janvier 1722, pour demander que le ſieur de Braſſac, faute d'avoir payé ces épices dans les quatre mois qui lui avoient été déclarés, fût condamné à les lui payer dans trois jours, autrement qu'il y ſeroit contraint par corps; ſur quoi il fut rendu arrêt en la troiſieme chambre des Enquêtes, au rapport de Mr. l'Abbé de Mariotte le 30 Janvier ſuivant, qui déclara n'y avoir lieu quant à préſent d'ordonner la contrainte par corps pour ces épices.

Le motif de cet arrêt eſt pris, de ce que la contrainte au corps n'a été ordonnée par l'arrêt de reglement pour les épices, que comme faiſant partie des dépens, & par la même raiſon, qui, ſuivant l'eſprit de l'ordonnance, doit avoir lieu & pour les uns & pour les autres, puis qu'il n'y a point de diſtinction faite entre les épices & les dépens, & que les épices n'ont pas moins de faveur. Or l'appel de la ſentence, ayant un effet ſuſpenſif pour les dépens, doit l'avoir auſſi quant à la contrainte pour les épices, devant ſuffire au créancier des épices, de pouvoir nonobſtant l'appel, faire exécution ſur les biens de ſon débiteur.

CHAPITRE LIII.

De l'inſtitution du Poſthume.

L'Inſtitution du poſthume, dit l'auteur, comprend tous les poſthumes qui naiſſent après le teſtament, quand même l'inſtitution ſeroit faite en ces termes, *le poſthume dont ma femme eſt enceinte.* Cette maxime de la loi *Placet*, *ff. de hæredit. inſtit.* & les arrêts qui l'ont adoptée, ſont dans l'eſpece d'une déſignation vague des poſthumes, telle qu'eſt celle de la loi *Placet*; mais non d'un poſthume caractériſé & déſigné, comme eſt celui dont la femme eſt actuellement enceinte, & pour lequel le teſtateur a marqué une prédilection particuliere; telle eſt la déciſion de Barry dans ſon traité de ſucceſſions, liv. 8. tit. 7. n°. 8, qui obſerve que cette déciſion a été accueillie par le Parlement; d'où il faut conclure que ce poſthume déſigné venant à naître & à ſurvivre le teſtateur, les autres enfans nés après lui (quoique du même mariage) ne peuvent concourir comme cohéritiers; parce que cette déſignation expreſſe fait ceſſer la préſomption d'égalité d'affection dans le teſtateur pour tous les poſthumes dont parle l'auteur, quand il dit que cette énonciat. du poſthume dont la femme eſt enceinte, ne fait pas d'obſtacle à cette maxime, que tous les poſthumes à naître ſont préſumés compris dans l'inſtitution; mais cela doit être ainſi entendu, que le poſthume déſigné venant à prédécéder le teſtateur, les autres poſthumes comme ſubſtitués *vulgariter*, recueuillent l'effet de l'inſtitution, & cela pour en empêcher la caducité, à quoi les loix romaines avoient une ſingulière attention; mais ſi le poſthume inſtitué & déſigné, ainſi qu'on l'a dit, vient à recueuillir l'hérédité, les autres poſthumes en ſont exclus; Mornac ſur la loi *Placet* déjà citée, obſerve qu'il a vu juger en la grand'chambre du Parlement de Paris, que le teſtateur ayant déclaré taxativement *limitativè*, qu'il

léguoit deux mille écus d'or au poſthume dont ſa femme étoit enceinte, le legs ne pouvoit recevoir d'extenſion aux autres poſthumes à naître ; M. Dolive, liv. 5. chap. 14. de ſes arrêts, fait cette différence entre les enfans appelés *nomine collectivo*, & ſous le nom vague d'enfans, & ceux qui ſont déſignés par leur qualité perſonnelle, & dit qu'à l'égard de ceux-ci, le droit d'élection au fidéicommis déféré au pere, ſe borne ſur leur tête ; mais qu'à l'égard des autres, le pere a la liberté de choiſir, & notre Auteur lui-même n'emploie-t-il pas le langage de Godefroy ſur la loi *Filius à patre*, §. *ſi de certâ*, *ff. de hæred. inſtit:* & cette maxime *verba ſpecialiter dicta non debent prorogari ad aliud.* Ce ſeroit faire violence à une volonté expreſſe, marquée pour le poſthume dont la femme eſt actuellement enceinte, que de détourner l'inſtitution & de la porter ſur la tête des autres, ſi ce n'eſt *in caſum non aditæ hæreditates*, comme je l'ai déjà remarqué, par la voie de la ſubſtitution vulgaire.

On trouve dans la ſuite de Duperier dans ſes queſtions notables, impreſſion de 1702, au liv. 5. page 404 & 405 des arrêts du Parlement de Provence, qui ont jugé que dans l'inſtitution, le mot de poſthume étant accompagné d'un terme taxatif qui reſtraint le mot de poſthume au temps préſent, ou à la préſente groſſeſſe, l'inſtitution tombe ſur le ſeul poſthume, qui eſt le fruit de cette groſſeſſe : *argumento legis eum certus*, *ff. de tritic. vino & oleo. legat.*

CHAPITRE LIV.

Du Teſtament fait en temps de Peſte.

ON ne peut à mon avis décider en theſe la queſtion du nombre des témoins requis dans les teſtamens faits en temps de peſte, parce qu'elle dépend des circonſtances différentes.

S'il falloit ſe régler par la diſpoſition de la loi *Caſus* 8,

cod. de teſtam. & la doctrine de Fachin, *controverſ. jur. lib.* 5. *cap.* 92. Sur cette loi, les teſtamens faits en temps de peſte, n'auroient d'autre privilege que de pouvoir être faits en préſence des témoins ſéparément convoqués l'un après l'autre, à cauſe de la difficulté de pouvoir les réunir ; mais le même nombre requis dans les autres teſtamens devoit s'y trouver. Toutefois cette opinion, qui n'eſt pas ſans fondement, (ſi l'on examine les raiſons dont ce Docteur l'appuie) n'a pas été ſuivie dans ce Parlement, quoiqu'elle ait été adoptée au Parlement de Paris, ſuivant les préjugés rapportés par Brodeau ſur Louet, lettre T, ſomm. 8. num. 10. les arrêts s'étant déterminés par un motif d'équité de diſpenſer cette eſpece de teſtament du nombre ordinaire des témoins ; mais comme les préjugés ont varié ſur ce point, & que les uns ont eſtimé le nombre de cinq témoins indiſpenſable dans ces teſtamens, ſuivant M. Dolive, liv. 5. chap. 2. les autres celui de deux ou trois témoins ſuffiſant, ſelon la remarque de Ferriere, *quæſt.* 543, *Guyp.* il faut examiner quel peut être le motif de cette variation, & de ce conflict apparent de déciſions.

Ce ſont les différentes circonſtances de temps qui ſont le fondement de cette contrariété de préjugés : mais ils ſont tous réglés par les mêmes principes ; en effet, il paroit par le langage de Dolive, que le motif de l'arrêt qu'il rapporte fut tiré par argument de la loi *ult. cod. de teſtam* qui réduit le nombre ordinaire des témoins à celui de cinq dans les teſtamens faits aux champs, à cauſe de la difficulté d'en trouver davantage ; & c'eſt le motif d'une plus grande pénurie de témoins dans un temps de contagion, plus violente ſans doute & plus calomnieuſe, qui ſert de fondement à l'opinion de ceux qui ont cru que le nombre de deux témoins ſuffiroit : *tamen*, dit Ferriere, *loco ſuprà, ſi tanta ſit vis morbi aut locus, vel urbs deſerta penè ſit, vel ſi fuerit difficile, teſtes cogere, puto teſtamentum coram duobus, aut tribus teſtibus fide tamen dignis, factum valere, & ita etiam judicatum fuit* ; Automne ſur la loi *ult. cod. de teſtam.* rapporte un ar-

rêt du Parlement de Bordeaux conforme, de même que Boyer, *déciſ.* 228.

Je crois ces deux opinions devoir être ſuivies dans la pratique ; ſçavoir, que quand il conſte par les circonſtances des lieux & des temps, que le teſtateur a pu avoir le nombre de cinq témoins, alors ce nombre eſt abſolument néceſſaire, par la raiſon que les diſpoſitions de derniere volonté les moins ſolemnelles, ne ſont pas diſpenſées de ce nombre, *leg. ult. cod. de codicill.* mais ſi au contraire le teſtateur ſe trouve dans les fâcheuſes conjonctures dont parle Ferriere, *D. loco*, alors il eſt de l'équité de ſe relâcher ſur le nombre des témoins, juſques à deux ou trois, *& ſi nihil facilè mutandum ſit ex ſolemnibus tamen, ubi æquitas evidens poſcit ſubveniendum eſt, leg.* 183. *ff. de reg. jur.* & cela avec d'autant plus de raiſon, que, ſelon les regles du droit divin & naturel, la préſence de deux ou trois témoins ſuffit pour la preuve & la ſolemnité des actes, *ſicut ſcriptum eſt, in ore duorum vel trium ſtet omne verbum, cap. relatum extra, de teſtam.* à quoi l'on peut ajouter que la néceſſité étant ſupérieure à toutes les loix, ſuivant l'obſervation de la gloſe, *in leg.* 5. *ff. de offic. proconſ. & in leg.* 1. *cod. de oper. libert.* de-là qu'elle ſe rencontre ſi preſſante, qu'un teſtateur frapé de peſte, voulant teſter, ne peut abſolument avoir plus de deux témoins, ſon teſtament doit valoir ; mais je crois que la déciſion doit demeurer reſtrainte à celui qui ſe trouve frapé lui-même, & dans le danger de périr ; car s'il eſt ſain, quoique dans une ville affligée de la contagion, rien ne le preſſe de teſter, & ne le diſpenſe par conſéquent de l'obſervation de la loi 8, *cod. de teſtam.* que le plus grand nombre des interpretes a regardée comme une déciſion à ſuivre dans cette matiere, ainſi que l'obſerve Brodeau au lieu cité.

¶ L'art. 33 & ſuivant de l'ordonnance, ont tranché toutes les difficultés qu'il pouvoit y avoir ſur le nombre des témoins requis en temps de peſte, & dont j'ai fait mention dans mes obſervations ; l'art. 33 porte en termes génér. des teſtamens faits en tems de peſte, ce qui comprend ſans doute

non-ſeulement ces teſtamens ; mais de ceux encore qui ſe trouvant dans l'enceinte des lieux où regne la contagion, quoique ſains, veuillent uſer de toute la liberté qu'ils ont pour faire leur teſtament, auquel ils peuvent procéder valablement, ſuivant l'art. 135, ſi le teſtament ou autres diſpoſitions à cauſe de mort, ſe trouvent datés, ſignés & écrits de la main de celui qui les aura faits, ſinon l'art. 33 exige, qu'en quelque pays que ce ſoit les teſtamens ſeront valables, ſi le teſtateur y a procédé en préſence d'un notaire & de deux témoins, ou de deux notaires ou de deux officiers de juſtice royale ou ſeigneuriale ou municipale, même pardevant l'un deſdits officiers avec deux témoins, ou en préſence du Curé de la paroiſſe ou du Vicaire, ou autres Prêtres chargés d'adminiſtrer les ſacremens aux malades, quand même il ſeroit régulier, & de deux témoins ; quand l'ordonnance dit que cette eſpece de teſtament ou autres diſpoſitions à cauſe de mort, aura lieu en quelque pays que ce ſoit, cela doit être entendu dans l'enceinte du Royaume, ſoit dans le pays régi par le droit écrit, ſoit dans les coutumes ou lieux régis par des ſtatuts particuliers ou locaux ; *Ferriere ſur Guypape, queſt.* 543, n'exigeoit que la préſence de deux témoins, l'ordonnance a ajouté à ces deux témoins l'autorité & la préſence d'une perſonne ayant un caractere public, & cela pour la plus grande ſureté de la diſpoſition ; que ſi le teſtateur ne peut ni ne ſçait ſigner, il en ſera fait mention par le notaire ou autre perſonne publique qui recevra la diſpoſition, & ſera tenu de la ſigner avec ces deux témoins ; mais la ſignature de ceux-ci, n'eſt requiſe que dans le cas que le teſtateur ne ſçaura ni ne pourra ſigner, & à la réſerve de ce cas, lorſque les témoins ou l'un d'eux déclareront qu'ils ne ſçavent ou ne peuvent ſigner, il ſuffira qu'il en ſoit fait mention en cette forme, *leſquels interpellés de ſigner la préſente diſpoſition, ont déclaré ne ſçavoir ou ne pouvoir à cauſe de telle indiſpoſition ;* c'eſt l'art. 28, pour les teſtamens militaires, que l'article 34 a adopté pour les diſpoſitions faites en temps de peſte ; au ſurplus les diſpoſitions, dont on vient de parler, demeure-

ront nulles 6 mois après que le commerce aura été rétabli dans le lieu où le teſtateur ſe trouvera, ou qu'il aura paſſé dans un lieu où le commerce n'eſt point interdit, ſi ce n'eſt qu'on eût obſervé dans leſdits actes les formes requiſes de droit commun dans le lieu où ils auront été faits, c'eſt l'art. 37. cet article prouve que la néceſſité étant ſupérieure à toutes les loix, ce n'eſt que par cette raiſon que le teſtament fait en temps de peſte, eſt diſpenſé de la ſolemnité des autres teſtamens, les conjonctures des temps & des lieux, & l'horreur qu'entraîne après ſoi la contagion ne permettant pas de les remplir dans toute l'étendue, devant ſuffire que la volonté du teſtateur ſoit conſtatée en la meilleure forme que les circonſtances permettent d'obſerver; mais la raiſon de néceſſité venant à ceſſer, le teſtateur ne peut ſe diſpenſer de remplir la forme ordinaire requiſe par le droit commun, enſorte qu'il doit s'imputer après les ſix mois expirés. de n'avoir point refait ſon teſtament.

CHAPITRE LV.

Du Teſtament Militaire.

Si le Teſtament retenu par l'Aumônier du Régiment a beſoin de réſomption des Témoins.

IL faut obſerver ſur cette matiere des teſtamens militaires que les avocats & les perſonnes privilégiées dont fait mention la loi *ult. cod. de inof. teſtam.* (quoique ſous la puiſſance paternelle) peuvent teſter du pécule *quaſi-caſtrenſe*, à l'exemple des officiers militans & des ſoldats, mais qu'ils ſont aſſujetis pour la forme des teſtamens, à ſuivre les ſolemnités preſcrites pour les diſpoſitions de derniere volonté des autres citoyens.

Il faut obſerver encore que les notaires & autres dont fait mention M. Maynard, liv. 5. chap. 1. & auxquels il attribue

bue le privilege de la loi déjà citée, ſont pourtant exclus de ce privilege ; parce qu'ils ne ſont point compris dans la diſpoſition de cette loi, qui, ſelon l'obſervation de la gloſe, eſt reſtrainte aux avocats & médécins ; ſur quoi Graverol ſur Larroche, liv. 6. *verbo Teſtam. art.* 4. remarque que le ſentiment de Maynard au lieu cité n'eſt pas ſuivi.

Graverol, *eod.* en parlant du privilege accordé aux avocats, dit, que par les arrêts de ce Parlement ces mêmes perſonnes dont fait mention Maynard, *loco ſuprà*, ne jouiſſent point du même privilege.

C'eſt en effet une maxime conſtante que les privileges ſont *ſtrictì juris*, & qu'ils ne reçoivent point d'extenſion ; enſorte qu'il faut borner celui-ci aux perſonnes compriſes dans cette loi, qui par leur profeſſion ſont réputées vraiment militantes, comme ſont les avocats, ſelon l'expreſſion des Empereurs dans la loi 14. *cod. de advocat. diverſ. judicior.* D'ailleurs comme la milice armée eſt une profeſſion toute noble : les privileges qui lui ſont attachés ne ſçauroient ſe communiquer qu'à des profeſſions qui s'allient parfaitement avec la nobleſſe, ſelon l'eſprit de la loi *ult. cod. de inoff. teſtam.*

L'arreſtographe donne pour maxime que le teſtament reçu par le Curé d'une paroiſſe, n'a pas beſoin de réſomption, étant réputé perſonne publique, ſuivant *l'art.* 63 *de l'ordonnance de Blois.* Cette maxime eſt vraie, & l'uſage du Parlement eſt tel, d'autoriſer les teſtamens reçus par les Curés, comme s'ils l'étoient par un notaire. L'ordonnance de Blois leur ayant donné par cet article un caractere public, ſuivant l'obſervation de Ferriere ſur la queſt. 543. Guypape, que l'on ſuit conſtamment dans les jugemens, quoiqu'Albert, lettre T, *verbo Teſtam. art.* 8 rapporte deux arrêts qui ont jugé que réſomption étoit néceſſaire dans les teſtamens reçus par les Curés ou Vicaires, & que ce Compilateur obſerve que l'ordonnance de Blois n'eſt point obſervée dans ce Parlement quant à ce point, ce qu'il ſemble qu'on peut établir ſur le langage de M. Maynard, liv. 5. chap. 5. où, en parlant des teſtamens reçus par les Curés ou Vicaires, il dit qu'on a cou-

tume dans le reſſort de la Cour de faire réſumer les témoins numéraires & le Curé qui a écrit le teſtament, devant le Juge à qui il appartient, ſur la vérité du contenu dans le teſtament.

Cette queſtion, qui auroit pu faire quelque doute avant l'édit de 1691, n'en fait plus aujourdhui; parce que les teſtamens reçus par les Curés & Vicaires des paroiſſes ſont autoriſés par cet édit; enſorte qu'il leur eſt enjoint d'en porter la minute ou original devers un notaire, pour que les parties en puiſſent tirer des expéditions collationnées par ce notaire.

L'ordonnance de Blois ni cet édit, ne faiſant point de diſtinction des lieux, ni d'exception pour les pays de droit écrit, doivent être reçus indiſtinctement par tout le Royaume. L'article 63 de l'ordonnance de Blois ne faiſant d'exception que pour les ſolemnités & communes obſervances des lieux, auxquelles cet article n'entend déroger, ce qui tombe ſur la forme des teſtamens différente quant au nombre des témoins dans les différens lieux, & c'eſt à quoi l'article n'entend rien innover; mais cette exception ne peut tomber ſur la perſonne des Curés ou Vicaires, puiſque l'ordonnance les ſubſtitue formellement & expreſſément au lieu & place des notaires, & que leur préſence, tout comme celle des notaires, n'eſt pas requiſe pour la ſolemnité de l'acte, mais pour la preuve & pour diſpenſer les héritiers de recourir à la réſomption comme dans les circonſtances, où le teſtament nuncupatif n'a pas été rédigé.

¶ Notre ordonnance concernant les teſtamens contient pluſieurs articles qui tranchent bien de difficultés au ſujet des teſtamens militaires, 1°. L'article 27 porte, que *les teſtamens, codicilles ou autres diſpoſitions à cauſe de mort de ceux qui ſervent dans les armées en quelque pays que ce ſoit, pourront être faits en préſence de deux notaires, ou d'un notaire ou tabellion en préſence de deux témoins, ou en préſence de deux officiers; ſçavoir les majors & les officiers d'un rang ſupérieur, les prévôts des camps & armées, leurs lieutenans ou greffiers,*

& les commiſſaires des guerres, ou de l'un deſdits officiers avec deux témoins, & en cas que le teſtateur ſoit malade ou bleſſé, il pourra auſſi faire ſes dernieres diſpoſitions en préſen- d'un des aumôniers de nos troupes ou des hôpitaux, avec 2 tém. & ce encore que leſd. aumôniers fuſſent régul. de ceux qui ſervent dans nos armées, c'eſt-à-dire, des officiers ou ſoldats actuellement ſervans, tant dans les armées de terre, que de mer, ſervant même dans l'intérieur de l'état, ſi le cas échéoit de troubles & de guerres civiles ou d'irruptions d'ennemis, que ce ſoit officiers ou ſoldats de troupes réglées ou milices; car ceux-ci ſont également militans, dès qu'ils décampent ou qu'ils ſuivent leur drapeau, & ſont ſous les armes contre l'ennemi; mais il faut que leurs teſtamens ſoient faits à la guerre: c'eſt-à-dire, pendant la campagne, ſoit dans le camp, ſoit lorſque les armées ſont en préſence, ſoit dans les marches, *quatenùs militant & in caſtris degunt, ad §. ſed hactenus, inſtit. de militari teſtam.* car ſi le ſoldat ou l'officier ſe trouve dans ſa marche paſſant par une ville de l'intérieur du Royaume pour aller joindre l'armée, vînt à y faire ſon teſtament, il ne pourroit valoir comme teſtament militaire, & le teſtateur ſeroit aſſujeti à remplir la forme du lieu preſcrite par la loi du pays.

2°. Le teſtament militaire pouvoit être fait, ſuivant le droit écrit, en préſence des témoins, ſans aſſiſtance de notaire ou d'officier, & la preuve vocale en étoit reçue, *id privilegium quod militantibus datum eſt in quoquo modo facta ab iis teſtamenta rata ſint, ad §. planè, inſtit. de milit. teſtam.* mais par l'article 28, le teſtament militaire doit être rédigé par écrit & ſigné par le teſtateur, s'il ſçait ou peut ſigner, & en cas qu'il déclare ne ſçavoir ou ne pouvoir le faire, il en ſera fait mention par celui qui rédigera ſa volonté, qui ſignera l'acte avec les témoins, ſans néanmoins qu'il ſoit néceſſaire d'appeller des témoins qui ſçachent ou qui puiſſent ſigner, ſi ce n'eſt lorſque le teſtateur ne ſçaura ou ne pourra le faire, & à la réſerve de ce cas, lorſque les témoins ou l'un d'eux déclareront ne ſçavoir ou ne pouvoir ſigner, il

ſuffira d'en faire mention, il faut qu'il ſoit fait mention par l'officier qui rédigera le teſtament militaire ſigné par le teſtateur, de la préſence des témoins, de leur nom & qualité, & qu'ils ont déclaré ne pouvoir ni ne ſçavoir ſigner; c'eſt par un privilege ſpécial ou par la néceſſité du lieu, que l'ordonnance diſpenſe ici les témoins numéraires, lorſque le teſtateur a appoſé ſa ſignature au teſtament; & l'art. 29 déclare la validité des teſtamens ou autres diſpoſitions à cauſe de mort faits militairement, s'ils ſe trouvent écrits, datés & ſignés de la main du teſtateur; l'art. 30 porte que la diſpoſition des art. 17, 18 & 19, n'aura lieu qu'en faveur de ceux qui ſeront actuellement dans l'expédition militaire, ou en quartier & en garniſon hors du Royaume, ou priſonniers chez les ennemis; car dans ces dernieres conjonctures, les officiers, les ſoldats, ſont réputés être dans l'expédition militaire, comme s'ils ſe trouvent dans une place aſſiégée ou dans une citadelle bloquée par l'ennemi, ou dont la communication ſe trouve interrompue à cauſe d'une guerre dans le cœur du Royaume; mais ſi le ſoldat ou l'officier étoit en quartier d'hyver dans une place du Royaume, il ſeroit aſſujeti à la forme des teſtamens paganiques ou ordinaires; l'art. 31 communique le privilege du teſtament militaire à ceux qui, n'étant ni officiers ni engagés dans les troupes du Roi, ſe trouveront à la ſuite des armées ou chez les ennemis, à cauſe de leur emploi ou fonctions, ſoit pour le ſervice qu'ils rendent aux officiers, ſoit à l'occaſion de la fourniture des vivres & munitions des troupes.

Cet article renferme tout ce qu'il y a de gens néceſſaires au corps de l'armée, ou qui lui ſont ſuite à l'occaſion du ſervice; mais les teſtamens de cette claſſe de gens, ou autres diſpoſitions de derniere volonté, ſont ſans effet ſix mois après que le teſtateur ſera revenu dans un lieu où il pourra avoir la liberté de teſter en la forme ordinaire, ſi ce n'eſt que la diſpoſition eût été faite dans les formes qui ſont requiſes de droit commun dans les lieux où elle aura été faite.

A l'égard des teſtamens faits militairement par les officiers

ou ſoldats, ils ſubſiſtent & doivent produire leur effet, quoique le teſtateur revienne de l'armée pour prendre dans le cœur du Royaume un quartier d'hyver, & qu'il ſoit dans un lieu peuplé où il ait la liberté & la commodité de faire une nouvelle diſpoſition ſuivant le droit commun ; car l'art. 31 doit demeurer reſtraint ſuivant la maxime, aux perſonnes y énoncées, & il renferme donc excluſion pour tous autres.

Mais ſi le ſoldat a eu ſon congé, & que l'officier ait quitté le ſervice, & que l'un & l'autre ſe retirent dans leur maiſon, le teſtament militaire ſubſiſtera-t-il ?

Je crois qu'il faudra ſuivre la diſpoſition du droit écrit & la déciſion de l'Empereur *ad §. ſed hactenus, inſtit.* en déclarant de nul effet & valeur le teſtament après l'année de leur retraite ; mais tant que le ſoldat demeure au ſervice du Roi, le teſtament militaire doit ſortir à effet ; enſorte que, venant à décéder ſans avoir révoqué ce teſtament, il en faut ſuivre les diſpoſitions, y ayant bien de la différence entre le teſtament des perſonnes énoncées dans l'article 21, qui ne peut produire aucun effet après les ſix mois, que ces mêmes perſonnes ſont revenues dans un lieu où elles ont la liberté de teſter en la forme ordinaire ; la raiſon en eſt, que ces perſonnes ne ſont pas engagées par état dans les armées du Roi, qu'elles ne ſont à leur ſuite que par accident, & qu'elles ne ſont pas réputées militantes, au lieu que le ſoldat eſt réputé tel, & doit jouir du privilege annexé à la milice armée de pouvoir teſter ſans ſolemnité, tant qu'il eſt ſous l'étendart, *& inter numeros*, & l'effet même de ſon teſtament militaire ſubſiſte, *intra annum miſſionis*, après qu'il a été licentié ou congédié des troupes.

L'ordonnance, en exigeant la preuve par écrit pour le teſtament militaire, s'eſt conformée à l'ordonnance de Moulins, ſuivant laquelle les arrêts du Parlement de Paris, ont déclaré nuls les teſtamens nuncupatifs faits par les officiers qui ſont à l'armée ; Lebret en ſes déciſions, liv. 3, ch. 4, en rapporte un donné à l'audience de la grand'chambre, ſuivant ſes concluſions, par lequel le teſtament nuncupatif fait

par le capitaine Landri au ſiege de Soiſſons fut déclaré nul ; & Brodeau ſur Louet, lettre T, ſomm. 8, n°. 4, remarque que cela ſe juge ainſi, ſuivant l'ordonnance de Moulins, qui exclut toute preuve par témoins, ce que le Parlement de Paris a étendu aux diſpoſitions de derniere volonté.

Il y a pourtant une diſtinction à faire ici entre les biens militaires & les biens paganiques, les militaires ſont ceux que les ſoldats & officiers ont à la guerre, & qui ſont deſtinés pour cet uſage, comme les chevaux, leurs équipages, leurs habits, leur vaiſſelle d'argent, l'argent monnoyé ; & enfin les différens effets mobiliaires qui ſuivent leur train, les biens paganiques ſont les meubles ou immeubles qu'ils ont ſitués ailleurs que dans le camp ou dans le ſiege des villes, & par-tout où ils ſe trouvent *in expeditione*.

Il étoit d'uſage que les officiers & ſoldats pouvoient faire des diſpoſitions nuncupatives & verbales pour les biens militaires de la premiere eſpece, dont nous venons de parler, & cela pardevant l'aumônier du régiment ou quelqu'un de leurs commandans & de deux témoins, lors qu'ils ſe trouvoient *in procinctu*, & prêts à combattre, *aut in expeditione* ; & la diſpoſition ainſi faite avoit ſon effet, ſi le ſoldat étoit tué dans le combat, mais non autrement, la nouvelle ordonnance n'eſt point entrée dans cette diſtinction, que les Auteurs françois, qui ont exigé la preuve écrite du teſtament militaire, avoient pourtant faite ; diſtinction qui étoit adoptée par les arrêts du Parlement de Paris, qui rejettoient pourtant tout teſtament nuncupatif, & l'on peut croire que l'ordonnance n'ayant point dérogé expreſſément à cette diſtinction, elle pourroit être ſuivie dans les jugemens, par la raiſon que la diſpoſition de cette eſpece de meubles ſe fait proprement par la ſimple tradition, *& ſolo nutu*, & qu'il ſuffit d'en faire la preuve par témoins, comme l'on ſeroit admis à la faire des faits qu'on articule ; ce qui n'a rien de contraire à l'ordonnance de Moulins, qui n'a point exclu la preuve par témoins pour les faits.

J'ajoûte ici à l'obſervation que j'ai déjà faite ſur le pécule

quaſi-caſtrenſe, dont il eſt fait mention dans la loi *ult. cod. de inoff. teſtam.* & duquel le fils de famille peut teſter, que le mot d'*archiatri* employé dans cette loi, s'entend parmi nous, non de toute ſorte de médécins, mais ſeulement de ceux du Roi; parce qu'ils ſont militans *in palatio Principis*, & qu'on doit les ranger, *non inter togatam militiam*, qui eſt celle du Palais, & qui regarde ſeulement les officiers de juſtice & les avocats, mais *inter palatinam militiam*, qui eſt la quatrieme eſpece de milice, la maiſon du Prince, n'y ayant de milice proprement dite que celle des armes; les autres, comme ſont *militia forenſis*, *militia ſacra*, *& militia palatina*, n'étant qu'à l'inſtar de la premiere & par parité de raiſon; & voilà pourquoi on les qualifie *militiæ quaſi caſtrenſes*; Mornac ſur la loi 9, *cod. de profeſſ. & medic.* obſerve que le mot d'*archiatri*, s'entend parmi nous des médécins du Roi ſeulement, & ſi les autres médécins qui exercent le même art libéral, ne ſont pas admis au même privilege, comment donc pouvoir prétendre communiquer ce privilege à des emplois dérogeans à nobleſſe, tels que ſont ceux dont parlent tous nos Auteurs françois; ſur quoi l'on peut voir Guypape, queſt. 388. n'. 9 & 10; Loiſeau, des ordres, chap. 5. n'. 106. & des offices, liv. 1. chap. 8. n'. *Dumoulin in tract. de magiſtr. roman. n'.* 30; *Mornac in lege* 5, *cod. de decurion. & Cujas*, & après eux Boutaric dans ſes Inſtitutes du Droit françois, liv. 1. tit. 3 & 4, les privileges ſont *ſtricti juris*: c'eſt ce qu'on peut recueuillir de la loi citée, qui n'admet aux privileges de teſter du pécule que les militans *in utraque militia*, & c'eſt ce que les arrêts de ce Parlement ont déterminé, ſans s'arrêter à l'opinion ſinguliere de ceux qui par une lâche ou intéreſſée condeſcendance, ont fait dans leurs ouvrages extenſion de ces mêmes privileges à des emplois ou des offices dérogeans, & dont fait mention Guypape avec les autres Auteurs déjà cités.

Venant aux teſtamens reçus par les Curés ſéculiers ou réguliers des paroiſſes; l'ordonnance de 1735, art. 25, les

adopte, pourvu que les Curés ſoient autoriſés expreſſément par les coutumes & uſages de leurs paroiſſes, & qu'ils procedent ſur le fait dans l'étendue des mêmes paroiſſes, en y appellant avec eux deux témoins; le Curé peut donc remplir la place du notaire, & faire dans le lieu les mêmes fonctions, s'il s'y trouve autoriſé par la coutume de la paroiſſe, & y procéder aſſiſté de deux témoins, ce qui doit être entendu, ſi telle eſt la coutume du lieu, que deux témoins ſuffiſent pour la validité du teſtament; car le Curé n'a pas plus de privilege à cet égard, que le notaire qui ne peut procéder qu'avec ſix témoins dans le pays, où tel eſt l'uſage d'appeller le nombre requis par *l'art.* 5.

Suivant l'art. 290 de la coutume de Paris, les Vicaires des paroiſſes ayant lettres de Vicariat, duement régiſtrées au greffe royal, & autoriſés à recevoir les teſtamens des paroiſſiens, tout comme le Curé; mais ils en ſont exclus par l'art. 25 déjà cité, n'y ayant que les Prêtres ſéculiers prépoſés par l'Evêque à la deſſerte de la paroiſſe qui ayent ce droit, & les Prêtres n'ont beſoin que du mandement de l'Evêque expédié pour la deſſerte de la Cure, ſans autre formalité; cette faculté accordée aux Curés, doit être entendue des teſtamens de leurs paroiſſiens ſeuls, mais non d'un étranger qui ſe ſeroit tranſporté par affectation dans la paroiſſe pour y faire ſon teſtament; autre choſe ſeroit ſi par accident cet étranger y étant tombé malade, étant décédé & inhumé dans cette paroiſſe, avoit fait ſon teſtament pardevant le Curé; car alors & dans ces circonſtances cet étranger eſt réputé paroiſſien.

L'art. 26 porte, que le Curé ou les délibérans ſeront tenus incontinent après la mort du teſtateur, s'ils ne l'ont fait auparavant, de dépoſer le teſtament ou autre diſpoſition de derniere volonté chez le notaire ou tabellion du lieu, & s'il n'y en a point, chez le plus prochain notaire royal, dans l'étendue du bailliage ou ſénéchauſſée dans l'étendue de laquelle la paroiſſe eſt ſituée, ſans que leſdits Curés ou Deſſervans puiſſent en délivrer aucune expédition aux parties, à peine

peme de nullité deſdites expéditions & des dommages & intérêts des notaires, & des parties qui pourroient en prétendre, ce qui prouve que le ſalaire dû à raiſon de la confection du teſtament, regarde uniquement le notaire, & il n'eſt pas douteux, qu'en cas de refûs de la part du Curé de faire la remiſe ou le dépôt du teſtament qu'il a reçu, conformément à l'article 26, il ne pût être contraint par corps comme dépoſitaire public, & pour dépôt néceſſaire, ſuivant l'art. 4, du tit. 34 de l'ordonnance de 1667, & cette contrainte doit être décernée par le Juge laïque, le Curé tenant alors la place d'un Notaire.

Le deſſervant eſt aſſujeti à la même contrainte, par la raiſon qu'il demeure ſubſtitué à la place du Curé, ou en cas d'abſence de celui-ci, ou de vacance de la cure.

CHAPITRE LVI.

Du Teſtament mutuel.

LE 6 Novembre 1698, Pierre Peiraube Bonaud & Catherine Favede mariés, firent un teſtament réciproque, par lequel ils s'inſtituerent mutuellement, à la charge par le ſurvivant de rendre l'entier héritage & leurs biens à Marguerite Bonaud leur fille, épouſe du ſieur Michel.

Pierre Peiraube Bonaud étant décédé le premier, Catherine Favede ſon épouſe, ayant joui de l'hérédité pendant pluſieurs années, fit une donation univerſelle par contrat de mariage, en faveur du ſieur Goleri fils du premier lit de ladite Marguerite Bonaud, par acte du 10 Septembre 1716, par où elle contrevint à la diſpoſition du teſtament mutuel.

Cette contravention ayant fait la matiere d'un procès, & l'inſtance ayant été portée devant les ordinaires d'Alais, dont l'appel fut porté devant le Juge d'Appeaux de la même ville, ſur l'appel des ſentences, la Cour rendit ſon arrêt le 28 Août 1717, en la troiſieme chambre des Enquêtes, au

rapport de M. de Trenqualye, qui met l'appellation & ce dont avoit été appellé au néant, en ce que le Juge d'Appeaux avoit confirmé la ſentence des Ordinaires, qui condamne Michel à délaiſſer les biens de Pierre Peiraube Bonaud, & réformant, condamne leſdits Fauvede & Goleri a délaiſſer à ladite Marguerite Bonaud l'entiere hérédité dudit Pierre Peiraube Bonaud, avec reſtitution des fruits depuis la donation faite en faveur dudit Goleri le 10 Septembre 1716.

Cet arrêt juge que cette veuve s'étoit rendue indigne de la ſucceſſion teſtamentaire de ſon mari, par ſa contravention à ſa diſpoſition dans leur teſtament mutuel, & qu'elle en devoit même reſtituer les fruits depuis cette contravention, *argumento, leg. 2. §. item ſi quis, ff. quæ ut indign.*

¶ L'uſage de cette eſpece de teſtamens eſt abrogé par l'art. 77 de la nouvelle ordonnance concernant les teſtamens, non-ſeulement entre le mari & la femme, mais encore entre tous autres, les codicilles ſont ſoumis à la même loi, les donations mutuelles à cauſe de mort demeurant exceptées juſques à ce qu'il y ait été autrement pourvû.

CHAPITRE LVII.

De ceux qu'il faut appeller à la faction de l'Inventaire.

LE préſident Faber, *in ſuo cod. tit. de jur. delib. tit.* 11. *deffinit.* 26, expliquant cette maxime, qui veut que tous ceux qui ont intérêt ſoient appelés à la confection de l'inventaire du défunt, dit qu'il n'eſt pas néceſſaire de les appeller chacun en particulier, mais en général par un cri public à jour & heure certaine, *ſufficit enim vocatos eſſe generaliter, omnes voce præconis certamque iis in hanc rem, diem & horam diei.*

Ce qui a lieu, ajoûte-t-il à l'égard des créanciers qui ne ſont pas certains & connus; car ceux qui ſont connus doivent néceſſairement être appelés en la perſonne d'un pour

tous, ſi leur intérêt eſt commun ; & telle eſt l'opinion des autres Docteurs, qui regardent comme une nullité de l'inventaire le défaut de convocation deſdits créanciers ; *Baſtel*, *tom.* 1. *liv.* 5. *tit.* 4. *chap.* 5, rapporte un arrêt de Grénoble qui l'a ainſi jugé, cette pratique n'eſt pourtant pas ſuivie à la rigueur dans le reſſort de ce Parlement ; mais les créanciers qui n'ont pas été appelés peuvent impugner l'inventaire, & relever les omiſſions ou latitations qui peuvent avoir été faites par l'héritier, au préjudice de leurs créances, ou requerir un ſecond inventaire ; pour ce qui concerne les légataires & fidéicommiſſaires compris dans le teſtament contenant inſtitution, comme ils doivent être connus de l'héritier inſtitué, ils doivent par lui être appelés à la confection de l'inventaire, à peine de nullité, ſuivant l'auth. *ſed cum teſtator*, *cod. ad leg. falcid. & Cujac. ibi.* le fidéicommiſſaire doit non-ſeulement être appellé par l'héritier grevé à la confection de l'inventaire, mais il peut même contraindre cet héritier à y faire procéder en la forme preſcrite par l'art. 1 & ſuivans du titre 2 de l'ordonnance de 1747, concernant les ſubſtitutions ; l'art. 1 porte, qu'après le décès du ſubſtituant il ſera procédé dans le temps porté par les ordonnances & dans les formes ordinaires, à l'inventaire de ſes effets, à la requête de l'héritier inſtitué ou légitime, & faute par ledit héritier d'y ſatisfaire, dans le cas où la ſubſtitution ne ſeroit pas faite en ſa faveur, celui qui devra recueuillir les biens ſera tenu de faire procéder audit inventaire, en y appellant ledit héritier ou légataire univerſel, & en cas de négligence des ſuſnommés, il ſera procédé à l'inventaire à la requête du procureur du Roi ; l'inventaire ſera fait par un notaire royal, en préſence du premier ſubſtitué, s'il eſt majeur ; ou de ſon tuteur ou curateur, s'il eſt pupille, mineur ou interdit ; ou, ſi la ſubſtitution eſt au profit d'un corps eccléſiaſtique ou laïque, en préſence du ſindic ; s'il arrive que le fidéicommiſſaire ſoit ſous la puiſſance du pere héritier grevé, il lui ſera pourvu de tuteur ou curateur, & s'il n'eſt pas encore né, il ſera nommé un curateur à la ſubſtitution, qui aſſiſtera à l'in-

ventaire : rien n'eſt donc plus précis que les diſpoſitions de l'ordonnance, pour marquer la néceſſité d'appeller les ſubſtitués ou fidéicommiſſaires à la confection de l'inventaire.

L'art. 6 porte, que lors qu'il y aura lieu de faire l'inventaire en juſtice, ſuivant les regles obſervées en cette matiere, il ne pourra y être procédé que d'autorité du bailliage ou ſénéchauſſée reſſortiſſant nuement au Parlement, dans le reſſort duquel étoit le domicile du ſubſtituant, auquel cas l'inventaire ſera fait en préſence du procureur du Roi audit ſiege, outre les perſonnes ſus-énoncées.

CHAPITRE LVIII.

De la jouiſſance des biens d'un abſent.

LA loi préſume un homme vivant pendant l'eſpace de 100 ans, *leg. an uſufructus, ff. de uſufruct.* enſorte que pour détruire cette préſomption de droit, il faut rapporter la preuve du contraire, & de la mort, *gloſſa in leg. 2. §. ſi dubitetur, ff. teſtam. quemadm. aperiant.* d'où il faut conclure que pendant cet eſpace de temps on ne peut ordonner un partage abſolu des biens de l'abſent ; mais ſeulement proviſionnel pour la conſervation des biens : c'eſt à quoi les arrêts ont eu ſoin de pourvoir les uns après neuf ans d'abſence, les autres après dix ans révolus, en baillant les biens de l'abſent au plus proche parent, à la charge de cautionner d'en faire la reſtitution en cas de retour ; Chenu ſur Papon, liv. 15. tit. 7. art. 6, rapporte les arrêts qui ont ordonné ce partage proviſionnel après 9 ans d'abſence ; Albert, lett. A, *verbo* abſence, art. 8, en rapporte un de ce Parlement du 13 Mai 1661, qui n'ordonna ce partage qu'après dix ans d'abſence, ce qui fut jugé plus recemment ainſi au Parlement de Bordeaux le 21 Janvier 1700, ſelon l'arrêt mentionné en la note ſur Lapeirere, lettre P, *verbo* partage, rendu en la cauſe du ſieur Beauregard.

Je croi cette derniere déciſion plus conforme aux maximes du droit, ſelon leſquelles l'eſpace de dix ans, étant réputé *longum tempus*, *inſtit. de uſu cap. & leg. fin cod. de preſcript. long. temp.* il ſemble qu'on ne peut regarder un homme abſent de long-temps qu'après cet eſpace, & conſéquemment qu'on ne peut ordonner de partage de ſes biens avant ce temps, les choſes devant demeurer en ſuſpens par une préſomption de retour de l'abſent : ainſi voit-on que l'Evêque ne permit à une femme de convoler à de ſecondes nôces, qu'après dix ans d'abſence de ſon mari, ſans en avoir eu des nouvelles, *cap. per latum, extra qui filii ſint legitimi.* Sur cette queſtion de partage proviſionnel des biens de l'abſent, il faut obſerver que quand l'abſent a laiſſé avant ſon départ une procuration à l'un de ſes plus proches ſucceſſeurs *ab inteſtat*, il doit être préféré aux autres cohéritiers pour la jouiſſance proviſoire, ſuivant l'arrêt de ce Parlement, rapporté par Maynard, liv. 7. chap. 95.

Je croi enfin que quand il ſe trouve un héritier inſtitué par l'abſent, il lui faut adjuger irrévocablement les biens après cent ans de vie de cet abſent, & que ceux à qui la proviſion a été adjugée doivent lui en faire la reſtitution ou aux ſubſtitués ; parce qu'il faut que la volonté de celui que la loi préſume mort après cet eſpace, ſorte à effet, ſans que par le ſecours d'une poſſeſſion plus que trentenaire, les plus proches qui ont eu la proviſion, puiſſent prétendre ſe mettre à l'abri de cette reſtitution, parce qu'ils n'ont qu'une poſſeſſion précaire, & qu'on ne peut preſcrire contre ſon propre titre, par quelque laps de temps que ce ſoit.

Il y a un arrêt du 4 Mars 1689, de la premiere chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Prohenques, dans la cauſe de Geraude Roffies, & les tiers-poſſeſſeurs des biens qui lui étoient ſubſtitués, qui jugea qu'Antoine Fort héritier grevé de rendre, abſent depuis 66 ans, & qui lors de ſon départ avoit 25 ans, n'étoit pas préſumé mort, quoiqu'il dût avoir 92 ans, & ſur ce fondement il fut ordonné que les tiers-acquereurs des biens demeureroient en poſſeſſion, &

qu'après la centieme année de l'héritier grevé, ils en feroient la reſtitution au fidéicommiſſaire.

Il faut conclure de la diſpoſition de cet arrêt, que ſi le fidéicommiſſaire (à qui la reſtitution de l'hérédité doit être faite) vient à décéder avant la centieme année de l'héritier grevé qui a fait l'aliénation, les tiers-acquereurs des biens ne peuvent être inquiétés, à moins que les héritiers de ce fidéicommiſſaire n'établiſſent la preuve du décès de l'héritier grevé, arrivé avant celui du fidéicommiſſaire, & que la ſubſtitution avoit été ouverte en ſa faveur; ce qui eſt conforme au ſentiment de Ricard, tom. 2, des diſpoſitions conditionnelles, *num.* 365 & ſuivans.

Quoique la loi préſume un homme vivant pendant 100 ans, dix années d'abſence, ſans avoir reçu de nouvelles de l'abſent, donnent lieu de croire qu'il peut être mort; enſorte que ces héritiers *ab inteſtat*, ne peuvent de leur chef demander la maintenue aux biens qui lui ſont échus depuis ſon abſence par l'ouverture d'une ſubſtitution, & que l'héritier de l'héritier grevé doit avoir la jouiſſance proviſoire de ces biens, à la charge de donner caution de repréſenter les fonds & les fruits, quand & à qui il appartiendra: c'eſt ainſi que cela fut jugé en la troiſieme chambre des Enquêtes, au rapport de M. l'Abbé de Mariotte le 23 Juillet 1727, entre Marianne Verlhac & Marie Cannac.

CHAPITRE LIX.

Si l'héritier chargé de rendre à un d'entre pluſieurs, à ſon choix, après qu'il s'eſt déclaré chargé verbalement de rendre à celui des éligibles qu'il vient à nommer, peut enſuite en élire un autre.

L'Article 64 de l'ordonnance de 1735, concernant les teſtamens, rejette toute variation dans l'élection, lorſque celui qui aura été chargé d'élire aura déclaré ſon choix,

par contrat de mariage ou par un acte entre-vifs, accepté par celui qui aura élu dans la forme preſcrite pour l'acception des donations, par l'ordonnance du mois de Février 1731; cet article confirme formellement l'arrêt du 20 Juin 1713, rapporté dans ce chapitre, dans l'eſpece d'une donation entre-vifs, faite par une mere à l'un de ſes enfans éligible; l'élection ainſi faite dans un acte irrévocable de ſa nature, doit être irrévocable étant acceptée; ce qui eſt conforme aux principes de la donation entre-vifs, qui eſt un contrat obligatoire de part & d'autre : cette ordonnance ne déroge point à cette élection tacite, qui ſe fait par l'inſtitution d'héritier d'un des éligibles; mais dans cette élection on peut varier par la nature de l'acte où elle eſt contenue, puiſque tout teſtament eſt révocable, *uſque ad ultimum vitæ ſpiritum.*

L'art. 62 ne donne point d'extenſion à l'élection, il la reſtraint au contraire à un degré marqué par le teſtateur; enſorte que l'un des enfans du teſtateur étant éligible, l'élection ne peut être portée ſur la tête des petits-enfans ou deſcendans, encore que tous les éligibles du premier degré fuſſent décédés, auquel cas le droit d'élection demeurera caduc & éteint, à moins que le teſtateur n'en eût autrement diſpoſé.

Le droit d'élection étant conſommé, lors qu'elle ſe trouve faite dans les circonſtances marquées par l'art. 64, il n'y a plus lieu à la révocation, quand même l'élection auroit été faite par anticipation, & avant le temps déſigné par le teſtateur, à moins qu'il n'y eût prohibition expreſſe du teſtateur de faire le choix avant le terme par lui déſigné, & dans ces circonſtances l'élection ne ſera irrévocable qu'après l'expiration du terme; c'eſt l'art. 65 : on défere toujours à la volonté d'un teſtateur, *loquatur teſtator, & lex erit.*

Il eſt à remarquer que quoique le fidéicommis ne puiſſe être reſtitué, ſuivant la nouvelle ordonnance ſur les ſubſtitutions, avant le temps; au préjudice des créanciers, toutefois l'élection peut être faite par anticipation au préjudice des

créanciers de l'héritier; la raiſon en eſt, que l'élection ne confere proprement aucun droit de jouiſſance à l'égard des biens, & qu'elle conſiſte dans un fait qui n'intéreſſe point les créanciers de celui qui exerce ce droit, & qui en peut uſer, quoique dépouillé de ſes biens, non-ſeulement par une diſtribution générale, mais même par une mort civile, l'élection étant *magis facti quam juris*, *& nudum miniſterium*, comme je l'ai dit ailleurs; au lieu que l'héritier grevé, étant réputé par nos loix *hæres & dominus*, *leg. ſubſtitutio*, *ff. de acquir. rer. domin.* fait préjudice à ſes créanciers en reſtituant par anticipation un fidéicommis dont il a droit de jouir, & dont il peut devenir le maitre irrévocable par le prédécès du fidéicommiſſaire.

CHAPITRE LX.

De l'élection tacite.

PAr arrêt de la deuxieme des Enquêtes, rendu au rapport de M. de Comere au lieu de M. de Lasbordes le 20 Juillet 1713, en faveur du ſieur Figueri aîné, contre le ſieur Figueri ſon frere puîné; ledit ſieur de Figueri aîné fut maintenu au quart des biens donnés par ſa mere dans ſon contrat de mariage, en faveur d'un des enfans qui en ſeroient procréés, qu'elle éliroit, & en défaut d'élection, en faveur de l'aîné, quoique la mere eût inſtitué le ſieur Figueri puîné ſon héritier univerſel, ſans toutefois nommer expreſſément pour recueuillir l'effet de la donation contractuelle; & par-là il a été jugé que l'élection tacite compriſe dans l'inſtitution univerſelle ne produit point cet effet de déroger à une nomination expreſſe de l'aîné, faite dans le contrat de mariage de ſes pere & mere, & qu'il n'y a que l'élection expreſſe qui puiſſe l'emporter; ce qui eſt fondé ſur l'arrêt rapporté par Albert, *verbo* ſubſtitution, art. 2, dont le motif eſt pris de cette maxime que *proviſio hominis facit ceſſare proviſionem legis.*

La

La raiſon qui fait ſubſiſter l'élection tacite faite par l'héritier grevé de rendre, (quoique l'inſtitué par cet héritier répudie ſon hérédité) eſt priſe de ce que l'élection au fidéicommis eſt un pur fait de l'héritier grevé, & n'a rien proprement de commun avec ſes droits héréditaires, *eſt magis facti quàm juris*, ſelon l'expreſſion des intepretes. Voilà pourquoi le déportat, ou parmi nous, le banni à perpétuité (quoiqu'incapable de ce qui eſt de droit civil) eſt néanmoins habile à élire au fidéicommis dont il eſt grevé, *leg. cum pater, §. hæreditatem, ff. de leg. 2°.*

On peut alléguer ici une autre raiſon de décider, c'eſt que l'élection ſe fait *judicio defuncti*, & en exécution de la diſpoſition du ſubſtituant, au lieu que l'inſtitution aux biens propres de l'héritier grevé qu'il élit, émane de ſa ſeule diſpoſition; ce qui fait que l'inſtitué tacitement élu par cette inſtitution, peut la répudier, parce qu'elle part d'une autre main que l'élection, celle-ci tirant ſa force du teſtament contenant ſubſtitution, & l'autre au contraire étant propre & particuliere au teſtament de l'héritier grevé.

CHAPITRE LXI.

Si la ſubſtitution faite au légataire étranger, s'il décede en pupillarité, comprend la vulgaire.

LA nouvelle ordonnance concernant les ſubſtitutions, n'a pas touché à ce qui fait la matiere de ce chapitre; cette ordonnance ne tombe que ſur les fidéicommis, & il s'agit ici d'une ſubſtitution faite *verbis directis*; l'arrêt du 11 Mai 1667 eſt conforme aux principes du droit; & en effet, le pere ſeul peut ſubſtituer pupillairement à l'enfant qu'il a en ſa puiſſance, & cette ſubſtitution renferme la vulgaire tacite, *in caſum non aditæ hæreditatis, & ſi hæres non erit, inſtit. de vulgar. ſubſtit.* & le cas du décès du pupille, *intra pupillares annos, cod. de pupillari ſubſtit.* or dans le cas de

la vulgaire expreſſe qui renferme la pupillarité tacite, c'eſt le teſtament du pere qui le fait pour ſon fils pupille, *quo caſu ſi quidem non extiterit hæres filius, tunc ſubſtitutus patri fit hæres*, & il n'y a que le pere, qui a le fils en ſa puiſſance, qui puiſſe comprendre ſous cette ſubſtitution vulgaire la pupillaire tacite, *nam moribus inſtitutum eſt, ut cum ejus ætatis, filii ſint, in quâ ipſi teſtamentum facere non poſſint, parentes eis faciant, ff. tit. de pupill. ſubſtit.* d'où il faut conclure que la pupillaire expreſſe ne comprend jamais la vulgaire tacite, que lorſque la ſubſtitution émane d'un pere qui a le fils en ſa puiſſance, cette faculté n'étant pas accordée ni à la mere, ni à un teſtateur collatéral ou étranger; ainſi le pupille venant à prédécéder le teſtateur étranger, *intra pupillares annos*, la vulgaire tacite compriſe ſous la pupillaire expreſſe n'a pas lieu, & la ſubſtitution devient caduque.

CHAPITRE LXII.

Si ce que l'héritier a par ſon induſtrie, à l'occaſion des biens ſubſtitués, appartient au fideicommiſſaire.

IL n'y a pas de doute que ce que l'héritier grevé acquiert dans les contrats qu'il paſſe à raiſon du fidéicommis, ne lui appartienne comme le fruit d'une induſtrie perſonnelle, & qu'il ne ſoit exempt d'en rendre compte à l'héritier ſubſtitué, ſoit par reſtitution, ſoit par imputation; mais la difficulté conſiſte à ſçavoir ſi ce qui s'acquiert ſans le fait de l'héritier grevé comme par preſcription, accroît à l'hérédité, ou appartient à cet héritier grevé.

Ferriere ſur la queſt. 303, *Guypape*, après avoir décidé que l'héritier grevé acquiert en ſa faveur, & peut répéter ſur le fidéicommis les droits de légitime auxquels les légitimaires ont renoncé, eſtime qu'il n'en eſt pas de même des légitimes preſcrites pendant ſa jouiſſance (quoiqu'il rapporte un arrêt qui l'a ainſi jugé; & il ſe fonde ſur pluſieurs raiſons qui

paroiſſent ſolides. 1°. Que les légitimes étant des portions héréditaires, doivent accroître à l'hérédité par l'abandon qu'en font en tout ou en partie les légitimaires. 2°. Que ce que l'héritier acquiert *jure accreſcendi*, il n'en fait point la détraction, mais le reſtitue au fidéicommiſſaire, *leg. ſi totam, & ibi gloſſ. de acquir.hæred.*

Il paroit en effet que les légitimaires laiſſant preſcrire leur demande, laiſſent dans la maſſe de l'hérédité les portions qui pouvoient en être ſéparées par les payemens de leurs légitimes; car la légitime étant demandée *actione petitione hæreditatis*, & l'action en étant mixte contre l'héritier, il en faut conclure que ces portions abandonnées accroiſſent à l'hérédité & non à la perſonne de l'héritier, *leg. 1. cod. quando non petent part. accr.* Il eſt à préſumer même que le légitimaire qui a négligé ſa demande, a prétendu faire l'abandon & le relâchement de ſes droits à l'hérédité qui étoit ſa débitrice, & contre laquelle il devoit diriger ſon action, & c'eſt à l'hérédité & non à l'héritier, qu'il faut ici, ſelon moi, appliquer la maxime *præſcribens ſolventi ſimilis eſt*, puiſque c'eſt toujours le débiteur qui preſcrit, & qui par le ſecours de la preſcription, eſt cenſé libéré, comme s'il avoit fait un véritable payement: or c'eſt l'hérédité qui doit la légitime, & qui ſe libere par le ſeul fait du légitimaire, ou pour mieux dire, par ſon inaction ou ſa négligence à former ſa demande, *adverſus deſides homines, & ſui juris contemptores odioſæ exceptiones oppoſitæ ſunt, leg. fin. cod. de annal. except.* Le fait ni l'induſtrie de l'héritier grevé n'y entrent pour rien, & n'ont point de part dans cette libération; donc il n'en doit point tirer avantage, ce qu'il feroit pourtant ſi les légitimes preſcrites pendant ſa jouiſſance tournoient à ſon profit; je crois qu'en cette matiere des droits acquis par l'héritier grevé, il faut ſe régler par la diſtinction de Ferriere ſur cette queſtion de Guypape, *vel hæres acquiſivit legitimam filiorum per renunciationem in ejus favorem, vel præſcriptione*; au premier cas, il peut répéter & faire la détraction de ces légitimes; au ſecond, il ne le peut par les raiſons préalléguées.

J'ai traité cette queſtion plus amplement dans le chapitre 7, du liv. 7, de cet ouvrage, où le lecteur pourra avoir recours.

CHAPITRE LXIII.

De la ſubſtitution, ſi l'héritier eſt décédé ſans enfans, ou ſes enfans ſans enfans.

IL faut établir pour principe, que régulierement les enfans mis en la condition *ſi ſine liberis*, n'ont d'autre avantage que de faire évanouir le fidéicommis laiſſé ſous cette condition, & qu'ils ne ſont point appellés eux-mêmes comme ſubſtitués, c'eſt ce qu'on peut recueuillir des loix *pater* 101. §. 1. *ff. de condit. & demonſtr. & ex facto* 17. §. *ex facto, ff. ad trebell.* où les Juriſconſultes en parlant de cette condition *ſi ſine liberis*, ne donnent d'autre avantage à l'exiſtence des enfans, que d'opérer la défaillance du fidéicommis laiſſé ſous cette condition, *conditio deficit uno filio ſuperſtite relicto, D. leg. pater conceptos quidem ante deportationem licèt poſteà edantur, efficere ut conditio deficiat, D. leg. ex facto;* mais nulle loi n'appelle comme ſubſtitués les enfans mis en la condition.

Il eſt vrai que par une maxime reçue parmi les interpretes, les enfans mis en la condition ſont préſumés appellés de leur chef, quand la clauſe ou qualification de mâles ſe trouve ajoutée au mot d'enfans, *conſervandæ agnationis gratiâ*; c'eſt la doctrine de Dumoulin, dans ſon conſeil 51. *num.* 28, qu'il appuie de l'autorité des docteurs; *idem Ferriere ſur la queſt.* 299 & 481. *Guypape*; doctrine adoptée par la juriſprudence des arrêts, & atteſtée par Graverol ſur Larroche, liv. 3. *verbo* ſubſtitution, art. 11.

Les enfans mis en la réduplicative ſont diſpoſitivement appellés, parce qu'ils ſe trouvent dans le ſecond degré d'inſtitution, mais la répétition de cette réduplicative faite dans

pluſieurs degrés ſubſéquens, ne ſçauroit induire une ſubſtitution graduelle & perpétuelle, non plus que la clauſe de mâles réitérée, parce que, ſuivant l'opinion des interpretes, il faut que ces deux choſes concourent pour faire préſumer une ſubſtitution graduelle, la prohibition d'aliéner les biens, & l'obligation de les conſerver perpétuellement aux deſcendans & à la famille, *prohibitio alienandi, & ut bona remaneant in familia, vel in linea, vel in cognatione, aut parentela, tunc ea prohibitio, non ſolùm inducit fideicommiſſum ſemel, non ſolùm inducit in caſum & eventum contraventionis; ſed etiam abſolutè & perpetuo inducit fideicommiſſum reale & graduale*; Dumoulin dans ſon conſeil 7. *num.* 39. ce qu'il appuie d'un grand nombre d'autorités.

Quoique régulierement la clauſe de mâles ne doive point être rapportée à la condition *ſi ſine liberis*, à l'effet d'appeller les mâles, que lors qu'il eſt queſtion de conſerver les biens dans la famille; toutefois par une benigne interprétation de deſirs & de volonté du teſtateur, on peut (comme dans l'eſpece de l'arrêt rendu en faveur du ſieur Marquis de Toyras le 31 Mai 1660.) donner le même avantage aux mâles deſcendans des filles; parce que le teſtateur n'ayant point de deſcendance maſculine pour conſerver l'agnation, s'en fait (pour ainſi dire) une par une eſpece d'adoption des deſcendans mâles de ſes filles, en ajoutant à la clauſe de mâles l'obligation de porter ſon nom & armes; ce qui ſe pratique ainſi dans les familles nobles, ſelon la remarque de *Benedict. in verbo Raynut. de clera, num.* 44. & cette obligation de porter le nom & armes, eſt une conjecture puiſſante que le teſtateur a voulu (autant qu'il eſt en lui) perpétuer ſon nom & ſa famille par une eſpece d'agnation, ſuivant Mantica, *de conject. ult. volunt. lib. 6. tit.* 15. *num.* 15.

¶ Il s'agit dans ce chapitre des enfans qui ſont mis dans la condition *ſi ſine liberis*, ou dans la réduplicative ainſi conçue, *& ſes enfans ſans enfans*; j'ai ci-devant cité l'article 19 du tit. 1 de l'ordonnance concernant les fidéicommis, qui preſcrit une regle certaine pour la déciſion des queſtion-

traitées dans ce chapitre, ainſi je paſſerai aux chapitres ſuivans, en obſervant ſur le chap. 63, que la nouvelle ordonnance concernant la liquidation des détractions, art. 41, a confirmé la juriſprudence de ce Parlement ſur ces points: voici l'article, *lors qu'il échoira de procéder à la diſtinction des biens libres & des biens ſubſtitués, & à la liquidation des détractions, les héritiers repréſentans ou ayant-cauſe de l'auteur de la ſubſtitution, ou de celui qui en étoit chargé, auront la jouiſſance proviſoire des biens, faiſant partie de la ſucceſſion, juſques à ce que leſdites détractions & liquidations ayent été faites, à l'effet de quoi les Juges regleront le délai dans lequel il y ſera procédé, & après l'expiration dudit délai, ils pourront ordonner que celui qui aura droit aux biens ſubſtitués, ſera mis en poſſeſſion de tout ou partie deſdits biens, ou y pourvoiront autrement, ainſi qu'il appartiendra, ſuivant l'exigeance des cas.*

A l'égard de la ſubſtitution faite ſous la condition que le grevé vienne à décéder ſans enfans, le cas prévu par ladite condition ſera cenſé arrivé, lors qu'au jour du décès du grevé, il n'y aura aucuns enfans légitimes & capables des effets civils, ſans qu'on puiſſe avoir égard à l'exiſtence des enfans naturels, même légitimés, autrement que par mariage ſubſéquent; c'eſt l'art. 23: il faut ſuivant cet article, être capable des effets civils *actu* lors du décès de l'héritier grevé; d'où il faut conclure que le rappel ou des galeres, ou d'un banniſſement perpétuel hors du Royaume, émané dans la ſuite de la grace du Prince, n'opereroit point cet effet de rendre la perſonne habile à recueuillir le fidéicommis dont l'autre ſubſtitué ſe trouveroit nanti & en poſſeſſion, les graces du Prince étant toujours accordées *ſalvo jure tertii.*

Le mariage ſubſéquent eſt la ſeule voie légale pour opérer la légitimation du bâtard, aux fins de le rendre habile à recueuillir le fidéicommis; la gloſe ſur le chap. *tanta eſt vis, extra qui filii ſint legitimi*, met les enfans légitimés de cette façon, au niveau de ceux qui ſont nés d'une conjonction légitime; il ſemble pourtant que les enfans légitimés par let-

tres du Prince, devroient jouir du même privilege quant à la ſucceſſion, toutefois la déciſion unanime des docteurs les en exclut : on peut voir ce qu'en a dit *Fachinæus, controverſ. jur. lib. 4. chap. 53*, & Mantica avant lui, *de conject. ult. volunt. lib. 11. tit. 10 n. 13* : or quand même le ſubſtituant ſe ſeroit contenté de dire *ſans enfans*, ſans ajouter iſſus d'une conjonction légitime, on l'entendroit toujours des enfans iſſus d'un mariage célébré en face de l'Egliſe, *leg. filium definimus, ff. de his qui ſui vel alieni jur. ſunt*, & l'ordonnance n'ayant admis d'autre légitimation que celle qui ſe fait par le mariage ſubſéquent, a donné formellement l'excluſion à toutes les autres eſpeces.

Au ſurplus, l'exiſtence des enfans de l'héritier grevé qui auroient exclus le fidéicommiſſaire, ne peut lui faire obſtacle & empêcher l'effet de la ſubſtitution, ſi leſdits enfans ſont morts civilement, ſoit par condamnation pour crime qui emporte mort civile, ou par la profeſſion ſolemnelle de la vie religieuſe, ou par quelque autre cauſe que ce ſoit ; les crimes qui emportent avec ſoi la mort civile du condamné, ſont la condamnation aux galeres perpétuelles, & le banniſſement perpétuel hors du Royaume, & ceux qui y ſont condamnés ſont réputés morts civilement ; *Charondas en ſes pandectes, liv. 4. chap. 2 ; Mrs. Maynard, liv. 9. chap. 42, & Duranti, queſt. 27. n°. 9.* ceux encore qui ſont condamnés à mutilation de membres, ſont réputés morts civilement par la coutume de France, comme l'obſervent nos auteurs françois : *vide Benedict. ad cap. Raynutius, in verbo Mortuo itaque teſtat. 1. num. 146. & Duranti, queſt. 27. n°. 5.* il en eſt de même du condamné à une priſon perpétuelle ; *Benedict. loco ſuprà, & Duranti, eod. n°. 2.*

A l'égard de ceux qui ont fait profeſſion ſolemnelle de la vie religieuſe avec les trois vœux, & qui ſont *ſub aliquâ conſtituti regulâ*, les textes du droit civil & canonique, la doctrine des interpretes & la juriſprudence des arrêts, les ont toujours déclarés morts civilement ; enſorte qu'après cette profeſſion, ils ſont incapables de toute ſucceſſion & de recueuillir un fidéicommis.

Il y a une exception à cette loi, c'eſt lorſque le religieux profès attaque dans les cinq années ſes vœux par les voies de droit, & qu'il eſt remis au ſiecle par arrêt du Parlement; alors j'eſtime qu'il peut jouir de l'effet du fidéicommis; ce faiſant, y être maintenu ſur ſa demande, ſans toutefois obtenir reſtitution de fruits que depuis le jour qu'il a formé cette demande contre le poſſeſſeur des biens, qui étant juſques là poſſeſſeur de bonne foi, a fait les fruits ſiens, par la maxime *conſumptio bona fide facta, conciliat dominium;* les vœux étant déclarés nuls pour des cauſes légitimes, l'obſtacle qui rendoit le fidéicommiſſaire inhabile à la ſucceſſion, eſt d'abord levé, & c'eſt tout comme s'il n'y avoit jamais eu de ſa part des vœux ni de profeſſion ſolemnelle.

CHAPITRE LXIV.

De la liquidation des diſtractions dans un fidéicommis.

LE fidéicommiſſaire après la mort de l'héritier grevé n'eſt pas ſaiſi des biens par cette maxime *le mort ſaiſit le vif*, l'héritier de l'héritier grevé a droit de percevoir les fruits juſques au temps de l'inſtance en ouverture de la ſubſtitution & demande formée à ce ſujet par le fidéicommiſſaire; ſur ce principe fut rendu un arrêt au rapport de Mr. l'Abbé de Tournier le 7 Septembre 1722, entre le ſieur Delpech notaire & autres ſes conſorts, & Fleur Prunet, qui n'adjugea au fidéicommiſſaire les fruits des biens ſubſtitués que depuis l'introduction de l'inſtance; telle eſt la juriſprudence de la Cour, établie par pluſieurs arrêts poſtérieurs à celui de Septembre 1722, & notamment par un arrêt rendu au rapport de Mr. de Juin en la deuxieme chambre des Enquêtes le du mois d'Août 1731, en faveur de la Dame de Saint-Germain procédant comme tutrice de Charles & Etienne Prieur ſes enfans, contre la Demoiſelle Marie Pieur, épouſe du ſieur Laforgue.

Cet

Cet arrêt confirmant la ſentence du Sénéchal d'Auch, qui avoit ouvert une ſubſtitution en faveur de Charles & Etienne Prieur, appoſée au teſtament de Sens Prieur leur biſaïeul, à l'excluſion de ladite Prieur leur conſine germaine, réforma la ſentence en ce qu'elle avoit adjugé la reſtitution des fruits depuis le décès de Ceſar Prieur héritier grevé, & borna cette reſtitution au temps de la demande en ouverture de cette ſubſtitution formée devant le Sénéchal.

CHAPITRE LXV.

Quelles ſommes doit imputer, ou ne pas imputer un fils en ſa légitime.

LA matiere des imputations ſur la légitime des enfans a été doctement & amplement traitée par *Fernand*, *leg. repetit. in quartam*, 3 *cap. art.* 3, *num.* 8 & ſuivans : on peut d'abord établir ſur ſa doctrine deux principes ſur leſquels on doit, à mon avis, décider les différentes queſtions qui pourroient ſe préſenter ſur cette matiere.

Le premier, que jamais le fils n'eſt tenu d'imputer ſur ſa légitime que ce qu'il a reçu immédiatement ou médiatement de ſon pere ; immédiatement, lorſqu'il lui a été fait quelque donation ou dotation de la part du pere, qui peut être enviſagée comme une anticipation de payement des droits de légitime ; médiatement, lorſque le fils a reçu la donation, non de la main du pere, mais de celle de l'aïeul ou autre tierce perſonne, en vue & en contemplation du pere, auquel cas même il faut que l'objet immédiat du donateur ſoit la perſonne du pere ; car ſi le mérite du fils avoit déterminé la donation, quoique la vue du pere y fût entrée, *ut cauſa remota*, alors l'imputation n'auroit pas lieu. Fernand, *loco ſupra, concluſione* 1.

Le ſecond principe ; qu'il faut diſtinguer entre les dons fait par le pere, ceux qui regardent l'établiſſement immédiate-

ment du fils, & qui en ſont la cauſe prochaine, d'avec ceux qui ont rapport à ce même établiſſement, & qui en ſont pourtant la cauſe éloignée. A l'égard des premiers dons, que les Docteurs appellent *donationes ob cauſam*, ils doivent être imputés ſur la légitime du fils, & c'eſt en ce ſens qu'il faut entendre le langage de Fernand dans ſa concluſion quatrieme.

Pour ce qui concerne la ſeconde eſpece des dons, l'imputation n'a point lieu, comme par exemple, l'équipage que donne un pere à ſon fils, lorſqu'il l'engage à prendre le parti des armes; la bibliotheque qu'il lui fournit, lorſqu'il le deſtine pour le barreau; l'argent qu'il lui donne pour lui faire prendre les ordres ſacrés, & lui ouvrir la porte aux bénéfices : il en faut dire de même d'une ſomme que le pere auroit donnée à ſon fils pour obtenir quelque grade, comme de licentier ou de docteur, *Fernand cod. num.* 13, parce que tout cela n'eſt pas proprement établiſſement, mais a rapport à l'établiſſement; ſur quoi on peut encore voir Mornac *in leg.* 4, *cod. famil. Erciſc.*

On peut remarquer ici les différences que Fernand, *num.* 18. met entre les imputations qui ſe font ſur la légitime, & celles qui regardent la quarte falcidie ou trébellianique, dont la premiere eſt *quod in legitima non conſideratur titulus difformis, imò ſive portio hæreditaria ſit, ſive legati, in eam imputatur; in aliis ſolùm imputatur hæreditaria portio*, 2°. *Quod in legitimam imputentur quæ capiuntur extra teſtamentum, modo ex patrimonio patris; ſed in alias duas non fit horum imputatio.* En quoi la légitime n'eſt pas ſi favorable, ajoûte Fernand, que la falcidie & la trébellianique, qui ont reçu ces avantages pour le ſoutien des diſpoſitions teſtamentaires, & pour porter les héritiers inſtitués à accepter les hérédités.

Il a été jugé par arrêt du 21 Août 1714, rendu au rapport de Mr. l'Abbé de Tournier, que les fraix des proviſions & d'inſtallation d'un office dont le pere avoit fait pourvoir ſon fils, qui étoit ſous ſa puiſſance, devoient être imputés par le fils ſur ſa légitime.

Ce fut dans la cauſe du ſieur de Montegut, Tréſorier de

France, & des ſieurs de Cominhian freres ; il s'agiſſoit des fraix des proviſions d'un office de Tréſorier de France, ſe montant à la ſomme de 7500 liv. avec l'inſtallation.

Cet arrêt peut trouver ſon fondement dans la loi 30. *§. imputari, cod. de inoff. teſtam.* & ſur la doctrine des interpretes, qui décident que le fils eſt tenu d'imputer ſur ſa légitime, l'argent que le pere a employé pour l'achat de l'office dont il le fait pourvoir ; & cette déciſion reçoit ſon application aux fraix des proviſions & de l'inſtallation, puiſqu'ils ſont acceſſoires du principal, & que l'achat de l'office deviendroit inutile & infructueux au fils ſans tout cela.

Par arrêt de la troiſieme Chambre des Enquêtes, rendu au rapport de Mr. l'Abbé de Mariotte le 31 Mars 1722, entre Me. Aſtruc, correcteur de la Chambre des Comptes de Montpellier, le ſieur Aſtruc ſon frere, le ſieur Haguenot leur beau-frere, & la Dame de Bouſac, il fut jugé que pour le payement d'une légitime, il faut procéder par retranchement ſur les donations faites en dernier lieu aux autres enfans, pour l'excédent de la légitime du donataire, juſques à ce que la légitime ſoit remplie ; ce qui eſt fondé ſur la loi 6, *§. ult. ff. de jure patron.* qui permet au patron de s'en prendre ſur les biens en dernier lieu aliénés par ſon affranchi, quand ce qui lui reſte ne ſuffit pas pour le payement de ce qu'il lui doit.

Ce même arrêt jugea que le retranchement des donations n'a lieu pour cauſe de dot, qu'après la mort du mari, parce qu'il eſt réputé créancier à raiſon de la dot qui lui eſt donnée à titre onéreux, *leg. pro oneribus, cod. de jure dot.*

La premiere diſpoſition de l'arrêt a été confirmée par l'art. 34 de l'ordonnance de Février 1731, & quant à la ſeconde, il y a été dérogé par l'art. 37.

Il fut encore jugé que les intérêts de la portion virile de l'augment, ne ſont dus au fils légitimaire ſur les biens de l'hérédité, que depuis l'introduction d'inſtance.

CHAPITRE LXVIII.

Si on peut être reçu en preuve que les témoins du teſtament ont ſigné ſéparément, & non tous enſemble : Et de l'imbécillité ou phrénéſie du teſtateur.

FAber *in ſuo cod. lib.* 4, *tit.* 14, *defin.* 26, donne d'abord pour regle, que ſans s'inſcrire en faux contre le teſtament, on eſt reçu à prouver l'imbécillité du teſtateur, malgré l'aſſertion du notaire conſignée dans le teſtament, que ce teſtateur étoit en ſon bon ſens. *Notario qui ſcripſit teſtatorem quo tempore ſuprema ordinabat, ſanæ mentis fuiſſe, non utique adeo creditur quin probari contrarium poſſit extra falſi accuſationem*; & il ajoûte qu'il en eſt de même des autres clauſes que les notaires ont coutume d'inſerer dans les teſtamens, comme, qu'il n'y eſt intervenu ni dol, ni force, ni contrainte, la preuve du fait contraire étant admiſe; mais Faber ne parle pas du cas ni de l'eſpece des arrêts rapportés dans ce chapitre, où il s'agit de ſçavoir ſi ſans s'inſcrire en faux contre le teſtament, où il eſt dit dans la ſouſcription, qu'il a été préſenté au notaire & témoins convoqués, qui ont ſigné conjontement l'acte de ſouſcription, on peut prouver que ces mêmes témoins ont ſigné ſéparément, *& non uno contextu.*

On trouve des arrêts contraires ſur cette queſtion, ainſi qu'il réſulte de ceux rapportés par l'Auteur; les uns ayant jugé qu'il falloit alors paſſer à l'inſcription en faux, les autres que ſans prendre cette voie, on pouvoit faire la preuve du fait contraire par les témoins numéraires de l'acte & par la voie de l'enquête. Il y a un arrêt dans le journal des audiences, tom. 2. liv. 2. chap. 9, qui reçut cette preuve; cet arrêt eſt du 19 Février 1659, confirmatif d'un jugement des Requêtes du Palais.

Les derniers arrêts de la Cour ont jugé qu'il falloit néceſ-

ſairement paſſer à l'inſcription en faux, comme dans la cauſe de Catherine Dutour, contre Jean Gaubert, procureur au Sénéchal de Condom. J'avois écrit dans ce procès pour Catherine Dutour ; l'arrêt fut rendu au rapport de M. l'Abbé de Boyer après partage le 8 Juillet 1727, compartiteur M. de Laroque ; cet arrêt réforma la ſentence du Sénéchal de Lectoure, en ce qu'elle avoit reçu à prouver par les témoins numéraires, que le teſtament de Bombet, qui étoit attaqué par Catherine Dutour comme capté, avoit été ſigné par les témoins ſéparément les uns des autres, ſauf à ladite Dutour de prendre la voie de faux.

Je me range du côté des arrêts qui ont jugé qu'il falloit paſſer à l'inſcription en faux, par la raiſon qu'il ne s'agit point ſimplement ici de prouver ou une erreur de date ou une omiſſion commiſe de la part du notaire, auquel cas la preuve pourroit en être reçue par les témoins numéraires du contrat, ſuivant la doctrine de Ranchin *ſur la queſt.* 528 *de Guyp. & de Matth. ibi*; mais d'aller directement contre la foi de l'acte, & de le renverſer par la preuve du fait oppoſé à l'énonciation qu'il renferme de préſence de tous les témoins, & de leur convocation à la ſouſcription du teſtament ; formalité eſſentielle ſuivant la loi *hac conſultiſſima*, *cod. de teſtam.* or la ſeule voie légale pour impugner & emporter ce teſtament, & établir la fauſſeté de l'aſſertion du notaire ſur le fait de la préſence des témoins, eſt l'inſcription en faux, ſuivant Dumoulin, *in leg.* 1. *de verbor. obligat. num.* 29.

A l'égard de la preuve de l'imbécillité du teſtateur ou donateur, on y eſt toujours admis malgré l'aſſertion du notaire qu'il étoit en ſon bon ſens, & cela quoiqu'on articule vaguement cette imbécillité ſans arrêter les faits dans la demande & requête en preuve : Je l'ai vu ainſi juger à l'audience de la grand'chambre le 1 Août 1724 ; préſidant M. le premier Préſident de Maniban, dans la cauſe de Théophile de Livron, pour lequel plaidoit Me. de Latournerie, demandeur en caſſation d'une donation entre-vifs, faite par le ſieur

Lias qu'on ſoûtenoit imbécille, en faveur de la Demoiſelle de Lias, pour laquelle plaidoit Me. de Lardos. L'arrêt réforma l'appointement du Sénéchal de Tarbe, en ce qu'il n'avoit point admis à la preuve vocale du fait vaguement articulé de l'imbécillité de Théophile de Livron, & ordonna en même-temps qu'il ſeroit procédé à la viſite du prétendu imbécille, par médecins & chirurgiens nommés d'office par le commiſſaire qui procederoit à ſon audition.

Quand on paſſe à l'inſcription en faux, & qu'on n'a pas aſſez de pieces de comparaiſon pour la vérification du faux, on peut demander que la partie qui s'eſt inſcrite en faux contre ſon ſeing, écrira pour ſervir de piece de comparaiſon; ainſi jugé par arrêt de la Tournelle, plaidans Mes. de Lardos pour la Demoiſelle Dambal, & Latournerie pour le Sr. Vignaux.

L'inſcription en faux doit être faite dans les 24 heures, à compter depuis que le défendeur aura dénoncé la remiſe devers le greffe de la piece impugnée. Ce délai n'eſt pas péremptoire, mais ſeulement comminatoire, ſelon un arrêt rendu à l'audience des Enquêtes le 3 Juillet 1717, plaidans Mes. Favier & Boubée, Préſident M. d'Orbeſſan.

Les ſoûtenemens des pieces impugnées de faux doivent être faits, non aux dépens du greffier qui en a fait l'expédition, mais de celui qui les produit; c'eſt ainſi que la queſtion a été jugée par deux arrêts. Le premier, à la deuxieme des Enquêtes, au rapport de M. de Laroque le 15 Juin 1722, dans la cauſe de Me. Jean Burlote, Maire de Tarbe, & de Jean-Baptiſte Lagrave. Le ſecond, dans la même chambre, en date du 28 Février 1728, plaidans Mes. de Lardos pour Blayac, & Boubée pour Malecare, ſieur de la Goutine.

Le ſoûtenement fait par Lagrave au péril de Fontagneres, greffier du Sénéchal de Tarbe, qui avoit fait les expéditions, fut rejetté, & il fut ordonné qu'il ſeroit fait de nouveau aux riſques & dépens de Lagrave, des pieces par lui produites & impugnées par Burlote.

C'eſt une queſtion, ſi le demandeur en faux qui s'inſcrit

contre un extrait d'un contrat produit dans un procès, eſt tenu de faire la remiſe de l'original de l'acte; ou ſi c'eſt au contraire au défendeur qui a produit l'extrait? Cette queſtion ayant été agitée en la troiſieme chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Cauſſade, dans la cauſe du ſieur de Muraſſon & du ſieur de Braſſac, les Juges convinrent que régulierement c'eſt au défendeur à l'inſcription en faux à remettre l'original de l'acte dont on impugne l'extrait, quoique l'ordonnance, au titre *du crime de faux*, n'ait rien ſtatué à ce ſujet; mais lors qu'il s'agit d'un contrat, ou acte paſſé depuis 30 ans, l'extrait qui en a été fait tient lieu d'original; enſorte qu'on préſume pour la vérité de cet extrait, & que c'eſt à celui qui l'impugne de faux à détruire cette préſomption par la remiſe de l'original; c'eſt ainſi que cette queſtion fut jugée le 22 Juin 1722.

Cette déciſion peut être fondée ſur cette maxime, *in antiquis omnia præſumuntur fideliter acta*: or ſuivant Dumoulin, *in conſuet. Pariſ. tit.* 1. §. 8. *num.* 82, on doit réputer ancien ce qui excede l'eſpace de 30 ou 40 ans, *ubi autem*, dit-il, *non requiritur probatio temporis immemorialis, puto abſque dubio tempus dicendum antiquum quod eſt ultra triginta vel quadraginta annos.*

¶ La nouvelle ordonnance de 1735 concernant les teſtamens, n'a pas dérogé à ce point de juriſprudence du Parlement, qui admettoit la preuve par témoins du fait d'imbécillité ou de phrénéſie du teſtateur, malgré l'aſſertion du notaire & témoins qu'il étoit en ſon bon ſens lors de l'acte; il réſulte au contraire de l'art. 47, que la captation & ſuggeſtion peuvent être établies par témoins, ſans paſſer à l'inſcription en faux, & que par la voie de l'enquête qui eſt civile, on peut parvenir aux fins de la captation du teſtament, par les moyens ſus-énoncés; mais il faut obſerver à l'égard de ce que notre Auteur met en avant, qu'on eſt reçu à prouver les faits articulés de la phrénéſie du teſtateur par toute ſorte de témoins, que cette propoſition mérite un éclairciſſement; il y a des témoins récuſables de plein droit, ſuivant la diſpoſi-

tion de l'ordonnance de 1667, tels ſont les parens du demandeur au degré marqué par cette ordonnance en matiere civile ; les domeſtiques ſont encore compris dans les moyens de récuſation ; mais s'il s'agit de témoins néceſſaires pour l'éclairciſſement de l'imbécillité d'un donateur ou d'un teſtateur, ſes parens ou domeſtiques peuvent, ſelon moi, être ouis pour en conſtater la preuve ; la raiſon en eſt, que ces faits tombent plus particulierement ſous les yeux des parens & des domeſtiques, qui ont une rélation journaliere avec la perſonne, & qui peuvent juger plus ſainement de ſon état, & ſont preſque les ſeuls qui en ſont les témoins : or les domeſtiques & les parens même peuvent être ouis les premiers contre leur maitre, les ſeconds contre leurs parens, quoiqu'ils ne le puiſſent en ſa faveur ; Automne ſur la loi *Furioſum, qui teſtam. facere poſſ.* rapporte un arrêt du Parlement de Bordeaux, qui a admis pour la preuve de la démence ou imbécillité du teſtateur, ſes parens, pourvu qu'ils n'ayent point un intérêt perſonnel dans la caſſation de l'acte ; *& Ranch in quæſt.* 45. *Guyp.* obſerve, que pour ce qui ſe paſſe dans l'intérieur de la maiſon, les valets peuvent être ouis contre leur maitre, mais non pour eux, ſuivant la novelle 1. *cap.* 2. je crois encore que les Religieux, quoique morts civilement, peuvent être ouis dans pareille enquête, & tous ceux de l'un & de l'autre ſexe qui ne ſont point notés d'infamie, ni reprochables par aucun crime dont ils ſoient chargés ; mais il faut prendre garde, que lors qu'il eſt queſtion de la caſſation d'un teſtament, & qu'il ne s'agit pas de la viſite par médecins, & d'une aſſemblée de parens pour conſtater l'imbécillité d'un donateur vivant, il faut, ſuivant l'art. 1 du titre des enquêtes, de l'ordonnance de 1667, articuler les faits dans la demande aux fins d'être admis à la preuve ; la viſite & vérification par médecins & chirurgiens, eſt ordinairement ordonnée par un préalable, quand il s'agit d'attaquer pendant la vie de celui qui a contracté un acte qu'on ſoutient nul & caſſable par démence ou phrénéſie, & cette vérification jointe à la preuve vocale, doit faire un ſeul & même

corps

corps de preuve concernant l'état de la perſonne : voyez Graverol ſur Larroche, liv. 4. art. 17.

Quand il s'agit d'attaquer la foi d'un acte, il faut paſſer à l'inſcription en faux ; j'ai rapporté ſur ce chapitre un arrêt rendu à l'audience Tournelle de ce Parlement, pour la Demoiſelle Dambal, par lequel il fut jugé que quand on paſſe à l'inſcription en faux, & qu'on n'a pas aſſez de pieces pour la vérification du faux, on peut demander que la partie qui s'eſt inſcrite en faux contre ſon ſeing, écrira pour ſervir de pieces de comparaiſon ; la date de cet arrêt, qui avoit été omiſe, eſt du 31 Juillet 1715, préſidant à l'audience Mr. Daſpe ; & telle eſt la diſpoſition de l'art. 33 de l'ordonnance de Juillet 1737, concernant le faux principal, après que l'art. 32 de cette ordonnance a ſtatué, que les pieces de comparaiſon qui doivent être repréſentées aux experts, ne pourront être repréſentées aux accuſés avant la confrontation ; l'article ſuivant porte, *qu'en tout état de cauſe après le reglement à l'extraordinaire, les Juges pourront ordonner, s'il y échoit, à la requête de la partie civile, ou ſur le requiſitoire de la partie publique, & même d'office, que l'accuſé ſera tenu de faire un corps d'écriture, tel qu'il lui ſera dicté par les experts.*

J'ai obſervé encore que par arrêt d'audience du 3 Juillet 1717, rendu en la chambre des Enquêtes, le délai de 24 heures porté par l'art. 9 du tit. 9 de l'ordonnance de 1670, pour former l'inſcription en faux, après la dénonce de la remiſe de la piece au greffe, ce délai n'étoit pas péremptoire, mais comminatoire ; de telle ſorte que le juge avec connoiſſance de cauſe, pouvoit renouveller le délai ; j'ajoûterai ici, que la nouvelle ordonnance concernant le faux, n'a point dérogé à la déciſion de cet arrêt ; car quoiqu'il ſoit porté par l'art. 15 du faux incident, que le demandeur en faux ſera tenu dans les 24 heures au plus tard, après la ſignification de l'acte de mis au greffe, de former ſon inſcription, toutefois cet article ne lie point le juge, de façon qu'il n'ait pas la liberté pour juſte cauſe de renouveller ce délai ;

l'article porte ſeulement, qu'en défaut de former cette inſcription dans le ſuſdit cas, le défendeur pourra ſe pourvoir à l'audience, pour faire ordonner que, ſans s'arrêter à la requête du demandeur, il ſera paſſé outre au jugement du procès : or dans cette audience le demandeur peut demander un renouvellement de délai pour former ſon inſcription, s'il s'eſt rencontré quelque légitime empêchement de ſa part, ou de ſon procureur fondé de pouvoir ſpécial pour cette inſcription, l'art. 16 laiſſe à la prudence du juge de ſtatuer à cet égard ce qu'il appartiendra.

Pour ce qui concerne la queſtion décidée par l'arrêt du 22 Juin 1722, rendu en la troiſieme chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Cauſſade, dans la cauſe des ſieurs de Muraſſon & Braſſac, par lequel il fut jugé qu'on préſume pour la vérité de l'extrait expédié depuis 30 ans, & qu'alors c'eſt au demandeur en faux à détruire cette préſomption par la remiſe de l'original ou protocole ; il réſulte de l'art. 17 de la nouvelle ordonnance, titre *du faux incident*, que c'eſt au défendeur d'appeller la minute ou protocole de l'acte, lorſque l'extrait dont il ſe ſert eſt impugné de faux ; telle eſt la doctrine de Bonneton, ſur la queſt. 19, Guypape, & des autres interpretes qu'il cite à cet égard : *quæritur*, dit-il, *quis teneatur protocolum exhibere, an qui producit inſtrumentum, an qui illud impugnat de falſo, & tandem obtinuit ut qui producit inſtrumentum quod arguitur, teneatur protocolum exhibere ; Bartholus, Caſtrenſis, & alii, in leg. fin. cod. de fide inſtrum.* A l'égard des pieces de comparaiſon, elles doivent être fournies par le demandeur ſuivant l'art. 33 ; mais il ne paroit pas que cette ordonnance ait rendu aucune déciſion contraire à celle de l'arrêt du 22 Juin 1722, en ce qu'il préſume pour la vérité d'un extrait expédié depuis 30 ans ; d'ailleurs cette préſomption n'eſt pas de droit, *& non juris & de jure*, ainſi elle peut être détruite par la preuve contraire, qui peut être reçue tant par actes que par témoins ; car cet extrait peut être impugné & debatu, tant par comparaiſon d'écritures du même notaire qui l'a expédié, que du

temps & date de l'écriture, que par des témoins du nombre de ceux dont fait mention l'art. 40 du même titre.

Le demandeur en faux doit attacher à ſa requête contenant permiſſion d'informer, la piece prétendue fauſſe ; & s'il ne l'a en ſon pouvoir, il pourra obtenir ordonnance, portant qu'elle ſera remiſe au greffe par celui qui en eſt détenteur, à peine d'y être contraint par corps ſi c'eſt un laïque, & par ſaiſie du temporel s'il ſe trouve eccléſiaſtique : c'eſt l'art. 5 de l'ordonnance concernant le faux principal. L'art. 16 rend la même déciſion à l'égard de ceux qui ſont détenteurs des pieces qui doivent ſervir de comparaiſon.

J'obſerverai ici que la nouvelle ordonnance, titre *du faux principal*, art. 1, porte, *que les plaintes & accuſations de faux principal ſe feront en la même forme que celles des autres crimes, ſans conſignation d'amende, ſans inſcription en faux, ſommation ni autres procédures, avec celui contre lequel l'accuſation ſera formée ;* cet article déroge à l'art. 5 du tit. 9 de l'ordonnance de 1670, & à l'art. 7. Il en eſt autrement du faux incident, le demandeur doit conſigner, & l'inſcription doit être faite, ſuivant l'art. 5 de ce titre 9 de l'ordonnance de 1670.

CHAPITRE LXIX.

Si l'abſolution du condamné à mort par défaut, ou la preſcription du crime, a un effet rétroactif pour les ſucceſſions échues pendant la contumace.

PAr la nouvelle juriſprudence des arrêts, l'intérêt civil ſe preſcrit par 20 ans, comme la peine due au crime ; enſorte que la demande en dommages & intérêts qu'on auroit pû former contre le criminel, ſe trouve abſolument éteinte par le laps du temps, comme le crime même ; & cela par la raiſon que la demande civile, n'étant qu'acceſſoire de la peine, doit ſuivre le ſort du principal, *cum principalis*

cauſa non conſtitit neque ea quæ ſequuntur locum habent. Suivant la regle du droit, cette nouvelle juriſprudence eſt atteſtée par Brodeau ſur Louet, lettre C, ſomm. 47, num. 8.

Par les anciens arrêts, la diſpoſition de la loi *Querela* demeuroit reſtrainte à la peine ; mais la demande en réparation civile duroit 30 ans. *Charondas, reſponſ.* liv. 6, ch. 87. rapporte un arrêt du Parlement de Paris de l'an 1565, rendu à la Tournelle, qui l'avoit ainſi jugé. Mornac ſur la loi 7, *cod. de condict. furt.* obſerve que ſuivant cette juriſprudence, Mrs. de Seguier & Marion, Avocats Généraux du Parlement de Paris, avoient conclu à l'audience, & que le Parlement rendit un arrêt contraire à leurs concluſions, ayant jugé la demande civile preſcrite par le laps de 20 ans comme le crime.

Cette preſcription de 20 ans n'a pas lieu s'il y a eu condamnation de mort, ce qui proroge l'action juſques à 30 ans ; mais cela s'entend ſi la condamnation donnée par contumace, a été prononcée & exécutée par effigie, & en conſéquence les biens du contumax, ſaiſis & annotés ; car ſans cela la condamnation n'empêche pas le cours de la preſcription de 20 ans, ſuivant la doctr. de Brodeau *loc. ſupra, num.* 7. & les arrêts qu'il rapporte ; mais la preſcription de 20 ans concernant les crimes commis, ne laiſſe pas de courir & de s'accomplir, quoique pendant les 20 années il ait été fait des pourſuites contre le prévenu, & qu'il ait été même rendu un arrêt, portant que les recollemens vaudront confrontation, ainſi jugé à l'audience Tournelle, conformément aux concluſions de Mr. Lecomte, Avocat Général, le 3 Février 1712, prononçant Mr. de Ciron Préſident, plaidans Me. de Montaudier pour le ſieur de S. Grief, accuſé d'enlevement d'un habitant de ce lieu, & Me. de Latournerie pour le Sindic des habitans de cette communauté.

L'arrêt qui avoit été rendu pendant le cours de ces 20 années étoit d'inſtruction. La Cour auroit autrement jugé s'il eût été définitif ; & que la condamnation eût été exécutée par effigie, ainſi qu'il a été obſervé.

La raiſon déterminante de cet arrêt fut, que, quoiqu'en matiere civile, les pourſuites empêchent toute péremption d'inſtance, il n'en eſt pas de même en matiere de crimes, dans leſquels la preſcription eſt ſans doute plus favorable, puiſqu'elle tend à mettre le coupable à l'abri de la peine, & qu'il eſt de maxime, que *pœnæ molliendæ ſunt potius quàm exaſperandæ, leg.* 42, *ff. de pœn.* que d'ailleurs cette preſcription de 20 ans eſt introduite en faveur de l'innocence, pour laquelle la loi penche toujours, ſuivant l'Orateur romain en l'oraiſon, *pro Muræna, homines in capitis periculo, etiam alieniſſimis favent.*

Cet arrêt de la Cour eſt conforme à celui du Parlement de paris, rapporté par Brodeau *loco ſupra*, en date du 20 Décembre 1613, par lequel il fut décidé que la preſcription avoit ſon cours, nonobſtant qu'il eût été rendu ſentence de condamnation à la queſtion, & qu'il y eût bris de priſons de la part de l'accuſé, ce qui eſt pourtant contraire à la doctrine du Préſident Boyer, *deciſ.* 26.

Pour ce qui concerne les ſucceſſions échues au condamné, la preſcription qui le met à l'abri de la punition due au crime, & de toute recherche pour l'intérêt civil, ne le rend pas habile à reprendre les ſucceſſions échues : mais ſeulement celles qui ſont à écheoir, cette preſcription ne pouvant avoir d'effet rétroactif. L'arrêt de ce Parlement qui l'a ainſi jugé, peut être autoriſé par un arrêt antérieurement rendu au Parlement de Paris le 11 Mai 1669, contre Jeanne Morivet, rapporté par Deſmaiſons dans ſon recueuil.

On juge dans cette eſpece de preſcription, que l'année commencée eſt réputée accomplie, ſuivant la maxime *in favorabilibus annus cœptus habetur pro completo ;* il faut en effet plu ôt pencher à adoucir les peines qu'à les aggraver, ſuivant la loi déja citée.

CHAPITRE LXX.

Si on peut renoncer à une hérédité teſtamentaire ou légitime, ou à un legs, au préjudice de ſes créanciers.

LEs arrêts rapportés dans ce chapitre ſont fondés ſur l'intérêt public, qui ſe trouve à mettre les créanciers à l'abri de la perte ou de la diminution de leur créance, par ſemblables renonciations de leurs débiteurs, ſouvent ſuſpectes de colluſion & de fraude. L'article 42 du titre premier de l'ordonnance de 1747, qui interdit à l'héritier grevé la reſtitution anticipée du fidéicommis au préjudice des ſes créanciers, ſert à confirmer les motifs qui ont déterminé la déciſion de ces arrêts, y ayant parité de raiſon, *ubi militat eadem ratio, ibi idem jus conſtituendum eſt.*

CHAPITRE LXXI.

Si le ſurvivant des deux héritiers, chargés de rendre à un d'entre pluſieurs, tels qu'ils éliront, peut varier nonobſtant l'élection faite par tous deux.
Si la faculté d'élire donnée à deux accroit au ſurvivant.
Si la faculté de varier accroit auſſi au ſurvivant.

SI la fille aînée en faveur de laquelle l'élection au fidéicommis avoit été faite, fût morte laiſſant des enfans, on n'auroit pu varier dans l'élection non plus que pendant ſon mariage, par ce qu'il avoit été contracté ſous la foi de cette élection; & que ç'auroit été fruſtrer l'eſpérance des mariés, & faire tort aux enfans iſſus du mariage, que de varier dans l'élection une fois faite : c'eſt l'obſervation de Mr. Dolive, liv. 5, chap. 25.

Le droit d'accroiſſement ayant lieu entre cohéritiers, l'ef-

fet de ce droit eſt de déferer l'élection à chacun, *in ſolidum*, *leg. Conjunctim*, *de legat.* 3 ; d'où il faut conclure que celui qui eſt décédé après avoir élu conjointement avec ſon cohéritier, ayant pu varier enſuite, ce droit de varier attaché au droit délection, a paſſé au ſurvivant, parce que le ſurvivant peut de ſon chef exercer ſolidairement ce droit d'élection, en cas de répudiation du cohéritier du décès.

Cette derniere queſtion a paru douteuſe au Préſident Faber, quoiqu'il ſe ſoit déterminé, au lieu cité par l'auteur, à décider, que quand l'élection a été une fois faite par les deux perſonnes auſquelles ce droit a été déféré *conjunctim*, & qu'après l'une d'elles vient à décéder, la ſurvivante ne peut plus révoquer cette élection ; à quoi il ſe détermine par cette regle du droit, *nihil tam naturale*, *quidque diſſolvi eodem genere vinculorum quo colligatum eſt* ; enſorte que l'élection, ayant été déférée à deux conjointement, il faut ſelon lui, le concours des mêmes perſonnes qui ont élu, pour varier & révoquer l'élection ; mais je croi que cette regle du droit ne peut recevoir ſon application à l'eſpece de deux cohéritiers, entre leſquels le droit d'accroiſſement a lieu, *ex tacita mente teſtatoris*, & qui par-là ſont tacitement ſubrogés l'un au défaut de l'autre, pour exercer ſolidairement les droits héréditaires : or le droit de varier, étant propre & annexé à l'élection au fidéicommis, dont la reſtitution a trait de tems juſques au décès des héritiers grevés, il s'enſuit que ce droit de varier peut être exercé *in ſolidum*, par le ſurvivant des cohéritiers, *uſque ad ultimum vitæ ſpiritum.*

L'élection n'étant diviſée que par le concours des cohéritiers, *quia concurſu fiunt partes*, *D. L. conjunctim.* Le droit de varier appartient conſéquemment à celui qui ſurvit, puiſqu'il ne peut alors y avoir de concours de la part du cohéritier.

J'obſerverai ici ſur la matiere de l'élection au fidéicommis, déférée par le teſtateur à ſa femme à l'égard de leurs enfans communs qu'il a été décidé, que quoique la mere, à qui l'élection au fidéicommis compete, puiſſe varier, elle ne le

peut dans le cas où la reſtitution du fidéicommis, ayant été fixée à un certain temps, elle a fait cette reſtitution avant ce temps, même ſi avant le délai expiré, elle n'a point révoqué cette élection; c'eſt ainſi que la queſtion fut jugée le 14 Avril 1714 en la troiſieme Chambre des Enquêtes, au rapport de Mr. de Lafont-Vedelli, entre Jean Parade, & Pierre Parade freres, dans l'eſpece ſuivante.

Parade inſtitua ſa femme héritiere, à la charge de rendre ſon hérédité à tels de ſes enfans qu'elle jugeroit à propos, lorſqu'il auroit atteint ſa 25e. année, ou qu'il ſe marieroit.

Il déceda dans cette volonté, laiſſant deux enfans mâles, Jean & Pierre Parade. Leur mere commune par un acte du 25 Juin 1704 élut au fidéicommis le cadet, qui n'avoit point l'âge de 25 ans, & qui ne contractoit aucun mariage; elle varia dans la ſuite en révoquant par un acte du 5 Juin 1705, l'élection du cadet, & nomma par ce même acte ſon aîné, avec déclaration, que c'étoit à lui que le teſtateur l'avoit verbalement chargée de faire la reſtitution du fidéicommis; cet aîné n'avoit alors que 24 ans & 8 mois.

Quatre années s'étant écoulées, la mere varia de nouveau dans une donation univerſelle qu'elle fit à ſon cadet, le 7 Juin 1709, dans laquelle elle révoqua l'élection de ſon fils aîné.

La Cour confirma par ſon arrêt l'élection de l'aîné, par cette raiſon principale que la mere, ayant laiſſé écouler ſa 25e. année ſans révoquer l'élection qu'elle en avoit faite, avant qu'il l'eût atteinte, n'avoit pû varier dans la ſuite. Cet arrêt peut être appuié d'une autre raiſon, que cette mere étoit proprement héritiere fiduciaire; enſorte qu'ayant une fois rempli ſes obligations par la reſtitution du fidéicommis au temps fixé, elle ne pouvoit plus rétracter ſon jugement; ſi elle eût été héritiere grevée de rendre à ſon décès, alors ſa variation auroit été reçue, parce qu'il eſt certain que l'héritier grevé de rendre à ſon décès peut varier, *uſque ad ultimum vitæ ſpiritum.*

C'eſt une regle conſtante en matiere d'élection, que celui qui

qui n'a que la ſimple faculté d'élire aux biens ſubſtitués ou donnés, par exemple, aux enfans mâles, & qui n'eſt point lui-même héritier, ou donataire grevé de rendre à ſon décès, conſomme ſon droit à la premiere élection qu'il fait, & qu'il n'eſt pas reçu à varier, parce qu'il n'a autre choſe que *nudum miniſterium*; c'eſt la diſpoſition de la loi *huiuſmodi* 84, *§. ſthicum*, *ff. de legat.* 1. Telle eſt encore l'opinion des docteurs, *cæterum*, dit Fernand, *ſi purè quis eligere gravetur, electione facta, cum effectu non admittitur variatio, quia jus electo quæſitum. ad cap. unic. de filiis natis ex matrim. cap. 9. num.* 2. Bretonnier ſur Henris, tom. 1, liv. 5, chap. 3, *quæſt.* 20, confirme cette déciſion.

C'eſt ſur ces principes que fut rendu l'arrêt de la Cour au rapport de Mr. de Colla le 22 Juin 1722, en la cauſe de M. Jean-François Demas, & Joſeph Demas ſon frere, dans cette eſpece.

Jean-François Demas, pere commun des parties dans ſon contrat de mariage avec la Dame Dupuy, fit donation de la moitié de ſes biens à l'un des enfans mâles de leur mariage, tel qu'il éliroit; & en cas il ne fît point d'élection, il en donne la faculté à ſon épouſe.

Après le décès du teſtateur, la Dame Dupuy, par un acte du 28 Novembre 1716, nomma ſon fils aîné pour recueuillir la moitié des biens compris dans la donation, elle révoqua enſuite cette élection en faveur de ſon fils cadet; cette variation ayant donné lieu à un procès, l'arrêt confirma la premiere élection.

CHAPITRE LXXII.

Si la tranſmiſſion du fidéicommis conditionnel a toujours lieu en faveur des deſcendans.

LA tranſmiſſion du fidéicommis conditionnel, ou l'eſpérance du fidéicommis, n'eſt pas tranſmiſſible aux

enfans, ſuivant la pureté du droit & des maximes, *leg. ſed ſi plures, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit. leg. Hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell.* La juriſprudence de ce Parlement l'a pourtant reçue par un motif d'équité en faveur des enfans contre les étrangers ſubſtitués; mais non contre des ſubſtitués deſcendans du teſtateur, quoique par ces anciens préjugés le Parlement eût reçu cette tranſmiſſion en faveur des enfans, contre les deſcendans même ſubſtitués; ainſi qu'il réſulte des arrêts rapportés par Mr. Larroche, *in verbo Tranſmiſſion.* Ce qui ne s'étoit gliſſé que ſur l'opinion de la gloſe *in leg. is cui, ff. de obligat. & action.* opinion proſcrite par les docteurs, ſuivant l'obſervation *de Benedict. in verbo Si abſq. liber morer.* 2, *num.* 117.

La loi *Lucius Titius, ff. de hæred. inſtit.* qui paroît contraire à la loi *Hæredes mei, §. cum ita, ad Trebell.* & favoriſer la prétention des enfans mis en la ſimple condition contre les ſubſtitués, ne peut favoriſer le droit de tranſmiſſion, parce que cette loi n'eſt pas dans l'eſpece d'une ſubſtitution fidéicommiſſaire, mais d'une ſubſtitution vulgaire & directe, ſuivant l'obſervation du docte Fernand dans ſon commentaire ſur la loi *Generaliter*, *num.* 12.

Il faut diſtinguer à l'égard de la tranſmiſſion qui ſe fait aux enfans, celle qui procede du chef de leur pere, *ex perſonna patris*, d'avec celle qui leur compete de leur propre chef, & ſans la médiation de leurs peres.

Dans la premiere eſpece de tranſmiſſion les biens ſont acquis aux enfans comme héritiers légitimes de leurs peres, & c'eſt de cette eſpece de tranſmiſſion qu'il faut entendre la loi *uniq. cod. de his qui ante apert. tabul.* & le langage *de Benedict. verbo Et ſoboles quam geſtab. in utero, num.* 41, lorſqu'il dit que les enfans acquierent les biens par la tranſmiſſion, *non ex perſona ſua, ſed ex perſona ſui patris.*

Dans la ſeconde eſpece de tranſmiſſion, qui eſt celle dont il eſt parlé dans ce chapitre, les enfans ne tiennent rien de leur pere; mais les biens ſubſtitués leur ſont dévolus *judicio teſtatoris*, & tombent directement & immédiatement ſur

leur tête ; & c'eſt à celle-ci qu'il faut appliquer le préjugé rapporté par Ferr. *ſur la quæſt.* 458 *Guip.* & la doctrine de Mr. Dolive, liv. 5, chap. 24.

En ſorte que dans la premiere eſpece de tranſmiſſion, les enfans ne peuvent jouir des biens qu'autant qu'ils ſont héritiers de leurs peres ; mais s'ils répudient leur hérédité, ils n'y ont point de droit, à la différence de la ſeconde eſpece de tranſmiſſion, dont ils recueuillent les fruits & les avantages, quoiqu'ils viennent à répudier l'hérédité paternelle.

La juriſprudence de ce Parlement, qui reçoit non-ſeulement la tranſmiſſion, mais la tranſmiſſion de la tranſmiſſion, ne peut être fondée que ſur une préſomption de prédilection du teſtateur ſubſtituant pour ſes deſcendans, dont il n'a point fait mention expreſſe, ſur des collatéraux ou étrangers nommément appellés ; cette préſomption a pour appui la loi de la nature, & les deſirs des peres qui concourent à favoriſer la cauſe des deſcendans dans la ſucceſſion de leurs aſcendans contre les étrangers, *leg. 7. ff. de bon. damnat.* & c'eſt dans cette vue que l'Empereur Juſtinien dans la loi *cum acutiſſimi*, *cod. de fideicommiſſ.* donne cette belle extenſion à la loi *cum avus. ff. de condit. & demonſtr.*

Or quoique cette tranſmiſſion d'eſpérance ſoit contre la pureté des maximes, elle trouve néanmoins ſon fondement dans l'équité, ce qui ſuffit pour l'autoriſer, *ſi nihil facilè mutandum ſit, ex ſolemnibus tamen ubi æquitas evidens poſcit, ſubveniendum eſt*, dit la regle du droit ; & comme il faut donner à la volonté des teſtateurs une interprétation favorable, & qui puiſſe ſeconder leurs deſirs, *leg. in conditionibus, ff. de condit. & demonſtrat. leg. in teſtamentis, ff. de reg. juris*, & que le Juge doit peſer lui-même cette volonté, & la tirer des conjectures raiſonnables, *voluntatis defuncti quæſtio in æſtimatione judicis eſt, leg. 7. cod. de fideicommiſſ.* c'eſt avec raiſon que ce Parlement a introduit la tranſmiſſion dont nous parlons en faveur des deſcendans contre des étrangers ſubſtitués ; mais ce ſeroit choquer directement la pureté des

maximes du droit que d'admettre cette tranſmiſſion d'eſpérance contre des ſubſtitués deſcendans du teſtateur diſpoſitivement appellés.

Sur ce principe, que la tranſmiſſion de l'eſpérance du fidéicommis n'a pas lieu, & n'eſt point admiſe contre les deſcendans nommément appellés, fut ſans doute rendu l'arrêt du 13 Mai 1718, en la troiſieme des Enquêtes, après deux partages vuidés à la deuxieme, rapporteur M. de Larroque-Ceré, compartiteur M. l'abbé de Mariotte, en faveur du ſieur Jean-François Dutillet, contre Charles Dutillet de Gontaud; par lequel il fut jugé que le fidéicommis fait en faveur de l'aîné, l'ordre de primogeniture gardé, étoit dû à l'oncle, à l'excluſion de ſon neveu fils de l'aîné, qui étoit décédé avant l'ouverture du fidéicommis.

Paſtor. de benef. lib. 1. *tit.* 20. *num.* 10. fondé ſur l'opinion d'Aufrer. *quæſt.* 433. donne pour maxime que dans la ſucceſſion des fiefs, le droit de primogéniture eſt gardé, enſorte que le fils de l'aîné de la famille exclut ſes oncles paternels; mais cette doctrine doit être entendue lors qu'il y a coutume locale ou ſtatut coutumier qui le regle ainſi; mais nullement dans l'ordre ordinaire des ſubſtitutions, où l'eſpérance du fidéicommis n'eſt point tranſmiſſible du pere aux enfans contre les autres deſcendans du ſubſtituant nommément appellés.

On peut obſerver ici que, ſelon la doctrine de *Fernand*, *prælud. cap.* 10. *num.* 10. & de Duperier en ſes queſtions, liv. 2. chap. 21, les enfans qui ſont dans la condition *ſi ſine liberis*, ſont cenſés diſpoſitivement appellés dans les ſubſtitutions contractuelles; toutefois *Ferr. ſur la quæſt.* 39, *Guyp.* eſt d'avis contraire, & tient pour maxime que *liberi in conditione poſiti, ſive in ultimis voluntatibus, ſive in contractibus, non cenſentur vocati nec ſubſtituti*; & il rapporte un arrêt de la Cour conforme à ſon opinion.

C'eſt du côté de Ferriere & de l'arrêt qu'il faut ſe ranger par cette raiſon qu'il allegue lui-même que, *ſi liberi in conditione poſiti, in teſtamentis non cenſentur vocati, in quibus*

plenius voluntatem defuncti interpretamur, multò minùs in contractibus, in quibus ſtrictè agimus, leg. quidquid aſtringendæ, ff. de verbor. obligat.

Dans les contrats le droit ſur les biens eſt acquis au pere dès le jour du contrat même ; enſorte qu'il le tranſmet à ſes enfans, *ut hæredes ab inteſtato* ; mais il n'eſt nullement chargé de fidéicommis à leur égard, dès qu'ils ne ſe trouvent que dans la ſimple condition *ſi ſine liberis.*

L'arrêt du 13 Mai 1718 que je viens de rapporter, ne fit que confirmer un précédent arrêt de la même chambre, rendu le 25 Juin 1704, au rapport de M. Boriſla, après partage, porté à la premiere des Enquêtes, où il intervint un ſecond partage qui fut vuidé à la ſeconde, *nemine contradicente.*

Cette queſtion ne doit plus aujourdhui former de la difficulté après les différens arrêts qui l'ont décidée, & qui établiſſent ſur ce point une juriſprudence conſtante, fondée ſur la pureté des maximes du droit, ainſi que je l'ai dit au commencement de cette obſervation.

Au ſurplus, la loi *uniq. cod. de his qui ante apert. tabul.* ne peut ſervir de fondement à la tranſmiſſion de l'eſpérance dans le fidéicommis, (ainſi que l'ont cru quelques docteurs) parce que dans l'eſpece de cette loi le droit eſt déjà acquis aux peres par la mort du teſtateur, & ils en ſont ſaiſis ; ce qui ſuffit pour autoriſer la tranſmiſſion, les Empereurs Théodoſe & Valentinien y ayant ſeulement abrogé en faveur des enfans, la rigueur de la loi *Papia*, qui déféroit au fiſc l'hérédité, lorſque l'inſtitué étoit décédé *ante apertas tabulas.*

¶ L'art. 20 du tit. 1 de l'ordonnance concernant les fidéicommis, proſcrit abſolument la tranſmiſſion dont il eſt parlé dans ce chapitre, *ceux qui ſont appellés à une ſubſtitution, & dont le droit n'aura pas été ouvert avant leur décès, ne pourront en aucun cas être cenſés avoir tranſmis l'eſpérance à leurs enfans ou deſcendans, encore que la ſubſtitution ſoit faite en ligne directe par des deſcendans, & qu'il y ait d'autres ſubſtitués appellés à la même ſubſtitution, après ceux qui ſeront décédés & leurs enfans ou deſcendans.*

I a queſtion qui fait le ſujet du chap. 72, eſt décidée par la diſpoſition nouvelle de cette ordonnance, art. 19, dont j'ai ci devant rapporté la teneur, qui exclut ceux qui ne ſont que dans la ſimple condition de tout droit au fidéicommis.

CHAPITRE LXXIII.

Si les enfans mâles du premier ſubſtitué prédécédé, qui ſont dans la condition, ſont appellés à la ſubſtitution, & excluent leur oncle

J'Ai obſervé ſur le chap. 24 de ce même livre, que ſuivant la doctrine des Interpretes, la qualification de mâles ajoutée à la condition *ſi ſine liberis*, la change en vraie diſpoſition *ex conjecturata mente teſtatoris*, qui par cette qualification eſt cenſé avoir voulu conſerver les biens dans la famille : il ſemble donc que cette qualification inſérée par un teſtateur, en faveur des deſcendans mâles de ſes filles ne devroit pas produire le même effet, parce que le nom des familles ne pouvant ſe perpétuer par les femmes, il n'eſt pas cenſé avoir eu la même prédilection pour leurs enfans mâles qui ne doivent pas jouir de ce privilege, de changer par leur qualification la ſimple condition en diſpoſition ; mais ſeulement d'être préférable à leurs tantes, héritieres ſubſtituées à leur mere décédée, après avoir recueuilli le fidéicommis ; la clauſe de mâles étant ſimplement excluſive des filles de l'héritiere grevée dans la préſumée volonté du ſubſtituant qui n'a voulu préférer à ſes filles ſubſtituées, que les ſeuls mâles de ſa premiere fille héritiere inſtituée.

Toutefois les Docteurs décident que quand le teſtateur a commencé l'inſtitution par une de ſes filles, & qu'il ajoûte une ſubſtitution en cas de décès ſans enfans mâles, ces mâles jouiſſent du même privilege de préférence ſur les ſubſtitués, quoiqu'ils ne ſoient que dans la ſimple condition ; c'eſt l'obſervation de Ranchin ſur la queſtion 133, *Guyp.* car quoique

le teſtateur n'ait pu alors avoir en vue l'agnation, & pour objet la conſervation des biens dans ſa famille, il a néanmoins marqué une prédilection pour les mâles, ce qui ſuffit ſelon Mantica, *de conjectur. ult. volunt. lib.* 11. *tit.* 15. *num.* 4.

Dumoulin ſur cette queſtion *in conſuet. Pariſ. tit.* des fiefs, *§.* 25. *num.* 7, remarque que quand le teſtateur a inſtitué deux de ſes filles, & qu'il les a ſubſtituées réciproquement en cas de décès ſans enfans mâles, les mâles deſcendans des mâles de la ſurvivante n'ont point de privilege ſur les mâles deſcendans des filles de cette ſurvivante; la raiſon en eſt ſenſible, c'eſt qu'alors l'agnation ne peut avoir été l'objet du teſtateur, (ainſi qu'on vient de l'obſerver); Mantica au lieu ci-deſſus cité, décide que les mâles donnent pareillement l'excluſion au ſubſtitué, quoique la ſubſtitution ait été faite par une femme, parce qu'il ſuffit qu'elle ait marqué ſa prédilection pour les mâles par la qualification qu'elle en a faite, *& ideò*, dit-il, *ipſa teſtatrix videtur ſolùm conſideraſſe ſexum maſculinum, quo fit ut maſculi deſcendentes, etiam ex fœminis faciant deficere conditionem & ſubſtitutum excludant*; ainſi à tous égards l'on peut conclure, que, ſoit que la ſubſtitution ſoit faite par un homme en faveur de ſes mâles, ſoit en faveur de ceux de ſes filles, ſoit que cette ſubſtitution émane de la diſpoſition d'une femme, la clauſe de mâles ajoutée à la condition, les rend préférables au ſubſtitué.

CHAPITRE LXXV.

Si la tranſmiſſion a lieu en faveur de ceux qui ſont hors du quatrieme dégré de ſubſtitution.

Comment ſe comptent les dégrés quand il y a interruption. Si le ſubſtitué qui répudie, fait un dégré.

LEs marques de la ſubſtitution graduelle & perpétuelle, ſont ſelon Dumoulin *in conſil.* 7. *num.* 39, quand le

teſtateur a prohibé l'aliénation de ſes biens, & qu'à cette prohibition il a ajouté que ſon intention étoit qu'ils reſtaſſent toujours dans la famille, ſi ces clauſes ne concourent, il n'y a pas lieu de conjecturer une ſubſtitution graduelle.

Sur ce principe ſans doute fut rendu un arrêt en la premiere chambre des Enquêtes le 4 Juin 1714, au rapport de M. Deiga après partage, compartiteur M. de Gauran, départi en la deuxieme, ſuivant l'avis du rapporteur, par lequel il fut jugé dans l'eſpece du teſtament *de noble Jean-Paul de Bruguiere, qui, à défaut des enfans procréés de ſon mariage, avoit ſubſtitué ſon hérédité à François de Bruguiere ſon frere, & à défaut de mâles deſcendans de ſon frere, le plus proche parent gardant le nom & armes de ſa maiſon*, que ces clauſes n'induiſoient pas une ſubſtitution graduelle & perpétuelle, la quarte trébellianique n'avoit point été prohibée, ni l'aliénation des biens dépendans du fidéicommis.

Pour établir la preuve d'une ſubſtitution perpétuelle, il faut non-ſeulement la qualification de mâles, à l'excluſion des filles de la famille, mais la volonté marquée de perpétuer l'hérédité en ſon entier dans la famille; ſur quoi on peut voir le même Dumoulin, *conſil.* 26. *num.* 10.

¶ Suivant l'art. 27 de l'ordonnance dont je viens de parler aux précédens chapitres, la répudiation du ſubſtitué ou ſa rénonciation, ne fait point de dégré, puiſque celui-ci prend ſa place de plein droit, lui donne cette excluſion; *la renonciation*, dit l'article, *de l'héritier inſtitué, ou du légataire ou donataire grevé de ſubſtitution, ne pourra nuire au ſubſtitué, lequel, audit cas, prendra la place dudit héritier, légataire ou donataire, ſoit qu'il y ait une clauſe codicillaire dans le teſtament, ou qu'il n'y en ait point, & pareillement en cas de renonciation du ſubſtitué, celui qui ſera appellé après lui prendra ſa place.*

L'art. 30 de notre ordonnance reſtraint à deux dégrés outre l'inſtitution, toutes les ſubſtitutions fidéicommiſſaires, ſoit entre-vifs, ſoit à cauſe de mort; en quoi cet article a ſuivi l'eſprit de l'art. 59 de l'ordonnance d'Orléans; *c'eſt de*

couper

couper la racine à pluſieurs procès qui ſe meuvent en matiere de ſubſtitution.

La juriſprudence de ce Parlement ſe régloit par le droit des Novelles, & par la diſpoſition de l'ordonnance de Moulins, qui en l'art. 57, avoit étendu les dégrés de ſubſtitution juſques au quatrieme, outre l'inſtitution; l'uſage de ce Parlement étoit même de compter les dégrés par ſouches ou générations. Mr. Maynard, liv. 8, chap. 1, en ſes arrêts; ce qui allongeoit extrêmement les fidéicommis, & devenoit un obſtacle au commerce des contrats d'achat & de rentes, qu'il eſt de l'intérêt public de protéger; le trait de pareilles ſubſtitutions ſe portant fort loin, toute circulation des biens en dépendans, demeuroit ſuſpendue. L'art. 33 de notre ordonnance a remédié à cet inconvénient, en ſtatuant que les dégrés de ſubſtitution ſeront comptés par têtes & non par ſouches ou générations; enſorte que chaque perſonne ſait un dégré; c'eſt-à-dire, par exemple, que le pere de famille étant grevé de fidéicommis en faveur de ſes enfans de l'un à l'autre par ordre de primogéniture par l'aïeul ſubſtituant, tous leſdits enfans ne formoient que le premier dégré, ſuivant la juriſprudence de ce Parlement, & que le dégré ne ſe trouvoit épuiſé que lorſque tous avoient recueuilli ou précédé le temps de l'ouverture du fidéicommis fait en leur faveur: par notre ordonnance chaque enfant forme un dégré, l'inſtitution non compriſe; mais cette diſpoſition n'a lieu que pour les ſubſtitutions qui ſeront faites à l'avenir dans les pays où les dégrés étoient comptés par ſouches, n'entendant être rien innové, dit l'art. 31, en ce qui concerne les dégrés qui reſtent à remplir des ſubſtitutions faites dans leſdits pays, par des actes entre-vifs antérieurs à la publication des préſentes, & par des diſpoſitions à cauſe de mort, lorſque celui qui aura fait leſdites diſpoſitions ſera décédé avant la publication de ladite ordonnance.

Le fondement de la juriſprudence de ce Parlement qui comptoit les dégrés par ſouches ou générations, eſt amplement rapporté par Maynard au lieu cité, il eſt pris princi-pa-

lement de la faveur que les loix romaines, que ce Parlement fait profeſſion de ſuivre, accordoient aux diſpoſitions de derniere volonté, & à la liberté qu'elles conſervoient ſoigneuſement aux teſtateurs de tranſmettre leurs biens à pluſieurs générations par la voie du fidéicommis; mais la raiſon du bien public a prévalu ici, & ſon intérêt ſe trouve à reſtraindre à l'avenir le fidéicommis, comme je l'ai déja obſervé.

CHAPITRE LXXVII.

Si la condamnation aux Galeres perpétuelles donne lieu à l'ouverture du Fidéicommis.

LEs interpretes ſont d'accord en ce point, que la condamnation aux galeres perpétuelles, tient parmi nous la place de la condamnation *ad metalla* des Romains, *Ripa, in leg. ex facto. §. ſi quis rogatus, ff. ad Senatuſc. trebell. num.* 1, & Duranti, *quæſt.* 27, *num.* 18. Cette condamnation emportoit avec ſoi mort civile du condamné, & le rendoit même eſclave de la peine, *leg.* 4, *cod. de bon. preſcript. Guyp. quæſt.* 547, *num.* 23 *&* 4. donnoit lieu à l'ouverture de la ſubſtitution, ainſi que l'obſerve Me. de Ferriere ſur cette queſtion 547, la mort civile du condamné produiſant le même effet, pour ce qui concerne le droit civil, que la mort naturelle, en le retranchant du corps des citoyens comme un membre gangrené.

C'eſt ſur ces mêmes principes que les juriſconſultes ont décidé que la condamnation *ad metalla* donnoit lieu à l'ouverture du fidéicommis, *leg. intercidit, ff. de condit. & demonſtr. ſi ea pœna in eum ſtatuta fuerit quæ irrogat ſervitutem.*

Il y a cependant ſur cette matiere contrariété d'arrêts rendus; Mr. Dolive, *liv.* 5 *chap.* 8, *&* Expilli, *plaidoyer* 29, rapportent des préjugés qui ont décidé n'y avoir lieu à l'ou-

verture du fidéicommis par la condamnation aux galeres perpétuelles, l'auteur dans ce chapitre, & Me. Robert, *rer. judicatar. liv. 4. chap. 16*, en rapportent de contraires.

Parmi ce conflict d'opinions & de déciſions, il ne nous reſte plus qu'à examiner de près les raiſons des deux partis, pour nous renger avec connoiſſance du côté de la vérité.

Le texte de la loi *intercidit*, mettroit ſeul hors de toute difficulté la queſtion, & puiſqu'il en réſulte qu'il y a lieu à l'ouverture du fidéicommis ſi la condamnation entraîne avec ſoi la ſervitude; mais la plupart ont pris occaſion d'une des Novelles de Juſtinien, de ſoûtenir que cet Empereur avoit entierement aboli cet eſclavage de la peine, & réformé en cela le droit ancien, par lequel le condamné *ad metalla* devenoit eſclave de la peine; Meſſieurs Dolive & Expilli, appuient fort ſur cette allégation, & le premier ajoûte que ſuivant la loi 2, *ff. de bonor. poſſeſſ. contra tabulas*, le condamné *ad metalla*, pouvant être rétabli de même que le déportat, & la loi *intercidit*, déclarant que la déportation ne donne pas lieu à l'ouverture du fiéicommis, par la raiſon que le condamné *ad metalla* peut être rétabli; il en faut dire de même du condamné *ad metalla*.

Quant à la premiere objection, que l'eſclavage a été oboli par la conſtitution de Juſtinien, elle ſe trouve anéantie par la diſtinction judicieuſe que fait à ce ſujet Me. de Ferriere ſur la queſtion Guyp. en ces termes: *reſpondendum eſt conſtitutionem illam ſpecialem eſſe, & locum tantùm habere quoad matrimonia; nam quia jure civili matrimonium diſſolvebatur captivitate & pœnâ, puta per condemnationem in metallum, Juſtinianus, Novella 22, conſtituit, ut per damnationem in metallum, vel per aliam pœnam, non dirimeretur matrimonium, ſicut per deportationem non dirimebatur*; Expilli fait de grands efforts contre cette diſtinction, mais cependant elle a été reçue & adoptée par les derniers préjugés de ce Parlement.

L'argument que Mr. Dolive tire de la loi 2, *ff. de bonor. poſſeſſ. contra tabulas*, & de la loi *intercidit*, qui laiſſent au

condamné *ad metalla* & au déportat le même eſpoir de reſtitution, par où ils ſemblent être mis à niveau, cet argument, dis-je, n'eſt pas concluant & ne peut ſervir de fondement à ſon opinion.

1°. La loi *intercidit* eſt expreſſe pour la queſtion, puiſqu'en décidant que la déportation ne donne pas lieu à l'ouverture du fidéicommis, elle décide le contraire dans le cas d'une condamnation, qui rend le condamné eſclave de la peine, *non idem erit dicendum ſi ea pœna in eum ſtatuta fuerit quæ irrogat ſervitutem*, & la loi 4, *cod. de bon. proſcr.* aſſujettiſſant le condamné *ad metalla* à cette peine, il s'enſuit néceſſairement que cette condamnation donne lieu à l'ouverture du fidéicommis.

2°. Quoique le condamné *ad metalla* pût être rétabli par grace du Prince, de même que le déportat, il ne laiſſe pourtant pas d'y avoir une différence très-notable de l'un à l'autre ; le condamné *ad metalla* devenoit eſclave de la peine, & perdoit la liberté par la ſeule condamnation ; le déportat conſervoit la liberté, & ne perdoit que le droit de citoyen ; la liberté étoit parmi les Romains le plus précieux de tous les biens, & ſa privation étoit le comble de leurs malheurs & de l'infortune ; le condamné *ad metalla* devenu eſclave de ſa peine, étoit regardé d'un autre œuil que le déportat ; celui-ci étoit capable de recevoir des legs ou penſions alimentaires, il conſervoit la faculté d'élire au fidéicommis, *leg. cum pater, §. hæreditatem, ff. de leg.* 2, & quoique ces avantages ſoient regardés par les interpretes comme choſe purement de fait, & nullement de droit civil, *magis facti quàm juris*, tout cela ne laiſſoit pas d'établir une différence eſſentielle entre le déportat & le condamné *ad metalla*, puiſque celui-ci étoit livré à ſa peine, mis au rang des morts, & privé de tout ce qui pouvoit avoir quelque rapport au droit de citoyen ; ainſi ce n'eſt pas ſans fondement que la loi *intercidit* regarde cette condamnation du même œuil que la mort naturelle, & qu'elle lui attribue cet effet de donner lieu à l'ouverture du fidéicommis.

Par toutes ces raiſons je crois qu'il faut ſe ranger du côté des derniers préjugés de ce Parlement, rapportés dans ce chapitre, comme les plus conformes à la véritable diſpoſition de la Loi.

Il y a un arrêt rendu au rapport de Mr. de Larroque en la deuxieme Chambre des Enquêtes, le 31 Août 1723 entre St. Pé pere & fils, & Demoiſelle Louiſe Eſpelugue, épouſe du ſieur Dompré, qui déclare ouverte en faveur de ladite Eſpelugue une ſubſtitution contractuelle, faite en ſa faveur en 1679 par la condamnation aux galeres perpétuelles, prononcée contre Jean Eſpelugue ſon pere, donateur & ſubſtituant.

¶ L'art. 24 de l'ordonnance ſur les fidéicommis, décide *que dans tous les cas où la condamnation pour crime emporte mort civile, elle donnera lieu à l'ouverture du fidéicommis comme la mort naturelle, ce qui ſera pareillement obſervé à l'égard de ceux qui auront fait profeſſion ſolemnelle de la vie religieuſe.* Or il eſt décidé par tous les interpretes & par la diſpoſition des arrêts, que la condamnation aux galeres perpétuelles emporte mort civile du condamné.

CHAPITRE LXXVIII.

Si les diſpoſitions faites par le Majeur de 25 ans, en faveur de celui qui a été ſon Tuteur, ou de ſes enfans, ſont valables.

CEtte juriſprudence eſt conſtamment établie par les arrêts de la Cour, que les teſtamens faits en faveur des tuteurs ou curateurs qui n'ont pas rendu compte de leur adminiſtration, ou de leurs enfans, ſont nuls. Il y a un arrêt du 23 Juillet 1728, rendu au rapport de M. de Baſſard, qui l'a ainſi jugé dans cette eſpece.

Claude Cantarelle avoit été tuteur de Catherine Dupin ſa niece, il étoit comptable de ſon adminiſtration, lorſque cette fille étant tombée malade fit ſon teſtament, par lequel elle inſtitua Louiſe Dupin ſa ſœur, & en cas elle viendroit à

décéder ſans enfans, lui ſubſtitua Claude Cantarelle ou ſon héritier; le cas de la ſubſtitution étant arrivé, Joſeph Cantarelle fils & héritier de Claude, s'empara des biens de Catherine Dupin; Joſeph & Jeanne Cadiere freres, comme plus proches ſucceſſeurs *ab inteſtat* de Catherine Dupin, conjointement avec Joſeph, Jean & Catherine Cantarelle, demanderent devant le Juge ordinaire de Sernhac d'être maintenus aux deux cinquiemes de cette ſucceſſion, avec reſtitution des fruits depuis le décès de Catherine Dupin; mais ils furent démis de leur demande par ſentence du 4 Septembre 1727, avec dépens.

L'appel de cette ſentence ayant été porté au Sénéchal d'Uzés, de la part de Joſeph & Jeanne Cadiere, ils furent maintenus par ſentence du 22 Décembre ſuivant, aux deux portions, les cinq faiſant le tout de la ſucceſſion de Catherine Dupin, avec reſtitution des fruits; Cantarelle fut condamné aux dépens, l'arrêt de la Cour confirma cette ſentence pour le chef de la maintenue aux deux portions, avec reſtitution des fruits, & l'infirma quant aux chefs des dépens, Cantarelle n'ayant été condamné qu'au tiers, les deux autres tiers prélevés par Cadiere ſur la ſucceſſion de Catherine Dupin.

Cet arrêt eſt fondé ſur la diſpoſition de l'ordonnance de 1539, art. 131, & ſur les déclarations poſtérieures de nos Rois.

Les arrêts ont juſtement étendu la diſpoſition des ordonnances aux enfans des tuteurs & curateurs, par la raiſon de la loi *Quæritur, ff. de bon. libert. ne qui ſuo nomine à bonorum poſſeſſione ſubmoventur per alios eam ſubſequantur.*

La prohibition de l'ordonnance ſubſiſte tant que le tuteur eſt comptable; *Ricard, des donations, tom.* 1. *ch.* 3. *ſect.* 9. *num.* 454.

¶ M. Maynard, liv. 3. chap. 73. ajoûte que la même déciſion a lieu à l'égard de tous ceux qui ont ſur les donateurs quelque empire, au moyen de l'autorité ou force qu'ils ont en main, tels que ſont les Gouverneurs & Commandans,

qui tiennent garniſon forte dans une ville ou bourg, la caſſation de la donation eſt tempérée, dit le même auteur, par l'adjudication qui eſt faite aux médecins & autres ſus-nommés, de leurs ſalaires & vacations ; c'eſt-à-dire, que le Parlement en prononçant la caſſation de la donation, adjuge néanmoins le ſalaire tel qu'il convient aux médecins & autres qui ont ſoigné le donateur, & s'il y avoit même obligation conſentie par le malade d'une ſomme exhorbitante pour la cauſe ſus-énoncée, les arrêts ont coutume, ajoûte cet auteur, de la réduire *ad legitimum modum* ; c'eſt là ce que raiſonnablement les médecins & autres peuvent prétendre.

Par la juriſprudence des arrêts, les avocats ſont capables de recevoir des donations de la part de leurs clients : *vide* les notes ſur Lapeyre, lettre T, n°. 190. troiſieme addition ; il n'y a en effet du côté du donateur aucun ſujet de crainte ni de ménagement qui puiſſe déterminer le donateur. La confiance ſeule a été le motif du choix qu'il a fait d'un défenſeur en la perſonne de ſon avocat ; s'il y avoit quelque motif de crainte, ce ne pourroit être qu'à l'égard du Juge qui par le jugement devient l'arbitre du ſort du plaideur.

CHAPITRE LXXIX.

Si les prélegs ſont compris dans le fidéicommis.

LA queſtion, ſi la reſtitution des prélegs faits à l'héritier grevé doit être faite avec celle du fidéicommis univerſel, dépend des conjectures qu'on peut tirer de la volonté préſumée du teſtateur, ainſi qu'on peut le recueuillir du langage *de Mantica*, *de conject. ult. volunt. lib. 7. num. 7.* où ce Docteur, qui a traité au long cette matiere dans ce titre, obſerve que quoique régulierement les prélegs viennent dans la reſtitution du fidéicommis, quand même l'écorce des paroles réſiſteroit, ſi l'on peut conjecturer d'ailleurs de la volonté du teſtateur, que cette reſtitution doit

être faite. Il faut décider ſur le même principe qu'il n'y a pas lieu à cette reſtitution, ſi l'on peut le conjecturer ainſi de la diſpoſition du teſtateur, par la raiſon que *voluntas teſtatoris magis quàm verba inſpicitur*, ſuivant le texte de la loi *Cum virum*, *cod. de fideicom. & leg. Lucius*, §. *pluribus*, *ff. ad treb.*

C'eſt donc ſur ce principe que toutes les queſtions qui peuvent naître à ce ſujet doivent être décidées. M. Cambolas, liv. 6. chap. 28. a ramaſſé quelques conjectures, par leſquelles on peut juger que le teſtateur a prétendu que la reſtitution des prélegs devoit être faite avant le fidéicommis; *Ranchin ſur la queſtion* 303. *Guyp.* donne une regle qui peut ſervir à la déciſion des cas les plus fréquens qui ſe préſentent, ſçavoir, que pour juger ſi les prélegs ſont compris dans la reſtitution du fidéicommis univerſel, ou non, il faut conſidérer l'ordre de la diſpoſition du teſtateur, & les paroles dont elle ſe trouve conçue; que ſi le teſtateur a employé des termes qui emportent avec ſoi univerſalité de biens, comme s'il a dit, j'entends que la reſtitution de tous & chacuns mes biens ſoit faite au ſubſtitué, alors les prélegs faits à l'héritier ſont compris dans cette reſtitution, à la réſerve de la dot qui auroit été préléguée à la fille, ou de quelque autre choſe tenant lieu de payement d'une dette; que ſi au contraire le teſtateur s'eſt contenté de dire vaguement, j'entends que la reſtitution de mes biens ſoit faite au ſubſtitué; il faut diſtinguer, ou le teſtateur a commencé par cette ſubſtitution, & a fait enſuite au cohéritier le prélegs; ou il a commencé par le prélegs, & a fait enſuite la ſubſtitution: Au premier cas, la choſe préléguée ne doit point être reſtituée, & appartient incommutablement à l'héritier: Au ſecond, elle doit l'être avec l'univerſalité des biens

Comme cette matiere roule proprement ſur des conjectures de deſir & de volonté des teſtateurs, il faut néceſſairement ſe régler dans la déciſion des différens cas, qui peuvent naître par la meſure de la prédilection que le teſtateur peut raiſonnablement avoir eue, ou pour l'héritier inſtitué, ou pour le ſubſtitué; ce qui peut s'établir par la proximité

du

du ſang de l'un ou de l'autre ; & c'eſt par-là que les Juriſconſultes, & après eux les Empereurs, ſe ſont réglés eux-mêmes, dans les déciſions qu'ils ont rendues ſur les matieres conjecturales de ſubſtitution, ainſi qu'on peut le recueuillir des différentes loix répandues dans le Digeſte & le Code, & ſur-tout des loix *Lucius Titius*, *ff. de hæred. inſtit. & cum acutiſſimi*, *Cod. de fideicom.*

CHAPITRE LXXX.

Si dans les legs des terres & poſſeſſions acquiſes dans un lieu, ſont compriſes les acquiſitions faites depuis le teſtament.

QUand un pere legue à ſa fille 100 piſtoles par ſon teſtament, & qu'enſuite, venant à la marier, il lui conſtitue en dot 100 piſtoles, le legs n'eſt point dû à la fille après le décès du pere, *leg. filiæ* 11. *Cod. de legat.* ce que la Gloſe explique bien clairement, en ces termes : *filiæ tuæ centum legaſti, deinde eidem in dotem centum dediſti, an centum ex cauſa legati petere poſſit quæritur ? Reſpondeo quòd non.*

Il n'en eſt pas ainſi quand un étranger, après avoir légué une certaine ſomme à une fille par teſtament, lui conſtitue enſuite cette même ſomme en dot, & qu'il eſt ſtipulé dans le contrat de mariage que moyennant cette conſtitution la fille ne pourra rien prétendre contre le conſtituant, à raiſon des ſervices qu'elle lui a rendus ; alors la ſomme léguée eſt due à cette fille, outre & par-deſſus ſa conſtitution dotale, par la raiſon qu'elle a ſa dot à titre onéreux, puiſque c'eſt proprement le payement d'une dette qu'on lui fait, & que le legs lui appartient par un titre lucratif : l'on ne peut donc point confondre l'un avec l'autre, puiſqu'ils procedent de deux cauſes réellement diſtinctes, & qui doivent chacune produire leur effet.

C'eſt ainſi que la queſtion fut jugée en la troiſieme chambre des enquêtes, au rapport de M. de Maran le 12 Janvier 1719. entre Jean Daroles, boulanger, & Barthelemie Vianne.

Louis Daroles, boulanger, inſtitua héritiere Barthelemie Vianne ſa femme, & légua à Jeanne Daroles ſa niece la ſomme de 300 liv. avec un de ſes lits, le tout payable quand elle ſe marieroit.

Le teſtateur étant en vie, ſa niece vint à ſe marier; il lui fit donation dans ſon contrat, de la ſomme de 300 liv. & d'un lit, moyennant quoi Jeanne Daroles promit de ne lui rien demander à raiſon des ſervices qu'elle lui avoit rendus.

Daroles d'ailleurs mourut ſubitement onze ans après, ſans avoir révoqué ſon teſtament, Jeanne Daroles fit demande à Barthelemie Vianne, héritiere inſtituée du legs dont il a été parlé; celle-ci porta pour défenſe que cette demande ne pouvoit avoir lieu, puiſque le teſtateur avoit lui-même fait payement du legs par la donation des mêmes choſes léguées, faite dans le contrat de mariage, temps auquel il en avoit fixé le payement par ſon teſtament.

Jeanne Daroles prétendit au contraire qu'autre choſe étoit le legs, autre choſe la donation contractuelle; que le legs étoit une pure libéralité, & la donation un vrai payement d'une dette contractée par le donateur; ſur ces raiſons l'arrêt adjugea à Jeanne Daroles les fins de ſa demande, en ſorte qu'elle obtint le legs conjointement avec les choſes données.

CHAPITRE LXXXIV.

Si l'héritier ab inteſtat *eſt reçu à prouver par témoins la malverſation du teſtament avec ſon héritiere teſtamentaire.*

Si ce teſtament rompt un teſtament antérieur.

PAr un arrêt du 12 Avril 1718, rendu en la troiſieme chambre des enquêtes au rapport de Mr. de Pegueirol-

les, il fut jugé que Jean Epy & Louis Puaux, comme ſucceſſeurs *ab inteſtat* du ſieur de la Traverſe, étoient fondés à demander la caſſation d'un teſtament qu'il avoit fait en faveur d'Anne Marcoux, femme mariée, ſa voiſine, ſur le fondement du concubinage notoire du défunt avec cette femme, duquel l'arrêt leur permit de faire preuve, en démettant Anne Marcoux de ſon appel de la ſentence du Sénéchal, qui avoit déclaré cette preuve admiſſible.

Il faut obſerver ſur cet arrêt, qu'il ne s'agiſſoit point dans cette eſpece d'une accuſation d'adultere commis par une femme, qui ſert d'exception aux héritiers du mari pour la reſtitution de la dot, ou pour le payement de ſes avantages nuptiaux, auquel cas la preuve n'auroit pas dû être permiſe ſi l'action n'avoit pas été préparée par le mari pleinement inſtruit de l'adultere de ſa femme; mais qu'il étoit queſtion d'un fait de concubinage avec une femme mariée, qui devoit opérer la nullité du teſtament fait en ſa faveur; & c'eſt à quoi les héritiers *ab inteſtat* du teſtateur avoient intérêt; conſéquemment la preuve de ce fait notoire ne pouvoit leur être déniée, au lieu que, quelque intérêt que les héritiers du mari ayent à priver la veuve des avantages qu'elle peut prétendre ſur ſes biens, ils ne peuvent exciper de l'adultere ſi le mari, en étant inſtruit, ne s'en eſt plaint, & cela par la raiſon que, repréſentans la perſonne du défunt, à qui l'injure a été faite, & qui l'a remiſe à ſa femme par ſon ſilence, ils ne peuvent de leur chef, ni oppoſer l'adultere civilement, ni le pourſuivre criminellement.

CHAPITRE LXXXV.

De la légitime de la mere dans la diſpoſition teſtamentaire de ſon fils.

Quel eſt l'effet de la Subſtitution pupillaire expreſſe, de la Subſtitution pupillaire compriſe ſous la compendieuſe, de la Pupillaire tacite compriſe dans la vulgaire contre la mere & contre l'aieul-maternel & l'aieule-maternelle.

POur mettre dans tout leur jour les queſtions traitées ſur la ſubſtitution pupillaire expreſſe, la tacite compriſe dans la compendieuſe ou vulgaire, il eſt néceſſaire de recourir aux principes & aux maximes reçues ſur cette matiere. 1°. La ſubſtitution pupillaire expreſſe eſt celle qui émane de la diſpoſition du pere ou aieul qui a l'enfant en ſa puiſſance, & qui eſt héritier inſtitué; elle eſt faite en ces termes, *ſi decedant intra pupillares annos. inſtit. de pupill. ſubſtit. & toto tit. ff. eod.* De ce principe il faut conclure que la mere ne peut jamais ſubſtituer pupillairement, parce qu'elle n'a point ſes enfans en ſa puiſſance; & ainſi la ſubſtitution qu'elle leur fait en cas de décès en pupillarité ne vaut que comme ſubſtitution vulgaire; *Barthole, conſil. lib.* 1. *conſil.* 48. *n°.* 1. *ad legem primam, ff. de hæred. inſtit.* la ſubſtitution vulgaire eſt commune à toute ſorte d'héritiers, *in primum caſum id eſt non aditæ hæreditatis. inſtit. de vulgar. ſubſtit.* Ce qui renferme ces deux cas, *vel nolit, vel non poſſit.* 2°. L'effet de la ſubſtitution pupillaire expreſſe eſt tel, que le pere a droit de diſpoſer en faveur du ſubſtitué, non-ſeulement des biens qui ſont propres au ſubſtituant, mais de ceux qui appartiennent à ſon fils impubere, tant du chef maternel, que par autres voies, ſans que la mere ſurvivante à ſon fils, puiſſe prétendre contre le ſubſtitué un droit de légitime ſur les biens de l'impubere; telle eſt la déciſion de tous les interpretes. La raiſon en eſt, que c'eſt là le teſtament du pere,

& que le teſtateur ne doit aucun droit de légitime à la mere ; car l'impubere, n'ayant pas la faculté de pouvoir teſter, la loi donne cette prérogative au pere de pouvoir lui faire un teſtament, & de diſpoſer des biens qui ſont propres à ſon fils, *nam moribus inſtitutum eſt ut cum ejus ætatis filii ſint, in quâ ipſi teſtamentum facere non poſſunt, parentes eis faciant. inſtit. de pupill. ſubſtit.* 3°. La pupillaire eſt tacitement compriſe ſous la vulgaire expreſſe, *& vice versâ*, la pupillaire expreſſe contient la vulgaire tacite, *leg.* 4, *ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* mais c'eſt toujours dans l'un & l'autre cas le teſtament du pere ; il ſemble donc que la pupillaire tacite compriſe ſous la vulgaire expreſſe exclut la mere, par la raiſon qu'elle n'a rien a prétendre en vertu du teſtament du pere ; toutefois le Préſident Faber *in ſuo cod. lib.* 6. *tit.* 8. définition premiere, obſerve, que telle eſt la commune & vieille erreur des interpretes, autoriſée par la pratique, que la mere n'eſt point excluſe ni de la légitime ſur les biens du fils décédé impubere provenant du paternel, ni de la ſucceſſion aux biens qui lui ſont propres ; quand il n'eſt queſtion que de la pupillaire tacite, compriſe ſous la vulgaire expreſſe, c'eſt-à-dire, lorſque la ſubſtitution faite par le pere à ſon fils impubere, ne renferme point en termes exprès le cas de *décès en pupillarité*, mais ſeulement de décès, notre auteur qui a diſcuté le point de droit avec exactitude, avoue que l'uſage a prévalu à la rigueur du droit, & que la mere n'eſt point excluſe par la pupillaire tacite compriſe ſous la vulgaire, de ſes droits de légitime ſur les biens du fils, ni de ſa ſucceſſion aux biens qui lui ſont propres, & qu'il ne tient point du pere ſubſtituant ; mais que cette faveur ne ſe porte point ſur la tête de l'aïeule. Le Préſident Faber, *cod. definit.* 3, fait pourtant cette extenſion qui n'eſt point adoptée par la juriſprudence de ce Parlement, l'aïeule n'étant point d'une égale faveur que la mere dans la ſucceſſion de l'impubere.

La ſubſtitution compendieuſe eſt celle qui eſt conçue en ces termes, *j'inſtitue mon fils héritier, & venant à décéder*

après avoir recueuilli mon hérédité, je lui ſubſtitue, &c. lege precibus cod. de impub. & aliis ſubſtit. & ibi doctores. Cette ſubſtitution comprend tacitement la pupillaire; enſorte que le fils venant à décéder avant la puberté, l'effet de la ſubſtitution pupillaire a lieu; mais ſi le fils décede en puberté, la ſubſtitution n'a plus l'effet de la pupillaire, *leg. in pupillari, ff. de vulgar. & pupillar.* ſuivant la juriſprudence de ce Parlement la ſubſtitution pupillaire tacite, compriſe ſous la compendieuſe, n'exclut pas la mere qui a ſurvécu ſon fils impubere pour ſes droits de légitime ſur les biens du fils. Cette légitime eſt le tiers du patrimoine du ſubſtituant, à cela joint la quarte trébellianique, & la ſucceſſion entiere de l'impubere, ſi le ſubſtitué ſe trouve un collatéral ou étranger; s'il eſt au contraire un deſcendant du teſtateur, c'eſt le tiers du tiers ſans autre détraction, & cette prérogative ne reçoit point d'extenſion à l'aieul ou aieule de l'impubere qui a ſurvécu ſa mere.

La ſubſtitution réciproque eſt celle qui ſe fait par le pere à ſes enfans impuberes, ſans expreſſion de cas, & de cette ſorte: *j'inſtitue mes fils héritiers, & je les ſubſtitue réciproquement, & à iceux, N. leg. 4. §. in ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit. & lege cum proponebatur 64. de leg. 2°. eod.* elle contient toujours la ſubſtitution vulgaire; mais à l'égard de la pupillaire, elle n'y eſt compriſe qu'autant qu'elle ſe trouve faite entre perſonnes égales; c'eſt-à-dire, entre deux enfans impuberes, & qui ſont ſous la puiſſance du teſtateur, *dicta lege 4*; mais s'il y a inégalité entre les freres ſubſtitués, que l'un ſoit impubere & l'autre en puberté, ou, l'un ſous la puiſſance du teſtateur, & l'autre émancipé, alors la ſubſtitution n'a point le caractere de réciproque, & ne renferme point la pupillaire tacite; cette ſubſtitution ainſi faite eſt purement vulgaire, *dicta lege 4. & Lucius-Titius, ff. de vulgar. & pupill.* La ſubſtitution vraiment réciproque faite par le pere aux enfans impuberes qu'il a en ſa puiſſance, renferme la pupillaire tacite; mais ſi le ſubſtitué à ces impuberes décédés en pupillarité, après avoir recueuilli l'hérédité, eſt un

collatéral ou étranger, ou au contraire un deſcendant du ſubſtituant, ce Parlement ſe regle par les maximes qu'il a adoptées pour la ſubſtitution compendieuſe à l'égard de la mere ; mais l'aïeule n'eſt pas reçue à demander la quarte trébellianique, ſuivant l'arrêt rapporté par M. Maynard, liv. 5, chap. 25 ; le même arrêt admet l'aïeule maternelle à la légitime ſur les biens, auxquels le fils impubere avoit été inſtitué dans les circonſtances de la ſubſtitution pupillaire & tacite compriſe ſous la compendieuſe, conçue *verbis generalibus*, ce qui eſt conforme à la déciſion du Préſident Faber au lieu cité par l'auteur, & à l'arrêt du Sénat de Chamberri, que Faber rapporte.

La raiſon ramenée par Maynard & adoptée par le ſuſdit arrêt eſt que, *juſtâ interpretatione ex Juſtiani ſententiâ, receptum eſt ut in favorabilibus patris, aut matris nomine, avus vel avia demonſtrari intelligantur. L. juſta, ff. de verbor. ſignific.* Ce Parlement a pris le tempérament d'adjuger dans pareilles circonſtances la légitime & quarte, & les biens aventifs à la mere, & de reſtraindre l'aïeul & l'aïeule, quoique ſubſtitués à ſa place par ſon prédécès, à l'impubere, à la ſeule légitime, n'ayant pas trouvé la faveur égale entre la mere & l'aïeule. Par là les intérêts du ſubſtitué qui, par la rigueur du droit, devroient emporter toute l'hérédité ſans détraction aucune, ſont ménagés, & ceux de l'aïeule auſſi ; il y a une juſte proportion gardée en faveur de ce dernier par un motif d'équité & de conſidération, qui doit toujours prévaloir dans les tribunaux ſupérieurs à la rigueur de la loi.

L'aïeul ou l'aïeule n'obtiennent donc que leur légitime ſur les biens de l'impubere, quoique le ſubſtitué ſoit étranger, & cette légitime eſt le tiers de tous les biens ; mais ſi le ſubſtitué étoit un deſcendant du teſtateur, alors l'aïeul ne ſeroit point admiſſible dans ſa demande en légitime, parce que dans la ſucceſſion du ſubſtituant les aſcendans ne peuvent venir en concours avec les deſcendans ; novelle 118, *ut primo ſucceſſio penes deſcendentes ſit decernimus.*

CHAPITRE LXXXVI.

Si l'héritier du teſtateur ou du donateur eſt obligé de payer l'amortiſſement du fonds donné ou légué aux gens de main-morte.

LA matiere des amortiſſemens mérite d'autant plus de diſcuſſion, qu'elle a une rélation intime avec le nouvel édit rendu au mois d'Août 1749, concernant les acquiſitions des gens de main-morte. L'amortiſſement eſt un droit qui eſt dû à ſa Majeſté par les gens de main-morte, pour l'indemnité de la perte & dommage qu'elle ſouffre, par l'acquiſition que fait la main-morte de certains héritages ou droits mobiliers, qui, ne tombant plus dans le commerce, font perdre au Roi tous les droits de lods & ventes, quints & requints, reliefs, rachats, & autres droits ſeigneuriaux & féodaux. Il y a ſelon, *Bacquet*, 3 *partie*, *des nouveaux acquêts*, *chap.* 27, trois eſpeces de gens de main-morte en France; de la premiere eſpece ſont les eccléſiaſtiques, comme Archevêques, Evêques, Abbés, Prieurs, Curés, Chapelains & autres, parmi leſquels il faut ranger les corps & communautés eccléſiaſtiques, comme les Religieux, l'Abbé, le couvent, le Doyen-Chanoine & ſon Chapitre, l'Abbeſſe religieuſe, & couvent, Commanderies conventuelles, & autres monaſteres. Ils ſont tous ſujets au droit d'amortiſſement ou de nouveaux acquêts, pour tout le temporel de leurs bénéfices & monaſteres, ſoit que les héritages par eux acquis ſoient féodaux roturiers, ou allodiaux, & généralement pour tous droits immobiliers, dépendans de leurs bénéfices, tenus immédiatement du Roi en fief, ou cenſives, ou d'autres Seigneurs.

La ſeconde eſpece de gens de main-morte ſont les hôtels-dieu, hôpitaux, aumoneries, commanderies ſimples, confreries.

La

La troiſieme eſpece ſont les communautés ſéculieres compoſées de laïques ; comme Echevins, Maire & Conſuls, Capitouls, Jurats, & leur communauté. Les Univerſités, Colleges, Principal & Bourſiers, Jurés des métiers, communautés des Marchands, & autres de la même claſſe.

Bacquet au lieu cité, chap. 27, obſerve qu'il faut tenir pour certain que par les anciennes ordonnances, loix & ſtatuts du Royaume, de tout temps inviolablement gardés, il eſt défendu à gens d'égliſe, communautés, & autres gens de main-morte, d'acquerir, tenir & poſſéder aucuns héritages féodaux, allodiaux ou roturiers, ni aucunes rentes ni droits immobiliers dans le Royaume, ſans permiſſion de nos Rois.

L'édit dont je viens de parler, n'a point dérogé à la maxime de notre auteur, & qui a été adoptée par les arrêts qu'il rapporte, qu'il faut diſtinguer entre la donation entre-vifs, & le legs ; le donateur ni ſon héritier n'eſt pas tenu de payer l'amortiſſement du fonds donné aux gens de main-morte ; mais l'héritier du teſtateur eſt obligé de payer l'amortiſſement du fonds légué. L'édit dont je viens de parler a mis un frein à la liberté trop étendue des gens de main-morte d'acquerir des fonds ou d'immeubles, ſoit par diſpoſition de derniere volonté, ſoit par acte entre-vifs, ce qui donne atteinte ſans doute à la perception de ce droit domanial de main-morte. Pour ce qui concerne les legs & autres diſpoſitions de derniere volonté, voici comme parle l'article 17 de cet édit : *Défendons de faire à l'avenir aucune diſpoſition de derniere volonté pour donner aux gens de main-morte des biens de la qualité marquée par l'article* 14. *Voulons que leſdites diſpoſitions ſoient déclarées nulles, quand même elles ſeroient faites à la charge d'obtenir nos lettres patentes, & qu'au lieu de donner directement leſdits biens auſdits gens de main-morte, celui qui en auroit diſpoſé auroit ordonné qu'ils ſeroient vendus ou régis par d'autres perſonnes pour leur en remettre le prix ou les revenus* ; quant aux diſpoſitions qui ſe font en faveur de la main-morte, elles ne peuvent ſortir à effet, ſi ce n'eſt en vertu de la permiſſion expreſſe du Roi, portée par lettres pa-

tentes enrégiſtrées aux Parlemens ou Conſeils ſupérieurs chacun dans ſon reſſort, c'eſt l'article premier. *Voulons qu'il ne puiſſe être fait aucun nouvel établiſſement de Chapitres, Colleges, Seminaires, Maiſons ou Communautés Religieuſes, même ſous prétexte d'hoſpices, Congrégations, Confreries, Hôpitaux, ou autre; corps & Communautés, ſoit eccléſiaſtiques ſéculiers ou réguliers, ſoit laiques, de quelque qualité qu'elles ſoient; Ni pareillement nouvelle érection de chapelles ou autres titres de bénéfices, dans l'étendue de notre Royaume, terres & pays de notre obéiſſance, ſi ce n'eſt en vertu de notre permiſſion expreſſe portée par nos lettres patentes, enrégiſtrées en nos Parlemens ou Conſeils ſupérieurs, chacun dans ſon reſſort, en la forme qui ſera preſcrite ci-après.* L'article 2 défend de faire à l'avenir aucune diſpoſition par acte de derniere volonté, pour fonder un nouvel établiſſement de la qualité de ceux qui ſont mentionnés dans l'art. 1, directement ou par perſonnes interpoſées, quand même la diſpoſition contiendroit cette charge aux conditions qu'il ſera obtenu à cet égard par lettres & patentes du Roi, ce qui eſt ratifié par l'art. 17 déja cité. Sur quoi il faut obſerver que les diſpoſitions de derniere volonté, dont la plûpart ſe font dans la crainte ou le danger éminent de la mort, ſont ſuſceptibles d'impreſſions étrangeres, & le fondateur s'y porte ſouvent par des motifs de crainte du jugement de Dieu, que des Curés indiſcrets ou avides de fondation leur inſpirent, & par cette voie, on faiſoit tomber autrefois une partie des biens temporels en main-morte, ce qui devenoit extrêmement préjudiciable au bien public, qui exige que les biens temporels ſoient dans le commerce & en la main des particuliers, qui par la conjonction légitime du mariage, peuplent l'état, fourniſſent des ſujets à toutes les conditions, & le rendent par-là floriſſant.

Les établiſſemens au contraire qui ſe font par des actes entre-vifs ſont moins fréquens & plus refléchis, on ſe dépouille rarement d'un bien qu'on tient de ſes ancêtres, ou qu'on a acquis par autre voie. Ainſi il eſt moins dangereux de per-

mettre cette derniere eſpece d'établiſſement. Auſſi l'Ordonnance a-t-elle reſtraint ſa prohibition aux établiſſemens dont parle l'art. 1, formés par acte de derniere volonté, ce qui tombe proprement ſur les fondations qui étoient devenues du ſtyle de la plupart des teſtamens, pour ceux qui ſe trouvoient ſans poſtérité ou proches parens.

Il y a une exception à la diſpoſition des articles ci-devant cités, marquée par l'article 3 du même édit; elles regardent les fondations particulieres, qui peuvent ſe faire, ſoit par diſpoſition de derniere volonté, ſoit par actes entre-vifs, *& qui n'auront pour objet que la célébration des meſſes ou obits, la ſubſiſtance d'étudians, ou de pauvres eccléſiaſtiques ou ſéculiers; des mariages de pauvres filles, écoles de charité, ſoulagement des priſonniers, ou incendiés, ou autres œuvres pieuſes de même nature & également utiles au public, à l'égard deſquelles fondations il ne ſera point néceſſaire d'obtenir nos lettres patentes, & il ſuffira de faire homologuer les actes ou diſpoſitions qui les contiendront en nos Parlemens ou Conſeils ſupérieurs, chacun dans ſon reſſort ſur les concluſions ou requiſitions de nos Procureurs Généraux, & qu'il ſoit, en même-temps pourvû par noſdits Parlemens ou Conſeils ſupérieurs, à l'adminiſtration des biens deſtinés à l'exécution deſdites fondations, & aux comptes qui en ſeront rendus.*

L'édit preſcrit enſuite les voies qu'il faut prendre, & les formalités qu'il faut obſerver pour la validité des établiſſemens ou fondations qui ſeront faits en vertu des lettres patentes de ſa Majeſté. L'article 18 permet aux gens de main-morte l'acquiſition des rentes conſtituées ſur ſa Majeſté, ſur le clergé, ſur les dioceſes, ſur pays d'états, villes ou communautés, ſans qu'il ſoit beſoin d'obtenir des lettres patentes, ſoit pour l'avenir, ſoit pour le paſſé. Cette eſpece de rente n'eſt pas réputée fonds ni immeuble; mais ces rentes étant volantes & preſcriptibles, ſont miſes au nombre des effets mobiliers, dont l'acquiſition n'eſt pas prohibée aux gens de main-morte. L'article 26 porte que, *toutes les demandes qui ſeront faites ou formées en exécution des diſpoſitions de l'édit,*

ſeront portées directement en la grand'chambre, ou premiere chambre des Cours de Parlement, ou Conſeil ſupérieur privativement à tous autres juges, pour y être ſtatué ſur les concluſions du Procureur Général, & à cet effet, le Roi déroge à toutes évocations, committimus, *ou tous autres privileges accordés pour le paſſé ou qui pourroient l'être dans la ſuite, à tous ordres, même à l'ordre de Malthe, & à celui de Fontevrault, & à toutes congrégations, qu'aux communautés ou particuliers.*

Venant à la queſtion traitée dans ce chapitre, ſi c'eſt aux héritiers à payer le droit d'amortiſſement du fonds légué aux gens de main-morte, quoiqu'il n'y ſoit point aſſujetti par clauſe expreſſe du teſtateur, ou ſi c'eſt au contraire à la main-morte à faire le payement : cette queſtion ne paroît pas ſuſceptible de difficulté après les différens arrêts qui ont été rendus dans différens Parlemens, & leur déciſion unanime en faveur des gens de main-morte contre les héritiers, condamnés a affranchir les legs du payement de ce droit. Ces arrêts ſont rapportés par Papon dans ſon Recueuil, *liv.* 20, *tit.* 6, *art.* 3, par Louet & Brodeau, *lettre A, ſomm.* 12 ; mais ces différens arrêts ſe trouvent rendus dans l'eſpece des fondations ou legs pieux faits à la main-morte : or, dans ces circonſtances (ainſi que l'obſerve Louet) *in pius legatis voluntates decedentium latiſſimè interpretantur*, & l'opinion de Barthole en la loi *præter, §. Tuſculanus, de legat.* 3, ayant été reçue au Palais, ſuivant laquelle *legata integra ſine ulla deductione præſtari debent*, & Brodeau, *cod. n.* 2, en parlant des teſtamens de Pierre & Etienne Evêques de Troyes, contenant legs en faveur des Egliſes, à raiſon deſquels les héritiers furent condamnés au droit d'amortiſſement, fait cette obſervation, que dans cette eſpece de legs, on apporte toujours une interprétation benigne & favorable, qui fait conjecturer, que le teſtateur a prétendu rendre le legs libre de toute charge ; mais s'il eſt queſtion d'un legs fait purement & ſimplement, ſans aucune vue d'établiſſement pieux, à un corps de communauté ſéculiere, comme Echevins,

Maire & Conſuls ; les héritiers ſeront-ils tenus d'amortir le legs ? La queſtion me paroit douteuſe, par la raiſon, que l'amortiſſement affecte le fonds légué, & qu'il eſt de maxime que le legs d'un fonds paſſe en la main du légataire avec les charges réelles, ſi l'on ne peut conjecturer le contraire de l'intention du teſtateur, comme au cas où le legs a pour objet une œuvre pie.

A l'égard des donations entre-vifs, comme il n'y a rien a ſuppléer par interprétation, préſomption ou conjectures ; lorſque la main-morte accepte une donation de cette eſpece, elle doit faire inſérer dans le contrat une clauſe qui charge le donateur du payement & acquit du droit d'amortiſſement, ou ne la point accepter ſans cette condition. C'eſt l'obſervation *de Brodeau*, *loco citato*, *num.* 3, qui rapporte un arrêt du Parlement de Paris conforme à ſa déciſion.

Au ſurplus, on ne peut preſcrire contre le Roi le droit d'amortiſſement, pas même par une poſſeſſion centenaire. La raiſon qu'en donne Bacquet, troiſieme partie *du droit des nouveaux acquêts*, chap. 37, eſt, que ce droit eſt royal, domanial, honorifique, & ſouverain, & qu'il eſt dû au Roi en reconnoiſſance de ſa ſouveraineté. A quoi l'on peut ajouter que la négligence ou l'omiſſion des officiers des Rois prédéceſſeurs à lever ce droit, n'a pu préjudicier à leurs ſucceſſeurs ; par cette même raiſon de Bacquet, on ne peut preſcrire contre le Roi ce droit de franc-fief, ni s'autoriſer pour cela d'une nobleſſe uſurpée, quelque longue que ſoit la poſſeſſion, ſi le titre ſe trouve vicieux dans ſon origine.

C'eſt une queſtion agitée par Charondas, *Reſponſ. liv.* 1, *chap.* 68, ſi le retrait féodal ou cenſuel peut être exercé par le Seigneur à l'égard du fonds amorti par le Roi ; cet auteur obſerve que quelques-uns ont eſtimé que le Seigneur ne pouvoit uſer de ce retrait ou du droit de prélation après le privilege de l'amortiſſement accordé par le Roi à la main-morte. Il rend pourtant une déciſion contraire, que j'adopte volontiers, par la raiſon, qu'il eſt de maxime, que les privileges que le Roi accorde ſont cenſés renfermer la clauſe,

ſauf le droit du tiers, ſalvo jure tertii, qu'ainſi, le droit de prélation (qui appartient par la loi ou bail au Seigneur féodal ou directe) ne peut lui être ôté, que par ſon conſentement exprès ou tacite, quand même le Roi auroit autoriſé la main-morte par lettres parentes en l'acquiſition du fonds, & que l'amortiſſement auroit été payé en conſéquence deſdites lettres duement régiſtrées en la forme preſcrite par l'édit. Suivant l'article 25, les gens de main-morte, ne peuvent exercer à l'avenir aucun retrait féodal ni ſeigneurial des fonds relevans ou mouvans de leur Seigneurie féodale ou cenſuelle, ſauf leurs autres droits.

CHAPITRE LXXXIX.

Si dans la Subſtitution faite au cas de décès ſans enfans, la condition défaut par l'exiſtence des enfans de l'héritier, nés & demeurans hors du Royaume.

ON ne peut point décider en theſe, que l'exiſtence des enfans de l'héritier grevé ſous la condition *ſi ſine liberis*, nés hors du Royaume, faſſe défaillir le fidéicommis, parce qu'il faut plutôt examiner ſi leur pere a quitté le Royaume dans le deſſein de n'y plus retourner, & de finir ſes jours dans un Royaume étranger, en y faiſant un établiſſement ſtable, ou ſi au contraire il a toujours eu intention de revenir en France, *ad ſuos, & majorum lares*, ayant manifeſté cette intention, ou par des actes autentiques, paſſés pardevant notaires, ou autrement ; car en premier cas, il faut décider qu'ayant perdu par ſa ſortie du Royaume tous les droits du citoyen, & étant quant à ce réputé pour mort, les enfans qui lui ſont nés après cette ſortie, ne ſont pas capables de faire défaillir la condition à l'exemple de ceux du déportât, conçus & nés après ſa déportation.

Au ſecond cas, l'exiſtence des enfans fait défaillir la condition, & les biens leur appartiennent *ut hæredes ab inteſta-*

20 ; c'eſt ce qu'on peut recueuillir de la doctrine de *Bacquet*, *cinquieme partie*, *du droit d'aubaine*, *chap.* 40. où cet auteur uſant de cette diſtinction, dit, qu'au premier cas les biens du défunt appartiennent au Roi par droit d'aubaine, & au ſecond cas, à ſes héritiers légitimes. Çambolas, liv. 5. chap. 24. obſerve à ce ſujet que la raiſon principale de l'arrêt rapporté par Louet, lettre S. chap. 15. fut priſe de cette circonſtance du procès, qu'il étoit juſtifié que l'intention de l'héritier grevé avoit été de mourir aux Indes. En effet Brodeau ſon Commentateur rapporte au même lieu des arrêts du Parlement, par leſquels il a été jugé qu'un François qui a reſté 30 ou 40. ans hors du Royaume dans le deſſein d'y retourner, ne perd pas pour cela le droit de bourgeoiſie ni celui de ſuccéder ; d'où il faut conclure par l'argument des contraires, que celui qui s'eſt abſenté du Royaume *perpetuæ moræ cauſa*, & dans le deſſein de mourir en terre étrangere, perd tous les avantages de citoyen par cet exil volontaire, de même qu'il les perdroit par un exil forcé.

Cela poſé, il faut décider que les enfans nés hors du Royaume, de celui *qui habuit animum revertendi*, ſont capables de recueuillir l'hérédité & de faire obſtacle au ſubſtitué, mais il faut pour cela qu'ils viennent habiter le Royaume.

Que ſi au contraire leur pere s'étoit retiré dans un Royaume étranger dans la vue d'y faire un établiſſement permanent, ils ſeroient vrais aubains étant nés après la retraite de leur pere, & leur retour en France ne les rendroit point habiles à ſuccéder aux biens que leur pere avoit recueuillis, & dont il étoit grevé ſous cette condition, *ſi ſine liberis.*

C'eſt ſuivant ces diſtinctions qu'il faut entendre les arrêts rapportés par M. de Cambolas, & celui de ce chapitre ; car on ne peut décider en theſe, que les enfans nés, & demeurans hors du Royaume, ſoient capables de recueuillir la ſucceſſion du pere, & de faire évanouir la ſubſtitution, puis qu'ils ſont aubains, & que les loix romaines & les loix du Royaume, donnent l'excluſion aux étrangers de toutes ſucceſſions des regnicoles. Cette matiere eſt doctement traitée

dans le ſommaire 15. de Louet, lettre S, & dans Bacquet, *du droit d'aubaine*, part. 1. ch. 2.

Pour autoriſer la diſtinction que je viens de faire, je n'ai beſoin que de rappeller ici la diſpoſition de l'édit de Louis XIV. du mois d'Août 1669. *qui porte défenſes à tous ſes ſujets de ſe retirer du Royaume pour s'aller établir ſans ſa permiſſion dans les pays étrangers, par mariage, acquiſitions d'immeubles, & tranſport de leurs familles & biens, pour y prendre leurs établiſſemens ſtables & ſans retour, à peine de confiſcation de corps & de biens, & d'être cenſés & réputés étrangers, ſans qu'ils puiſſent être ci-après rétablis, ni leurs enfans naturaliſés*; l'Edit ajoûte. *N'entendons toutefois comprendre en ces défenſes ceux de nos ſujets qui ſortent de temps en temps de notre Royaume pour aller travailler & négocier dans les pays étrangers, pourvu qu'ils n'y tranſportent pas leurs domiciles, & qu'ils ne s'y établiſſent par mariage, ou autrement.*

CHAPITRE XCI.

Si le rapport d'une donation a lieu dans la ſucceſſion teſtamentaire.

L'Arrêt rapporté dans ce chapitre au ſujet du rapport, n'a rien de ſingulier, & ſa déciſion n'eſt pas ſuſceptible d'aucun conflict d'opinions, j'obſerverai ſur cette matiere que le rapport d'une donation entre-vifs à la ſucceſſion teſtamentaire ou *ab inteſtat* du donateur, n'a jamais lieu qu'en ligne deſcendante, & non en collatérale, ainſi que l'obſervent *Coquille ſur la coutume de Nivern. art. 20. des ſucceſſions*; *le Préſident Boyer, déciſion 202. n°. 3. idem Fernand ad legem In quartam, præfat. 2. art. 1. n. 17.* La raiſon qu'ils en donnent eſt, que celui qui n'a point d'enfans, ne doit rien à ſes héritiers collatéraux; mais bien le pere, par la raiſon priſe de la loi 7, *ff. de bon. damnat. natura lex quædam tacita liberis parentum addicit hæreditatem.* Une donation remunératoire

munératoire n'eſt pas ſujette au rapport. Ce n'eſt pas là proprement donation ou libéralité, mais acquit d'une dette contractée par le donateur envers le donataire. Ce que le pere a fourni à l'un de ſes enfans pour ſon éducation, n'eſt pas ſujet a rapport, *quæ pater donavit ſtudiorum causâ, alteri ex filiis conferenda non ſunt. Facbin. controverſ. liv. 5. ch.* 83. qui cite pluſieurs docteurs pour garants de ſa déciſion; mais cela doit être entendu ſuivant le judicieux Coquille, ſi les dépenſes faites à cet égard n'excedent point la condition du fils, & lui ſont proportionnées; *Coquill.* 168. enſorte qu'en ſuivant cette diſtinction, il faudroit décider que ce qu'un ſimple payſan, par exemple, a dépenſé pour les études de ſon fils, ou pour le faire promouvoir enſuite aux Ordres ſacrés qui lui ont donné entrée au bénéfice dont il eſt pourvû, doit être rapporté par le fils. Ce que je crois juſte; car on voit bien de peres de cette eſpece épuiſer leurs bourſes & la meilleure partie de leurs biens, pour procurer pareil établiſſement à leurs enfans; les enfans, ſoit émancipés ou non, ſont tenus de rapporter tout ce qu'ils ont reçu du pere aïeul & autres aſcendans, ſoit pour cauſe de dot ou donation à cauſe de mort, lors qu'il s'agit de la ſucceſſion de celui qui a fait la donation; *Fachin. eod. cap.* 77. *concluſ.* 4. Les feſtins des nôces non plus que les habits nuptiaux, ne ſont point ſujets au rapport; *Lapeyr.* 3. *édition, lettre R, n°.* 27. rapporte un arrêt du 9 Juin 1662. qui l'a ainſi jugé, pour les habits nuptiaux & pour le feſtin des nôces; la note remarque que la raiſon qu'en donne Coquille, *coutume de Nivern. art.* 11. *titre des donations*, eſt que de ce feſtin il n'en reſte rien aux mariés dont ils ſe puiſſent dire plus riches, & que tels fraix de nôces regardent l'honneur de la maiſon du pere. A l'égard des habits nuptiaux, je voudrois faire une diſtinction entre ce qui eſt ornement & décoration de ces habits, comme ſont les pierreries & diamans, & les habits dénués de cette décoration, ceux-ci ſe conſumant par l'uſage ne doivent point être ſujets au rapport, ceux-là étant au nombre des choſes précieuſes & durables, l'eſtimation

ou le prix doit en être rapporté par le fils cohéritier, tout comme l'argent monoyé.

Ce que le fils a gagné par ſon induſtrie, mais par le ſecours d'un fonds que le pere lui a mis en main, doit être rapporté par moitié, *quod filius induſtriâ & labore ſuo quæſivit ex pecunia patris, pro dimidia parte conferendum eſt, pro alterâ non eſt conferendum, quia partim adventitium indicatur partim profectitium, ex traditione Fachin. eod. concluſ.* 19. *cap.* 83. Ce que cet interprete appuie de pluſieurs autorités; mais ce que le fils de famille a acquis de ſon travail indépendemment d'aucun fonds à lui remis par le pere, lui appartient en propriété & en ſeul, ſauf l'uſufruit pour le pere, *leg. cum oportet cod. de bon. quæ liber. & ult. eod.* La fille non émancipée mariée par ſon pere à un époux inſolvable, venant à la ſucceſſion *ab inteſtat* du pere, n'eſt pas obligée de rapporter le montant de la dot qu'elle ne peut répéter ſur les biens du mari; mais ſimplement l'action qu'elle a à cet égard, qui devient commune à ſes cohéritiers; ſi au contraire la fille *eſt ſui juris & legitimæ ætatis*, lors du dérangement des affaires de ſon mari, arrivé depuis ſon mariage, & qu'elle n'ait pas fait des démarches juridiques pour la répétition de ſa dot, elle eſt obligée d'en ſoûtenir la perte, & doit imputer le montant de cette dot ſur la portion qui la compete de la ſucceſſion de ſon pere. *Novella* 97. *cap. ſed & illud.*

CHAPITRE XCIII.

De la permiſſion donnée par le teſtateur à l'héritier chargé de fidéicommis, de diſpoſer juſqu'à une certaine ſomme.

L'Art. 16. de l'Ordonnance de 1731 ſur les donations, confirme la juriſprudence de ce Parlement, ſuivant laquelle la réſerve faite par un donateur pour en diſpoſer à ſes plaiſirs & volontés, appartient à ſes héritiers teſtamentaires ou *ab inteſtat*; le donateur n'en ayant point diſpoſé, il n'a

pas paru juſte qu'un donataire dépouille totalement ſon donateur & bienfaiteur, en réuniſſant à la maſſe des biens donnés une portion qui en avoit été détachée pour laiſſer au donateur la liberté de teſter, que les loix ont ſi fort protégée.

CHAPITRE XCIV.

Si le droit d'accroiſſement a lieu entre pluſieurs ſubſtitués pour certaines portions.

C'Eſt une regle certaine que le droit d'accroiſſement a lieu dans les fidéicommis entre les fidéicommiſſaires, *jus accreſcendi locum habet in fidéicommiſſis univerſalibus*, dit Ferriere ſur la queſt. 335. *Guip.* En ſorte que quand on ſubſtitue à ſon héritier deux particuliers, ſi l'un d'eux vient à décéder pendant la vie de l'héritier grevé, le ſurvivant prend toute l'hérédité des mains du grevé, *jure accreſcendi*, *leg. filius familias*, §. *divi*, *de legat.* 1. Ce qui doit être entendu ſi les ſubſtitués ſont conjoints, ou par l'unité du diſcours ou par la choſe; car s'ils ſe trouvent disjoints & ſéparés, la portion du prémourant devient caduque & demeure à l'héritier grevé, ſuivant la loi *Lucius Titius*, §. *quæ habebat*, *ff. ad Trebell.* Et c'eſt par cette même raiſon que l'arrêt rapporté dans ce chapitre démit du Lignon de la moitié du tiers, qui formoit la portion héréditaire de la parente du teſtateur ſubſtituée, & qui avoit précédé l'héritier grevé; les ſubſtitués n'étant point conjoints dans cette eſpece, ni par la choſe, ni par l'unité du diſcours, il ne pouvoit y avoir lieu au droit d'accroiſſement entre eux.

Sur cette matiere d'accroiſſement, il faut diſtinguer celui qui ſe fait dans les inſtitutions héréditaires, d'avec celui qui compete aux fidéicommiſſaires ou légataires: Dans les inſtitutions héréditaires l'accroiſſement a toujours lieu, & la portion du prédécédé accroit néceſſairement au ſurvivant, *etiam invito & nolenti*, par la raiſon qu'il eſt de l'intérêt public de

ſoûtenir les diſpoſitions teſtamentaires, un teſtateur ne pouvant mourir, *partim teſtatus, partim inteſtatus, inſtit. de hæred. inſtit.* §. *hæreditas*, *& leg. Jus noſtrum, de regul. jur.* ce qui fait qu'on ne conſidere point ſi les héritiers ſont conjoints, ou par les portions héréditaires, ou par l'unité du diſcours, *Duaren. de jur. accr. lib.* 1, *cap.* 1. Il en eſt autrement dans les légats, & dans les fidéicommis qui leur ſont égalés par le droit nouveau; jamais le droit d'accroiſſement n'a lieu entre légataire & fidéicommiſſaire, s'ils ne ſe trouvent conjoints ou par la choſe léguée, ce qui s'appelle *re*, ou par l'unité du diſcours, *verbis*, ou par la choſe & le diſcours tout enſemble, *re & verbis.*

Les légataires ſont conjoints par la choſe ſeulement toutes les fois qu'ils ſont appellés à la même choſe (quoique par diverſité d'oraiſon & de diſcours:) *ſunt conjuncti re tantùm quibus eadem res legatur vel eadem hæreditas relinquitur ſed ſeparatim, ac diverſis orationibus, veluti Titio fundum Cornelium lego, Sempronio fundum Cornelium lego. Duaren. de jur. accr. lib.* 1, *cap.* 6. Ils ſont conjoints par la choſe & par l'unité du diſcours, quand non-ſeulement ils ſont appellés à la même choſe, mais par un même diſcours; comme par exemple, *Titio & Sempronio fundum Cornelianum delego. Duaren. loco ſupra:* Enfin ils ſont conjoints par l'unité du diſcours ſeulement *verbo tantùm*, quand le teſtateur s'exprime ainſi, *Titio & Sempronio fundum æquis partibus delego.* Le teſtateur fait alors les portions; & voilà pourquoi, quoiqu'ils ſoient appellés à la même choſe, ils ne ſont point conjoints par la choſe, mais ſeulement par l'unité du diſcours, & par la particule *&*, qui unit *Titius* à *Sempronius. Duaren. ibi.*

Dans toutes ces différentes conjonctions, le droit d'accroiſſement a lieu, *Duaren. loco ſupra, cap.* 1. Cet auteur a fort doctement traité cette matiere, ainſi le lecteur peut y avoir recours pour la ſolution des différentes difficultés qui peuvent s'élever dans les cas qui s'y préſentent.

J'obſerverai ici que le droit d'accroiſſement n'a pas lieu

régulierement dans les contrats, par la raiſon que l'accroiſſement eſt fondé ſur des conjectures de la volonté, qui ne ſont point admiſes dans les contrats où rien ne ſe ſupplée, & où tout eſt exprès, ſuivant la maxime *in tantùm valent, in quantùm ſonant.* La loi 11, *ſi mihi & Titio, ff. de verbor. obligat.* ſur laquelle ſe fondent les interpretes pour reſtraindre le droit d'accroiſſement aux ſeules diſpoſitions de derniere volonté, ne reçoit pourtant point ſon application au droit d'accroiſſement, puiſqu'elle regarde les ſtipulations que l'on fait pour ſoi & pour autrui, que cette loi réduit à la moitié de ce qui eſt ſtipulé, par la raiſon qu'on ne peut ſelon les regles ſtipuler pour autrui; ce qui fait que celui qui ſtipule, par exemple, qu'on donnera dix écus à lui & à Titius, ne peut prétendre que cinq écus, *quia extraneis inutiliter ſtipulatur*, & qu'il n'a réellement ſtipulé pour lui que cinq écus.

Il y a des exceptions à cette regle, que le droit d'accroiſſement n'a pas lieu dans les contrats, qui ſont marquées par Ferriere ſur la queſtion 204. *Gu'p.* comme dans l'uſufruit *inter vivos conſtituto* dans les donations faites par le Roi, dans les choſes indiviſibles, comme par exemple, dans un droit de ſervitude, dans les contrats où il eſt de l'intérêt de celui qui ſtipule que l'accroiſſement ait lieu, comme dans le cas où l'on fait un achat pour ſoi & pour un tiers; l'intérêt du vendeur ſe trouvant alors qu'en cas de refus de ce tiers, il ait l'action pour le tout contre l'acheteur. Mr. Cambolas, liv 1, chapitre 17, confirme ſur ce point la doctrine de Ferriere.

Le 7 Septembre 1722, il fut jugé au rapport de Mr. l'Abbé Tournier, que le droit d'accroiſſement a lieu dans le fidéicommis univerſel, quoique les ſubſtitués viennent par tranſmiſſion, ce fut dans la cauſe de Delpech & Ricard d'une part, & Fleur Prunet d'autre.

La tranſmiſſion opérant le même effet que la vocation expreſſe en faveur des deſcendans contre des étrangers ſubſtitués, ſuivant la juriſprudence des arrêts de la Cour, il en

faut conclure que ſuivant cette même juriſprudence, l'accroiſſement doit avoir lieu dans le fidéicommis univerſel auquel les deſcendans ſont appellés par tranſmiſſion, de même que dans les autres où leur vocation ſe trouve expreſſe.

La principale raiſon de l'arrêt que je viens de citer fut, que *portio portioni accreſcit.*

CHAPITRE XCV.

Si le pere chargé de rendre à ſon fils lors qu'il aura atteint l'âge de 20 ans, ce fils mourant avant cet âge, peut être contraint de rendre ſoudain à celui qui eſt ſubſtitué à ce fils.

LA reſtitution du fidéicommis qui doit être faite, lorſque le fidéicommiſſaire aura atteint ſa vingtieme année, ne peut ſe porter au-delà de la 19e année complette, & de la 20e commencée; car c'eſt ainſi qu'il faut entendre le terme *atteint*, *ℌ. final. inſtit. quibus ex cauſa manumitt. non liceat:* il y a néanmoins un arrêt du 4 Mars 1722, rendu en la premiere chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Baſtard, par lequel il fut jugé que l'héritier grevé de rendre quand le fidéicommiſſaire auroit atteint ſa 25e année, ne devoit faire la reſtitution qu'à la 25e année complette; mais cet arrêt fut rendu ſur les circonſtances particulieres du fait, ſans leſquelles Mrs les Juges convinrent qu'il auroit fallu décider le contraire ſelon les maximes déjà citées, ces circonſtances étoient. 1°. Que le teſtateur qui avoit chargé la Demoiſelle Luzi ſon épouſe, inſtituée pour un tiers, d'en faire la reſtitution à Me. Tavernier ſon neveu, quand il auroit atteint l'âge de 25 ans, avoit dit auparavant, qu'il entendoit que les héritiers, qui étoient au nombre de trois, jouiſſent en commun juſqu'à l'âge de 25 ans du fidéicommiſſaire, qui étoit Me. Tavernier; la particule *juſques* étant incluſive, on crut qu'il falloit porter la reſtitution à la fin de la 25e année.

La deuxieme circonſtance fut, que le pere de Me. Tavernier, en qualité d'adminiſtrateur, avoit expédié du fonds de cette hérédité à la Demoiſelle de Luzi pour ſon tiers, & il étoit dit qu'elle en jouiroit juſqu'à la majorité du fidéicommiſſaire; ſur quoi il avoit été paſſé une police entre les Parties, qui n'étoit point attaquée.

La troiſieme circonſtance étoit, que le Teſtateur avoit voulu que le fidéicommis ne fût reſtitué à Me. Tavernier qu'après ſon émancipation, ce qui fit croire que le teſtateur avoit entendu que la reſtitution ſeroit prolongée juſqu'à la 25e année complette; cet arrêt eſt confirmatif d'une ſentence du Sénéchal du Puy; il fut rendu en faveur de la Demoiſelle de Luzi, veuve de Tavernier, contre Me. Tavernier Licentier ès Droits, neveu du teſtateur.

La ſeule circonſtance, qui ſelon moi, pouvoit déterminer cette déciſion en faveur de la Demoiſelle de Luzi, étoit la convention paſſée entre le pere adminiſtrateur des biens de Me. Tavernier, ſelon laquelle elle devoit jouir du tiers de l'hérédité juſqu'à la majorité du fidéicommiſſaire; la convention n'étant point attaquée, lioit & obligeoit Me. Tavernier fils; enſorte qu'il avoit dérogé par là au droit qu'il avoit d'obtenir la reſtitution du fidéicommis au commencement de ſa 25e année.

Les circonſtances priſes, de ce que le teſtateur avoit dit auparavant qu'il entendoit que les trois héritiers jouiſſent en commun de l'hérédité juſqu'à l'âge de 25 ans du fidéicommiſſaire, & juſqu'à ſon émancipation, ne pouvoient changer l'ordre du temps, auquel le teſtateur avoit enſuite fixé la reſtitution du fidéicommis qui étoit au commencement de la 25e année, & il falloit néceſſairement expliquer la clauſe précédente, qui portoit que les héritiers jouiroient juſqu'à la 25e année, par la clauſe ſubſéquente qui n'exigeoit que la 25e année commencée, & conclure que quand le teſtateur avoit dit antérieurement *juſqu'à la 25e année*, il l'avoit ainſi entendu juſques avoir atteint la 25e année; car étant de maxime que les clauſes & diſpoſitions ſubſéquentes

ſervent à expliquer celles qui les précedent. *Leg. Si ſervus plurium, §. ſi numerus, ff. de legat.* 1. & que dans les actes il faut s'attacher principalement, non à l'écorce des paroles, mais à la volonté des parties, *Leg. In conventionibus, ff. de verbor. ſignific.* on ne pouvoit donner d'autre explication aux termes de *juſques*, employé par le teſtateur; ce qui devoit d'autant mieux avoir lieu que la reſtitution d'un fidéicommis eſt en ſoi favorable, puis qu'elle tend à remplir les deſirs du teſtateur, & que dans cette vue les arrêts de la Cour autoriſent les reſtitutions qui en ſont faites avant le temps, au préjudice même des créanciers de l'héritier grevé.

Pour ce qui concerne la circonſtance de l'émancipation du fidéicommiſſaire, comme l'émancipation peut être faite avant la 25e année; cette clauſe n'altéroit en rien la diſpoſition du teſtateur, & ne pouvoit faire préſumer que la reſtitution avoit eu trait dans les vues mêmes du teſtateur juſqu'à la 25e année accomplie.

CHAPITRE XCVI.

Des enfans naturels.

LA regle la plus conforme à la juriſprudence des Parlemens du Royaume, eſt de n'adjuger aux bâtards ſur les biens de leurs peres naturels, que les alimens ou l'équipollent, *ideò videmus in præſenti Regno Franciæ chriſtianiſſimo, ex illius catholico more, obſervantia & laudabili conſuetudine juri divino conſona baſtardos non ſuccedere, nec aliud præter alimenta petere poſſe. Benedict. ad caput Raynut. verbo Et uxorem nom. Adelaſ. deciſ.* 5. *num.* 147.

Mais cette regle ſouffre une diſtinction; ſçavoir, que le bâtard ne peut prétendre les alimens ſur l'hérédité du pere naturel, lorſque celui-ci l'a mis en état de gagner ſa vie par le

le ſecours d'un métier qu'il lui a donné, ſuivant l'arrêt du Parlement de Paris, rapporté par Louet, lettre A, ſomm. 4. auquel cas le pere naturel ou ſes héritiers ſont tenus de fournir aux fraix de la maîtriſe, pour mettre l'apprentif en état d'exercer le métier ſelon les arrêts rapportés par Brodeau, *cod. num. 4 & 5. & par Albert, lett. B, verbo* Bâtards, *art. 3.*

Il en faut dire de même de la fille naturelle, à qui le pere a fait une conſtitution dotale; cette fille ne peut enſuite prétendre ſur l'hérédité du pere les alimens, parce que la dot eſt pour elle un établiſſement, & que le devoir du pere ſe trouve rempli à cet égard; mais le pere eſt tenu de lui faire cette reſtitution dotale, quoiqu'il lui ait fait apprendre un métier, & qu'il ait d'ailleurs des enfans légitimes; c'eſt ce qui a été jugé par arrêt du 24 Juillet 1657, tranſcrit dans le Journal des audiences, tom. 2. liv. 1. chap. 23.

La diſpoſition de cet arrêt eſt juſte, par la raiſon que quoiqu'une fille ait reçu un eſpece d'établiſſement par le métier que ſon pere naturel lui a fait apprendre, toutefois cet établiſſement n'eſt pas réputé conſommé, que par le mariage que le pere doit lui procurer; & c'eſt ſans doute pour cette raiſon qu'on oblige les peres à doter leurs filles légitimes, & à anticiper en faveur de leurs mariages le payement des droits paternels quand elles ont atteint l'âge de 25 ans; *Fernand. in leg. in quart. præfat. 2. art. 2. num.* 11. mais cette conſtitution dotale doit être meſurée par rapport aux facultés & à la qualité du pere naturel, ce qui eſt aſſez arbitraire au Juge.

L'arrêt rapporté dans ce chapitre du 4 Février 1694. qui ordonne qu'avant dire droit l'héritier prouveroit que la fille naturelle du Prêtre avoit été procréée avant ſon engagement dans les Ordres, préjugea que ſi elle avoit été procréée avant cet engagement, le légat par lui fait de 300 liv. à la fille légitime de cette bâtarde, qui étoit débatu, eſt valable; cet arrêt ne paroit pas conforme à cette ſévérité des déciſions que l'auteur attribue avec fondement à ce Parlement au ſujet des bâtards.

En effet ſa juriſprudence rejette non-ſeulement les diſpoſitions faites par les peres en faveur de leurs bâtards au-delà des alimens ; mais même tout ce qui leur eſt laiſſé, ſoit à titre d'inſtitution ou de légat par voie indirecte, juſques-là que le légat fait au fils légitime du bâtard par ſon aïeul naturel eſt déclaré nul, de même que l'inſtitution ou ſubſtitution, ce qui a lieu quand même l'aïeul n'auroit pas d'enfans légitimes ; *Larroche, liv. 6. tit.* 11. *art.* 2. *& Graverol, eod.* rapportent là-deſſus des arrêts de ce Parlement, & l'opinion des interpretes : & je croi que cette juriſprudence eſt fondée ſur la pureté des mœurs chrétiennes, qui ne permettent pas d'autoriſer les diſpoſitions licentieuſes des peres, non-ſeulement à l'égard de leurs bâtards, mais même des enfans légitimes de ces bâtards dont ils ſont les aïeuls naturels, car qui ne voit que le légat fait par l'aïeul dans ces circonſtances a pour motif, non la perſonne & le mérite du légataire, mais la qualité du petit-fils, & que le ſang y a toute la part & le deſir que le pere naturel a de gratifier ſon fils dans la perſonne de ſon petit-fils ; car la préſomption eſt que l'aïeul a fait le don au fils naturel en la perſonne du fils légitime de celui-ci, parce que la prédilection du teſtateur eſt pour le fils qui lui eſt plus proche que le petit-fils, enſorte que dans ces circonſtances il faut enviſager, non la diſpoſition littérale, par laquelle le petit-fils ſe trouve gratifié, mais l'intention du teſtateur ; *non enim quæri oportet cum quo de ſupremis quis loquatur, ſed in quem voluntatis intentio dirigatur, leg. cum pater* 77. *§.* 26. *donationis, ff. de legat.* 2.

C'eſt ſur ce principe ſans doute qu'eſt fondé l'arrêt général rapporté par Larroche, liv. 1. tit. 16. art. 4. qui décida qu'il ne peut être rien légué au-delà des alimens par l'aïeul naturel aux enfans légitimes de ſon fils bâtard, ſur quoi Graverol obſerve que l'uſage de ce Parlement eſt contraire à la déciſion de M. Dolive, liv. 5. chap. 34. que l'aïeul puiſſe inſtituer par teſtament le fils légitime de ſon bâtard, & il rapporte un arrêt conforme.

M. Cambolas, liv. 1. chap. 1. rapporte un arrêt en fa-

veur du bâtard du fils légitime, qui décida que l'inſtitution étoit valable, quand le teſtateur n'avoit point d'enfans.

Comme on ne ſçauroit marquer trop de ſévérité dans une matiere où le relâchement ne ſe gliſſe que trop par les détours captieux dont uſent les peres naturels pour faire tomber leurs biens ſur la tête des bâtards, en fraude de la police de ce Royaume, qui les en exclud : j'eſtime qu'il faut plutôt pencher du côté de la ſévérité des arrêts qui réduiſent les inſtitutions ou légats faits en faveur des bâtards aux ſimples alimens, que de donner de la faveur à ces inſtitutions ou à ces légats, en autoriſant les voies indirectes dont les peres peuvent ſe ſervir pour gratifier leurs bâtards ; enſorte que toutes les fois qu'on peut raiſonnablement conjecturer que les inſtitutions ou légats partent de la main des peres naturels : je croi qu'il eſt digne de la pureté des mœurs chrétiennes, de rejetter ces ſortes d'inſtitutions, & de les réduire *ad legitimum modum*, je veux dire aux alimens, ou à ce qui peut en tenir lieu.

Le pere, qui doit les alimens à ſon bâtard, a droit de retirer des mains de la mere, la fille bâtarde après l'âge de ſept ans, pour lui donner l'éducation ; ainſi jugé à la Tournelle le 17 Juillet 1721, au rapport de M. Dupui, au profit du ſieur de Tanus.

Il a été jugé qu'un Directeur d'un Hôpital pouvoit être contraint d'exhiber les régiſtres des bâtards pour ſervir de preuve aux faits juſtificatifs d'un prévenu de groſſeſſe, contenans que la fille étoit enceinte des œuvres d'un autre, dont elle avoit déjà eu un bâtard, ainſi qu'il demeuroit établi par ce régiſtre.

Cet arrêt fut rendu à l'Audience Tournelle le 27 Juin 1710 Préſident M. de Ciron, en faveur de Bonneſoi, qui étant accuſé d'avoir rendu une fille enceinte, ſoutint que cette fille étoit enceinte des œuvres de Bonnefoux, & qu'elle en avoit déjà eu un enfant qui étoit enrégiſtré à l'Hôpital des bâtards de Montpellier ; le Sénéchal de cette Ville l'ayant admis à la preuve de ſes faits juſtificatifs, ordonna ſur ſa

demande que le Directeur de cet Hôpital remettroit devers le Rapporteur du procès ce régiſtre, pour en extraire l'article concernant ce bâtard ; le Directeur releva appel en la Cour de cet appointement, dont il fut démis avec amende & dépens ; plaidans Me. d'Aſtruc pour le Directeur, & Me. de Chamclos pour Bonnefoi.

Le Directeur prétendoit ſe mettre à l'abri de cette remiſe ; ſur ce prétexte ſpécieux que cette remiſe alloit découvrir la turpitude de pluſieurs familles, outre qu'elle porteroit préjudice à l'Hôpital, à qui l'on ne confieroit plus déſormais des enfans de cette eſpece, par la crainte de voir manifeſter un ſecret qu'on eſt ſi ſoigneux de dérober aux yeux du public.

L'arrêt ſe détermina ſur cette raiſon, que les régiſtres ſont de pieces publiques, où chaque particulier a droit de fouiller pour l'intérêt qui peut le concerner, qu'à cet égard les Directeurs d'un hôpital étoient comme des Notaires qu'on pouvoit contraindre à l'exhibition de leurs régiſtres pour en extraire l'article intéreſſant.

¶ Me. Duranti, *quæſt.* 20, après pluſieurs interpretes du droit, donne pour maxime, que les bâtards ſont incapables de la ſucceſſion univerſelle de leurs peres naturels, ſoit par teſtament, ſoit *ab inteſtat*, ſoit par contrat de donation ; & cela quoique le pere naturel ſoit ſans enfans légitimes. Bacquet du droit de bâtardiſe, *part.* 1, *chap.* 3, *num.* 17, eſt de cette opinion, que le pere peut donner entre-vifs à ſon fils bâtard une ſomme d'argent, ou bien lui acquerir en ſon nom, quelques rentes ou héritages, & l'en inveſtir ; mais cette déciſion ne peut avoir lieu à l'égard du fils légitime du bâtard du Prêtre, qu'à concurrence des alimens que l'aïeul naturel peut lui donner, quoique procréé *ex nefario coitu*. C'eſt la doctrine de Bouvot, *tom.* 1, in verbo, *bâtards*, *queſt.* 4, appuiée ſur un arrêt rapporté par Bouguier, lettre B, & de Mr. Maynard, liv. 6, chap. 13.

La déciſion de l'arrêt du 14 Avril 1620, rapporté par notre auteur, doit être appliquée ; non-ſeulement au fils légi-

time du bâtard du Prêtre, mais du Diacre, & du ſous-Diacre, ſuivant l'obſervation de Bacquet, *loco ſuprà*, *num.* 8, par la raiſon, que ceux-ci ſont *in ſacris* : pour ce qui regarde la queſtion jugée par l'arrêt du 4 Septembre 1619, que l'aïeul peut inſtituer héritier le bâtard de ſon fils légitime, quand cet aïeul n'a point d'enfans, je me rengerois plutôt du côté de l'arrêt du 23 Décembre 1585, rapporté par Mrs. Duranti, *loco ſuprà*, & Maynard, liv. 2, chap. 35, qui annulle pareille inſtitution, parce que l'arrêt du 4 Septembre 1619, eſt rendu ſur le fondement d'une loi mal appliquée, & c'eſt ce qu'on peut recueuillir de la doctrine de Duranti, qui obſerve que la loi *ult. cod. de natural. liber.* (qui autoriſoit ces inſtitutions faites par l'aïeul, à défaut d'enfans légitimes) ne peut recevoir d'application à nos bâtards, qui ſont ce que les loix appelloient *ſpurii*. Au lieu que ceux, dont fait mention cette loi, étoient nés d'un concubinage approuvé par le droit Romain, qu'il regardoit les enfans naturels d'un autre œuil que les bâtards, comme il réſulte de pluſieurs loix. A quoi Duranti ajoûte, que l'on préſume que ce qui eſt donné par l'aïeul au petit-fils, eſt cenſé donné, *contemplatione patris*, ſuivant la loi, *dotem de collat. bonor. & leg. ſi forte ac caſtr. pecul.* & conſéquemment que l'inſtitution du fils légitime du bâtard, tombe ſur le bâtard même. Ce que je crois véritable, à moins qu'il ne fût évidemment prouvé que l'inſtitution n'a eu d'autre objet que la perſonne du fils légitime du bâtard, comme s'il avoit rendu de ſervices conſidérables à ſon aïeul naturel, & que par un motif de reconnoiſſance, celui-ci ſe fût porté à l'inſtituer, ce qui détruiroit ſans doute la préſomption de la loi

Il n'en eſt pas des collatéraux des bâtards comme des aſcendans, les collatéraux peuvent leur laiſſer leur ſucceſſion entiere, *Bacquet, du droit de bâtardiſe, part.* 1, *chap.* 4, *num.* 5 & 6.

CHAPITRE XCVIII.

Du Teſtament capté & ſuggéré.

Si une Congrégation non approuvée & non établie par des Lettres-Patentes, peut être inſtituée héritiere.

LA loi derniere, *Cod. ſi quis aliquem teſtar. prohib.* décide que le mari peut employer les careſſes à l'égard de ſa femme pour la porter à faire un teſtament en ſa faveur, ſans riſquer la caſſation de cette diſpoſition, *judicium uxoris poſtremum in ſe provocare maritali ſermone, non eſt criminoſum*; mais cela doit être entendu ſelon les interpretes, toute fraude & ruſe ceſſant de la part du mari; voici comme s'en explique Dumoulin dans ſon *conſeil* 32. *num.* 16. *Et ſi criminoſum non ſit poſtremum uxoris judicium maritali ſermone provocare, illicito tamen & fraudulento modo id facere non licet: illicitum modum in eo conſtituendo, ſi importunè, ſi intempeſtivè, ſi tunc cum minimè negare marito convenit, aut cum iteratas mariti preces, vel morbus, vel alia ratio graviſſimas uxori facit.*

Il faut conclure de cette doctrine, qu'une diſpoſition teſtamentaire qui eſt licite en elle-même, peut devenir prohibée & caſſable par les circonſtances qui en changent la nature, comme dans le cas où le mari a, par importunité, arraché un teſtament de ſa femme, & s'eſt ſervi du temps de ſa maladie, & de la foibleſſe de ſon état pour favoriſer ſes importunes inſtances.

Ce teſtament eſt alors capté & ſuggéré, & manque dans ce qui lui eſt ſubſtantiel; c'eſt-à-dire, dans la libre volonté du teſtateur; mais c'eſt aux héritiers légitimes de la femme à prouver les faits de captation dont on vient de parler; car la préſomption n'eſt pas contre le mari, puis qu'il a pour lui la diſpoſition de la loi.

Mornac ſur la loi déjà citée, obſerve que quoique le mari puiſſe, tout dol & ruſe ceſſant, être inſtitué héritier par ſa femme, toutefois celui qui a le teſtateur ou teſtatrice ſous ſa direction ne peut être inſtitué; & il emploie à ce ſujet l'autorité du même Dumoulin ſur le *conſeil* 489. de Decius, fondé ſur cette loi, qui fut faite à Rome du temps de Saint Jerôme, par laquelle les Clercs & les Moines furent exclus des inſtitutions héréditaires, que les vieillards décédans ſans enfans, avoit coutume de faire en leur faveur, & cela par la raiſon qu'on découvrit la captation & la ſuggeſtion dont les Clercs uſoient à l'égard des vieillards pour leur extorquer des Teſtamens, il y a cependant un Arrêt du Parlement de Grenoble, rapporté par *Baſſet*, *tom.* 1. *liv.* 5. *tit.* 1. *chap.* 15. en date du 9 Février 1635. qui confirma une inſtitution héréditaire faite par une pénitente en faveur de ſon confeſſeur.

Sur cette queſtion, il me ſemble qu'il faut diſtinguer entre l'inſtitution héréditaire, & le légat ſimple d'une ſomme modique, qu'il faut diſtinguer encore ſi la teſtatrice eſt ſans proches parens, ou ſi au contraire elle en a; ſi elle n'a fait qu'un ſimple légat à ſon confeſſeur, proportionné à ſes facultés, je croi qu'il n'y a pas lieu d'en prononcer la caſſation ſur le fondement d'une prétendue ſuggeſtion, parce qu'alors la teſtatrice n'a fait que ce qu'une perſonne raiſonnable a coutume de pratiquer, c'eſt de laiſſer à celui qui lui donne des ſecours ſpirituels, quelque marque de ſa gratitude en lui diſtribuant quelque récompenſe temporelle, ce qui ne ſçauroit être ſuſpect de captation; puiſque Mornac au lieu cité, parmi les conjonctures de ſuggeſtion, ne parle que d'un légat exhorbitant, par où les plus proches du teſtateur peuvent être fraudés, *quando legatum eſt magnum, & fraudantur proximiores.*

Quant à l'inſtitution héréditaire, j'eſtime que toute préſomption de ſuggeſtion de la part d'un confeſſeur ceſſe quand la teſtatrice décede ſans proches parens, & qu'alors au contraire il faut préſumer de ſa piété, qu'elle a dépoſé ſes biens entre les mains d'un directeur pour en faire la diſ-

tribution en œuvres pies, de quoi elle s'eſt repoſée ſur ſa conſcience, ayant été empêchée par des motifs d'une prudence toute chrétienne, de déclarer ouvertement dans ſon teſtament les pauvres honteux ſur leſquels elle a répandu ſes charités ; mais il faut toujours que le confeſſeur ſoit d'une probité notoire & à l'abri de tout ſoupçon d'avarice, ſans quoi l'inſtitution héréditaire pourroit paſſer avec fondement pour le fruit de la ſuggeſtion du confeſſeur.

¶ J'ai déja dit qu'une puiſſante conjecture de captation d'un teſtament eſt celle, qui ſe tire de l'habitude où étoit le teſtateur d'aller à confeſſe à un religieux de la communauté inſtituée héritiere. J'ajoûte que c'eſt un abus intolérable qui s'eſt gliſſé aujourdhui, parmi la plupart des Curés de la campagne de certaine contrée de ce reſſort, d'exiger de la foibleſſe de ceux qu'ils entendent en confeſſion dans la derniere maladie, ou qu'ils dirigent des legs en fonds de terre, pour obits établis en leur faveur, & de leur Egliſe. Et pour meſſes de *Requiem*, dont ils ſe chargent. On voit des manans, des bergers, des femmes vulgaires, & illittérées, dépouiller leurs proches pour remplir les vues intéreſſées de ces Curés, qui devroient ſe contenter de quelque ſomme modique en argent, pour la rétribution due au miniſtre des autels, pour la célébration de ces mêmes meſſes de *Requiem*. Cet abus commence à vieillir ; il armera ſans doute le zele de Meſſieurs les gens du Roi, aux fins d'obtenir un arrêt de reglement, pour annuller pareils legs ; il y a même de ces Curés, qui dans les teſtamens qu'ils reçoivent du moribond qu'ils ont dirigé & ouï en confeſſion, ſe font faire pareils legs, ſoit en fonds, ſoit en argent : Toutefois l'ordonnance d'Orléans en l'article 27, porte, *que les Curés Vicaires, & gens d'Egliſe, ne pourront recevoir les teſtamens, & diſpoſitions de derniere volonté èſquels quelque choſe leur ſera donnée & léguée. Ce qui eſt confirmé par l'article 63 de celle de Blois ; & en cas de contrevention, il y a nullité du teſtament.*

De la diſpoſition de ces articles il réſulte que les legs même pour meſſes de *Requiem*, faits au Curé qui a reçu le teſtament,

tament, eſt nul ; car l'article exclut formellement toute eſpece de legs, ou de don ; l'article 47 de l'ordonnance de 1735 concernant les teſtamens, autoriſe le moyen de nullité des teſtaments, tirés de la ſuggeſtion & captation deſdits actes, leſquelles pourront être alléguées ſans qu'il ſoit néceſſaire de ſouſcrire en faux à cet effet, pour y avoir, par les juges, tel égard qu'il appartiendra.

Me. Charles Dumoulin, ſur le titre du Code *ſi quis aliquem teſtari prohib.* obſerve que, quoique cette loi ne parle que du mari qui a provoqué ſa femme à l'inſtituer héritier, elle s'applique par identité de raiſon à la femme qui a provoqué ſon mari à faire en ſa faveur ſemblable inſtitution. Jaſon & pluſieurs autres docteurs, les arrêts même rapportés par Mr. Maynard, *liv.* 8. *chap.* 61. ont étendu la diſpoſition de cette loi à toute ſorte de perſonnes qui, par artifice, ont extorqué en leur faveur des diſpoſitions teſtamentaires ; la preuve de la captation peut être établie par pluſieurs circonſtances réunies enſemble, & par des faits dont la preuve eſt admiſſible, tant par acte que par témoins ; parce qu'il s'agit d'une queſtion de fait, dont la preuve par témoins peut être reçue ſans bleſſer l'ordonnance de Moulins, dont la diſpoſition ne tombe que ſur des faits rélatifs à des conventions ou contrats paſſés entre particuliers.

Ces circonſtances ſont 1°. Pour ce qui concerne le mari à l'égard de ſa femme, de careſſes artificieuſes, miſes en uſage avant la diſpoſition, pour adoucir la rigueur dont il avoit uſé envers elle, ſoit par des excès commis ſur ſa perſonne, ſoit autrement, & dont la mémoire étoit récente : comme ſi, par exemple, dans les ſix mois précédens le teſtament, ces excès avoient été commis par le mari héritier inſtitué ; car dans ce cas l'inſtitution eſt préſumée faite par un motif de crainte maritale ; préſomption qui ſe tire de cette circonſtance, qu'il avoit vécu avec froideur avec ſa femme depuis les excès commis juſques au moment du teſtament, & ayant affecté par des inſtances réitérées, ſoûtenues par des larmes, de

porter ſa femme à l'inſtituer héritier au préjudice de ſon plus proche parent.

2°. A l'égard des autres perſonnes étrangeres au teſtateur, la préſomption de captation ſe prend de l'empêchement que celui qui a en ſa main un malade, met à ce que ſes parens approchent de ſon lit pour lui donner des marques de leur affection, profitant de cet artifice pour extorquer un teſtament ou autre diſpoſition au malade ; le mot de captation emporte avec ſoi la ruſe & la ſupercherie, ſuivant la loi *Captatorias*, *ff. de hæredis inſtit.* ; M. Maynard, *liv.* 8. *chap.* 61. de ſes arrêts, en rapporte un exemple : un particulier, cherchant à ſurprendre la crédulité d'un autre, & à ſe faire inſtituer héritier, feignit d'être malade, & s'étant alité, envoya querir un notaire pour faire ſon teſtament, & en même-temps cet autre, pour être préſent à ſa diſpoſition, en ajoutant qu'il l'alloit inſtituer héritier, ſe flatant qu'il en uſeroit de même à ſon égard ; ce qu'ayant exécuté, le prétendu malade parut le lendemain en public, & aſſura l'héritier inſtitué que la ſatisfaction qu'il avoit eue de le voir ſon héritier avoit contribué à ſa guériſon, l'exhortant de faire pareille démarche à ſon égard, ce qui lui donneroit un dégré de plus de ſanté ; cet héritier, dilayant de répondre aux vues du captateur, celui-ci le preſſa par une lettre miſſive, de ne plus différer ; cet héritier inſtitué s'étant rendu, aux inſtances de l'autre, fait un teſtament en ſa faveur, & décede enſuite.

Ses plus proches parens attaquent ce teſtament par la voie de la nullité, fondée ſur la captation ; & après avoir été admis à la preuve des faits articulés, & l'ayant faite, intervint arrêt au mois de Mars 1574, qui caſſe le ſuſdit teſtament. Dès que l'artifice entre dans les démarches d'un héritier inſtitué, la captation eſt préſumée, & il ſeroit injuſte qu'il triomphât de ſon impoſture, *nemo ex ſuo delicto conditionem ſuam meliorem facere poteſt*, *leg.* 13. *ff. de reg. jur.*

Au ſurplus, ce n'eſt pas captation que de s'attirer, par des voies permiſes & par les bons offices, l'affection d'une perſonne qui, par un motif de reconnoiſſance, nous inſtitue héritier,

pourvu que nos démarches ſoient exemptes de dol, & de toute eſpece de ſupercherie à l'égard du teſtateur; c'eſt ce que la prudence du Juge doit peſer.

CHAPITRE CI.

Comment l'héritier chargé de rendre à pluſieurs peut charger de rendre à celui à qui il rend.

LA raiſon pour laquelle l'héritier chargé de rendre à l'un de la famille qu'il voudra choiſir, à la faculté de pouvoir grever de fidéicommis celui qu'il élit en faveur d'un des éligibles, eſt que celui qui gratifie un autre peut impoſer une charge à ſa libéralité, *ratio hujus deciſionis erit*, (dit Fernand, *prælud. cap.* 9. *num.* 4. en parlant du pere qui a droit d'élection) *quod poſſit parens onus imponere illi quem honorat.* Car, ayant pu laiſſer à l'écart celui ſur lequel ſon choix eſt tombé, il exerce conſéquemment envers lui une vraie libéralité.

Il eſt donc conſtant que l'héritier grevé de rendre à celui d'entre pluſieurs qu'il voudra choiſir, peut élire & grever l'élu en faveur d'un autre éligible; cette queſtion avoit déjà été ainſi décidée par arrêt de ce Parlement du 30 Mai 1659, rapporté par Albert, lettre E, *verbo* élection, art. 2. mais il eſt remarquable que celui à qui le droit d'élection a été déféré, ne peut choiſir le petit-fils du teſtateur, *ex filio eligibili præmortuo*, au préjudice des autres enfans du teſtateur éligibles, parce que, quoique *liberorum appellatione nepotes contineantur*, *leg. liberorum*, *ff. de verbor. ſignif.* toutefois la proximité du dégré emporte avec ſoi prédilection du teſtateur, & rend conſéquemment les propres enfans préférables aux petits-fils, *ex leg. peto*, *§. fratre*, *ff. de legat.* 2, *ita res temperari debet, ut proximus quiſque primo loco videatur invitatus.* Mais d'ailleurs le nom d'enfans ne s'applique, par l'uſage de la langue françoiſe, qu'à ceux du premier dé-

gré, & non aux petits-fils, ſuivant l'arrêt du Parlement de Paris, rapporté par Mornac ſur la loi *liberorum*, *ff. de verb. ſigniff.* ce qui eſt eſſentiel à obſerver en matiere de ſubſtitutions, où la langue des latins confond ſous le nom vague d'enfans, les deſcendans; confuſion qui tendroit ſouvent à renverſer les vues du teſtateur, ſi elle étoit admiſe dans les expreſſions de notre langue, par leſquelles le teſtateur n'a entendu (ſous le mot d'enfans) déſigner que ceux qui ſont immédiatement *ex ſuo corpore.*

Il en eſt autrement du droit de primogéniture ou d'aîneſſe coutumier entre les mâles d'une famille, à l'égard duquel il eſt de maxime que le fils de l'aîné exclud ſon oncle, quoique plus proche du teſtateur, ſuivant l'opinion des interpretes, rapportée par *Benedict. in cap. Raynut. in eod. teſtam. relinq.* 1. *num.* 192.

¶ L'article 63 de l'ordonnance de 1735 concernant les teſtamens, déroge à la maxime adoptée par les arrêts de ce Parlement, qui donnoit à celui qui avoit droit d'élire au fidéicommis la faculté de grever l'élu en faveur d'un autre éligible; cet article porte, que *celui qui aura été chargé d'élire un des enfans du teſtateur, ou autres, ne pourra grever celui qu'il choiſira, d'aucune ſubſtitution, même en faveur d'un autre ſujet éligible, ſi ce n'eſt que le teſtateur lui en eût donné expreſſément le pouvoir par ſon teſtament.*

L'exécution de la volonté d'un teſtateur ſemble exiger qu'on la ſuive littéralement, & l'on riſquoit de lui faire violence en donnant la faculté à l'héritier grevé de grever de ſubſtitution celui ſur lequel ſon choix étoit tombé en faveur d'un autre éligible, par où l'on multiplieroit même les dégrés de ſubſtitution que l'ordonnance a eu en vue de réduire & de retrancher, conformément à l'ordonnance d'Orléans.

J'avois déjà remarqué ſur ce chapitre, que celui à qui le droit d'élection a été déféré ne pouvoit choiſir le petit-fils du teſtateur, *ex filio præmortuo*, au préjudice des autres enfans du teſtateur éligibles, ce qui ſe trouve confirmé par l'art. 62 de la même ordonnance, en des termes bien précis; car

l'art. ajoûte, *& ſi tous les enfans du premier dégré décedent avant ledit choix*, le droit d'élire demeurera *caduc & éteint*, à moins que le teſtateur n'en ait autrement ordonné.

CHAPITRE CII.

Du teſtament du condamné par défaut, qui a obtenu des lettres d'abolition de l'Evêque d'Orléans, après s'être remis dans les priſons de cet Evêque, à ſon entrée publique.

CEtte queſtion touchée par l'auteur, ſi le teſtament fait dans les cinq années de la contumace, vaut, le teſtateur venant à décéder dans ces cinq années, ne peut être décidée par les loix, puiſque les condamnations par défaut n'étoient point uſitées parmi les Romains, qui tenoient pour maxime de ne pas condamner les abſens, comme s'en explique le Juriſconſulte, *leg.* 1. *ff. de requirend. nec abſentib. damnand. hoc jure utitur ne abſentes damnentur:*

Il faut donc avoir recours à nos ordonnances, & aux arrêts des Cours qui ont été rendus ſur cette matiere, & régler par-là la déciſion de la queſtion.

Pour ce qui concerne la diſpoſition de nos ordonnances, l'on peut en recueuillir que le condamné à mort par contumace n'eſt réputé mort civilement qu'après les cinq premieres années de la condamnation; & que par conſéquent dans le délai de cinq années, il eſt capable de tous les effets civils, de même qu'avant la condamnation.

L'ordonnance de Charles IX. de Moulins, art. 28. donne ce délai pour eſter à droit aux condamnés à mort par contumace, d'où l'on doit inférer que pendant ce délai ils ne ſont pas réputés morts civilement; car celui qui a perdu la vie civile, n'a plus d'action ni de faculté d'eſter en jugement, *rerum omnium ſpoliatio eſt*, *leg. final. cod. de ſentent. paſſ. & reſtit.* & alors il faut avoir recours à un remede extraordinaire à la grace du Prince, & à la reſtitution, ſuivant

l'art. 28. du tit. 17. de l'ordonnance de 1670. duquel même on peut inférer que dans les cinq années de l'exécution de la ſentence de contumace, le condamné n'eſt pas réputé mort; mais l'article ſuivant du même titre décide la queſtion bien préciſément, en ces termes : *Celui qui aura été condamné par contumace à mort, qui décedera après les cinq années ſans s'être repréſenté, ſera réputé mort civilement du jour de l'exécution de la ſentence de contumace ;* donc, s'il décede dans les cinq années, il n'eſt pas réputé mort civilement, *argumento à contrario ſumpto*, qui eſt très-uſité en droit, & c'eſt ce qu'on peut inférer encore de l'art. 27 de l'édit de l'an. 1679, au ſujet des duels, par lequel Louis le Grand, faiſant une exception en haine des duels à l'art. 29 cité, il ordonne que les condamnés par contumace pour crime de duel, (encore qu'ils ſoient décédés dans les cinq années), ſeront incapables de toutes ſucceſſions qui pourront leur écheoir depuis la condamnation ; d'où il faut néceſſairement conclure que dans les autres crimes moins intéreſſans pour le public, les condamnés à mort par contumace, s'ils décedent dans leſdites cinq années, ne ſeront pas réputés morts civilement : cette exception faite au ſujet des duels, étant une confirmation de la diſpoſition & de la regle établie par ledit art. 29, *exceptio enim firmat regulam.*

En effet, il auroit été inutile de faire cette reſtriction au ſujet des duels, ſi par la regle générale les condamnés à mort par défaut, étoient incapables des effets civils dans les cinq années, & s'ils étoient réputés morts.

Quant aux arrêts des Cours, ils ont varié en cette matiere; M. Dolive, liv. 5. chap. 7. rapporte des arrêts qui ont jugé que le condamné à mort par contumace étoit mort civilement, même dans les cinq années, ce que le Parlement de Bordeaux a jugé, comme il réſulte de l'arrêt du 7 Août 1670. rapporté dans les déciſions de Lapeyrere, troiſieme édition, aux notes, lettre C, *num.* 147.

Les arrêts du Parlement de Paris rapportés par Brodeau ſur Loüet, lettre C, ſomm. 25. déterminent le contraire,

& quoique notre auteur ſemble incliner à la déciſion des préjugés de M. Dolive, étant de cet avis, que le condamné à mort par contumace ne peut valablement teſter dans les cinq années, il rapporte néanmoins des arrêts, liv. 4. chap. 8. deſquels l'on peut conclure que le Parlement ne répute point morts civilement les condamnés à mort par contumace.

Le premier arrêt a préjugé que la fille ne peut ſe marier ſans le conſentement de ſon pere condamné à mort par défaut; s'il étoit mort civilement, il perdroit tous les droits de puiſſance paternelle, ſuivant le §. *pœna*, *inſtit. quibus modis patria poteſtas ſolvitur*; ainſi ce conſentement, qui eſt une conſéquence de cette puiſſance, ne ſeroit plus néceſſaire, puiſque la cauſe ne ſubſiſteroit plus.

Le ſecond arrêt détermine que les enfans pupilles du condamné à mort par contumace ne doivent pas être pourvus de tuteur, mais de curateur ſeulement pour l'adminiſtration de leurs biens: or ſi le pere étoit mort civilement, il faudroit néceſſairement pourvoir les pupilles d'un tuteur, parce que le pere (qui eſt leur tuteur naturel & légitime) n'en ſeroit plus capable, *capitis diminutione tutoris, per quam libertas vel civitas amittitur, omnis tutela perit*, §. 4. *inſtit. quibus modis tutela finit*; mais comme le pere condamné par contumace, ne peut librement adminiſtrer les biens de ſes enfans, & que pendant les cinq années le principal effet de la condamnation eſt ſuſpendu, puiſque le condamné n'eſt pas dépouillé de ſes biens, qu'on met ſeulement en régie, on ſe contente de lui ſubſtituer un curateur, de même qu'au tuteur *qui non ad perpetuum, ſed ad tempus excuſatur*, à la place duquel *ſolet curator dari*, §. 5. *inſtit. de curat.*

Je croi donc qu'en ſe conformant à l'eſprit de l'ordonnance, & aux articles que nous venons de citer, la condamnation à mort par contumace n'a pas cet effet dans les cinq premieres années de l'exécution, de pouvoir priver le condamné des droits de citoyen, & que pendant ce délai

les effets qu'entraîne avec ſoi la mort civile demeureroient ſuſpendus, en quoi les déciſions de Brodeau & de Louet ſont conformes à l'eſprit des ordonnances royaux, & à cette regle d'équité de la loi, qui ne permettoit pas de prononcer une condamnation contre un abſent, à l'égard duquel les ordonnances ont à peu près gardé ce ménagement, en lui donnant le délai de cinq ans, pour ſe repréſenter & anéantir par là toute la force des condamnations, l'art. 29 de l'ordonnance de 1670. tit. 17. me paroit ſeul décider la queſtion.

Sur quoi l'on doit remarquer que les arrêts rapportés par M. Dolive & Lapeyrere, ſont rendus avant la publication & régiſtre de l'ordonnance de 1670.

Fin du ſecond Livre.

LIVRE III.

DES DROITS SEIGNEURIAUX.

CHAPITRE I.

Du droit de Banc & de Préſéance dans l'Egliſe, & ſi le Seigneur directe peut ſe qualifier Seigneur.

A Suivre l'opinion de Loiſeau, *des ſeigneuries & droits honorifiques*, *chap.* 11. *num.* 52. les Dames & Seigneureſſes des villages, ne devroient aller à l'offrande & à la proceſſion qu'après les hommes de la paroiſſe, & à la tête des femmes; mais nullement après les Seigneurs leurs maris, quoi qu'elles ne faſſent qu'un corps avec eux, & qu'elles ayent droit de participer aux honneurs de l'Egliſe.

La raiſon de cette opinion eſt fondée ſur la prééminence que la nature a donné aux hommes ſur les femmes, & voilà pourquoi *Marechal*, *chap.* 1. *des droits honorifiques des ſeigneurs*, obſerve que ſuivant le rit de l'Egliſe romaine, les hommes vont à l'offrande les premiers, & enſuite les femmes : il ſemble donc que cette police de l'Egliſe, qui eſt toute publique, devroit prévaloir ſur l'intérêt particulier que le Seigneur d'une paroiſſe peut avoir de conſerver à ſa femme, (ornée comme dit la loi, de ſes rayons), l'avantage de ne pouvoir être ſéparée de lui dans la préſéance qui lui eſt due, ſoit à l'offrande, ſoit aux proceſſions.

Toutefois il ne peut être conteſté que ſuivant la juriſprudence des arrêts, la femme & les enfans du Seigneur, comme faiſant un ſeul & même corps de famille avec lui, n'ayent droit d'aller immédiatement après à l'offrande & à la pro-

ceſſion, & de précéder les hommes de la paroiſſe, quoique gentils-hommes; ainſi qu'il a été jugé par différens arrêts de ce Parlement, & de celui de Paris, rapportés par *Marechal au lieu déjà cité.*

Je croi pourtant qu'il faut uſer de diſtinction en cette matiere entre les Seigneurs hauts-juſticiers, qui jouiſſent d'un ſeul & même corps de ſeigneurie, (quoique par portions inégales), & les Seigneurs moyens & bas-juſticiers qui ſe trouvent en concours dans les honneurs de l'égliſe avec les hauts-juſticiers.

S'il eſt queſtion de juger ſi la femme du haut-juſticier, qui jouit une plus grande portion de la ſeigneurie, doit précéder conjointement avec ſon mari, le haut-juſticier qui jouit une moindre portion, alors la femme ne peut prétendre de préſéance ſur le Coſſeigneur qui doit aller à l'offrande immédiatement après ſon mari, par la raiſon que ces deux Coſſeigneurs poſſédant un ſeul & même corps de ſeigneurie, ne doivent faire qu'un même corps dans la poſſeſſion des honneurs: or ſi ſuivant l'ordre & la police de l'égliſe, les hommes tiennent le premier rang, ſoit à l'offrande, ſoit à la proceſſion, les deux Coſſeigneurs hauts-juſticiers, doivent conſéquemment le tenir ſelon & par la meſure de la portion de leur ſeigneurie; c'eſt-à-dire, que celui qui en a une plus grande portion, doit précéder l'autre qui doit le ſuivre immédiatement, & ces deux Coſſeigneurs doivent enſuite être ſuivis par leurs femmes & enfans au même ordre; c'eſt ce qu'on peut recueuillir de l'arrêt en date du 30 Août 1703, rapporté par *Larroche, des droits Seigneuriaux, chap.* 21. *art.* 11. duquel il réſulte que Pinet eſt admis aux honneurs de l'égliſe avant les autres Coſſeigneurs, comme poſſédant une plus grande partie qu'eux de la ſeigneurie; mais la femme & les enfans de Pinet ne ſe trouvent admis aux mêmes honneurs, qu'immédiatement après les Coſſeigneurs.

Si au contraire le haut-juſticier ſe trouve en concours aux honneurs de l'égliſe, avec le moyen & bas-juſticier du mê-

me lieu, alors, comme les prérogatives des droits honorifiques réſident éminemment en la perſonne du haut-juſticier, & que le moyen & bas-juſticier ſont une claſſe à part, la femme du haut-juſticier n'eſt point ſéparée de lui, & a droit d'aller à l'offrande immédiatement après, & c'eſt ſans doute ſur ce fondement que fut rendu l'arrêt de ce Parlement en date du 13 Septembre 1552. rapporté par M. Maynard, & par extrait, dans le ſecond tome de Marechal, de l'impreſſion de 1724. *num.* 18.

L'arrêt rapporté dans ce chapitre a été rendu ſuivant les maximes qu'on peut tirer des arrêts de ce Parlement déjà cités; puis qu'il a été décidé que le Seigneur & ſa femme ne doivent faire qu'un ſeul & même corps dans les honneurs de l'égliſe de Villecontal, le mari étant ſeul Seigneur juſticier du ſol de l'égliſe; il en auroit été ſans doute autrement, ſi le Seigneur de la Guiſardie s'en fût trouvé Coſſeigneur, auquel cas on auroit dû ſuivre la diſpoſition de l'arrêt de Larroche, déjà cité.

A l'égard de la queſtion décidée par l'arrêt, touchant le banc que les hommagers du Seigneur poſſédoient dans le chœur de l'égliſe, de temps immémorial; je ferois difficulté de ſouſcrire au jugement qui fut rendu, par lequel cet hommager du Seigneur fut démis de ſa demande en réintégrande du banc, dans le chœur de l'égliſe, malgré ſa poſſeſſion immémoriale; car quoique régulierement ce droit de banc dans le chœur ne compete qu'au Patron & au Seigneur haut-juſticier, néanmoins ce droit pourroit être preſcrit contre le haut-juſticier par le moyen & bas, s'il avoit devers lui la poſſeſſion immémoriale; & c'eſt ce qu'on peut tirer par argument de l'arrêt rapporté par *M. Dolive, liv. 2. ch.* 11. par lequel il fut jugé que quoique le droit de ceinture funebre appartienne au ſeul haut-juſticier, néanmoins il pouvoit être preſcrit par le moyen & bas-juſticier, par une poſſeſſion immémoriale.

Pour ce qui concerne le concours des ſimples gentilshommes dans les égliſes, & la préſéance pour la place &

bancs, les arrêts de ce Parlement, rapportés par Larroche au lieu déjà cité, art. 5. & par Cambolas, liv. 1. ch. 50. ont décidé qu'ils n'avoient pas droit de banc ni de préſéance dans la nef de l'égliſe, la place n'étant due de droit commun qu'aux Patrons ou Seigneurs hauts-juſticiers; ce qui eſt conforme à la doctrine de Loyſeau, déjà cité, *num.* 62. & ſuivans, où cet auteur obſerve que les bancs ne peuvent être concédés dans la nef des égliſes paroiſſiales que par les Marguilliers, moyennant quelque rétribution donnée à l'égliſe, que cette conceſſion n'eſt pas même un titre perpétuel & irrévocable, & qu'elle doit être confirmée aux ſucceſſeurs de ceux à qui elle a été originairement faite.

L'arrêt du 10 Septembre 1650. rapporté par l'auteur, ſe trouve autoriſé par pluſieurs arrêts de ce Parlement, rapportés par Larroche, *art.* 6. & par Cambolas, *liv.* 3. *ch.* 33. par leſquels il a été jugé que les Coſſeigneurs ne peuvent s'intituler vaguement Seigneurs du lieu; mais qu'ils doivent prendre chacun la qualité qui leur eſt propre, ou celle de Seigneur directe, ou de moyen & bas-juſticier, ou de Coſſeigneur.

Par arrêt du 30 Août 1707 rendu au rapport de M. de Celés, entre la Dame de Clairac, veuve de M. de Mauriac, Conſeiller au Parlement, & le Maire de Senouilhac, Lagarrigue & Mauriac, il a été fait défenſes au Seigneur de ſe placer dans le banc des Maire & Conſuls.

La raiſon en eſt priſe, de ce que le corps de la communauté a un chef en la perſonne du Maire, & que la ſeigneurie ayant ſes droits diſtincts, ſéparés & oppoſés même à ceux des manans & habitans, le Seigneur, comme chef de la ſeigneurie, fait un corps à part, & ne peut conſéquemment ſe mêler avec le corps de la communauté, & ſe mettre à la tête de ſes officiers.

Le ſecond arrêt prouve ſenſiblement que le droit de banc peut être preſcrit, & que la poſſeſſion ſeule peut faire titre, puiſqu'il autoriſe la réintégrande en cas de trouble, après l'an & jour de la poſſeſſion. Loiſeau, des Seigneuries, ch.

11, *num.* 60, avance en maxime qu'on ne peut acquerir par preſcription le droit de banc dans une Egliſe, par la même raiſon qu'on ne peut acquerir une ſervitude, par une poſſeſſion même immémoriale : mais il établit ſa propoſition ſur un faux principe, & qui n'eſt point adopté par les maximes du droit écrit ni par la juriſprudence de la Cour ; Sçavoir, qu'on ne peut acquerir par preſcription une ſervitude : le contraire eſt décidé par les loix & par les arrêts de la Cour, (ainſi que je l'ai montré au chap. 6 de ce livre.) Il n'y a pas de doute que la poſſeſſion d'un banc ne puiſſe être preſcrite par le laps ordinaire du temps établi pour la preſcription ; car cette poſſeſſion n'a rien d'abuſif ni de contraire à la police des égliſes du Royaume, elle ſe trouve même autoriſée par l'uſage des bancs, que les particuliers ont dans les égliſes, & qui ſont propres à leurs familles, comme les ſépulchres ou tombeaux.

La poſſeſſion de plus d'un an paiſible & non interrompue d'un banc, donne droit en cas de trouble, de demander la réintégrande, ainſi jugé après pluſieurs audiences au mois de Mars 1718, par arrêt prononcé par Monſieur le premier Préſident de Bertier, plaidans Mes. Chamclos & Aſtruc ; par cet arrêt Monſieur l'Evêque de Mende obtint le rétabliſſement d'un banc que les Chanoines avoient fait déplacer, & cela quoiqu'il ne fût en poſſeſſion que depuis 18 mois.

¶ La conceſſion des bancs qui ſe fait par les Marguilliers, dans les égliſes paroiſſiales, & ſur-tout dans celles des petits bourgs, fait ſouvent la matiere des procès entre les Paroiſſiens, les Marguilliers, & le Curé de la paroiſſe.

Il paroit donc intéreſſant pour la cauſe publique, de ramener ici la police du Royaume à cet égard, & de preſcrire l'ordre qu'il faut ſuivre dans l'arrangement des bancs.

En premier lieu, c'eſt une maxime répandue dans tous nos auteurs (ainſi que l'obſerve Mr. de Cambolas, liv. 1, chap. 50 de ſes arrêts) que de droit commun, nul n'a droit de banc & de préſéance dans l'egliſe paroiſſiale que le fondateur ou patron, & après eux, le Seigneur haut-juſticier

de la paroiſſe, & ce même droit emporte avec ſoi celui de litre & de ceinture funebre lors du décès des uns & des autres ; pluſieurs même ſont fondés en titre pour avoir banc dans le chœur & ſépulchre familier hors du presbytere, pouvant former complainte en cas de trouble dans leur poſſeſſion. Mais pour ce qui concerne les particuliers (fuſſent-ils gentils-hommes ou revétus de grades civils ou militaires) ils n'ont entre eux aucune préléance pour les bancs. C'eſt au bureau de fabrique, à la tête duquel ſont les Marguilliers, à faire les conceſſions des bancs & ſépultures ; moyenant une rétribution pour la fabrique, qui doit être réglée par ce même bureau, à qui ſeul appartient de faire des reglemens ſur cette matiere, ſous l'autorité du magiſtrat ſupérieur, qui eſt le Parlement, ainſi que l'obſerve Mr. *Dolive en ſes arrêts*, *liv* 1, *chap.* 38. La nef de l'égliſe eſt ſi fort à la diſpoſition des Marguilliers, que les nobles même ne peuvent, ſans leur conceſſion avoir banc à la nef. Ainſi jugé par arrêt *du premier Avril* 1683, rapporté dans le quatrieme tome du Journal des Audiences. Et c'eſt ainſi qu'il faut entendre l'auteur, quand il dit que les gentils-hommes peuvent avoir banc dans la nef.

2°. C'eſt un principe reçu en cette matiere, que les Marguilliers ſont en droit de contraindre les paroiſſiens à prendre d'eux un titre de conceſſion, ſous une rétribution pour la fabrique ; & qu'il n'y a du côté des paroiſſiens, nulle poſſeſſion valable ſans un titre exprès & formel, ſuivant les arrêts rapportés par Brodeau ſur Louet, lettre E, ſom. 9 ; il en faut excepter, dans le reſſort de ce Parlement, la poſſeſſion quarantenaire, qui ſeule peut faire titre aux particuliers contre la fabrique. Enſorte qu'un paroiſſien deſtitué de titre ne peut oppoſer aux Marguilliers la poſſeſſion annale de ſon banc, pour en obtenir la réintégrande en cas de trouble de leur part ; ce qui n'a lieu que de paroiſſien à paroiſſien ; & c'eſt l'eſpece de l'arrêt du 18 Mars 1718, que j'ai déjà rapporté ſur ce chapitre ; car Mr. l'Evêque de Mende, & les Chanoines étoient réputés à cet égard, comme parti-

culiers contendans ; & il n'y étoit pas queſtion d'un droit commun à un corps de fabrique, qui a ſes loix particulieres & ſes privileges. La réintégrande doit être accordée au paroiſſien contre ſon co-paroiſſien, lorſqu'il eſt troublé après l'an & jour d'une poſſeſſion paiſible & publique de ſon banc, telle eſt la doctrine de Mr. Maynard en ſes arrêts, *tom.* 2, *liv.* 8, *chap.* 4, *in fine. Argumento à lege* 1, *§. quod autem ff. de aqua quotid.* mais il n'eſt pas permis aux Marguilliers de déplacer, par voie de fait, un banc dont le paroiſſien a acquis la quaſi-poſſeſſion paiſible & non interrompue, le Curé même n'a pas ce droit ; le banc, fût-il incommode pour le ſervice divin, ce déplacement doit être fait *cauſa cognitâ* d'autorité du juge, ſur la plainte des Marguilliers, & c'eſt ainſi qu'il faut entendre Loiſeau, *chap.* 11, *num.* 65 *des Seigneuries*, lorſqu'il dit qu'en cas d'incommodité ou d'embarras pour le ſervice divin, le Curé peut ôter un banc. Les voies de fait ne ſont jamais permiſes ni autoriſées, c'eſt-ce qu'obſerve le même auteur, *num.* 63, *eod.* & tous ceux qui ont écrit ſur cette matiere en demeurent d'accord ; ainſi, ſi le paroiſſien a été dépoſſédé par voie de fait par les Marguilliers, ou par le Curé, il a une action d'injure & de réparation contre les Marguilliers, quoiqu'il ne puiſſe demander la réintégrande du banc contre eux, s'il ſe trouve deſtitué de titre ; mais il peut demander que les Marguilliers ſoient tenus de lui faire dans la nef conceſſion d'une place & banc (ainſi qu'ils l'ont déjà faite aux autres paroiſſiens) moyennant rétribution pour la fabrique telle que de droit.

3°. S'il s'agit d'un arrangement général de bancs à faire dans une égliſe nouvellement conſtruite dans une ville ou bourg d'un dioceſe, ſervant de paroiſſe ; comme il s'éleve ordinairement des conteſtations pour la préſéance des familles dans cet arrangement, & que les Curés veulent uſer de préférences ſouvent injuſtes, pour ceux des paroiſſiens qui leur ſont plus particulierement liés par un commerce d'amitié ; préférences qui deviennent une ſource de procès entre

les familles principales de la paroiſſe, il conviendroit, pour obvier à toutes les conteſtations qui peuvent s'élever ſur cela, qu'en vertu d'une délibération du bureau de fabrique, les places fuſſent concédées par voie d'encheres, à ceux qui en feroient la condition meilleure à la fabrique; car les conceſſions des bancs dont il s'agit, ne touchent point au ſpirituel, mais ſont purement profanes.

4°. Quand les auteurs diſent que la conceſſion des bancs eſt dévolue aux Marguilliers, ce n'eſt pas qu'ils entendent que le ſuffrage des Marguilliers ſoit dominant & ſupérieur à celui du bureau de fabrique; ils en ſont à la vérité les chefs, mais dans les aſſemblées & délibérations, tout doit paſſer à la pluralité des voix; *major pars cæteros obligat*, *leg.* 19. *ff. ad municipal.* c'eſt la doctrine de Bacquet des droits de juſtice, *chap.* 29. *n°.* 24. & celle de Godefroi ſur la loi 3, *ff. quod uniuſq. univerſitatis*, les Marguilliers ne ſont, quant aux délibérations de leur bureau, que les exécuteurs nés deſdites délibérations; & lors qu'il s'agit d'un procès à intenter, cela doit être fait à leur nom, mais en vertu d'un pouvoir du bureau *ad hoc*; arrêt rapporté par *Duperrai ſur les eccleſ. art.* 17. *page* 304. *tome* 1. A l'égard de la convocation de l'aſſemblée, le droit en eſt dévolu aux Marguilliers, comme préſidens nés du bureau depuis que les fabriques des égliſes ſont tombées en main laïque, toutefois le Curé doit concourir en ce point avec les Marguilliers, ſi tel eſt l'uſage de la paroiſſe, ſuivant le reglement rapporté par Duperrai au lieu ci-deſſus.

5°. Le corps des fabriques étant aujourdhui laïque, tous les paroiſſiens en ſont les membres nés, & les actions qui ont rapport aux intérêts de ce corps ſont populaires, ſuivant M. Dolive en ſes arrêts, *liv.* 1. *chap.* 20. d'où il faut conclure que de droit commun la préſidence ne peut être dévolue au Curé de la paroiſſe; il ſeroit en effet irrégulier & contre la police du Royaume de mettre un eccléſiaſtique à la tête d'un corps laïque; & de lui en attribuer la préſidence; les arrêts qui ont fait des reglemens pour les fabriques, portent

portent que le Curé pourra aſſiſter à l'aſſemblée de la fabrique, ſignera le premier les délibérations, & donnera ſa voix immédiatement après celui qui préſidera, lequel opinera le dernier, ſans préjudice au Curé de repréſenter, avant la délibération, ce qu'il trouvera à propos pour le bien de l'égliſe, & de la fabrique, par forme de ſimple propoſition; arrêt du Parlement de Paris ſervant de reglement du 23 Juillet, rendu entre le Curé de Saint Jacques de la Boucherie, & les Marguilliers de la même paroiſſe, rapporté par *Duperrai*, *tome* 1. *de l'édit eccleſiaſt. de* 1695. *art.* 17. Cet arrêt fait bien ſentir que les Curés ne ſont appellés dans les aſſemblées de fabrique & dans les reglemens qui s'y font, que par bienſéance & par honnêteté, puis qu'il y eſt dit *que le Curé pourra aſſiſter à l'aſſemblée de la fabrique*; ſa préſence n'eſt donc point indiſpenſable pour les délibérations, ainſi que ſe l'imaginent certains Curés de la campagne, qui ont entraîné dans leur erreur certains paroiſſiens peu éclairés & trop crédules: les Curés ne peuvent même recueuillir les ſuffrages lors de l'élection des Marguilliers, c'eſt à l'ancien Marguillier que ce droit appartient; & ces ſuffrages doivent être rédigés par le ſecretaire de la fabrique ou par le tabellion du lieu & paroiſſe, ſuivant l'arrêt du Parlement de Paris, rendu par forme de reglement pour les Marguilliers d'Argentueil, il eſt rapporté par Dupperai, *eod. page* 294.

Au ſurplus, s'il ſe rencontre que dans certains villages ou paroiſſes de campagne, il n'y eût point de bureau de fabrique réglé, ni des Marguilliers élus, le Curé de la paroiſſe ne peut s'arroger le droit de concéder les bancs & places de la nef; mais alors les conceſſions en doivent être faites par les Maire & Conſuls, aſſiſtés des plus notables paroiſſiens, dans une aſſemblée tenue au banc & table de la fabrique, où le Curé doit être appellé, & où tout doit ſe conclure à la pluralité des ſuffrages; la rétribution provenant de la conceſſion doit être appliquée aux réparations de la nef & entretien du parc & vitrage, ainſi que les émolumens qui émanent de la conceſſion des ſépultures: c'eſt ce qu'on peut recueuil-

lir de la diſpoſition de l'art. 21 de l'édit eccléſiaſtique de l'année 1695 ; car puiſque cèt article aſſujetit les revenus des fabriques à la réparation & entretien du chœur des égliſes paroiſſiales ; à plus forte raiſon doivent-ils ſupporter l'entretien de la nef, qui produit à la fabrique la rétribution attachée à la conceſſion des bancs & ſépultures, pour tout ce qu'il y a de paroiſſiens, au lieu que le chœur ne produit rien à la fabrique, & demeure réſervé aux décimateurs Curés primitifs de la paroiſſe, & les réparations ſont à leur charge.

Marechal des droits honorifiques des Seigneurs, dans les égliſes, chap. 2. pag. 441. de l'impreſſion de 1724. obſerve que les gentils-hommes, même les roturiers, peuvent avoir des bancs & ſieges avec accoudoir dans la nef, avec la permiſſion du Patron, s'il y en a, ſinon du Curé & Marguilliers ; mais ſi la conceſſion des Marguilliers regarde la poſition d'un banc qui ſeroit viſiblement incommode ou embarraſſant pour le ſervice divin, l'Evêque en faiſant ſa viſite, les officiers du lieu appellés, pourroit, avec connoiſſance de cauſe, pourvoir par ſon ordonnance à la réduction de ce banc, ſuivant *l'art. 16. de l'édit eccleſiaſt.* & en conſéquence les Marguilliers doivent procéder, en implorant le bras ſéculier, pour faire exécuter cette ordonnance, qui ne peut être attaquée, s'il y a lieu, que par la voie de l'appel comme d'abus ; mais qui néanmoins ſeroit exécutoriable par proviſion, comme étant rendue en cours de viſite ; mais il faut pour autoriſer la réduction d'un banc, que l'obſtacle ſoit tel que le ſervice divin ne puiſſe être fait ; car s'il n'y avoit qu'une légere incommodité, que la bizarrerie d'un Curé allégueroit à ſon Evêque faiſant la viſite de la paroiſſe, comme un empêchement inſurmontable, & que l'ordonnance de l'Evêque prononçât la réduction du banc, il y auroit lieu d'en appeller comme d'abus.

CHAPITRE II.

Si on peut prouver par témoins la juſtice, les rentes obituaires & foncieres, & la preſcription de la directité par un Seigneur contre un autre.

Quels titres ſont néceſſaires pour prouver la directité contre un Emphitéote.

POur établir la preuve de la directité, il n'eſt pas néceſſaire de rapporter le titre primordial & le bail d'emphitéoſe, il ſuffit de juſtifier par écrit des payemens anciens de la cenſive faits par les emphitéotes, ſans autres reconnoiſſances; c'eſt la doctrine de *Ferr. ſur la queſt.* 582. *Guyp.* qu'il appuie de l'autorité d'un arrêt de la Cour, rendu en faveur des ſieurs de Savignac & Lagorrée, contre le ſindic du lieu de Gouts.

Mais cette preuve de payemens faits ne peut être établie par témoins, par la raiſon que ce ſeroit prouver le bail emphitéotique, préſumé au moyen de ces payemens par témoins; ce qui ſeroit contraire à la doctrine des interpretes ſur la loi 1. *cod. de jur. emphit.* à celle de la gloſe, ſur le *chap. de cenſib. in* 6. & à la remarque de Louet, lettre S. ſomm. 7. que le cens ne peut ſe prouver par témoins, à quoi l'on peut ajouter que la faveur de la liberté exige qu'on n'admette point la preuve vocale, moins ſure ſans doute que la preuve écrite, par la facilité de corrompre les témoins.

A l'égard des rentes obituaires, il me ſemble qu'il faut pareillement décider que la preuve doit en être faite par écrit & non par témoins, par la raiſon que c'eſt là une ſervitude, & que ſuivant la juriſprudence de ce Parlement, ces rentes ſe reglent ſur la même loi que les cenſives & rentes foncieres; & que ce ſeroit les rendre encore plus privilégiées que celles-ci, ſi on pouvoit en établir la preuve par témoins: or on ne peut pas prétendre que les rentes obituai-

res méritent à l'égliſe un plus grand privilege que celui des Seigneurs directes, ſur les cenſives & rentes foncieres, puiſque les Seigneurs les ont à titre onéreux, & par l'aliénation qu'ils ont faite du fonds, en quoi l'on peut dire, que *certant de damno vitando ;* au lieu que l'égliſe poſſede les rentes obituaires à titre lucratif, & comme un don reçu de la piété des fondateurs.

L'auteur, ſur l'arrêt rendu au mois d'Août 1667. obſerve que les livres terriers, *& codices antiqui*, peuvent ſeulement ſervir d'adminicules, & aider une reconnoiſſance, & qu'en cela on ne ſuit point l'opinion de *Ferr. ſur la queſt.* 272. *de Guyp.* qui donne aux livres terriers anciens, quoique non ſignés, la force de faire preuve touchant la directité : ſur quoi j'eſtime qu'il faut uſer de diſtinction entre les livres terriers anciens, dreſſés avant l'ordonnance de 1539, ou après cette ordonnance, & décider que ceux qui ſe trouvent faits avant cette ordonnance, quoique non ſignés du Notaire, font preuve de la directité, & qu'ils operent plus que l'adminicule, pourvu qu'ils ſe trouvent dans les formes probantes de ce temps-là, parce qu'avant cette ordonnance de François I, les actes publics tels que doivent être ces livres terriers, n'étoient point ſignés par le Notaire même qui les avoit reçus ; ſi au contraire ces livres terriers ont été dreſſés depuis l'ordonnance qui aſſujettit, de même que celle d'Orléans, les Notaires à ſigner leurs actes, ces livres terriers ou de lieue, quoiqu'anciens, ne peuvent ſervir d'adminicule, s'ils ne ſont ſignés, & en forme authentique ; & c'eſt ainſi qu'il faut entendre la déciſion de Maſuer, rapportée par *Mornac ſur la loi* 10, *ff. de probat.*

Sur quoi Mornac, au même lieu, obſerve que ſi les livres terriers ſont tirés des archives de l'égliſe, ou marqués de quelque ſceau public & authentique, alors ils ſont réputés ſuffiſans pour faire preuve, quoique deſtitués du ſeing du Notaire, *quia*, dit Mornac, *hujuſmodi codices fida cuſtodiæ aſſervari ſoleant ſatis quæ eſſe, ſi vel à Domino, vel ab ejus ſecretario ſubſcripti ſint*, de ſorte que ſelon cette opinion, que

Mornac fonde ſur celle des interpretes, les livres terriers anciens, qui regardent l'égliſe, & qu'on trouve dans ſes archives, ſignés par quelque ſecretaire ou économe de ſon temporel; de même que ceux qu'on tire des archives du domaine du Roi, marqués du ſceau du Prince, font preuve contre les emphitéotes, & ont force d'une reconnoiſſance féodale, dreſſée en forme authentique.

Le Seigneur juſticier n'eſt point préſumé avoir la directité du fonds dans l'étendue de la haute-juſtice; il faut qu'il en juſtifie par le bail à fief, ou par une reconnoiſſance générale des manans de ſa terre, ce qui a lieu dans cette province de Languedoc; ou, ſuivant la diſpoſition du droit romain, on préſume que le fonds eſt libre, *leg. altius, cod. de ſervit. & de aqua*; ſi on ne prouve le contraire, & où le franc-aleu eſt autoriſé par les lettres patentes de nos Rois, des années 1471, 1483, 1484, & 1498, ainſi que l'obſerve Mr. de Cambolas, traité du franc-aleu, & où il ſe trouve établi *ab antiquo* par un privilege de cette province, ſelon la remarque de Catel, Hiſtoire des Comtes de Toulouſe, pag. 271 & ſuivantes.

Le privilege doit être conſervé aux habitans contre le haut-juſticier, quand même il auroit été originairement inveſti de la haute-juſtice & du fief, pour en jouir ſuivant les us & coutumes de Paris, ce qui fut ainſi jugé dans l'eſpece ſuivante.

Simon Comte de Montfort, ayant acquis ſur les Albigeois pluſieurs terres & Seigneuries du Languedoc, elles lui furent adjugées par le conſentement unanime des Barons de cette province.

Ce capitaine les diſtribua à pluſieurs officiers de ſon armée, qui s'étoient ſignalés dans la défaite des Albigeois; la terre de Roquefort échut en partage en l'année 1212, aux ancêtres du Marquis de Mirepoix, qui dans ces derniers tems en fit donation à Jean-Jacques de Piés.

Simon de Montfort, dans les conceſſions qu'il fit de ces terres, en ſoumit le fief aux us & coutumes de la Prévôté de

Paris ; ſur ce fondement le ſieur de Piés demanda aux habitans de Roquefort de lui paſſer une reconnoiſſance générale des droits ſeigneuriaux comme Seigneur en toute juſtice directe, cenſive, taſques, agriers.

Les habitans refuſerent de lui paſſer cette reconnoiſſance juſqu'à ce qu'il juſtifieroit de ſa directité, & cela par le privilege du franc-aleu, dont les habitans du Languedoc ſont en poſſeſſion de jouir.

Sur quoi la Cour rendit un arrêt le 28 Juillet 1716 en la troiſieme chambre des enquêtes, au rapport de Mr. de Seré, confirmatif de la Sentence du Sénéchal, en faveur des Conſuls de Roquefort, portant qu'avant dire droit ſur la demande du ſieur de Piés en reconnoiſſance générale de la directité, il juſtifieroit plus amplement de ſes titres.

Le Comte Simon de Monfort n'avoit pu porter atteinte par la conceſſion des terres qu'il diſtribua, au privilege du franc-aleu dont les habitans de cette province jouiſſoient alors, & dans lequel ils ont été confirmés par nos Rois.

¶ Je crois, quoiqu'en diſe Me. Boutaric dans ſon traité des droits Seigneuriaux, pag. 177, que dans le concours du titre primordial, qui eſt rapporté par le Seigneur directe, & d'une reconnoiſſance poſtérieure produite par le cenſitaire, contenant une moindre quantité, il faut ſe régler par le titre primordial, parce que c'eſt une loi commune, qui veille pour le Seigneur directe & pour l'emphitéote ; & je voudrois du moins, pour aſſurer à celui-ci la décharge, l'avantage & la préférence de la reconnoiſſance ſur le titre primordial, que l'emphitéote prouvât par des quittances du Seigneur directe, ſuivies & non interrompues depuis 30 ans, qu'il n'a payé la cenſive que ſur le pied de la reconnoiſſance, parce qu'alors on préſumeroit la reduction par une preſcription acquiſe, ainſi qu'on préſume la reduction de la quote de la dîme par un payement quarantainaire de la même quantité, & ſur le même pied. D'ailleurs, l'opinion de Boutaric eſt contraire à la déciſion du grand Dumoulin, & aux maximes reçues ſur cette matiere, & adoptées par Mr. *de Larroche*, *des*

droits Seigneuriaux. Son commentateur ne rapporte point d'arrêt pour appuier ſa déciſion, ainſi l'on peut la regarder comme opinion particuliere.

Quand dans le concours de deux reconnoiſſances diſcordantes, on donne la préférence à celle qui contient la moindre quantité, cela ſe fait par une préſomption de ſurcharge pour le cenſitaire, & en faveur de la libération; mais dans le concours du titre primordial & d'une reconnoiſſance poſtérieure, cette préſomption ceſſe, parce que là où la loi eſt expreſſe, on ne peut point admettre de préſomption contraire, pour la détruire; à moins qu'on ne prouve avoir preſcrit contre cette même loi, par un uſage contraire. Dans cette province de Languedoc, où le franc-aleu eſt établi par un privilege particulier, qui tire ſon origine du droit romain, le Seigneur haut, moyen, ou bas juſticier a beſoin, à défaut de titre primordial, d'une reconnoiſſance ſoûtenue par des adminicules; j'en ai déja donné la définition, & montré ce qui les forme, *vide Cambolas, liv. 5, chap.* 14, *Larroche, des droits Seign. chap.* 1, *art.* 2.

Mais quand le Seigneur juſticier eſt en même-temps foncier du territoire, comme ſi originairement il a été baillé limité aux habitans de la ſeigneurie, alors tout le terroir eſt préſumé relever de lui, ſauf aux tenanciers à prouver le contraire, & l'allodialité de leurs fonds. *Cambolas au lieu cité.* Du côté de France, dans la Guienne même, la juſtice emporte avec ſoi, ſans autre preuve, préſomption de foncialité, en faveur du Seigneur juſticier; & il n'a beſoin de produire d'autres titres, que les dénombremens, hommages qu'il a faits au Roi pour la ſeigneurie, ou autres titres poſſeſſoires. Mais cette préſomption peut être détruite de la part du tenancier, s'il juſtifie de ſa liberté & franchiſe, au moyen d'aucuns contrats énonciatifs, que ces biens étoient tenus en franc-aleu, ſi cette énonciation eſt ſoûtenue par une poſſeſſion immémoriale; ce qui a encore lieu contre un Seigneur, qui dans le Languedoc ſeroit fondé en terroir limité, & réputé foncier de la paroiſſe; c'eſt la remarque de Graverol ſur Lar-

roche, *des droits ſeigneuriaux, chap.* 1. La raiſon en eſt, que ſuivant le droit romain, dont ſe régit cette province, la ſervitude du fonds peut s'éteindre, & la liberté s'acquerir par la preſcription & par des actes poſſeſſoires de cette même liberté. Le cenſitaire recherché par le Seigneur directe, peut encore oppoſer qu'il releve d'un Seigneur directe particulier, ayant fief dans la haute juſtice, diſtinct & ſéparé. Etant certain, ainſi que l'obſerve Graverol, *eod.* que le Seigneur foncier ne peut ſe prévaloir de ſa qualité, contre le Seigneur particulier, qui a une directe dans ſa terre; mais il faut que le Seigneur directe & particulier, faſſe apparoir de ſon titre contre le haut-juſticier, la préſomption étant pour celui-ci, puiſque régulierement la directe fonciere exclut la directe particuliere. Ainſi le cenſitaire peut exciper du droit du Seigneur directe particulier en faveur duquel il a paſſé reconnoiſſance. Quand les auteurs parlent d'un terroir limité & confronté, cela doit être entendu *ab antiquo* originairement baillé par le Seigneur aux habitans de la terre, mais nullement d'une ſeigneurie limitée, & bornée par des dénombremens, ce qui eſt commun à tous les Seigneurs; c'eſt l'obſervation de Mr. Cambolas, liv. 4, chap. 45.

CHAPITRE III.

De deux baux à fief faits d'un même corps par le même Seigneur.
De la portabilité de la rente.

SUivant la doctrine de Faber *in ſuo cod. lib.* 4, *tit.* 32, *definit.* 15, quand la rente eſt portable l'emphytéote en doit payer les arrérages au plus haut prix que la d'enrée a valu dans l'année, année par année, quoiqu'il n'y ait pas eu d'interpellation de la part du Seigneur; Mr. Cambolas, liv. 1, chap. 20, rapporte un arrêt de la Cour conforme à cette doctrine, que Mr. Maynard, liv. 6, chap. 35, dit être

être ſuivie dans ce Parlem. en obſervant en même-temps que quand la rente eſt querable, & qu'il n'y a point de demande faite à l'emphitéote, il n'eſt tenu d'en payer les arrérages qu'au prix courant de la denrée, au temps de la deſtinée ſolution, année par année; s'il y a eu demande ou interpellation de payer, l'emphitéote eſt condamné de la même maniere que pour les arrérages de la rente portable, ſuivant la remarque de Cambolas, *loco ſupra.*

Il y a un arrêt de la Cour rendu au rapport de Mr. de Vic en la troiſieme chambre des enquêtes le 31 Août 1714, qui adjugea au ſieur de Lavergne Seigneur de Monbaſin, contre le ſieur Donadieu emphitéote, les arrérages des deux dernieres années de la cenſive en bled, portable au plus haut prix que le bled avoit valu pendant les deux années, par cette raiſon qu'un Seigneur doit être réputé aſſez bon menager pour garder ſon grain de deux années, & qu'il ne doit pas ſouffrir du retardement de l'emphitéote, qui n'a pas été exact à payer en eſpece chaque année.

Cet arrêt paroit ſingulier, en ce qu'il ordonne que ces arrérages du cens ſeront payés, au plus haut prix que le bled aura valu, non année par année; mais dans le cours de deux années.

Il eſt bien vrai que Larroche, des droits Seigneuriaux, ch. 2, art. 2, obſerve que les *cenſives en bled ſe doivent payer en eſpece l'année qu'elles ſont demandées, & encore la précédente, parce*, dit-il, *qu'il eſt vraiſemblable que les Seigneurs ménagers gardent les grains de l'année précédente*; mais il ajoûte, *ou à la valeur des grains, comme ils ont communément valu eſdites années.* Ce qui doit être entendu des rentes querables ou portables indiſtinctement, puiſque ſon Commentateur remarque que quand l'emphitéote eſt obligé de porter la cenſive, à certain jour dans la maiſon du Seigneur; en ce cas les arrérages doivent être payés au plus haut prix que les grains ont valu année par année, ce qu'il faut entendre des deux dernieres années de la cenſive.

Les auteurs déjà cités, Faber, Cambolas, Maynard par-

lent indiſtinctement des arrérages de la cenſive portable, & ne diſtinguent point les deux dernieres années des précédentes; je croi même que leur doctrine doit s'appliquer à ces dernieres années, & que les arrérages dus ne doivent être payés qu'au plus haut prix que la denrée a valu année par année, par la raiſon qu'en matiere de preſtations annuelles, il y a autant de payemens différens qu'il y a d'années, & par conſéquent de prix; & que d'ailleurs il eſt de maxime de pencher à la libération du débiteur; en ſorte que c'eſt aſſez le punir de ſa demeure, que de le contraindre au payement de la cenſive, année par année, au plus haut prix que la denrée a valu chaque année, ſans l'obliger à ce payement au plus haut prix des deux années; à quoi l'on peut ajouter que quoique le Seigneur ménager ſoit cenſé réſerver les grains de deux années, il ne s'enſuit pas qu'on en puiſſe conclure qu'il en faſſe toujours la vente au plus haut prix, qui a couru pendant ces deux années.

Il y a un arrêt rendu en la troiſieme chambre des enquêtes, au rapport de Mr. de Cauſſade le 14 Août 1727, contraire à celui du Compilateur. Par cet arrêt il fut jugé pour le ſieur de Tauriac contre le ſieur Gineſte, que la rente en grains eſt portable, ſi par les reconnoiſſances du Seigneur d'un lieu, la rente lui eſt payable audit lieu: Je croi cet arrêt juridique comme étant conforme à la ſtipulation du bail emphitéotique, n'y ayant point de ſurcharge dès que les payemens d'une rente ſe trouvent faits, ſuivant la loi du titre primordial.

La diſtinction de la rente payable en argent ou en grains, n'ayant point été faite dans le bail, il en faut ſuivre littéralement la teneur, parce qu'il eſt de maxime que les ſtipulations des contrats ſont *ſtricti juris*, & qu'on ne peut admettre des diſtinctions là où la convention n'eſt point ambiguë ni équivoque.

¶ Quoique par le bail emphitéotique ou des reconnoiſſances, il ſoit ſtipulé que le cens eſt portable chaque année dans la maiſon du Seigneur; ſi le jour n'eſt pas fixé, le cenſitaire

eſt excuſable de n'avoir pas porté le cens, & doit payer les arrérages non au plus haut prix, que la denrée a valu année par année, mais au prix commun deſdites années; porte qu'alors le Seigneur doit s'imputer de n'avoir point interpellé ſon emphitéote, qui ne pouvant ſçavoir le jour que le Seigneur ſeroit en ſa maiſon ou château pour recevoir le payement, eſt excuſable d'avoir demeuré dans l'inaction, juſques à l'interpellation. C'eſt ainſi que le jugea le Sénat de Chamberi par l'arrêt rapporté par le Préſident Faber, *in ſuo Cod. tit. de jure emphit.* 43, *definit.* 15, & dans ce cas la liquidation des arrérages doit ſe faire, *non quanti plurimi eo anno merx fuit, ſed ad communem æſtimationem. Faber, eod.* Pour procéder a cette liquidation, on ſuit la regle preſcrite par l'ordonnance de 1667, tit. 30, c'eſt eu égard aux quatre ſaiſons & prix commun de chaqu'une année. Ce prix ſe juſtifie par les extraits du Greffe Conſulaire des villes de marché. En ſorte que mettant en blot, le prix des quatre ſaiſons année par année, le juge en forme un prix commun pour chaque année, qui n'eſt ni le plus haut, ni le plus bas.

Il faut remarquer ici ſur l'arrêt du 14 Août 1727, rendu au rapport de Mr. de Cauſſade, que la diſpoſition de cet arrêt mérite d'autant mieux d'être ſuivie à l'égard de la portabilité de la rente en grains, s'il ſe rencontre que la ſeigneurie directe ſoit réunie à la juſtice; parce que dans ces circonſtances, la bienſéance & le devoir obligent le cenſitaire d'aller vers ſon Seigneur juſticier, & dans ſon château, lui faire préſenter la rente, étant à préſumer qu'on l'a ainſi entendu, lorſqu'il a été ſtipulé que le payement en ſeroit fait ſur les lieux; en ſorte que le jour du payement étant échu, l'emphitéote eſt en demeure, *dies interpellat pro homine*; n'étant pas vraiſemblable, ni probable, que le Seigneur ait entendu s'aſſujettir d'aller vers ſon emphitéote, s'il n'y a convention à cet égard pour aller querir la rente dans le lieu où l'emphitéote peut la porter commodément; & il doit s'imputer, ſi par ſon retardement il eſt condamné à payer les arrérages ſur le plus haut pied de l'année.

Le cens établi en eſpece d'argent, comme par exemple en un écu, doit être payé en même eſpece, quoique la valeur en ait augmenté depuis le contrat de bail du fonds, & le cenſitaire ſeroit irrécevable de payer l'eſpece ſur le même pied du bail originaire, & ſi l'écu avoit augmenté du double dans le cours des monoies, le cens doit être payé en la même eſpece qui a cours; arrêt du Parlement de Dijon *du 6 Juillet* 1602, rapporté par Bouvot, tom. 2, in verbo *monoie*, *queſt.* 6, rendu au profit de la Dame de Vefure, contre la Dame de Uſſlan. C'eſt ainſi que la queſtion fut jugée par les arrêts de ce Parlement rapportés par Mr. Maynard, *liv.* 7, *chap.* 99, il y a des docteurs, & ſur-tout Jaſon ſur la loi 2, *Cod. de jur. emphit.* qui ont tenu que le cens conſtitué en eſpeces d'argent devoit être payé ſelon la valeur de l'eſpece au temps du bail; & telle eſt la décretale d'Innocent III, *cap.* 20 *extr. de cenſib.* dont le ſommaire eſt ainſi conçu, *ſolvendi ſunt cenſus in antiqua moneta in qua ſtatuti fuerint*; mais il faut s'en tenir à la choſe jugée. Le payement du cens, fait en la maniere portée par ces arrêts, tend à la décharge du cenſitaire; car s'il falloit le faire ſelon la valeur ancienne de l'écu, il en ſupporteroit l'augmentation, & pour un écu il en payeroit deux, l'écu étant réduit à ſa valeur intrinſeque au temps du bail emphitéotique. L'augmentation des eſpeces étant le fait du Prince, dont nul n'eſt tenu, il s'enſuit que le Seigneur directe doit ſubir cet évenement.

Quand il ſe rencontre, (comme dans l'eſpece de l'arrêt rendu au rapport de Mr. de Rudelle,) qu'il y a eu deux beaux à fief du même corps, faits à deux différens emphitéotes, il faut ſe régler dans cette matiere comme en la vente d'un même fonds faite à deux différens particuliers. C'eſt d'adjuger le fonds à celui qui ſe trouve antérieur en poſſeſſion, & qui en a fait acte ſuivant la loi *quoties*, *Cod. de rei vindicat.* ſans s'arrêter à la différence qui ſe rencontre du cens établi dans les beaux emphitéotiques; mais s'il y a combat de fief, & diſpute entre deux Seigneurs, à raiſon de la même directe, on l'adjuge à celui qui a les plus anciennes re-

connoiſſances & la plus ancienne poſſeſſion, Charonda en ſes *Réponſ. liv.* 7, *chap.* 118, rapporte un arrêt du 23 Juillet 1584, qui l'a ainſi jugé.

CHAPITRE VI.

Si le droit de couper du bois dans une forêt ſe peut acquerir par une poſſeſſion immémoriale.

IL eſt certain en maxime que la ſervitude ruſtique ne peut être preſcrite par un moindre eſpace de temps, qu'une poſſeſſion immémoriale, qui approche toujours de la centenaire : c'eſt l'opinion de Ferr. ſur la *quæſt.* 573. *Guip.* & des autres docteurs qu'il cite pour l'appuyer.

L'uſage des ſervitudes ruſtiques, que les interpretes appellent diſcontinués, n'étant pas actuel, il faut un plus long eſpace de temps pour les acquerir par preſcription, que pour les urbaines, que les mêmes interpretes appellent continues, *quia procedunt ex naturali cauſa*, & qui ſont preſcriptibles par le cours ordinaire du temps requis, pour preſcrire ſuivant l'obſervation de Godefroi, ſur la loi *Foramen, ff. de ſervit. urban. præd. in verbo Tempore acquiri placuit.*

Or, quoique ſuivant la diſpoſition du droit romain, on doive entendre par cette preſcription *longi temporis*, celle de 10 ans entre préſens, ou de 20 ans entre abſens, *leg.* 11, *Cod. de præſc. long. temp.* toutefois comme nous n'admettons cette eſpece de preſcription qu'en faveur du tiers-acquereur avec titre & bonne foi pour l'hypoteque, on ne peut acquerir ſuivant la juriſprudence de ce Parlement, ni la propriété d'un fonds ni la ſervitude continue, par le ſecours de la poſſeſſion par un moindre temps que de 30 ans. Et c'eſt à cette eſpece de preſcription qu'il faut appliquer non-ſeulement la déciſion de Godefroi ; mais de la Gloſe parlant des ſervitudes continues, ſur la loi *Foramen*, *verbo Perpetuo.*

Suivant la juriſprudence du Parlement de Paris, on ne peut acquerir la ſervitude ſans titre & par la ſeule preſcription; c'eſt la remarque *de Fontanon ſur Maſuer, tit. des ſervitudes*, & la diſpoſition de l'article 186 de la coutume de Paris; mais la liberté ſe peut acquerir par 30 ans contre âgés & non privilégiés; cette juriſprudence peut trouver ſon fondement dans la loi *Servitutes* 14, *ff. de ſervitut.* où le juriſconſulte Paulus décide que les ſervitudes ne peuvent être preſcrites, parce qu'étant des droits incorporels, elles ne peuvent être poſſédées; mais il ſuffit pour autoriſer l'acquiſition des ſervitudes par preſcription, qu'on ait la quaſi-poſſeſſion, ſuivant le langage *d'Ulpien in leg. Si quis diuturno, ff. ſi ſervitus vindicet. Si quis diuturno uſu & longa quaſi poſſeſſione jus aquæ ducendæ nactus ſit, non eſt neceſſe docere de jure quo aqua conſtituta eſt veluti ex legato, vel alio modo; ſed utilem habet actionem, ut oſtendat per annos fortè tot uſum ſe non vi, non clam, non precario poſſediſſe; & ibi Gloſſ.* en ces termes: *diuturno & longo uſu acquiruntur ſervitutes.*

Il eſt donc clair que ſuivant les loix même du Digeſte, on pouvoit acquerir par l'uſage le droit de ſervitude, parce que cet uſage formoit une quaſi-poſſeſſion, ce qui ſuffit pour preſcrire.

A l'égard des ſervitudes ruſtiques que nous avons déja obſervé ne pouvoir être preſcrites par un moindre eſpace de temps que celui qui approche de 100 ans, il faut obſerver que cela doit être entendu de l'uſage qu'on a fait de cette ſervitude à l'inſçu du propriétaire du fonds, *ipſo ignorante*, dit la Gloſe ſur la loi 3, §. 4, *de aqua quotid.* que ſi au contraire on a joui au vu & ſçu de ce propriétaire ſans contradiction de ſa part pendant l'eſpace de 30 ans, cela ſuffit pour faire titre, *Gloſſ eod.* & c'eſt ainſi que la queſtion fut décidée par arrêt de la Cour du 14 Mai 1663, rapporté par Graverol ſur Larroche, liv. 6, tit. 75, art. 1.

Par cet arrêt, Guillaume Serane fut reçu à prouver que pendant 30 ans continuels, il avoit fait paſſer ſon bétail à laine dans le devois du nommé Durand, à ſon vu & ſçu pour

l'aller abreuver à une fontaine qui étoit à l'extrémité de ce devois.

Il y a un arrêt de la troiſieme chambre des enquêtes en date du 29 Mai 1721, au rapport de Mr. de Vic, entre Pierre Ayrolles & Henry Ayrolles, qui a jugé que la ſervitude diſcontinue de paſſer par le fonds d'autrui pour aller puiſer de l'eau dans ſa fontaine, ne pouvoit ſe preſcrire que par une poſſeſſion immémoriale.

¶ Les ſervitudes qui ne procedent point *ex naturali cauſa*, & pour l'uſage deſquelles le fait & la main de l'homme ſont requis, ſont, au langage de nos interpretes, appellées ſervitudes ruſtiques, comme eſt celle de mener paître le bétail dans un territoire, ou d'aller couper du bois dans une forêt, ſoit qu'elle ſoit due à des particuliers ou à un corps d'habitans; & pour avoir droit à cette eſpece de ſervitude, il faut régulierement à défaut de titre une poſſeſſion immémoriale, *Cæpola, in tract. de ſervitut. ruſtic. prædior. cap.* 9, ce qui a lieu quoiqu'on n'ait coûtume d'uſer du pacage, qu'en certains temps de l'année ou jour du mois; ſoit que l'uſage en ſoit journalier. C'eſt l'obſervation de Papon en ſes arrêts, *liv.* 14, *tit.* 1, *art.* 4, contre la diſtinction qu'en ont faite les canoniſtes, qui veulent que quand l'uſage eſt journalier, le titre puiſſe être acquis par la poſſeſſion trentenaire, ce qui n'a pourtant lieu qu'à l'égard des ſervitudes urbaines. Il eſt vrai que la ſervitude ruſtique peut être preſcrite par le laps de 30 ans, dans les circonſtances, où le propriétaire du fonds, en a ſouffert ſans contradiction, l'uſage à ſon vu & ſçu pendant l'eſpace de 30 années. La choſe fut ainſi jugée par arrêt de ce Parlement, dont fait mention Graverol ſur Larroche, *liv.* 6, *tit.* 75, *art.* 1; mais ſi la poſſeſſion ſe trouve clandeſtine, furtive ou violente, cette poſſeſſion trentenaire n'a pas lieu, *modo nec vi, nec clam, nec precaria, leg. ſi quis diuturno, ff. ſi ſervitus vindicetur.* Car pour preſcrire par ce laps de temps la ſervitude ruſtique, il faut un acquieſcement bien formel, & un ſilence bien marqué de la part du propriétaire du fonds, & dans l'une & l'autre ſervitude

ſoit ruſtique, ſoit urbaine, il faut une poſſeſſion abſolument continue pour former un titre, *tantum præſcriptum quantum poſſeſſum.* Au ſurplus l'arrêt rapporté par Graverol a dérogé à l'arrêt antérieur du premier Juin 1649, en ce que cet arrêt du premier Juin exige une poſſeſſion immémoriale pour acquerir la ſervitude ruſtique, quoiqu'on en ait uſé au vu & ſçu du proprietaire du fonds ſervant.

Les ſervitudes continues, c'eſt-à-dire, celles qui procedent, *ex naturali cauſa & in quibus factum hominis non requiritur*, ſe preſcrivent par un uſage de 30 années, paiſible & non interrompu, comme par exemple la ſervitude d'égout ſur le fonds d'autrui, *leg. Foramen ff. de ſervitus præd. urban.* il eſt ainſi des autres ſervitudes de la même eſpece, qu'on appelle urbaines. La ſervitude & l'uſage journalier qu'on fait, de paſſer par le fonds d'autrui pour aller puiſer de l'eau dans une fontaine, où y abreuver un troupeau, cette ſervitude, quoique journaliere, n'en eſt pas moins réputée diſcontinue de ſa nature & ruſtique; par la raiſon alleguée par Papon au lieu cité, *qu'il eſt impoſſible que continuellement & tout ainſi que l'eau court, le bétail demeure à la pature, & faut, outre plus pour ce faire, que l'homme y mette la main*, par ainſi la preſcription de cent ans y eſt réquiſe, *que l'on dit immémoriale, leg. hoc jure, §. ductus aquæ, ff. de aqua quotid. & æſtiva*; c'eſt là la regle, l'exception peut être priſe de l'eſpece de l'arrêt rapporté par Graverol ſur Larroche déja cité. La loi n'a point fait la diſtinction qui a ſervi de fondement à l'arrêt par Graverol.

CHAPITRE VII.

Si le commis dans les fiefs, faute de payement de la rente, a lieu en ce Parlement.

SUivant la Loi 2, *Cod. de jure emphit.* le commis a lieu en faveur du Seigneur directe, ſi les emphitéotes ſont

en

en demeure pendant deux ans à l'égard de l'égliſe, & trois ans à l'égard du Seigneur laïque, de faire le payement du cens. Il y a pluſieurs autres cas qui donnent lieu au commis en matiere civile, comme ſi dans l'an & jour le vaſſal ne ſe fait point inveſtir du fief, ou ſi après trois réquiſitions il refuſe de reconnoître ſon Seigneur, *lib.* 1. *de feud. cap. ſi quo tempore, & §.* 1, *quæ ſit prima cauſa*; mais dans la pratique de ce Royaume, on traite dans ce cas plus doucement les emphitéotes & les vaſſaux, & la peine du commis n'y a pas lieu, ni de plein droit ni par ſentence; on condamne ſimplement les emphitéotes ou les vaſſaux à faire le payement des cens aux Seigneurs, ou les reconnoiſſances telles que de droit, & juſqu'à ce la ſaiſie féodale tient; c'eſt la doctrine de *Mornac ſur la loi* 17, *ff. ad Velleian.* après Dumoulin *ad conſuetud. Pariſ. §.* 1. *Gloſſ.* 4, *num.* 23.

Le commis a lieu pour les délits du vaſſal envers ſon Seigneur féodal, comme s'il a attenté ſur la vie du Seigneur, ou qu'il lui ait fait des injures atroces, *lib.* 1, *tit.* 5, *de feud.* ou s'il ne lui a prêté ſon ſecours le pouvant faire contre la pourſuite de ſes ennemis, & autres de cette eſpece énoncés au même titre.

Dans ces cas même le vaſſal n'eſt pas privé de plein droit de ſon fief, ſi ce n'eſt en crime de leze-Majeſté; mais il doit en être dépouillé par ſentence du juge, ſuivant Dumoulin, *in conſuet. Pariſ. tit.* des fiefs, *§.* 43, *in verbo* qui dénie le fief.

Ferriere *ſur la queſt.* 171, Guip. après avoir dit que la peine du commis n'a pas lieu parmi nous à défaut de payement du cens, ou des devoirs féodaux, ajoûte qu'elle doit avoir lieu pour le dol de l'emphitéote, qui dans la vue de frauder le Seigneur directe du droit de lods, a de concert avec l'acheteur du fonds emphitéotique, dérobé au Seigneur la connoiſſance du véritable prix de l'achat, & il rapporte à ce ſujet des arrêts de ce Parlement, d'où il réſulte que non-ſeulement pour le crime du vaſſal envers ſon Seigneur féodal; mais dont le délit ou dol de l'emphitéote à l'égard du

Seigneur directe, le commis doit avoir lieu, non de plein droit, mais après une condamnation. Il y a encore un cas où le commis a lieu; c'eſt lorſque les emphitéotes ſont condamnés à reconnoître, & qu'ils le refuſent obſtinément, ſuivant *Maynard, liv. 5, chap. 35, & Larroche, des droits Seigneuriaux, ch. 19, art. 3.*

La peine de commis n'a pas lieu dans ce Parlement, par le déni de fief fait de la part de l'emphitéote, qui eſt un refus de paſſer reconnoiſſance au Seigneur directe, & de payer le cens; il en doit être autrement, ſuivant l'opinion du Commentateur de Larroche, *des droits Seign. chap. 19, art. 3*, à l'égard du féodataire, ou vaſſal, qui dénie le fief, & de reconnoître par un hommage le Seigneur de qui il le tient. La raiſon en eſt, que la fidélité & la redevance faiſant comme la ſubſtance du fief, & lui étant eſſentielles, le vaſſal eſt obligé à une plus exacte fidélité, & à un plus grand dévouement, que l'emphitéote, qui par le déni ne commet qu'une ſimple injure, au lieu que l'autre ſe rend coupable d'une eſpece de crime; mais ce déni de la part du vaſſal, ou deſaveu de rendre la foi & hommage doit être accompagné de malice & de mauvaiſe foi, pour donner lieu au commis & à la réunion du fief au profit du Seigneur. Dumoulin *in conſuet. Pariſ. tit. 1 des fiefs, §. 43, Gloſſ. 1*, in verbo, *qui dénie le fief, num. 5*; car ce déni eſt alors réputé une vraie ingratitude. Or la conceſſion de fief étant réputée pure libéralité de la part du Seigneur, elle peut être révoquée par l'ingratitude du vaſſal, ainſi qu'une donation par l'ingratitude du donataire, & par ce moyen, le juge peut ordonner la réunion du fief à la ſeigneurie. Le commis eſt de ſoi odieux depuis que les fiefs ſont devenus patrimoniaux, & dans le commerce, & qu'ils ne ſont plus perſonnels, comme dans leur origine, où celui qui en étoit inveſti, ne pouvoit méconnoître ſans ingratitude la main de laquelle il le tenoit, c'eſt pour cela même, que les arrêts rapportés par Mr. Boiſſieu, de l'uſage des fiefs, chap. 5, & 9, n'ont prononcé la réunion du fief en faveur du Seigneur, qu'après l'obſtination du vaſſal

& ſon refus de rendre foi & hommage, ſur les trois ſommations différentes à lui faites. Lommeau en ſes maximes, ch. 9, excepte de cette peine de commis le vaſſal, qui dans le deſaveu du Seigneur, a ſoûtenu tenir le fief du Roi; parce-qu'alors le vaſſal n'eſt pas réputé faire ce deſaveu par malice & mauvaiſe foi, puiſque tous les fiefs du Royaume émanent du ſouverain, comme de leur véritable ſource, & qu'on les tient de ſa main, immédiatement ou médiatement.

La réunion du fief à la ſeigneurie ſe fait donc par un deſaveu opiniâtre de prêter ſa foi & hommage; & par une ſuite de chicannes du vaſſal, qui manifeſtent ſa malice, & ſon ingratitude envers le Seigneur. Mais dans le reſſort de ce Parlement, la ſaiſie féodale n'a pas lieu, & le Seigneur de fief ne fait pas les fruits ſiens juſques à la preſtation de l'hommage, il peut ſeulement intenter action à cet égard contre le vaſſal, & pourſuivre une condamnation, par laquelle, après les ſommations & la preuve établie que celui-ci refuſe chicanneuſement la foi & hommage, le commis eſt déclaré, & le fief réuni à la ſeigneurie, *Graverol ſur Larroche, chap.* 32, *eod. art.* 1. Semblable déciſion a lieu contre le vaſſal, qui pour tromper le Seigneur & lui faire perdre un lods, déguiſe une vente ſous le nom & couleur de ferme ou d'engagement: Graverol rapporte un arrêt de ce Parlement *du* 25 *Juin* 1665, qui l'a ainſi jugé au rapport de Mr. de Papus en la cauſe de Pierre Debron contre Jean Dumas. Il y a en effet dans cette démarche un dol qui mérite cette peine, *tunc enim convicto de mendacio non eſt parcendum.* Dumoulin *loco ſupra.*

En ſecond lieu, le cas de félonie fournit un ſujet de commis du fief & de réunion à la ſeigneurie. La félonie eſt à l'égard du Seigneur, ce qu'eſt l'ingratitude à l'égard du donateur, & comme celle-ci donne lieu à la révocation de la donation, l'autre opere la réunion du fief à la ſeigneurie: la félonie eſt définie par *Cujas, ad tit.* 2, *lib.* 1, *feudor.* une fraude, malice, ou forfait de la part du vaſſal envers le Seigneur; elle ſe commet ſuivant nos interpretes, en pluſieurs

façons; & le vaſſal peut être privé de ſon fief pour les mêmes cauſes qu'un fils peut être exhérédé, ou une donation révoquée par ingratitude. Toutefois ſuivant la remarque de Graverol *loco ſupra*, on n'admet proprement aujourdhui que deux cas de félonie ; une injure atroce, ou autrement une injure conſidérable & grave ; l'injure atroce eſt celle qui ſe commet publiquement & avec ſcandale, c'eſt la définition de l'Empereur Juſtinien, *inſtit. tit. de injur.* Les circonſtances des temps & des lieux, & le procédé du vaſſal, fixent la nature de l'injure, c'eſt au juge d'en faire le diſcernement; un démenti donné au Seigneur de la part du vaſſal eſt réputé injure atroce. *Brodeau ſur Louet, lettre F, ſomm. 9, num. 2,* rapporte un arrêt du Parlement de Paris, qui priva le vaſſal de l'uſufruit de ſon fief ſa vie durant, au profit de ſon Seigneur pour lui avoir donné un démenti ; le condamna en outre a déclarer en préſence dudit Seigneur, du Sénéchal de Poitou, & du ſubſtitut du Procureur général du Roi, que témérairement & indiſcrettement il avoit démenti ſon Seigneur, le condamna en outre, à dix livres Pariſis, pour réparation envers le Seigneur. Ferriere en ſes Inſtitutes du droit François, *liv. 4, tit. des injur.* remarque ſur le paragraphe 7, que ce fut par grace que le Parlement de Paris ne jugea point par l'arrêt rapporté par Brodeau, la commiſe encourue irrévocablement par cette félonie.

Il y a des obligations reſpectives entre le Seigneur & ſon vaſſal, ſuivant la loi des fiefs; enſorte que ſi le vaſſal peut être privé du fief par la félonie, le Seigneur peut auſſi perdre le fief, & voir ſon vaſſal affranchi par ſa félonie envers ſon vaſſal & pour tous les mêmes cas, ſuivant Bacquet, traité des droits de Juſtice, chap. 11, n°. 9, *& ſic*, dit-il, *ex omnia felonia qua vaſſallus feudo privatur, Dominus proprietate feudi privatur, eſt enim mutua, reciproca, & correlativa obligatio inter Patronum, & clientem.* Il me ſemble toutefois qu'il y a quelque différence à faire entre le Seigneur & ſon vaſſal au ſujet des cas qui emportent félonie, & que l'injure qui eſt réputée atroce de la part du vaſſal à l'égard de ſon Sei-

gneur ne doit être enviſagée que comme grave de la part de celui-ci à l'égard de l'autre ; le vaſſal eſt naturellement ſubordonné, comme eſt le client à l'égard du patron, ainſi je ne croi pas, que pour un ſimple démenti que le Seigneur eût donné à ſon vaſſal, il dût être privé des redevances qui lui ſont dues, mais ſeulement condamné à une réparation de l'injure, d'une façon proportionnée aux qualités des parties ; que s'il s'agiſſoit, d'un homicide volontaire, commis par le Seigneur, des excès réels ſur la perſonne du vaſſal, d'un ſoufflet, &c. il n'y a pas de doute, que le Seigneur ne dût encourir la perte du fief indépendamment des autres peines. Telle eſt la diſpoſition des différens arrêts rendus par les différens Parlemens du Royaume. Il y a un exemple inſigne cité par Deſpeiſſes dans ſon traité des droits Seigneur. *tit.* 3, *des fiefs*, *art.* 5, & après lui par Boutaric, c'eſt celui de Clotaire I. Roi de France, qui pour avoir tué Gautier d'Yvetot Seigneur de cette terre ſon vaſſal, affranchit ſes ſucceſſeurs de l'hommage & redevance de cette terre ſituée en Normandie. Ce Roi voulut bien ſe ſoûmettre à cette loi des fiefs, & l'autoriſer par ſon exemple ; il y a apparence que par une eſpece de dédommagement & de réparation envers les deſcendans de Gautier, ce Roi ſe dépouilla en leur faveur de la propriété de cette Seigneurie ; car alors, les fiefs étoient perſonnels, & nos Rois en diſpoſoient, comme ils le font aujourdhui d'une commiſſion à vie ou à temps. Et les ſeigneuries ne ſont devenues patrimoniales que depuis le commencement de la Race capatienne.

CHAPITRE VIII.

Des acaptes & arriere-captes.

MR. Dolive, liv. 2, chap. 30, met une différence eſſentielle entre les acaptes & les arriere-captes, en ce que les acaptes ſont le droit dû par l'emphitéote au décès du

Seigneur cenſier à ſes héritiers, & les arriere-captes ſont dues aux Seigneurs par le décès de l'emphitéote, & quelquefois même par la mutation du poſſeſſeur, qui ſe fait par contrat de vente, & ce droit d'arriere-capte conſiſte au doublement de la cenſive, & pour cela même dans quelques coutumes il eſt appellé double cens, ce que Dolive répete au 6e chapitre du même livre : Larroche fait la même diſtinction, des droits Seigneuriaux, chap. 12, art. 1 ; mais Graverol *eod.* ſemble confondre ces deux droits, & n'en faire qu'une ſeule & même choſe. Toutefois ces deux mots ne paroiſſent pas ſinonimes, mais s'appliquent à deux différentes choſes, ce que Dolive prend ſoin d'éclaircir en diſtinguant l'arriere-capte de l'acapte, celle-ci produiſant le double de la rente, & ayant d'ailleurs un nom de déférence & de ſoumiſſion qui prend ſon origine & ſon fondement dans le décès du tenancier ſoumis au Seigneur, au lieu que l'acapte eſt due par le décès du Seigneur qui eſt le chef de l'emphitéoſe, le mot d'acapte ayant même ſignification que celle de captal ou de capitaine.

Il faut obſerver que ce droit d'acapte & arriere-capte, n'eſt pas dû par la ſeule nature du contrat emphitéotique ; mais ſeulement par ſtipulation expreſſe en reconnoiſſance de la ſeigneurie, *in hac patria, patre mortuo, filii tenentur emphiteuſim à Domino recognoſcere, qui licèt non ſolvant laudimia, ſolvunt tamen quædam acapita ſecundùm quod fuit conventum aut conſuetum, Benedict. in cap. Rayn. mortuo itaque teſtator.* 2, *num.* 62. Le contrat d'inféodation ou les reconnoiſſances poſtérieures peuvent éclaircir ce point controverſé, ſi ſous le nom d'acaptes les arrieres-captes ſont compriſes, parce que ſi ces deux noms y ſont confondus pour ſignifier un ſeul & même droit, il ne peut y avoir de doute. Si au contraire ces noms s'y trouvent appoſés, ſans énonciation des droits qu'ils doivent produire au Seigneur, il faut ſe régler par la diſtinction de Dolive ; car ces noms portent un caractere de différence entr'eux, & doivent être diverſement appliqués, étant de maxime que les clauſes des

contrats doivent néceſſairement produire un effet, n'étant pas réputées oiſives ; il en faut dire de même des noms inventés pour ſignifier les choſes dont on traite, & qui ſont la matiere des clauſes différentes.

Au ſurplus, Graverol au lieu cité obſerve que les arrérages qui ſe trouvent dus de ces droits peuvent être demandés depuis 29 ans, & que jamais ils ne peuvent être dus qu'une fois dans une année, pour ne pas trop ſurcharger l'emphitéote ; j'ai appris par un Conſeiller de la Cour, qu'on ſuivoit au Palais la doctrine de Mr. Dolive, & que la queſtion avoit été ainſi jugée en la premiere des Enquêtes au mois d'Avril 1725.

¶ Notre auteur prétend que ces deux mots *acaptes* & *arriere-captes* ſont ſinonimes, que le premier comprend les deux autres, comme dans les mots *lods & ventes*, celui de ventes n'ajoûte rien à celui de lods. L'auteur le déclare d'abort & contre l'opinion de Mr. Dolive, & contre celle de *Mr. Maynard*, *liv.* 4, *chap.* 45, dont la remarque confirme l'opinion de Dolive, puiſque Maynard ſoutient que les acaptes & arriere-captes ſont deux différens droits. Car après avoir dit que le lods eſt dû au Seigneur par la mutation de l'emphitéote, en cas de vente, par l'acquereur du fonds ; il ajoûte qu'il y a pluſieurs titres qui, outre & par-deſſus les lods, adjugent au Seigneur directe d'autres droits, *pro acaptibus vero duodecim denarios turonenſes*, ou autre ſomme, bien que petite, dit-il, *pro retrocaptibus totidem.* D'où il faut conclure qu'autre choſe eſt l'acapte, autre choſe l'arriere-capte ; puiſque pour l'acapte le titre, ſuivant Maynard, la fixoit à 12 deniers tournois, & à une autre plus modique ſomme l'arriere-capte. Pour ce qui concerne le terme de lods & ventes il eſt ſinonime, & ne peut ſignifier ici, qu'une même choſe, & un acte indiviſible, par la raiſon, que le terme de lods eſt lié avec celui de ventes, & n'en eſt point ſéparé, les lods étant dus à raiſon de la vente, & pour l'inveſtiture. *Laudi vocabulum in feudi inveſtitura priſcis gallis uſitatum*, dit Maynard après Chopin ; il n'en eſt pas ainſi du mot d'acaptes,

& arriere-captes, puiſqu'ils ſignifient deux différens droits, quand l'obligation en eſt ſtipulée ſous ce nom, à moins que dans le fait, ou le payement, ils ne ſoient confondus par les reconnoiſſances, ou par l'acte d'inféodation.

CHAPITRE IX.

Si le retrait féodal a lieu dans le gardiage, & dans la Viguerie de Toulouſe.

LE droit de prélation n'a pas lieu ſuivant la coûtume de Toulouſe, & les Seigneurs directes n'en peuvent uſer dans toute l'étendue de la ville & Viguerie, ſelon la remarque de Graverol ſur Larroche, des droits Seigneuriaux, chap. 13, art. 17, toutefois les gens de main-morte ſont exceptés de cette regle, puiſqu'ils peuvent dans le cas de néceſſité, & pour aggrandir leur clôture, uſer de ce droit de prélation, à raiſon des ventes qui ſont faites du fonds ou maiſons dépendans de leur directe, ainſi jugé en faveur des Dames Religieuſes de Sainte Catherine de Toulouſe, au rapport de Monſieur Darbou en la deuxieme des Enquêtes l'année 1716.

Cet arrêt eſt conforme à celui dont fait mention Larroche, chap. 13, art. 2, des droits Seign.

La coûtume donnant au Seigneur directe l'excluſion pour ce droit de prélation, l'emphitéote ne peut être aſſujetti que par une convention expreſſe du bail emphitéotique, contenant dérogation à la coûtume; car de même qu'on peut s'aſſujettir expreſſément à la loi établie par une coutume, par le contrat qu'on paſſe dans un pays régi par d'autres loix; on peut auſſi dans le pays de coutume y déroger.

Ce qui a été décidé en faveur de ces Religieuſes doit avoir lieu pour les colleges, & pour les corps ſéculiers ou eccléſiaſtiques, parce qu'ils ſont tous gens de main-morte, & que la même raiſon eſt pour eux dans les cas de néceſſité, &

où

où il s'agit de l'aggrandiſſement des maiſons ou conſtruction des égliſes.

¶ Le retrait féodal compete de droit commun au Seigneur de qui ſe meut le fief mis en vente ; & pour les biens nobles qui en dépendent, à moins qu'il n'y ait loi ou coutume contraire du pays où le fief eſt ſitué, *Benedictus, in caput Raynut. in verbo Et uxorem, deciſ.* 15, *num.* 296, *Maynard, liv.* 4, *chap.* 34, dit que le *retrait féodal de ſa nature eſt toujours entendu & ſuppléé pour les fiefs nobles, au titre primordial d'iceux.* Enſorte que quand ce droit n'auroit pas été ſtipulé dans le bail à fief, il n'en ſeroit pas moins dû, à la différence des biens roturiers ſujets à rente ou cenſive, pour leſquels le retrait cenſuel n'a pas lieu, s'il n'a été ſtipulé par le bail d'emphitéoſe, ou que le retrait ne ſoit établi par ſtatut ou coutume des lieux ; c'eſt la remarque de Maynard, *eod.*

Par coutume générale de France, le Roi ni l'égliſe ne peuvent uſer du droit de prélation, & du retrait féodal, mais les acquereurs laïques du domaine du Roi peuvent en uſer ainſi que les acquereurs du temporel de l'égliſe. Lebret en ſes *déciſ. forenſ. part.* 2, *liv.* 2, *chap.* 14, Larroche, *du droit de prélation, art.* 4. Il y a pluſieurs cas exceptés de la regle qui excluent le Roi & l'égliſe du retrait féodal ou cenſuel, qui ſont détaillés par les auteurs, mais qui ſe réduiſent préciſément au cas de l'intérêt de la Couronne & de l'état quant au Roi ; & à l'égard de l'égliſe, à celui d'une néceſſité indiſpenſable, comme quand il s'agit de s'affranchir de quelque ſervitude, ou de concourir à la conſtruction de quelque égliſe ou édifice, ou de la ſureté des enclos & jardins que l'égliſe poſſede, à quoi l'on peut parvenir par le retrait féodal du fonds, s'il s'agit encore de la réunion des biens qu'on juſtifie être originairement partis de l'égliſe, & lui avoir appartenu ou par la fondation, ou par dotation. Leſtang, en ſes arrêts, chap. 7. *in fine.*

Il eſt de l'intérêt de l'état que le Roi & l'égliſe ne puiſſent uſer de retrait féodal ou cenſuel, parce que le Roi ou l'égliſe ſe rendroient par cette voie, maîtres de tous les fiefs de leur

mouvance & des fonds cenſuels de leur ſeigneurie directe, ce qui en arrêteroit tout le commerce & la circulation qui s'en fait en la main des particuliers, d'où l'état retire de grands avantages; & c'eſt ce qui a donné lieu à la diſpoſition de l'article 25 de l'édit de 1749 concernant la main-morte, conçu en ces termes : *Les gens de main-morte ne pourront exercer à l'avenir aucune action en retrait féodal ou ſeigneurial, à peine de nullité; à l'effet de quoi nous avons dérogé & dérogeons à toutes loix, coutumes ou uſages qui pourroient être à ce contraires, ſauf auxdits gens de main-morte à ſe faire payer les droits qui leur ſeront dus, ſuivant les loix, coutumes ou uſages des lieux.* L'égliſe eſt non-ſeulement compriſe dans cette diſpoſition, mais tous les corps & communautés que Bacquet a rangés parmi ce qu'on appelle *gens de main-morte*: j'ai fait mention dans un précédent chapitre des différentes claſſes dont parle cet auteur.

CHAPITRE X.

Dans quel temps doit être demandé le droit de prélation.
Si la reception de la rente, ou des lods, ou de l'acceptation de la reconnoiſſance empêchent la prélation.

SUivant la doctrine de Mr. de Cambolas, liv. 1, chap. 15, & celle de Maynard & de Ferriere qu'il cite pour garants de la ſienne, le délai d'une année accordé au Seigneur directe pour exercer le droit de prélation, ne court que du jour de la notification qui lui a été faite de la vente, *ſcriptis & inſtrumento*; mais c'eſt une queſtion ſi cette notification peut être faite par équipollent, & ſi la connoiſſance que le Seigneur peut avoir de la vente par la production qu'il a lui-même faite du contrat de vente dans le procès par lui intenté en payement du lods du fonds vendu, lui eſt un obſtacle à la demande en retrait féodal du même fonds; c'eſt l'eſpece d'un arrêt qui fut rendu en la deuxieme chambre

des Enquêtes le 5 Juin 1720, au profit du ſieur Benoît, Seigneur directe, contre ſon emphitéote, après partage vuidé en la troiſieme chambre des Enquêtes, rapporteur Mr. de Reſſeguier, M. Lacarri compartiteur; il fut jugé par cet arrêt que cette connoiſſance n'étoit pas ſuffiſante, & qu'il auroit fallu pour exclure le Seigneur directe du droit de prélation, que l'acquereur du fonds lui eût non-ſeulement notifié la vente par exploit, mais encore demandé l'inveſtiture; la troiſieme chambre des Enquêtes l'avoit ainſi jugé le 21 Août 1711, dans la cauſe de Bartas du lieu de Milhau.

La raiſon de décider fut priſe, de ce qu'en cette matiere les équipollens ne ſuffiſent point; le droit de prélation étant favorable, il ne parut pas juſte que le Seigneur pût en être privé dans un moindre eſpace que celui de 30 ans, dès qu'il n'y a point de notification de vente, *ſcriptis & inſtrumento*, & de réquiſition d'inveſtiture de la part du nouvel emphitéote.

Ce qui, ſelon moi, pouvoit faire de difficulté dans l'eſpece de cet arrêt, & fournir à l'emphitéote une fin de non-recevoir contre la demande du Seigneur, étoit ſa demande contraire du lods excluſive de l'autre, par où il ſembloit avoir expreſſément renoncé au droit de prélation, & avoir offert l'inveſtiture au nouvel emphitéote.

L'an & jour depuis la dénonce faite au Seigneur eſt un terme fatal, au-delà duquel il ne peut plus exercer le retrait ou droit de prélation, ni être reſtitué envers le laps du temps, ſous prétexte de minorité ou d'abſence, *Reipublicæ cauſa*, ſuivant les arrêts rapportés par Brodeau ſur Louet, lettre R, ſomm. 7.

¶ L'arrêt du 5 Juin 1722, rendu en la deuxieme des Enquêtes, & celui du 21 Août 1711 que j'ai rapportés ſur ce chapitre, exigent, outre la notification de la vente, qu'il y ait ſommation expreſſe de la part de l'acquereur pour obtenir l'inveſtiture; en quoi ces arrêts ont enchéri ſur les anciens, rapportés ici par l'auteur, des 13 Decembre 1655, & 18 Août 1667, il faut, ſuivant ces derniers arrêts que j'ai déjà

rapportés, que la notification de la vente ſoit ſpécifique; c'eſt-à-dire, connue au Seigneur par la ſignification ou communication du contrat & que l'interpellation au ſujet de l'inveſtiture concoure, ſans cela, la demande du lods peut être faite pendant 30 ans; c'eſt la déciſion de M. *de Larroche*, *des droits Seign. chap.* 13, *art.* 13 : je croi même qu'il faut que le procureur fondé du Seigneur, pour régir les droits ſeigneuriaux, ait un pouvoir ſpécial pour recevoir les lods, de quelque nature que ſoient les ventes, à raiſon deſquelles ils peuvent être dus, ſans quoi le Seigneur n'eſt pas cenſé s'être départi du droit de prélation par la reception du lods faite par ſon Procureur général *ad negotia*; c'eſt la doctrine *de Dumoulin*, *in conſuet. Pariſ. tit.* 1 *des fiefs*, *§.* 21, *Gloſſ.* 1, *in verbo*, a reçu, *num.* 9; où il dit qu'une procuration générale, faite pour l'exaction des droits de lods, ne tombe point ſur le droit de prélation, qui eſt un droit certain & liquide, auquel le procureur ne peut porter atteinte par la reception des lods ou compoſition qu'il a faite à cet égard, s'il n'a mandat ſpécial; c'eſt encore la doctrine *de Ferr. ſur la queſt.* 173. *Guip.* La reception de la rente faite par le Seigneur des mains du nouvel acquereur, n'entraîne point avec ſoi inveſtiture du fief, par la raiſon que la cenſive eſt due, ſuivant Dumoulin, par toute eſpece de poſſeſſeur, juſte ou injuſte, habile ou inhabile. Mais ſi le Seigneur avoit ſigné comme témoin le contrat de vente du fonds, pourroit-on lui oppoſer la connoiſſance qu'il en a eue pour l'exclure du droit de prélation avant l'an & jour? Non ſans doute; parce qu'il faut que le Seigneur ait une connoiſſance légale de la vente; c'eſt-à-dire, par exhibition & ſignification du contrat, aux fins de donner l'inveſtiture à l'acquereur avec ſommation aux mêmes fins; après quoi il doit dans l'an & jour exercer le droit de prélation par action en juſtice, faute de quoi, il en demeure déchu, & doit recevoir le droit de lods. Le payement du lods fait au fermier de la terre, n'empêche pas le Seigneur du droit de prélation; il eſt ſeulement tenu d'indemniſer le fermier, ſi tous les émolumens & droits de la directe lui

ont été cédés par le contrat de ferme, *Ferr. ſur la queſt.* 477. *Guip.* il en faut dire de même de l'uſufruitier.

C'eſt une queſtion controverſée, ſi le Seigneur préjudicie à ſon droit de prélation, quand il a conſenti à la vente dans le contrat même, avant, ou après. *Petr. Gregor. in ſyntagm. lib.* 6, *cap.* 16, le prétend ainſi. Dumoulin, *des fiefs*, §. 20. *Gloſſ.* 11, *num.* 5, exige un conſentement exprès, & une renonciation littérale au droit de prélation; c'eſt encore l'opinion de Ferron, ſur la coutume de Bordeaux, *liv.* 2, *tit. des fiefs* 8, §. 15. Dumoulin qui agite la queſtion dans ſon excellent traité des fiefs, §. 9, *Gloſſ.* 1, *in verbo*, *le Seigneur féodal*, *num.* 8, dit que c'eſt encore l'opinion de *Boër. in conſuet. Bitur. tit. de cenſ. re feud.* §. 1. *Gloſſa unica*, & Dumoulin ſoutient en theſe que le conſentement exprès du Seigneur dans le contrat de vente ne l'exclut point de la demande en prélation, à moins qu'il n'y ait dans l'acte, une clauſe répugnante ou dérogeante au retrait, comme ſi le fonds eſt vendu franc & allodial, ou ſi le vendeur affirme que ce même fonds n'eſt point aſſujetti au droit de prélation, *ſi venditio contineat clauſulam vel qualitatem repugnantem vel derogantem retractui feudali. Puta ſi vendatur res tanquam allaudialis, vel ſi venditor affirmet quod res non ſubeſt huic retractui, vel ſe obliget curaturum ut non retrahatur.*

Ce langage montre bien ſenſiblement la faveur du retrait féodal & cenſuel; puiſqu'il faut quelque choſe d'exprès pour en exclure le Seigneur, & cette opinion mérite d'être ſuivie dans la pratique; car elle eſt fondée ſur les véritables maximes reçues en cette matiere; qui ſont que le droit de prélation eſt une condition tacite du bail à fief, inhérente au bail même. En ſorte que pour en exclure le Seigneur, il faut une renonciation expreſſe de ſa part, ou quelque choſe d'équipollent, *cum enim*, ajoûte Dumoulin, *num.* 9, *cod. actus venditionis non tendit in aliquod præjudicium jurium Patroni, conſenſus ad ſimplicem actum venditionis relatus non poteſt ultra extendi, ad remiſſionem alicujus juris Patroni, de quo non agebatur.* Au ſurplus, la notification de la vente, avec

ſommation d'inveſtiture, peuvent être faites au tuteur pour faire courir l'an & jour, & le pupille, ou le mineur même n'eſt pas reſtituable contre le laps du temps, ſauf leur recours contre le tuteur ou curateur pour leurs dommages & intérêts, *ideo tempore elapſo, remanebit Dominus ex cauſa hujus venditionis, perpetuo excluſus, à retractu ſine ſpe reſtitutionis in integrum, ſed contra tutorem vel curatorem agere poterit ad intereſſe, eod. §* 20. *Gloſſ.* 11, *in verbo*, notifié, *n°.* 11.

CHAPITRE XI.

Diverſes queſtions ſur le retrait féodal & lignager.

LE retrait féodal eſt inhérent au contrat d'inféodation & de conceſſion du fief comme une ſtipulation tacite, ſous laquelle l'inveſtiture s'en eſt faite de la part du Seigneur dominant; & voilà pourquoi Dumoulin, *tit.* 1 *des fiefs, §.* 20, *num.* 2, *in verbo*, le Seigneur féodal, obſerve que ce retrait féodal n'eſt pas purement légal, mais tacite conventionnel, *circa retractum iſtum feodalem, adverte quod non eſt mere legalis, quia tacitè in eſt infeudationis & inveſtituræ quæ cenſetur celebrata & conventa ſecundùm conſuetudinem loci, & naturam actus, & ſic iſtud jus retractus eſt partim, etiam propriè conventionale, tanquam inexiſtens ipſi infeudationi, ex pacto feudi contracto inter Dominum concedentem & clientem recipientem, & ita tacite contractum eſt inter eos ab initio.*

Le Seigneur dominant eſt autoriſé dans ſa demande en retrait dans l'aliénation qui eſt faite du fief, par cette raiſon que les fiefs étant devenus patrimoniaux & aliénables, il ſeroit obligé malgré lui de donner l'inveſtiture à l'acquereur, ſi par le ſecours du retrait, il ne pouvoit rappeller le fief en ſa main. C'eſt une queſtion agitée par Dumoulin, *loco ſupra, num* 2, & ſuivans, ſi le retrait féodal peut être cédé par le Seigneur dominant, ou ſi au contraire il lui eſt perſonnel

comme l'eſt le retrait lignager au retrayant; ce docteur, après avoir obſervé que cette queſtion eſt très-douteuſe, ramene les différentes raiſons de douter, ſe détermine à conclure que ce retrait féodal ne peut être cédé non plus que le retrait lignager.

Il eſt conſtant en maxime, que le Seigneur féodal eſt préférable dans le retrait du fonds au lignager, parce que le droit de ce retrait ayant ſon fondement dans l'inveſtiture primitive du fief, fait partie du contrat, & en eſt une des conditions; mais ſi les lignagers du vaſſal ſe trouvent appellés au fief, comme deſcendans de la même tige, le fief étant aliéné *extra familiam*, ils peuvent le rappeller, & ils ſont préférables au Seigneur dominant dans le retrait, ſuivant la proximité du dégré de leur parenté avec le vendeur, ſelon le même Dumoulin, *loco ſupra*, §. 22, *num.* 3.

A l'égard du retrait lignager il faut d'abord obſerver que ce droit, comme abrogé par la loi romaine, *leg. dudum*, *Cod. de contrah. empt. & vendit.* n'a pas lieu regulierement dans ce reſſort, qui ſe régit ſcrupuleuſement par le droit romain, à la réſerve de la Gaſcogne & du Querci, & autres lieux, où il ſe trouve introduit par coutume, à la différence du retrait féodal, qui a toujours été reçu indiſtinctement dans le pays du droit écrit, à cauſe de l'antiquité de l'origine des fiefs répandus dans toutes les provinces du Royaume, ſuivant l'obſervation de Mornac ſur la loi *dudum*, *Cod. de contrah. empt. & vendit.*

Ce retrait lignager comme local & de coutume, eſt réputé *ſtricti juris*, & c'eſt pour cela même que le retrayant eſt aſſujetti rigoureuſement à toutes les formalités preſcrites; & que la moindre omiſſion le fait déchoir de ſon droit, ſuivant la doctrine de Brodeau ſur Louet, *lettre R*, *ſomm.* 5, *num.* 19.

A l'égard du prix de la vente, il faut que le lignager l'ait entierement conſigné devers le Greffe avant l'an & jour du retrait expiré, ſelon *Mornac*, *eod. num.* 14, qui rapporte un arrêt du Parlement de Paris, du 14 Août 1568, qui dé-

clara les retrayans déchus du retrait pour n'avoir point ainſi fait cette conſignation, *omni actione gentilia excidunt, niſi intra annum deponatur apud acta integrum rei venditæ pretium.*

Il faut même que la conſignation ait été précédée, non d'une ſimple offre conſignée dans un exploit, mais à deniers découverts, ſuivant l'arrêt de ce Parlement, rapporté par *Mr. Cambolas, liv. 2, chap. 17*, il faut encore que l'offre ſoit de l'entiere ſomme de même que la conſignation, & le retrayant ne ſeroit pas reçu dans la ſuite à y ſuppléer par une offre en jugement, (quoi que diſe Albert, *lettre R, verbo Retrait, art. 2.*) ſur le fondement d'un arrêt qu'il cite ; car le retrait étant réputé odieux, ſelon le langage de Cambolas, *loco ſupra*, le retrayant ne mérite point de faveur, & il eſt aſſujetti à remplir & dans l'offre & dans la conſignation qui lui eſt rélative, l'entier prix, ſelon les regles preſcrites en matiere de conſignation & de dépôts, *lege obſignatione Cod. de ſolut.*

L'arrêt qui a décidé que le Coſſeigneur par indivis peut, avec la ceſſion du Coſſeigneur, retirer l'entier fonds vendu, eſt juridique, par la raiſon que la mouvance du fief, étant indiviſe, appartient à chacun des Seigneurs *in ſolidum*, de même que l'héritage à deux cohéritiers ; & que la diviſion ne ſe fait que par concours, comme dit la loi *Concurſu fiunt partes.* Or ce droit peut être conſéquemment exercé par un des Coſſeigneurs, quoique par la juriſprudence de ce Parlement il ne ſoit pas ceſſible, parce que la ceſſion qui s'en fait au Coſſeigneur ne donne point atteinte à cette maxime, en ce que cette ceſſion tombe ſur la tête de celui qui n'eſt réputé qu'une ſeule & même perſonne avec le cédant par la loi de l'indivis qui les lie & les unit enſemble.

A l'égard de l'aſſignation en retrait donnée dans l'an & jour, quoique les délais n'en ſoient échus qu'après l'an, je croi qu'elle doit produire ſon effet ordinaire, qui eſt d'empêcher le laps du temps fixé pour le retrait ; de même que la ſeule citation interrompt le cours de la preſcription des

autres

autres actions, ce qui fut le motif des arrêts rapportés par *Louet, lett. A, ſomm.* 10, dans l'eſpece du retrait lignager, n'y ayant pas de raiſon concluante pour l'opinion contraire, du moins pour les lieux où il n'y a point de coutume qui en diſpoſe autrement, ſelon l'obſervation de Brodeau au même lieu, & l'arrêt qu'il y rapporte.

Par arrêt du 2 Août 1730, rendu au rapport de Mr. de Pujol en la troiſieme chambre des Enquêtes, il a été jugé que quand l'acheteur du fonds ſujet au retrait lignager eſt de la parenté du vendeur, il n'y a pas lieu au retrait lignager demandé par un plus proche parent que lui, & que le retrait n'eſt jamais ouvert quand c'eſt un lignager qui a fait l'achat; cette queſtion fut jugée en theſe en faveur de Jean Malacaſe, contre Antoine & Jean Durande freres.

La raiſon déterminante de l'arrêt fut que le retrait lignager n'ayant d'autre objet dans ſon origine que de conſerver les biens dans la parenté, & d'en empêcher l'aliénation *extra familiam*, il ſuffiſoit, pour exclure le plus proche de ſa demande, & pour déclarer que le retrait n'étoit point ouvert, que l'acheteur ſe trouvât *de ſtirpe aut de cognatione.*

La queſtion a été ainſi jugée en la coutume d'Anjou, par arrêt du Parlement de Paris, en date du 28 Février 1656, rapporté dans *Soefve, tom.* 1, *centur.* 1, *chap.* 12.

C'eſt encore la diſpoſition de l'art. 129 de la coutume de Paris, qui en cette matiere, eſt la loi commune du Royaume qu'il faut ſuivre, s'il n'y a point de coutume locale contraire.

Le retrayant doit rembourſer le prix, fraix & loyaux-coûts de la vente dans le délai qui lui eſt préfigé par le jugement qui le reçoit au retrait, autrement il en demeure déchu, & n'eſt pas reçu à purger ſa demeure après le délai expiré, ainſi jugé au rapport de Mr. de Maran le 11 Mai 1726, contre la nommée Jeanne Dedays, en faveur de Jean Deſcaſaux; le motif de cet arrêt eſt ſenſible, il eſt pris de ce que le retrait étant réputé odieux, ſuivant le droit écrit, le retrayant ne mérite point de grace, & que tout doit ſe

traiter à la rigueur, non-ſeulement dans la demande en retrait, mais dans l'exécution du jugement qui l'adjuge.

CHAPITRE XII.

Autres queſtions ſur le retrait lignager.

L'An & jour fixé pour exercer le retrait eſt de rigueur, en ſorte que ce délai court contre ceux qui ignorent la vente & les abſens, *annus currit contra abſentes & ignorantes*, dit Mornac ſur la loi *Dudum* 14, *Cod. de contrah. empt. num.* 8; il court contre les mineurs ſuivant l'arrêt rapporté par Mr. Cambolas, *liv.* 2, *chap.* 17, ſans eſpoir de reſtitution, & généralement contre les privilégiés de droit; la raiſon en eſt ſenſible, le retrait lignager eſt réputé odieux, en ce qu'il porte obſtacle à la liberté du commerce des ventes & achats, qu'il eſt de l'intérêt public de favoriſer & de ſoûtenir.

Sur quoi il faut obſerver que ſi *Dumoulin*, *in conſuetud. Pariſ. tit. des fief*, §. 1. *Gloſſ. in verbo*, le Seigneur féodal, *num.* 30, ſemble exiger la notoriété du fait de la vente, pour que le délai de l'an & jour coure utilement contre le retrayant, cela ne peut être entendu que pour les lieux où la coutume requiert cette notoriété; c'eſt dans ce même ſens qu'il faut encore entendre la doctrine de *Paſtor. in tract. jur. feud. lib.* 6, *tit.* 2, lorſqu'il donne pour maxime que le délai de l'an & jour du retrait ne court contre le retrayant que *à die notitiæ*, à défaut de ſignification du contrat de vente.

La repréſentation n'a pas lieu en matiere de retrait lignager, comme dans les ſucceſſions *ab inteſtat*, par deux raiſons. 1°. Parce que dans ce retrait les lignagers ſont appellés ſelon la proximité du degré, & que le plus proche exclud le plus éloigné. 2°. Parce que ce retrait étant de pure coutume, il en faut ſuivre la diſpoſition littérale, ſuivant la maxi-

me reçue au Palais, dont fait mention *Louet, lettre A, ſomm. 9, num. 1*, par laquelle *verba in ſtatutis in propria ſignificatione ſunt recipienda.* Or la coutume n'appellant au retrait que le plus proche, le neveu ne peut venir en concours avec l'oncle du chef de ſon pere prédécédé, & par repréſentation.

Mr. Cambolas, liv. 2, chap. 17, rapporte un arrêt de la Cour, contraire à celui du 18 Juin 1667, dont fait mention notre auteur; cet arrêt en date du 24 Août 1648, declara que le fils ne pouvoit, pendant la vie du pere qui avoit fait la vente du fonds ſujet au retrait lignager, uſer de ce droit.

Je croi que la déciſion de l'arrêt rapporté dans ce chapitre doit prévaloir, par la raiſon que le retrait lignager ſe regle par des loix particulieres de coutume, qui n'ont rien de commun avec les diſpoſitions du droit romain, ſelon leſquelles le fils non émancipé ne pouvoit révoquer régulierement les aliénations faites de ſes biens maternels pendant la vie du pere qui en a l'uſufruit & qui en a fait l'aliénation; & c'eſt ce qui a fait dire à *Fachin. controverſ. lib. 12, cap. 58, hanc ideò ego amplector ſententiam magis communem quæ negat filium, vivente patre, in cujus poteſtate eſt, bona alienata à patre vindicare poſſe*; mais cela ne peut être appliqué aux biens aliénés, qui ſe trouvent ſujets au retrait lignager, parce que la loi du retrait qui eſt *ſtricti juris* ne diſtingue point là-deſſus, & qu'elle admet indiſtinctement le plus proche lignager à faire le retrait en cas d'aliénation, l'aſſujettiſſant à former ſa demande dans l'an & jour, ce qui prouve ſenſiblement que le fils n'eſt point obligé d'attendre le décès de ſon pere pour intenter ſon action, le délai de l'an & jour étant le terme fatal preſcrit pour la coutume, contre toute ſorte de retrayans, ainſi qu'il a été dit.

Il faut obſerver que l'an & jour fixé pour l'exercice du retrait lignager ne court que *à die detectæ fraudis*, cette queſtion fut ainſi jugée le 16 Mai 1725, en la troiſieme chambre des Enquêtes au rapport de Mr. de St. Laurens,

entre Fargal & Gayran dans l'eſpece ſuivante : Gayran avoit acquis un fonds de terre à titre d'échange ; Fargal ayant découvert que c'étoit là un véritable contrat de vente déguiſé ſous le nom d'échange, juſtifia la choſe par pluſieurs circonſtances qui accompagnoient ce contrat ; il demanda le retrait du fonds, Gayran oppoſa des fins de non-recevoir, priſes de ce que la demande en retrait n'avoit point été formée dans l'an & jour ; il fut rendu ſentence entre ces parties qui accueuillit la demande en retrait, ſans avoir égard aux fins de non-recevoir oppoſées par Gayran, qui en ayant relevé appel, en fut démis avec amende & dépens, la ſentence ayant été confirmée par cet arrêt.

C'eſt une maxime conſtante que la preſcription annale, ni même celle de dix ans, ne court point contre celui qui ignore ſon droit, *non poſſe eum uſu capere longo tempore qui titulum habet idoneum, ad uſucapionem ſi ignoret ſe eum habere, Authores ſunt Baldus, & Salicet in lege* 1, *Cod. per quas perſonas nobis acquirit.* dit Fachin, *controverſ. juris, lib.* 8, *cap.* 31 ; cette doctrine peut trouver ſon fondement dans la loi 6, *Cod. qui militare poſſunt*, ce qui a lieu en matiere bénéficiale, le délai de préſenter ou de conférer, ne courant que *à die notitiæ obtûs :* or l'ignorance eſt toujours préſumée, ſelon que l'obſerve *Rebuff. in praxi. tit. de devolut. num.* 12. ce qui oblige le défendeur à la demande de faire preuve du contraire ; il n'y a que la preſcription de trente ans qui couvre tout, & qui court contre celui qui ignore, *leg. Sicut Cod. de præſcr.* 30 *vel* 40 *ann.*

On peut ici obſerver après Mr. Maynard, liv. 2, chap. 83, num. 2, que le retrait teſtamentaire, c'eſt-à-dire, celui que le teſtateur a donné à quelqu'un de ſes deſcendans, & aux ſiens, à raiſon d'un certain fonds, eſt préférable au retrait féodal & lignager, par la raiſon que *proviſio hominis facit ceſſare proviſionem legis, leg. final Cod. de pact. convent.*

CHAPITRE XIII.

Si le Seigneur eſt évincé du fonds qu'il a pris par retrait féodal. Contre qui eſt-ce qu'il peut avoir ſa garantie.

LE retrait féodal ne ſubroge point le Seigneur à la place de l'acheteur, mais fait ſeulement une conſolidation du fief; en ſorte que le Seigneur n'entre point en la place de l'acheteur, & ne peut conſéquemment prétendre de garantie contre lui ; *Dumoulin in conſuet. Pariſ. tit.* des fiefs, §. 20, *in verbo* vendu, *num.* 33, s'explique en des termes qui paroiſſent déciſifs de la queſtion, *conſuetudo autem feodalis magis reſciſſoria quam tranſlatoria ; non enim propriè ſubrogat patronum ad contractum ut admittatur ad emendum loco primi emptoris, ſed permittit patrono rem retinere & conſolidare, directo ſuo Domino, & ſic venditio non transfertur, ſed diſtrahitur & reſcinditur, nec transfunditur jus emptoris in patronum, ſed patronus ad antiquum & primitivum jus ſuum revertitur* ; ſelon cette doctrine le Seigneur n'a point de garantie à prétendre même contre le vendeur, parce qu'il n'acquiert point le fief par vente ni par aucun contrat qui puiſſe aſſujettir le vendeur à aucuns dommages & intérêts, *evictionis nomine*, ſuivant la loi *Evicta*, *ff. de evict.* puiſque le Seigneur ne traite point ni avec l'acheteur ni avec le vendeur, & qu'il prend le fonds par domination féodale, en vertu de laquelle la vente ſe réſout de plein droit, & demeure comme non-avenue ; de ſorte que le Seigneur prend ſur ſoi tous les riſques de l'éviction en demandant le retrait féodal, le vendeur n'en étant point tenu par aucun pacte, ſoit exprès, ſoit tacite, *ex hoc contractu nulla debetur evictio, nec generalis cautio evictionis ad hoc extenditur*, dit Dumoulin, *locò ſuprà*, §. 20, *verbo* le Seigneur féodal.

A l'égard du retrait lignager, le retrayant a toutes les actions de garantie contre le vendeur, qui pouvoient com-

péter à l'acheteur, par la raiſon que ce retrait *eſt tranſlatorius*, ce qui fait que le retrayant eſt ſubrogé aux droits & actions de l'acheteur; mais le vendeur ne doit aucune garantie à l'acheteur du fonds, à raiſon de l'éviction qui eſt faite par le retrayant, quand même il l'auroit promiſe expreſſément, parce que le fonds eſt évincé par l'autorité de la loi du retrait, c'eſt la doctrine de *Mornac* ſur la loi *Dudum*, *Cod. de contrah. empt. num.* 21 : *venditor*, dit-il, *non tenetur ex Senatus conſultis gallicis de evictione ob rem evictam à conſanguineo ſuo, & ſi expreſſim in hunc caſum retractus de evictione promiſerit.*

Suivant les arrêts rapportés par Brodeau ſur Louet, lettre R, ſomm. 51, & par Maynard, liv. 7, chap. 51, l'action en retrait, ſoit lignager ou féodal, doit être intentée devant le juge du domicile du défendeur, & non du lieu où les fonds ſont ſitués, & en retrait féodal il faut aller *récta* devant le Sénéchal.

On a jugé le contraire en matiere de retrait lignager, & qu'il faut ſe pourvoir devant le juge du lieu où les biens ſont ſitués par arrêt d'audience de la grand'chambre du 11 Mai 1723, plaidant Me. Boubée, ce qui eſt fondé ſur l'opinion de Mornac ſur la loi *Dudum*, *Cod. de contrah. empt.* & de *Bardet*, *tom.* 2, *liv.* 2, *chap.* 6, & ſur cette raiſon que l'action tient plus de la réalité que de la perſonalité.

Selon *Ferr. in quæſt.* 257, *Guip.* on a le choix d'intenter l'action ou devant le juge du lieu où les fonds ſont ſitués, ou devant celui du domicile du défendeur.

CHAPITRE XIV.

Si le retrayant eſt tenu retraire toutes les choſes vendues par un même contrat.

Si le retrayant eſt tenu rembourſer la directité ou l'adjudication des ſommes à lui dues par le diſcuté, au-delà du prix du decret.

CE que l'auteur avance, que le lignager eſt tenu de retraire tout ce qui eſt compris dans le contrat de vente, doit être entendu, lorſque la vente a été faite *unico pretio*; mais s'il y a diverſité de prix aux choſes vendues par un ſeul & même contrat, il eſt au pouvoir du lignager d'en prendre une partie ſeulement, parce qu'alors *tot videntur eſſe ſtipulationes quot ſummæ, leg. ſciendum, ff. de verbor. obligat.* c'eſt la doctrine de Mornac ſur la loi *Dudum* 14, *Cod. de contrah. empt. & vendit. num.* 11, & de Chopin, *de morib. Pariſ. lib.* 2, *tit.* 6, *num.* 13, de quoi le même Chopin, *in conſuet. And. lib.* 10, *cap.* 4, *n°.* 4, rapporte un arrêt du Parlement de Paris, du 10 Janvier 1577. Toutefois Loiſeau, du déguerpiſſement, liv. 5, chap. 2, num. 21, eſt d'avis contraire, ſur le fondement, que quoique les choſes vendues ſoient d'un prix différent, il ſuffit qu'il n'y ait qu'un ſeul & même contrat de vente pour que le contrat doive ſe faire du total, le contrat ne pouvant être ſcindé & diviſé contre la volonté de l'acheteur qui vraiſſemblablement n'auroit point acheté une choſe ſans l'autre.

Pour ce qui concerne le Seigneur, il eſt certain en maxime qu'il n'eſt tenu de retraire que les fonds qui ſont de ſa mouvance, quand même la choſe auroit été vendue *unico pretio* & en corps, comme une métairie, ſous prétexte que l'acheteur *aliter non eſſet empturus*; c'eſt la doctrine de Ferr. ſur la *quæſt.* 411 *Guip.* en quoi le retrait féodal eſt plus favorable que le lignager; mais c'eſt une queſtion ſi la mé-

tairie vendue *unico pretio*, étant de la directe de deux Seigneurs par indivis, l'un peut uſer du droit de prélation *pro parte*, & l'autre recevoir les lods *pro alia* malgré l'acheteur; Ferr. *loco ſupra*, réſout que non, & que l'acheteur peut contraindre le retrayant à faire le retrait pour le total, ou à recevoir les lods du total, par la raiſon que le titre de la ſeigneurie directe étant indiviſible, les deux Coſſeigneurs ne ſont réputés qu'une ſeule & même perſonne.

Le Coſſeigneur qui aura fait le retrait du total, ſera obligé de payer à l'autre les lods & ventes de la portion qui le compete, & dont il avoit formé demande à l'acquereur du fonds, & tous les droits ſeigneuriaux de cette même portion; c'eſt la déciſion *de Paſtor*, *in tract. jur. feud. lib.* 6, *tit.* 7, & d'un arrêt de l'année 1554 qu'il rapporte.

Sur la queſtion, ſi dans un décret chaque enchere ſéparée fait un contrat de vente ſéparé; je ſuis de cet avis, qu'il y a cette différence entre la vente judiciaire & la conventionnelle, qu'en celle-là l'adjudication forme un ſeul & même corps de vente qui ne reçoit point de diviſion, par la raiſon que c'eſt un jugement *qui non poteſt in partes ſcindi*, *leg. Si familiæ* 48 *ff. famil. Erciſc.* en ſorte que le Seigneur directe doit ou retraire le total des biens compris au decret, ou recevoir les lods des fonds relevans de ſa directe, étant de maxime que toutes adjudications par décret ſont actes individus, & dont la ſubſtance *non cadit ſuper portionibus ſingulis ſeorſim*, *ſed ſuper re tota ſimul*, *Tiraqueau*, *du retr. lign.* §. 1, *Gloſſ.* 14, *num.* 76, *Molin. in conſuet. Pariſ.* §. 55, *Gloſſ. num.* 156. 158.

¶ L'arrêt du 23 Février 1654, rapporté par notre auteur, chap. 11, eſt contraire à l'arrêt de ce Parlement de l'année 1562, raporté par *Mr. Maynard*, *liv.* 7, *chap.* 31, en ce que par le dernier arrêt le retrayant eſt obligé de conſigner le prix de la vente avec les fraix & loyaux-coûts concernant le contrat, ce qui me paroît juſte; car l'acheteur doit être pleinement indemniſé, le retrait n'étant pas favorable ſuivant le droit romain, comme contraire à la liberté des contrats;

&

& au bien public du commerce qui s'en fait dans le cœur de l'état. L'arrêt du 11 Mai 1726, rendu en faveur de Jean Deſcaſaux eſt conforme à celui du premier Février 1657, rapporté par Boniface en ſes arrêts de Provence, *tom.* 1, *part.* 1, *liv.* 8, *tit.* 1, *chap.* 6.

Dumoulin, *tit. des fiefs*, §. 22, *num.* 3, agitant la queſtion, quel de deux eſt préférable dans le concours au retrait, ou du Seigneur directe, ou du lignager du vendeur. *Breviter diſtinguo*, dit-il, *inter feudum, & emphiteuſim, quia in feudo vendito præferendus eſt agnatus, dummodo deſcendat à ſtipite à quo cæpit feudum antiquum, & paternum.* Le lignager eſt préférable au Seigneur, s'il prouve ſa deſcendance de la tige d'où émane le fief. C'eſt alors plutôt par voie de ſubſtitution, *& ex conjecturata mente* de celui qui a donné originairement l'inveſtiture que le fief eſt retenu par le lignager, que par voie ordinaire de retrait; & le même docteur ajoûte que cette maxime a d'autant plus lieu dans ce Royaume, qu'il n'eſt pas requis que le lignager prouve la deſcendance de celui de qui la conceſſion émane, mais ſeulement qu'il eſt de la parenté du vendeur, *ſed ſufficit quod veniat appellatione propinquorum*, cela n'a pas lieu pour le bail emphitéotique, le Seigneur directe étant préférable au lignager, quoique parent du vendeur, *at in emphiteuſis* (pourſuit Dumoulin) *præferendus eſt Dominus, quia jus prælationis Domini directi eſt antiquius & ſpecialius*: les coutumes qui ont adopté parmi nous le retrait lignager, n'étant pas d'une auſſi ancienne date, que l'origine des baux emphitéotiques qui ſont de la même date que la conceſſion des fiefs, il eſt raiſonnable de donner la préférence au Seigneur directe, qui ſe trouve en concours avec le lignager. Ce qui a lieu ſuivant Dumoulin indiſtinctement pour les provinces régies par le droit écrit ou par la coutume, *& hoc multo generalius ſervatur in hoc regno*, D. n°. 3°. Boutaric, *pag.* 128, *traité des droits Seign.* a pourtant uſé de diſtinction entre le pays coutumier & du droit écrit; dans celui-là il donne dans le concours la préférence au lignager ſur le Seigneur féodal; & dans celui-

ci, au Seigneur féodal ſur le lignager, & ne donne d'autre garant de ſa propoſition que ſa propre autorité, car ni Larroche, ni Duranti, ni Catellan qu'il cite, n'ont point fait cette diſtinction, au contraire Duranti, au lieu cité, n°. 3, s'exprime ainſi, *nec recedamus à jure communi quo Dominus directus quibùſcumque præfertur; quare conſequens eſt, conſuetudinem non procedere in prælatione, quæ ſpecialiter Domino competit.* Il ajoûte pluſieurs autres raiſons de décider pour le Seigneur directe, dans les lieux même où le retrait lignager eſt fondé ſur la coutume du pays, quoique régi d'ailleurs par le droit écrit, comme eſt le Querci, qui eſt du reſſort de ce Parlement. Mais s'il y a dans la France régie par la coutume, des cantons de province où le lignager l'emporte ſur le Seigneur, ce n'eſt pas par le droit commun, mais par coutume locale expreſſe. Et c'eſt-ce que Boutaric auroit dû expliquer, & qu'on peut recueuillir de l'obſervation faite par Graverol ſur Larroche, du droit de prélation, art. 8. C'eſt une queſtion controverſée s'il y a lieu au retrait cenſuel, quand la vente ſe trouve faite par un ſeul & même prix de divers fonds mouvans de la directe de divers Seigneurs. Et ſi l'un d'eux, voulant recevoir les lods, & donner l'inveſtiture pour ce qui le regarde, l'acquereur peut contraindre le Coſſeigneur directe (qui veut uſer du droit de prélation) à recevoir les lods. Dumoulin, *tit. des fiefs, §. 20, in verbo, le Seigneur féodal, num. 55*, eſt de cette opinion, que la vente faite de pluſieurs fonds *unico pretio*, & par un ſeul & même contrat, ne peut priver le Seigneur directe d'uſer de ſon droit de prélation pour la part qui le compete, & que les conventions qui ſe font entre le vendeur & l'acheteur à cet égard, ne peuvent préjudicier au droit d'un tiers, qui eſt le Seigneur directe, à qui compete un droit tout diſtinct & ſéparé; *ſed dico quod unicus contractus, & venditionis facto, & voluntate contrahentium inducta, non habet locum quoad tertium, & non poteſt præjudicare tertio, qui habet jus diſtinctum in unaquaque rerum venditurum, & multo minus poteſt præjudicare pluribus, & ſeparatus patronis. Guip. queſt. 508*, tient l'opinion con-

traire, & veut que le territoire vendu *unico pretio*, & par un ſeul contrat, étant de la directe de deux Seigneurs, l'un d'eux ne puiſſe uſer du droit de prélation pour ce qui eſt mouvant de ſa directe, & qu'il eſt obligé de recevoir les lods pour éviter le démembrement de ce territoire. Je croi que s'il s'agit d'un tenement ſi lié par les parties qu'il ne puiſſe être ſéparé ſans dégradation de la choſe vendue *unico pretio*, comme eſt, par exemple, une métairie dont les fonds ſont contigus, & font un ſeul & même corps, alors il ne paroît pas juſte de diviſer ce tenement en parties; en ſorte que l'acquereur ſoit contraint d'en ſouffrir la ſéparation par le retrait cenſuel; & il faut alors ou que les deux Seigneurs concourent pour le droit de prélation, ou qu'ils donnent l'inveſtiture en recevant les lods; mais l'un deux, ne peut être contraint à retraire le total, & la portion de l'autre, parce que leurs parts ſont diſtinctes & ſéparées, & qu'ils ne ſont point Coſſeigneurs du fonds par indivis. Je fonde mon opinion ſur les principes de Loyſeau, du déguerpiſſement, *liv. 5, chap. 2, num. 21, 22, que quand il s'agit d'un tenement compoſé de pluſieurs arpens, encore que la rente ſoit diviſée par chacun arpent, il faut ou retraire le tout, ou garder enſemble le tout, étant vraiſſemblable que l'acquereur* unico pretio *n'a pas entendu acquerir un fonds ſans l'autre; le foible étant confondu avec le bon, & le fort portant le foible, il n'y a lieu d'en faire le démembrement.* Ce que j'eſtime d'autant plus véritable ſi la métairie, ainſi compoſée de fonds relevans de deux Seigneurs directes ſéparés, a été originairement baillée à un ſeul & même emphitéote, & qu'elle ſoit enſuite paſſée en la main du dernier acquereur. Mais s'il s'agit au contraire de deux métairies ou territoires diſtincts, poſſédés par un ſeul & même emphitéote, quoique vendus par un ſeul & même prix, & contrat; il n'eſt pas douteux que ſi ces métairies relevent chacune en particulier d'un Seigneur directe, l'un ne puiſſe prendre le droit de lods, & l'autre uſer du droit de prélation. Que ſi elles relevent d'un ſeul & même Seigneur directe, il peut prendre le lods d'une d'elles, & en donner

l'inveſtiture, & retenir l'autre par droit de prélation, *quia habet jus diſtinctum & actionem diſtinctam in unaquaque rerum venditarum. Et multo minus poteſt unitas contractus præjudicare pluribus & ſeparatis patronis.*

J'ai dit ſur le chapitre 13 de mes obſervations que ce Parlement avoit jugé par arrêt d'audience du 11 Mai 1723, que l'action en retrait devoit être intentée devant le juge du lieu où les biens ſont ſitués; mais cela doit être entendu quand la coutume locale en diſpoſe ainſi; c'eſt ce qu'on peut recueuillir de l'obſervation de Brodeau ſur Louet, lettre R, ſomm. 51, n°. 6, où il fait mention des coutumes d'Anjou, du Maine, de Bordeaux qui le diſent de même; il n'en faut pas induire, ajoûte Brodeau, qu'en ces coutumes l'action de retrait ſoit pure réelle, mais ſeulement contre ceux qui ſont demeurans au reſſort, car les mêmes coutumes n'ont jamais entendu que le défendeur, étant demeurant hors du reſſort de la coutume, puiſſe être diſtrait de la juriſdiction, & contraint d'aller plaider pardevant le juge du lieu où l'héritage par lui acquis eſt ſitué: il y a, pourſuit cet auteur, d'autres coutumes qui laiſſent au choix ou option du lignager demandeur, d'intenter ſon action pardevant le juge du lieu où la choſe eſt aſſiſe, ou pardevant le juge ordinaire du domicile de l'acquereur, Vermandois, Rheims, Châlons, &c. mais lorſque la coutume n'en a diſpoſé, je croi qu'il faut adhérer à l'opinion de M. Maynard, liv. 7, chap. 51, que le retrait eſt réputé plus perſonnel que réel, & qu'ainſi il en faut intenter l'action devant le juge du lieu du domicile du défendeur en retrait, & non du lieu où les biens ſont ſitués; ce qui même doit avoir lieu pour le retrait féodal, à raiſon duquel il faut intenter l'action devant le Baillif ou Sénéchal du domicile, & non du lieu où le fief ſe trouve ſitué. Je dois noter ici qu'il y eut erreur, lorſqu'après avoir rapporté à ce ſujet l'arrêt du 11 Mai 1723, plaidant Me. Boubée, au lieu de mettre, *ce qui eſt contraire à l'opinion de Mornac ſur la loi* Dudum, on mit, *ce qui eſt fondé ſur l'opinion de Mornac.*

Le retrait lignager a non-ſeulement lieu à l'égard des ven-

tes, mais même pour les baux en payement, *Ferr. après Tiraqueau & Dumoulin*, ce qui eſt contraire à l'opinion *de Guip. quæſt.* 257, la raiſon en eſt que, *datio in ſolutum venditionis inſtar eſt*, ſuivant M. Dolive, liv. 2, chap. 16, & la loi *ſi prædium Cod. de evict.* mais juſques à quel dégré de parenté ſe porte le droit d'exercer le retrait lignager? M. Tiraqueau, *de retract. gentilit.* §. 1, *Gloſſ.* 9, *num.* 23, & ſuivans, dit que cela s'étend juſques au dixieme dégré de droit commun, à moins que les dégrés ne ſoient reſtraints par les coutumes du pays, comme par celle de Normandie, qui le reſtraint au ſeptieme dégré, & par quelques autres. Telle eſt l'obſervation de Chopin ſur la coutume d'Anjou, *lib.* 1, *cap.* 81, *pag.* 611. En matiere de retrait lignager, il faut ſe régler ſcrupuleuſement par la coutume des lieux, *conſuetudinibus, & ſtatutis, & eorum verbis tenaciter eſt inhærendum*, *Dumoulin*, §. 1, *Gloſſ.* 4, *num.* 9, *ſur la coutume de Paris.* On peut néanmoins uſer dans le retrait, d'autre terme que celui de la coutume, pourvu qu'il ait pareille & ſemblable énergie; ainſi jugé en la coutume de Paris par arrêt *du* 9 *Avril* 1612, *rapporté par Brodeau ſur Louet, lettre N, ſom.* 52, *num.* 21.

Au ſurplus, les filles peuvent exercer le retrait lignager quand les mâles ne leur font point obſtacle; arrêt rapporté par Baſnage ſur la coutume de Normandie, *tom.* 2, *tit. des retr. & clameur, art.* 452. Tous les auteurs ſont d'accord en ce point, que l'enfant conçu depuis le contrat de vente, exclut tous ceux qui ſont nés avant la vente, s'il ſe trouve le plus proche; & alors l'effet de l'action demeure ſuſpendu juſques à la naiſſance de l'enfant qui eſt né vivant, ou capable de vivre; l'effet de l'action demeure en ſuſpens pour ſçavoir ſi l'enfant étoit conçu lors de l'action en retrait. Car il eſt de maxime que les enfans conçus, *pro jam natis habentur quoties de eorum commodis agitur*; voyez les autorités rapportées par Lapeyrere, lettre R, *verbo* retrait lignager: dans l'an & jour du retrait ne ſont point compris, ni le jour du contrat, ni celui de l'aſſignation, Chop. *Andeg. lib.* 1, *cap.* 3, *num.* 11, Automne *Bord. art.* 4.

CHAPITRE XV.

De deux Coſſeigneurs par indivis, directes ou juſticiers.

DEux raiſons mettent à l'abri le Coſſeigneur juſticier de reconnoître pour l'exercice de la juſtice l'autre Coſſeigneur. 1°. Parce que la ſeigneurie étant dans ſon principe indiviſible de même que l'office, ſuivant *Loiſeau, des Seign. chap.* 6, *num.* 14, elle n'eſt cenſée faire qu'un ſeul & même corps, quoique réſidant ſur la tête de deux Coſſeigneurs. Or ſi le Coſſeigneur juſticier étoit obligé de plaider devant le juge de l'autre, il plaideroit en quelque ſorte devant ſon propre tribunal, contre la diſpoſition de la loi 10, *ff. de juriſdict.* 2°. Parce qu'étant de maxime que *par imparem non habet imperium*, ce ſeroit renverſer cet ordre que d'aſſujettir ce Coſſeigneur à reconnoître le tribunal & l'autorité de l'autre.

Il faut ici obſerver que le Seigneur juſticier doit faire rendre la juſtice ſur les lieux, & y faire réſider le Greffier, ainſi qu'il fut jugé par arrêt du 30 Août 1707, au rapport de M. de Celés, entre la Dame de Cleirac veuve de M. de Mariac Conſeiller en la Cour, & les Maire & Conſuls de Senouillac, Lagarrigue & Mauriac.

Par arrêt du 14 Mai 1721, rendu en la troiſieme chambre des Enquêtes, au rapport de M. l'Abbé de Mariotte, il a été jugé entre Lahondes & Pierre Marie, que le Seigneur directe ne peut décreter le fonds pour cenſives à lui dues ſur le ſimple poſſeſſeur; mais ſeulement ſur le propriétaire, à la différence de la ſaiſie des fruits qu'il peut faire ſur le poſſeſſeur. Cet arrêt caſſa par ce défaut le décret pourſuivi par le Seigneur directe ſur le poſſeſſeur du fonds emphitéotique. Dans l'eſpece de cet arrêt le Seigneur avoit pourſuivi le décret ſur un pré aliéné, dépendant de l'hoirie du pere de Lahondes qui étoit généralement ſaiſie. Le Seigneur prétendit

qu'il n'étoit point obligé de ſe ranger dans l'inſtance de diſtribution, & qu'il pouvoit demander la diſtraction de ce pré ſujet au payement des cenſives dues, les juges en convinrent ; mais on crut que le décret de ce pré n'avoit pu être obtenu qu'avec l'héritier propriétaire du fonds, & non ſur un tiers-acquereur pendant l'inſtance de diſtribution dans laquelle ce pré ſe trouvoit compris.

CHAPITRE XVI.

Du droit de taille & des corvées.
Du droit de guet & garde.

LE droit de taille ne peut être exigé ſans titre ſpécial qui aſſujettiſſe l'emphitéote, ou ſans une coutume preſcrite ; c'eſt la doctrine de *Ferr. ſur la queſt.* 57, *Guid. de Larroche, des droits ſeigneuriaux, chap.* 7, *art.* 1 ; car cette taille n'eſt pas due par la loi de l'inféodation, mais par ſtipulation expreſſe *in inveſtitura abjecta*, ſelon *Paſtor, in tract. jur. feud. lib.* 30, *tit.* 14. Par cette même raiſon il faut reſtraindre ce droit au lieu de lui donner de l'extenſion, comme dit Paſtor, *ſunt enim hæc jura odioſa & oneroſa vaſſallis, ideò reſtringenda ;* & c'eſt avec fondement que l'arrêt rapporté dans ce chapitre reſtraignit aux quatre cas ordinaires la faculté du Seigneur de tailler ſes ſujets à volonté ; mais ſi outre ces quatre cas il s'en trouve quelqu'autre énoncé dans le titre d'inféodation, ou que le Seigneur ſoit en poſſeſſion immémoriale d'en exiger la redevance ; je croi qu'il doit y être maintenu, ſuivant la doctrine de *Ferr. loco ſupra*, après *ſpeculat. tit. de feudis adduntur, & alii caſus ad ſpeculat. tit. de feudis, hoc enim pendet ex conventionibus inter Dominos & homines ſuos initis* ; ce qui doit être entendu des cas licites, & qui n'ayent rien de contraire aux bonnes mœurs ; car je ne ſouſcrirois point à l'opinion de Chaſſance ſur la coutume de Bourgogne, *tit. des Juſtices*, §. 4, *in verbo, mariage d'une*

fille, que le Seigneur peut également tailler ſes ſujets pour le mariage d'une bâtarde que d'une fille légitime, s'il y a convention ou coutume *ad hoc*, puiſque cette convention étant contre les bonnes mœurs, la coutume en ſeroit par conſéquent abuſive.

Le droit de taille ſe regle par le doublement de la cenſive; mais ſi la cenſive ſe trouve exhorbitante, la taille eſt réglée par l'arbitre du juge, ſuivant l'arrêt rendu en la deuxieme chambre des Enquêtes, rapporté par M. Dolive, *liv.* 2, *chap.* 6; le peu de faveur de cette taille fait alors une exception à cette regle commune, que la taille eſt le doublement de la cenſive. Dolive dans ce chapitre rapporte un arrêt du 22 Mai 1632, qui a déclaré la taille exigible en ſept cas ſtipulés; cet arrêt eſt conforme à l'opinion des interpretes ci-deſſus cités, & à la loi des contrats, ſelon laquelle il eſt permis de ſtipuler tout ce qui n'eſt pas contraire ou au droit public ou aux bonnes mœurs; l'arrêt de ce Parlement qui a reſtraint aux quatre cas ordinaires la faculté de tailler les vaſſaux *ad omnimodam voluntatem*, n'a rien de contraire à ce préjugé de Dolive, parce qu'autre choſe eſt de reſtraindre une faculté arbitraire, qui peut être une occaſion à l'avarice d'un Seigneur d'appeſantir la main ſur les taillables, au mépris d'une liberté raiſonnable qu'ils doivent conſerver; autre choſe eſt de laiſſer à ce Seigneur la jouiſſance d'un droit légitimément & expreſſément accordé entre lui & les taillables: Au premier cas, on met un frein à la licence & des bornes à l'avarice: Au ſecond cas, on ne fait qu'adjuger au Seigneur ce qui lui appartient.

A l'égard de la preſcription du droit de taille, *Paſtor loco ſupra* diſtingue, ou le Seigneur en a formé ſa demande judiciaire au vaſſal qui a dénié être taillable, ou il n'y a pas eu de demande de ſa part, ni de deſaveu du côté du vaſſal. Au premier cas, le vaſſal preſcrit contre le Seigneur ce droit de taille par le laps de 10 ans depuis le deſaveu: Au ſecond cas, ce droit demeure impreſcriptible, parce que le vaſſal n'eſt dans la quaſi-poſſeſſion de liberté qu'après ſon deſaveu.

Je

Je croi que le taillable ne peut preſcrire ſa liberté que par 30 ans, par les raiſons que j'ai employées dans le chap. 44, *infra*, ſur la matiere de la banalité.

Quant au droit de corvée, le même auteur obſerve qu'il ne peut être exigé ſans titre exprès, & que la poſſeſſion même immémoriale ne peut ſuppléer au défaut du titre, ce qu'il appuie de pluſieurs textes du droit civil, & de l'autorité de Dumoulin, *tit. des fiefs*, §. 3, *Gloſſ.* 6, *num.* 4, *in conſuet. Pariſ.* ce droit de corvées eſt ſelon cette doctrine, plus odieux que celui de taille, puiſque celui-ci peut être acquis par une poſſeſſion immémoriale; il en eſt de même du droit de guet & garde, pour la preuve duquel il faut des titres exprès, la poſſeſſion ne pouvant faire titre. La raiſon de la différence entre le droit de taille qui peut être preſcrit, & le droit de corvée & de guet, pour lequel il faut un titre authentique, peut être priſe de ce que ce dernier droit conſiſte dans une preſtation de devoir perſonnelle au vaſſal, en quoi il eſt plus odieux, comme aſſujettiſſant la liberté naturelle, *non enim ſunt præſtandæ operæ, quæ onerant libertatem, leg.* 4, *Cod. de oper. libert.* au lieu que le premier & le droit de taille n'aſſujettit que les biens, & ne touche point à la liberté de la perſonne.

Je croi néanmoins le droit de guet & de corvée preſcriptible par le laps de cent ans, qui eſt toujours excepté, ſuivant les autorités employées ſur le chap. 37 de ce livre; mais il faut rapporter la preuve écrite de la poſſeſſion.

Il y a un cas où le Seigneur Juſticier peut contraindre ſes ſujets à faire guet & garde dans ſon château, quoiqu'il n'y ſoit point fondé par aucun titre d'inféodation ou de reconnoiſſance; c'eſt en temps de guerre & de néceſſité urgente ſelon l'arrêt de ce Parlement, rapporté par Larroche, des droits Seign. chap. 27, art. 3, mais hors de ce cas extraordinaire, il lui faut des titres.

¶ Je croi que ſi par les anciens titres du Seigneur, il y a ſept cas légitimes exprimés pour tailler les juſticiables ou emphitéotes, & tels qu'ils ſont rapportés par M. Dolive,

liv. 2, chap. 6. il n'y a pas lieu, quelque favorable que ſoit la liberté, de reſtraindre les ſept cas aux quatre énoncés dans ce chapitre; ſçavoir, au mariage des filles du Seigneur, à ſon rachat étant fait priſonnier par les ennemis, à ſon voyage d'outre-mer, & à la chevalerie; car de ces quatre cas, qui étoient fréquens anciennement, il n'en eſt qu'un aujourdhui qui puiſſe donner lieu à l'exaction de cette taille, qui eſt le mariage des filles légitimes du Seigneur; mais pour ſon racha-,les échanges qui ſe font aujourdhui entre les Couronnes, des priſonniers de guerre, diſpenſent le priſonnier de taille eſpece de rançon.Les voyages d'outre-mer n'étant plus à la mode, & les croiſades ayant pris fin depuis quelques ſiecles, la captivité n'eſt plus à craindre pour les Seigneurs des paroiſſes, qui ſe croiſoient, le cas de rançon a conſéquemment ceſſé, & l'on ne crée plus des Chevaliers en la forme ancienne qui donnoit lieu à des dépenſes extraordinaires de la part du Seigneur. Par toutes ces raiſons, les vaſſaux ſe trouvant déchargés de trois cas, il n'y a pas lieu de réduire les titres du Seigneur, qui énoncent les ſept cas licites, & qui n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs. Pour ce qui concerne le cas du mariage des filles de la maiſon, il doit être naturellement reſtraint aux filles du Seigneur *ex proprio corpore*, & ne peut être étendu à ſes ſœurs ni aux petites-filles, étant de maxime qu'en choſes odieuſes il faut donner aux paroles une ſignification étroite & réſervée, & le mariage s'entend des premieres nôces ſuivant l'arrêt rapporté par M. Dolive, liv. 2, chap. 7, du 18 Février 1511, entre le ſindic des habitans de St. Didier, & Meſſire Charles de Joyeuſe.

A l'égard de l'arrêt du 6 Février 1665, rendu après partage, qui maintient le ſieur Marquis de Carbon dans ce droit de taille, quoiqu'il n'en eût pas uſé depuis 150 ans, c'eſt arrêt, dis-je, eſt ſinguliet, & peut avoir eu des motifs qui ont échappé à la plume de l'arreſtographe. Ce droit de taille eſt ſeigneurial par accident, & n'eſt pas inhérent au contrat de bail par ſa propre nature, comme eſt par exemple le retrait féodal, il faut que ce droit de taille ſoit ex-

preſſément ſtipulé, ce qui fait qu'il ne peut être enviſagé comme impreſcriptible. Un ſiecle & demi de liberté devoit en avoir affranchi les emphitéotes de ce Marquis ſes juſticiables; car s'il peut être acquis par la poſſeſſion immémoriale, il doit ſe perdre par une poſſeſſion contraire de la liberté ſi favorable par elle-même, *unumquodque debet diſſolvi eodem genere vinculorum quo colligatum eſt.* Mais d'ailleurs la liberté ne s'acquiert-elle point dans les ſervitudes par le laps du temps, & la preſcription? ce qui a lieu pour la ſervitude perſonnelle, comme l'a obſervé *Guip. quæſt.* 316, & c'eſt ce qui l'a déterminé à décider que le droit de taille étoit preſcriptible par l'emphitéote contre le Seigneur par le laps de 30 ans ou de 40 ans. Ceux qui ont tenu ce droit impreſcriptible, comme *Boer. deciſ.* 132, *& Chaſſan. ſur la coutume de Bourges, tit. des Juſtices, §.* 4, *num.* 13, *& ſuivans*, ont fait une exception à la regle, ſçavoir, ſi quelqu'un des cas étant arrivé, le Seigneur n'a pas uſé de ſon droit après la contradiction du taillable, & qu'il ſe ſoit écoulé 30 ans depuis cette contradiction. Et je croi qu'il faut ſe régler par cette diſtinction, à moins qu'il n'y eût une poſſeſſion de liberté immémoriale, auquel cas, il faut décharger pleinement l'emphitéote, qu'il y ait eu contradiction ou non. Une telle poſſeſſion, & le ſilence du Seigneur étant un vrai rélâchement de ce droit de taille, qui n'eſt point d'ailleurs inhérent à la ſeigneurie, & qui peut en être ſéparé ſans la détruire. *Paſtor in tract. jur. feud. lib.* 3, *tit.* 14, en parlant du droit de taille dû par l'emphitéote, s'exprime ainſi, *hæc ſubſidia non debentur ex legibus aut conſuetudinibus feudalibus, ſed ex pacto aut conventione in inveſtitura adjecta.*

Venant au droit de corvée. *Ferr. ſur la quæſt.* 217, *Guip.* a cru que ce droit pouvoit être acquis au Seigneur par le ſecours de la preſcription ordinaire. *Jure Domini non poſſunt exigere has corvatas, niſi promiſſæ ſint, vel longa poſſeſſione quæſitat. Bacquet, des droits de Juſt. ch.* 29, *n.* 34, exige un titre valable, ou aveu & dénombrement ancien, ce qui eſt, dit-il, conforme à la diſpoſition du droit, *in leg. unica, ne*

opera à collat. exigantur. Cod. lib. 10, *& leg.* 1 *&* 2, *Cod. ne Ruſticani ad ullum obſequ. devocent.* J'ai déjà dit, que je croyois qu'il falloit excepter la poſſeſſion centenaire, laquelle à défaut de dénombrement de la part du Seigneur, lui tenoit lieu de titre. La raiſon en eſt, que la preſcription de 100 ans, eſt toûjours exceptée de la clauſe qui porte que la choſe eſt impreſcriptible. D'ailleurs on ne doit pas préſumer que pendant un ſi long eſpace de temps, le Seigneur ait pu exiger ſans contradiction un devoir auſſi onéreux, s'il n'avoit un titre que cette poſſeſſion fait préſumer. Ce devoir des corvées eſt perſonnel au Seigneur, & il ne peut en faire ceſſion à un tiers, à moins que ce ne ſoit à un fermier ou pour l'utilité de ſes terres. *Guip. & Ferr. queſt.* 217, ce qui eſt fondé ſur la loi *Si libertus* 27, *ff. de oper. libert.* Les arrêts des autres Parlemens ont réduit au point d'une juſte modération les titres qui donnoient au Seigneur les corvées *ad libitum. Bouvot, tom.* 1, *in verbo, corvées à volonté*, rapporte un arrêt du Parlement de Dijon du 14 Janvier 1560, entre les habitans de Leſſort, & Dame Jeanne de Foſſey, par lequel les habitans corvéables à volonté du Seigneur ne ſont obligés, chacun en droit ſoi, ayant feu & lieu ſéparé, qu'à ſix corvées par chacun an, après toutefois que le Seigneur leur aura fait la dénonce deux jours auparavant; à quoi leſdits corvéables ſeront tenus de vaquer au temps & ſaiſon qui leur ſeront indiqués, ſoit dans le territoire, ſoit hors du territoire pour les affaires du Seigneur; pourvu toutefois qu'ils puiſſent le même jour au ſoleil couchant, retourner en leur maiſon; ce faiſant, le Seigneur eſt condamné à fournir aux corvéables la nourriture pour eux & leur bétail de charroi, ſans que leſdits corvéables puiſſent être contraints à remplacer les corvées que le Seigneur auroit omis d'exiger l'année précédente.

Cet arrêt eſt plein de juſtice, & pourroit ſervir de reglement, ſi les deux arrêts rapportés par notre auteur, qui ont réduit ces corvées à douze par an, n'y portoient obſtacle dans ce reſſort, quoiqu'il pourroit ſe rencontrer des cas où

des conſidérations priſes de l'indigence de certains manans, qui détermineroient le Parlement à réduire en leur faveur ce nombre de douze journées, & ce motif trouveroit d'autant mieux ici ſa place, qu'il s'agit d'adoucir la rigueur d'une ſervitude perſonnelle, qui trouve ſon origine dans l'uſurpation qu'entraîne la loi des fiefs lors de l'introduction que nos premiers François en firent, ſur la ruine de la liberté romaine, dont les Gaules jouiſſoient avant leur irruption dans ſes provinces.

Papon en ſes arrêts, *liv.* 13, *tit. des corvées*, *chap.* 6, *art.* 1, rapporte un arrêt du Parlement de Paris du 22 Septembre 1543, qui diſpenſe des corvées les corvéables en temps de ſemences; l'intérêt public prévaut toûjours au particulier; cet arrêt réduit le nombre des corvées dont il s'agit ici, à douze par an. Cette réduction eſt arbitraire aux juges ſupérieurs, & dépend des différentes circonſtances des lieux & des perſonnes; c'eſt-là, ſans doute le motif des déciſions différentes qui ont été rendues par les Parlemens.

Le droit de guet & garde ſtipulé dans le bail du fonds, n'eſt point un droit réel, mais perſonnel à celui qui s'y eſt aſſujetti, ſi le titre ne porte, pour lui & ſes ſucceſſeurs, Graverol ſur Larroche, *des droits Seign*, *chap.* 19, *art.* 9; & dans le cas où les ſucceſſeurs ſe trouvent aſſujettis par le bail du fonds, ceux qui s'en trouvent poſſeſſeurs peuvent ſubſtituer à leur place un homme pour ce guet, ſur-tout ſi ce ſont des habitans nobles, ou gradués, ou vivant noblement; car ces perſonnes ſont exemptes par la police du Royaume de fournir à la milice que le Roi a coutume de lever ſur le peuple. Et ſi le Seigneur n'a point de titre pour exiger ce guet & garde, & qu'il ſurvienne un cas imprévu de guerre, ces mêmes perſonnes ne peuvent être contraintes à la garde du château, mais ſeulement les autres manans auſquels le Seigneur a donné azile dans ſon château pour leur famille, meubles & bétail, Larroche, *eod. art.* 10.

CHAPITRE XVII. & XVIII.

Si les lods ſont dus d'un achat de plus-value fait par l'acheteur ſous faculté de rachat.

JE croi qu'il ne faut point s'éloigner de la déciſion de l'arrêt rapporté par Mr. de Cambolas, liv. 4, chap. 8, & que toutes les fois que le fonds vendu allodial ſe trouve ſujet à une cenſive, l'acheteur peut obtenir la caſſation de la vente s'il la demande, quoique le vendeur ignorât que le fonds fût cenſuel, la loi 18, *ff. de edilit. edict.* me paroît déciſive pour cela; *ſi quid venditor de mancipio affirmaverit, idque non ita eſſe emptor quæratur aut redhibitorio, aut æſtimatorio, id eſt quanti minoris agere poteſt.*

L'acheteur a l'option par cette loi, ou de demander la réſolution de la vente par l'action redhibitoire, ou une indemnité à raiſon de la charge impoſée au fonds par l'action appellée *quanti minoris.*

L'effet de la redhibitoire eſt d'annuller le contrat de vente: or toutes les fois que le contrat ſe trouve annullé par l'autorité de la loi, *& ex cauſa reſolutiva*, le lods n'eſt point dû au Seigneur directe, parce que la cauſe de la réſolution eſt alors néceſſaire, & que pour qu'il eût lieu à la demande du lods pour la réſolution de la vente qui en a déjà produit un au Seigneur, il faudroit que cette réſolution fût purement volontaire aux contractans.

Sur quoi il faut obſerver que les loix qui adjugent à l'acheteur le *quanti minoris*, ne peuvent être appliquées qu'au cas où il a abandonné l'action redhibitoire, & s'eſt retranché à l'indemnité, ce que la loi 18 déjà citée nous fait bien entendre.

La diſtinction de l'ignorance ou de la connoiſſance de la cenſive que pouvoit avoir le vendeur, tombe également ſur le *quanti minoris* que ſur la redhibitoire, *lege Julianus, ff. de*

action. empti. ainſi il n'y a pas plus d'embarras ni plus de confuſion à prononcer plutôt ſur l'une que ſur l'autre de ces deux demandes ; car il en faut toujours venir pour l'adjudication des dommages & intérêts qui peuvent être demandés dans ces deux actions, à la diſtinction de la connoiſſance ou de l'ignorance du vendeur ſur le vice de la choſe vendue ; enſorte qu'il n'y a pas plus d'inconvénient à prononcer la caſſation de la vente qu'à réduire l'acheteur au *quanti minoris* ; au contraire, de vouloir toujours réduire l'acheteur à cette action ; c'eſt renverſer la diſpoſition de la loi, *Si quid debitor* déja citée, qui lui donne l'option de deux actions.

Cette loi eſt fondée ſur les maximes les plus pures du droit, qui veulent que dans tous les contrats on s'attache à découvrir quelle a été l'intention & l'objet des contractans, *leg. in conventionibus, ff. de verbor. ſigniſſ.* on ne peut pas douter dans l'eſpece de la vente d'un fonds affirmé allodial par le vendeur, que l'opinion de franchiſe de ce fonds n'ait déterminé l'acheteur, ou ne ſoit entrée principalement dans ſes vues ; & que s'il avoit connu la charge du fonds, cette connoiſſance ne l'eût empêché d'en faire l'acquiſition ; car la liberté étant en ſoi ineſtimable, on ne peut pas préſumer que l'acheteur ait entendu abandonner l'action redhibitoire qui devoit le décharger d'une ſervitude toujours onéreuſe pour ſe retrancher à un ſimple dédommagement, ce qu'il doit déclarer expreſſément par le choix qu'il peut faire du *quanti minoris*, le cas y échéant.

¶ L'exaction des lods eſt en ſoi favorable, parce que les lods ſont toujours partie du bail emphitéotique, & y ſont inhérens ; voilà pourquoi, toutes les fois qu'il y a mutation de main, ils ſont dus au Seigneur directe ; ainſi le rachat qui ſe fait par l'emphitéote du fonds par lui baillé à locatairie perpétuelle, faiſant rentrer le fonds en ſa main, produit un lods au Seigneur directe. Il en ſeroit autrement, ſi le rachat de cette locatairie avoit été ſtipulé *toties quoties* dans le contrat à bail ; car il ne ſeroit pas dû de lods du rachat, *Tiraqueau de retract. convent. §. 6. Gloſſ. 2, num. 20*, ainſi jugé

par arrêt rapporté par Mrs. Maynard, *liv.* 4, *chap.* 38, & Larroche, des droits Seign. *chap. des lods*, *art.* 4, que ſi dans l'intervalle du temps ſtipulé pour le rachat, le vendeur ſe départ en faveur de l'acquereur de cette faculté, moyennant une ſomme, il eſt dû des lods & de la vente ſous faculté de rachat, & de la rénonciation à cette faculté. Dumoulin, *tit. des fiefs* 2, de cenſive, §. 78, *Gloſſ.* 1, *num.* 52, *& inſuper ſi pretio dato remittatur ea facultas ſtatim laudimia de utroque pretio, & fundi, & dictæ facultatis redemptæ debentur.* mais ſi la rénonciation à la faculté de rachat étoit purement gratuite, il n'en ſeroit dû aucun lods.

M. Maynard ne dit pas ſeulement que le Seigneur directe a droit de prélation pour le fonds au ſujet duquel le ſupplément du prix eſt fait par l'acquereur, mais il rapporte un arrêt de ce Parlement en date *du* 4 *Juillet* 1582, qui l'a ainſi jugé, quoique le lods eût déja été payé à raiſon de la vente; cet arrêt paroît ſingulier, car le droit de prélation n'eſt pas ſi favorable que celui des lods, ce premier droit n'étant pas inhérent au bail d'emphitéoſe, comme le ſecond, & n'ayant pas lieu, s'il n'eſt ſtipulé dans le bail; & il paroît que le Seigneur directe recevant les lods de la plus-valeur, doit être pleinement ſatisfait; car cette plus-valeur, n'étant pas une nouvelle vente, & ne faiſant pas un changement de main, mais une augmentation de prix d'une vente à raiſon de laquelle l'inveſtiture a été donnée, il ne doit point y avoir lieu au droit de prélation auquel l'inveſtiture & le payement du lods donnent toujours l'excluſion.

La repriſe du fonds, faute de payement du prix, & par la clauſe de précaire inférée dans le contrat de vente, donne également lieu au payement d'un ſecond lods, arrêt rapporté par *Mr. Dolive*, *liv.* 2, *chap.* 17, rendu après deux partages formés dans les deux chambres des Enquêtes, & vuidé en la grand'chambre. Cette queſtion parut douteuſe; ceux qui étoient d'avis de débouter le Seigneur directe du payement des lods, ſe fondoient ſur ce que le lods n'étant dû qu'à cauſe de la mutation de main par l'acquereur du fonds,

fonds, ils ne pouvoient être ici demandés, par la raiſon, que le vendeur ayant retenu devers lui la poſſeſſion civile par la force du précaire ſtipulé, il étoit vrai de dire que lorſque pour retirer le prix de ce qui lui étoit dû, il reprenoit le fonds, il n'acqueroit rien de nouveau que la poſſeſſion naturelle, qui étoit en la main de l'acquereur; que conſéquemment c'étoit mal-à-propos que les lods étoient demandés, puiſqu'ils ne ſont dus que *ex tranſlatione Domini*. Mais il fut dit de l'autre part, que l'effet de cette clauſe de précaire n'empêchoit point la tranſlation de propriété en la main de l'acheteur, mais conſervoit ſeulement au vendeur une hypotheque ſpéciale & privilégiée ſur la choſe vendue, pour lui donner lieu de la faire décreter ſéparément; qu'ainſi la repriſe qui s'en faiſoit, étoit un véritable changement de main, l'effet de la vente n'ayant jamais été ſuſpendu par la clauſe du précaire appoſée dans le contrat, & ce fut la raiſon déterminante de l'arrêt. D'où il faut conclure, que toutes les fois, qu'il y a véritable changement de main & de poſſeſſion, le lods eſt dû au Seigneur directe. Il n'y a que le cas, où l'effet de la vente demeure ſuſpendu, juſques à l'évenement d'une condition appoſée au contrat, ou d'une vente annullée pour cauſe de lézion d'un mineur ou de prohibition faite par la loi, d'aliéner le fonds dotal, & autres ventes nulles de droit, à raiſon deſquelles le lods n'eſt point dû, quoiqu'il y ait tranſlation de poſſeſſion naturelle. Quand j'ai dit que les lods ſont dus toutes les fois qu'il y a un véritable changement de main, je l'entends ſans doute, ſauf les exceptions qu'il peut y avoir à cet égard, qui ſont détaillées par les auteurs, ou marquées par les arrêts des Cours ſupérieures; comme par exemple, pour les ventes faites à raiſon de la choſe publique, telle qu'eſt la vente des maiſons pour élargir une rue, & de quoi les lods n'eſt pas dû. Mais en ſera-t-il dû pour la vente qui ſe trouve réſolue en vertu du pacte commiſſoire? Boutaric, *des droits ſeign. pag.* 217, veut qu'il en ſoit dû du pacte commiſſoire comme du pacte de rachat, & qu'il ſoit dû un lods de cette vente faite ſous condition

réſolutoire, ſavoir, *ſi le payement n'eſt fait dans le délai fixé par le contrat*, & c'eſt ce qu'on appelle pacte commiſſoire, *leg. cum venditor* 2, *& leg. ſi fundus* 4, *in princip. ff. de leg. commiſſ.* Mais il ne rapporte aucun préjugé pour fonder ſon opinion, & il prétend que les auteurs qui ont décidé le contraire ont confondu le pacte commiſſoire avec cette autre convention appellée en droit *aditio in diem*, *leg.* 1 *&* 2, *ff. de in diem additione*, qui renferme une vente conditionnelle, & dont l'effet demeure ſuſpendu juſques à l'évenement de la condition.

La vente faite ſous pacte commiſſoire n'eſt pas proprement conditionnelle, elle ſe réſout néanmoins par la condition qui y eſt appoſée. *Si fundus commiſſoriæ lege venierit, magis eſt ut ſub conditione reſolvi emptio quam ſub conditione contrahi videatur. leg.* 1, *ff. de leg. commiſſ. & leg. pro emptore* 2, *§. Salinus* 3, *ff. pro empt.* Voici la diſtinction dont il me ſemble qu'on doit uſer concernant le lods. Ou l'acheteur après le délai expiré, s'eſt volontairement déſiſté de la vente faute d'en avoir payé le prix après ce délai, ou il a été contraint de ſe déſiſter de la poſſeſſion du fonds par voie de juſtice après une inſtance intentée de la part du vendeur; au premier cas, il ſemble qu'il n'y pas lieu au droit de lods, n'y ayant en effet ni revente ni nouvel acte à ce ſujet, mais l'exécution ſimple d'une condition ſous laquelle la vente avoit été faite, c'étoit la repriſe du fonds vendu, faute de payement dans le délai fixé. Au ſecond cas, & ſi le retour s'eſt fait en la main du vendeur par la force de la choſe jugée, c'eſt alors un nouvel acte entre le vendeur & l'acheteur, *in judicio quaſi contrahitur*, le Seigneur directe paroît fondé en ſa demande d'un nouveau lods.

A l'égard du *quanti minoris*, c'eſt un point d'uſage & de juriſprudence de ce Parlement, qu'au cas où l'uſage de la choſe vendue eſt gâté pour l'acheteur par un vice inhérent à la choſe même, comme *ſi fundus ſit peſtibilis vel peſtibiles herbas producat*, & qu'on eſt venu à croire qu'il ſuffiſoit de donner le *quanti minoris* à l'acheteur, qui eſt un dédommagement

à raiſon de la moins-value du fonds, vendu allodial & ſujet néanmoins à une ſervitude, qui eſt la cenſive & tous les droits annexés à la Seigneurie directe. Le *quanti minoris* n'eſt donc pas la ſeule reſſource qui reſte à l'acheteur, il a encore la redhibitoire, ſi ignorant le vice qui rend le fonds non jouiſſable, il veut demander la réſolution de la vente, car ces deux actions procédent également du contrat de vente, *leg.* 13, *ff. de act. empt. & leg. ex empto, §. ſed ſi latitet, eod.* M. Dolive en ſes arrêts obſerve *au liv.* 2, *chap.* 24, que l'ancienne juriſprudence de ce Parlement a changé à l'égard du *quanti minoris*, ſuivant laquelle on avoit accoutumé de liquider ſur le bureau l'indemnité due à l'acheteur, en la réduiſant au payement de trois lods, y compris celui de l'acquiſition derniere, & au payement de la rente pendant 60 ans. Mais qu'aujourdhui la Cour renvoie à Experts pour en faire l'eſtimation, par la raiſon, que la qualité de la rente, la condition des fonds, les réparations, & autres circonſtances peuvent augmenter ou diminuer cette indemnité. De-là il faut conclure que les Experts prépoſés pour l'eſtimation du *quanti minoris*, doivent entrer dans toutes ces circonſtances, & en charger leur rélation. Mais ſur quel temps les Experts doivent-ils fixer l'eſtimation ? Eſt-ce, par rapport au temps du contrat contenant bail du fonds, franc & allodial; ou au temps de la demande du Seigneur directe en payement des droits cenſuels du fonds vendu, & de la garantie demandée par l'acheteur contre le vendeur ou ſes auteurs ? La queſtion ſe trouve décidée par arrêt du 29 Janvier 1670 du Parlement de Bordeaux, qui condamna le vendeur de payer le *quanti minoris*, eu égard à ce que le fonds vaut au temps de l'éviction ; cet arrêt eſt rapporté dans Lapeyrere, troiſieme édition, lettre E, n°. 45 aux notes.

CHAPITRE XIX. XX. XXI. & XXII.

Des différens cas où les lods ſont dus.

C'Eſt un point de juriſprudence de ce Parlement, qu'il eſt dû au Seigneur directe un droit de lods par l'engagiſte du fonds emphytéotique, après dix ans de jouiſſance, parce qu'après ce laps de temps, cet engagement paſſe pour une vente déguiſée ; c'eſt le fondement de l'arrêt rapporté par M. Dolive, *liv. 2. chap.* 18. & alors l'obligation concernant le payement des lods a un effet rétroactif au temps du contrat, ſelon la nature des obligations conditionnelles dont l'effet demeure ſuſpendu juſqu'à l'évenement de la condition, *leg.* 78. *ff. de verbor. obligat. &* 18. *ff. de reg. jur.* les lods ſont *in fructu*, conſéquemment ils appartiennent au fermier des droits ſeigneuriaux du temps de la vente auquel le payement eſt rapporté.

A l'égard des lods d'un fonds donné par tranſaction, je croi qu'il faut ſe régler par la doctrine de Dumoulin, *tit. des fiefs*, *§.* 33. *Gloſſ. in verbo* Droit de relief, *num.* 67. où ce Docteur, après avoir établi que l'emphitéote peut tranſiger ſans le conſentement du Seigneur directe pour ce qui concerne le fonds emphytéotique, conclud qu'il n'eſt point dû des lods de la tranſlation du fonds emphitéotique, faite par une tranſaction, s'il n'y a déguiſement de permutation ou de vente, ſous couleur d'accord ou de tranſaction ; & c'eſt ce que Ferriere obſerve ſur la *queſt.* 48. *de Guyp.* où il ajoûte, que ſi le fonds eſt baillé par tranſaction à un des collitigans qui y prétendoit avoir quelque droit, quoique douteux, le lods n'en eſt point dû alors, & ainſi, ſuivant la doctrine de Ferriere, il n'eſt pas néceſſaire pour donner l'excluſion au droit de lods, que celui qui a reçu le fonds y eût quelque droit de propriété, il ſuffit qu'il eût une action ſur l'univerſalité des biens ou des hypoteques à exercer, parce qu'alors

on doit préſumer que le fonds lui a été baillé pour éteindre ſa demande ou le procès intenté, & nullement par vente ou permutation, qui eſt le cas où le lods ſeroit dû.

Pour ce qui concerne le payement d'une dette faite en fonds, il eſt certain qu'il produit des lods au Seigneur, ſoit que l'aliénation ſoit volontaire ou par décret, ſuivant *Paſtor, in tractat. jur. feud. lib. 5. tit. 20. num. 14.* la charge du payement des dettes du donateur ne change en rien cette maxime, parce que ce payement eſt une des conditions de la donation, & un acceſſoire qui ſuit la nature du principal; Ferriere, *loco ſupra*, obſerve que de droit commun les lods ſont dus d'une donation, parce qu'il ſuffit pour donner lieu à leur payement qu'il y ait tranſlation de propriété ou aliénation du fonds; mais que, ſuivant la coutume de cette province de Languedoc, il n'eſt jamais dû des lods d'une donation.

Les lods ne ſont donc point dus des donations, ſoit générales, ſoit particulieres par droit commun de cette province; ſi pourtant un Seigneur directe avoit des titres particuliers pour en fonder la demande, il pourroit les exiger, ſuivant l'arrêt de ce Parlement du 25 Février 1669, rapporté par *Graverol ſur Larroche, des droits ſeigneuriaux, ch. 38. art. 6.*

Il fut rendu un arrêt au Conſeil privé le 14 Février 1702 en faveur des Peres Bénédictins de Toulouſe, contre les fermiers du Domaine, par lequel il fut jugé que les lods ne ſont point dus de la vente des fiefs nobles ſitués dans l'ancienne Sénéchauſſée de Toulouſe, ſoit qu'ils ſe trouvent dans le Languedoc ou dans la Guienne, quoique les fiefs relevent immédiatement du Roi; Ferriere ſur la même queſtion, dit que c'eſt un point de juriſprudence de la Cour que les lods ſont toujours dus d'un échange, à moins qu'il n'y ait coutume locale contraire; il y a pluſieurs déciſions au ſujet des lods, rendues par Ferriere ſur cette même queſtion de Guyp. à laquelle le lecteur pourra avoir recours.

Quoique la chaſſe ſoit un droit royal, néanmoins le Sei-

gneur haut juſticier peut chaſſer perſonnellement dans l'étendue du fief répandu dans ſa haute juſtice appartenant à un autre, ſuivant l'art. 25. du titre *des Chaſſes* de l'ordonnance des Eaux & Forêts, de l'année 1669.

Ce droit de chaſſe eſt perſonnel, en ſorte qu'à la rigueur ni le Seigneur haut-juſticier ni le féodal ne peuvent envoyer chaſſer dans leur terre leurs domeſtiques, ou autres perſonnes, ſuivant le même article, parce que le Roi ne leur accorde qu'une ſimple permiſſion de chaſſer; mais s ils ne peuvent chaſſer par eux-mêmes, étant eccléſiaſtiques ou religieux, il leur eſt permis de commettre un chaſſeur, du fait duquel ils répondent, ainſi qu'il fut jugé le 28 Août 1718, par jugement ſouverain de la chambre des Eaux & Forêts, au rapport de M. de Pujol, entre la Dame de Malauze, & le ſindic des Chanoines réguliers d'Aubrac.

En matiere de condamnation pour fait de chaſſe, ſoit pour l'amende, ſoit pour les dépens; tout eſt ſolidaire entre corrées, ainſi jugé en la chambre ſouveraine des Eaux & Forêts le 29 Août 1709, entre le procureur du Roi accuſateur, & les nommés Peyre & Arribat.

La raiſon en eſt que l'action doit être intentée criminellement, & qu'on doit prendre la voie de l'information contre les délinquans dont la peine eſt l'amende de 100 l. pour la premiere fois, le double pour la ſeconde, & la peine du carcan, qui eſt infamante, pour la troiſieme récidive, ſuivant *l'art.* 28 du titre déja cité, ce qui prouve que les condamnations doivent être ſolidaires, puiſque c'eſt une maxime qu'elles le ſont toujours en matiere criminelle.

¶ La raiſon pour laquelle il n'eſt pas dû de lods pour l'engagement d'un fonds, eſt priſe de ce que ce contrat ne renferme, ni ne transfere aucun droit de propriété, mais un ſimple nantiſſement, & que l'engagiſte *non ſibi, ſed alteri poſſidet;* c'eſt pour cela même qu'il ne peut s'aider de la preſcription quelque longue qu'elle ſoit, pour lui acquerir une propriété incommutable. Par la juriſprudence de ce Parlement, l'engagiſte eſt aſſujetti après dix ans de poſſeſſion, au paye-

ment des lods, par la raiſon qu'après ce laps de temps, on préſume que le contrat eſt une vente déguiſée ſous le titre d'engagement, dans la vue de fruſtrer le Seigneur directe du droit de lods. Mais cette préſomption eſt-elle *juris & de jure*, enſorte qu'elle ne puiſſe être détruite par une preuve contraire ? j'eſtime que non, & que s'il réſulte par des preuves non équivoques que le contrat eſt un véritable engagement, le lods n'en eſt pas dû après ce laps de dix ans ; parce que la préſomption de contrat de vente n'eſt que de droit, *præſumptio juris* ; or cette preuve peut être détruite par celle qu'on peut tirer de certains faits rélatifs à un contrat d'engagement, & qui en manifeſtent la vérité.

Le Préſident Faber, *in ſuo Cod. lib.* 4, *tit.* 43, *de jur. emphit. definit.* 60, après avoir dit, qu'il n'eſt pas plus dû de lods d'un engagement que d'un bail à loyer, fait & renouvellé au-delà de dix ans, ajoûte que cette maxime ſouffre une exception priſe de la fraude pratiquée pour fruſtrer le Seigneur directe du droit de lods en déguiſant la vente & la métamorphoſant en contrat d'engagement, ce qui peut ſe prouver, dit-il, par des conjectures, comme ſi le prix de l'engagement eſt égal à celui qu'on pourroit retirer de la vente pure du fonds ; enſorte qu'il ſoit vraiſſemblable que le débiteur ne dégagera jamais le fonds livré à titre d'engagement. *Id vero probari & colligi poteſt ex conjecturis, ut puta ſi pecunia credita juſto prætio rei æquipolleat, ut non ſit veriſimile debitorem pignus unquam tuiturum.* Or ſi l'on peut établir ce déguiſement de vente par des préſomptions, on peut donc détruire la préſomption de ce déguiſement de vente, qui réſulte de la poſſeſſion de dix ans, par des conjectures contraires ; comme ſi le fonds baillé à titre d'engagement a été poſtérieurement conſtitué en dot à une fille ſous le même titre dans ſon contrat de mariage ; ou ſi ce même fonds a été baillé à un créancier par l'engagiſte ſous le titre de nantiſſement & de gage depuis le bail originaire. Or dans ces circonſtances, le laps de dix ans, & au-delà d'une poſſeſſion pareille, feroit tomber tout ſoupçon de déguiſement, & de-

vroit ſans doute exclure toute demande de lods. *Plus enim valet quod in veritate eſt, quàm quod in opinione, leg.* 1, *Cod. plus valere quod agit, &c.*

S'il y a déguiſement dans le contrat, il n'eſt pas douteux que le lods ne ſoit dû au fermier qui avoit droit de le percevoir au temps du contrat même, puiſque c'étoit là une véritable vente; & que tout doit ſe rapporter à ce temps-là. Mais le retrait cenſuel, & le délai pour l'exercer ne peut courir que depuis leſdites années expirées, ou du jour que le déguiſement a été manifeſté après conteſtation en cauſe, & la condamnation ſur ce intervenue, *& à die defectæ fraudis.* Au ſurplus, ſans attendre que les dix années ſoient expirées, & après le contrat même, le Seigneur directe (que l'exaction du lods, ou le droit de prélation intéreſſe) peut être admis à prouver la ſimulation du contrat, & qu'il renferme une vente pure, *leg.* 3, *Cod. plus valere, &c.* la ſimulation peut être établie par témoins, quoique la ſomme excede cent livres, lorſque l'intérêt d'un tiers ſe trouve bleſſé par ce contrat, & alors la preuve en peut être admiſe ſur la requête de ce tiers, voyez Lapeyr. *lettre T, num.* 14, *& lettre S, num.* 66, troiſieme édition.

Pour décider ſi les lods ſont dûs ou non d'une tranſaction ſur procès mû ou à mouvoir, il faut examiner les circonſtances qui l'accompagnent, & quel a été le véritable objet des parties, *actus enim judicatur ex principali intentione agentium*, comme parlent les interpretes, *leg.* 1, *& ibi Barthol. de rer. permut. leg. ſi quis nec cauſam de rebus cred.* enſorte que toutes les fois qu'on peut s'appercevoir qu'il y a vente ou permutation de fonds déguiſée ſous autre titre dans la tranſaction, il n'eſt pas douteux que le lods ſoit dû, parce que c'eſt là un changement de main qui requiert inveſtiture; mais ſi la tranſaction a pour fin l'extinction d'un procès *ſuper re dubia*, comme s'il s'agiſſoit de la concurrence d'un teſtament avec une donnation entre-vifs, qui fût attaquée par prétendue contravention à l'ordonnance de 1731, ou d'autre choſe litigieuſe, & que pour prévenir ou terminer le pro-

cès

cès l'un des contendans cedât à l'autre le fonds, *aliquo dato vel retento* ; alors le lods ne ſeroit pas dû, parce qu'il n'y a là ni bail en payement, ni changement de main, & qu'il s'y agit, *ut quis redimat ſe à lite* ; c'eſt la déciſion de Bouvot après Tiraqueau, *tom.* 1, *de ſes arrêts de Bourgogne*, *in verbo Lods*, *art.* 2.

Le bail en payement, étant réputé vente, le lods en eſt dû, à moins que ce bail n'ait été fait d'un fonds paternel à l'enfant pour droit de légitime ; car alors il ne ſe fait point à proprement parler de changement de main, les biens paternels tombant de plein droit en la main des enfans, *leg.* 7, *ff. de bon. damnat.* A l'égard du fonds baillé au mari pour la conſtitution dotale de ſon épouſe, il faut ainſi diſtinguer avec Ferr. *ſur la queſt.* 48, *Guip. vel dos conſtituta eſt à parentibus & fatribus ex bonis parentum vel ab extraneis*, *aut ipſa muliere* ; *ſi à parentibus dos conſtituta ſit vel patribus ex bonis parentum*, *hoc caſu ſive dos æſtimata ſit*, *ſive non*, *laudimia non debentur.* Cet auteur rapporte divers arrêts qui l'ont ainſi jugé. Le payement qui ſe fait alors de la conſtitution dotale, eſt en repréſentation des droits de légitime de la fille, & les intérêts qui en ſont perçus lui tiennent lieu d'alimens, & ſont dévolus au mari, *ad ſuſtinenda onera matrimonii*, *leg. pro oneribus*, *Cod. de jur. dot.* enſorte que ce n'eſt pas le mari ſeul qui jouit de ces intérêts, mais la femme conjointement avec le mari ; de façon qu'il paroît étrange d'adjuger au Seigneur directe le lods d'un fonds baillé en payement pour la dot, pour ce qui eſt des intérêts qui ont couru depuis le mariage au profit du mari ; car l'uſage de ces intérêts, ayant été commun entre le mari & la femme, & étant inſéparables de la dot même, doivent être de la même nature, *connexorum eadem eſt natura*, *leg.* 1, *Cod. de diverſ. reſcript.* mais la dot, ajoûte Ferriere, ayant été conſtituée par un étranger ou par la femme même, & de ſon chef, il faut uſer de cette diſtinction, ou le fonds pris en dot a été eſtimé, ou non, s'il a été eſtimé, comme il eſt de maxime que *æſtimatio facit emptionem*, alors le lods eſt dû, s'il n'a pas été eſtimé, & que le mari, le cas

y échéant, ſoit obligé à la reſtitution du fonds, le lods n'eſt pas dû, parce que la reſtitution s'en fait alors *ex cauſa neceſſaria*, & que la dot n'a pas changé de nature.

Le lods n'eſt pas dû, non-ſeulement d'un bail en payement fait en fonds entre cohéritiers, par tranſaction, mais encore par diviſion ou partage entre eux de gré à gré, quand même la choſe commune auroit été licitée, à moins que par cette voie elle ne fût tombée en main étrangere, car les cohéritiers, prenant entre eux des arrangemens pour le partage des fonds héréditaires, on ne peut pas dire qu'il y ait eu changement de main, & tranſlation de poſſeſſion, ni conſéquemment lieu pour la demande du lods.

Venant à la queſtion, ſi le lods eſt dû de la vente d'un fief noble, il réſulte des arrêts de ce Parlement, & du Parlement de Bourdeaux que le lods n'en eſt pas dû s'il n'y a coutume locale & un uſage inconcuſſamment obſervé dans les pays où le fief eſt ſitué. Cette queſtion fut ainſi décidée dans une cauſe fameuſe d'entre le Vicomte de Turenne demandeur, & le Seigneur de Linayrac défendeur., par arrêt de Bourdeaux qui admit ledit ſieur Vicomte de Turenne à la preuve du fait, comme c'étoit la coutume au pays de Limouſin où les fiefs étoient ſitués, d'exiger lods lors de la vente du fief; cet arrêt eſt rapporté par *Mr. Maynard*, *liv.* 4, *chap.* 33, *Albert dans ſon Recueuil en a inſéré deux de ce Parlement*, *l'un du* 13 *Juillet* 1711, *& l'autre de l'année* 1658, par leſquels il a été jugé qu'aucun Seigneur dominant ne peut prétendre les lods & ventes du fief noble, s'il n'a un titre ou coutume juſtifiée, & c'eſt là un point de juriſprudence.

C'eſt un droit commun dans cette province, qu'il n'eſt point dû de lods d'une donation, ſoit univerſelle ſoit particuliere, quoique le donataire univerſel ſoit *loco hæredis*, & qu'il n'y ait jamais lieu au lods dans les ſucceſſions teſtamentaires ou *ab inteſtat*, ſuivant la remarque de nos auteurs françois; toutefois comme nous ne reconnoiſſons de véritable titre d'univerſalité qu'en la perſonne de l'héritier, ſi par la coutume du pays de Languedoc les donations n'étoient

exemptes du payement des lods, elles y ſeroient ſujettes, quoiqu'enviſagées comme diſpoſitions générales, & comparées aux teſtamens; mais dans ce dernier point de vue la charge impoſée au donataire univerſel de payer les dettes du donateur ne l'aſſujettit à aucun lods, parce que cette charge eſt inhérente à la donation, & n'en peut être ſéparée, enſorte qu'on ne peut regarder la donnation comme bail en payement fait de la part du donateur au donataire, mais comme pure & ſimple libéralité, *deducto ære alieno*. Il n'eſt donc point dû de lods d'une donation particuliere, parce qu'elle eſt comparée à un legs fait en fonds, duquel le lods ne peut être exigé par le droit commun de cette province de Languedoc, *M. Dolive, liv. 2, chap. 16* en ſes arrêts, à moins que le légataire de ce fonds ou donataire ne fût chargé de bailler certaine ſomme d'argent, auquel cas le lods ſeroit dû au Seigneur directe à concurrence de cette ſomme (comme l'obſerve Chopin, *Andeg. lib. 2, part. 1, cap. 2, tit. 3, num. 17*;) mais à l'égard d'un donnataire univerſel qui ſe trouveroit créancier du donnateur, & en concours avec d'autres créanciers dont il auroit de ſes deniers purgé les créances en acceptant la donation, elle ne ſeroit pas réputée pure libéralité, mais bail en payement fait au donnataire, ſoit pour ſa créance, ſoit à l'égard des autres créanciers, & dans ce cas le lods ſeroit dû à concurrence des ſommes acquittées par le donataire, & de la ſomme qui lui étoit due par le donateur; car on ne pourroit pas douter alors que la tranſlation du fonds n'eût été faite en la main de ce donataire à titre onéreux, & que ce ne fût là *datio in ſolutum*, & une vente déguiſée ſous le nom de donation.

Au ſurplus, c'eſt avec raiſon que *Graverol ſur Larroche, des droits ſeign. chap. 36, art. 6*, obſerve que l'uſage eſt contraire à ce que l'arreſtographe obſerve, que les lods ne ſont point dus d'une donation univerſelle à la charge de payer les dettes, quoiqu'il y ait coutume contraire, puiſqu'il faut excepter de cette loi, qui affranchit le Languedoc du payement des lods des donations, les lieux où ils ſont

dûs par titre particulier des Seigneurs fondés ſur la coûtume locale, de quoi ce commentateur rapporte un arrêt de ce Parlement du 26 Février 1669.

CHAPITRE XXIII.

Si les lods ſont dus d'une donation à la charge de payer les dettes du donateur.

CEtte queſtion, ſi l'emphitéote ou locataire perpétuel, peut en déguerpiſſant répéter les réparations par lui faites aux biens emphitéotiques, ſe trouve controverſée & diverſement décidée, de même que celle qui conſiſte à ſçavoir ſi le même emphitéote peut démolir les bâtimens qu'il a conſtruits ſur le fonds emphitéotique; *Louet, lettre E, ſomm.* 10, rapporte un arrêt du 3 Mai 1597, qui décida la queſtion contre l'emphitéote: Brodeau, *eod.* rapporte pluſieurs arrêts conformes, & ajoûte que l'emphitéote ne peut démolir les bâtimens qu'il a conſtruits dans le fonds emphitéotique, par la raiſon qu'il eſt cenſé avoir fait cette conſtruction *animo donandi:* Loiſeau du déguerpiſſement, *liv.* 5, *chap.* 5, *num.* 15, tient que l'emphitéote peut faire cette démolition, *quia res non deterior, ſed formæ ſuæ redditur*: M. Cambolas, liv. 2, chap. 34, rapporte deux arrêts de la Cour qui ont jugé la queſtion ſuivant la doctrine de Loiſeau.

Pour les améliorations, Ferr. ſur la queſtion 169. Guip. rapporte un arrêt de la Cour qui les adjugea à l'emphitéote, ſuivant cette diſtinction, que ſi le bail d'emphitéoſe eſt réſolu, & la conſolidation faite par quelque délit ou faute de l'emphitéote, alors il n'y a pas lieu à l'adjudication de ces améliorations; que ſi au contraire la réſolution du bail ſe fait ſans aucune faute de ſa part, & par ſimple déguerpiſſement, il peut les répéter. Cette diſtinction a été faite par Dumoulin, *in conſuetud. Pariſ. tit. des fiefs, in verbo Le fief, §.* 1, *num.* 76 *&* 77.

J'adopterois volontiers la diſtinction de Dumoulin & de Ferriere, parce qu'elle me paroît fondée ſur le texte de la loi 2, *Cod. de jur. dot. emphit.* par laquelle il eſt décidé que l'emphitéoſe, prenant fin par la faute de l'emphitéote expulſé faute de payement du cens, il ne peut prétendre aucunes améliorations; d'où je conclus par l'argument des contraires que quand l'emphitéoſe prend fin ſans ſa faute, il peut épéter les améliorations.

Or le déguerpiſſement étant autoriſé & arbitraire à l'emphitéote, il ne peut conſéquemment lui être imputé à faute par le Seigneur directe, & les améliorations qu'il a faites au fonds déguerpi lui doivent être adjugées, non-ſeulement par cette raiſon priſe de la loi 2, *de jur. emphit.* mais par cette autre que je tire de la loi *in fundo*, *ff. de rei vindic.* que le fonds emphitéotique, ayant augmenté de prix par les réparations de l'emphitéote, il ne ſeroit pas juſte que le Seigneur directe profitât de cet avantage *cum altena jactura*, & au détriment l'un de l'autre; ce qui ſe trouve confirmé par la loi *Si pupilli*, §. 3, *ff. de negot. geſt.*

A l'égard d'une maiſon bâtie par l'emphitéote: je croi que, ſuivant la loi *in fundo* déjà citée, il peut la démolir & en emporter les matériaux, pourvu qu'il laiſſe le fonds au même état qu'il l'avoit pris: *ſufficit tibi*, dit cette loi, *permiſſum tollere ex his rebus quæ poſſis, dum ne ita deterior ſit fundus quam ſi initio non foret ædificatum*, & cela avec d'autant plus de raiſon que l'emphitéote a conſtruit de bonne foi & dans ſon propre fonds.

Il faut prendre garde ici que les réparations dont il eſt parlé dans ce chapitre, ne ſont pas du nombre de celles que tout bon pere de famille eſt obligé de faire pour l'entretien & la conſervation du fonds, puiſqu'il eſt ſans difficulté que l'emphitéote en déguerpiſſant ne peut en prétendre la répétition; mais que ces réparations & améliorations ſont au contraire de la claſſe de celles qui augmentent notablement le prix du fonds & c'eſt ce qu'on peut recueillir du langage de Ferriere *loco ſupra*, *emphiteuta non perdit ædificio-*

rum ſtructuras aut hujus modi magnas impenſas, ſed eas vel eorum æſtimationem poteſt retinere ; d'où il faut même conclure que quand l'emphitéote ne veut pas démolir les édifices conſtruits dans le fonds, il a droit d'en répéter l'eſtimation, ſi par une vérification d'experts il conſte de la néceſſité ou de l'utilité de la conſtruction, & de l'avantage qui en révient au fonds emphitéotique.

Decius dans ſon conſeil 518, *num.* 2, qui dénie à l'emphitéote la répétition de ſes améliorations, ſoit que le bail prenne fin par ſa faute ou non, excepte néanmoins les réparations conſidérables *quibus Dominus factus eſt locupletior ;* & je crois que les réparations de cette eſpece doivent auſſi être exceptées.

Il faut encore obſerver que tout emphitéote n'eſt pas reçu à déguerpir en payant même les arrérages de la rente ; car le ſucceſſeur à titre univerſel de celui qui a pris le fonds en emphitéoſe, n'eſt pas recevable à déguerpir, ſuivant la doctrine de Loiſeau, du déguerpiſſement, *liv.* 4, *chap.* 1, *num.* 15, mais ſeulement le tiers-acquereur, Larroche, du déguerpiſſement, *art.* 1, *traité des droits ſeigneuriaux.*

C'eſt pourtant une maxime reçue au Palais, que l'emphitéote qui a pris le fonds, & ſes héritiers, ſont reçus à déguerpir, par la raiſon que l'action perſonnelle par laquelle le preneur du fonds eſt lié, eſt rélative, & dépend du bail du fonds.

Le fonds déguerpi paſſe entre les mains du Seigneur avec la charge d'hypotheque, à laquelle l'emphitéote déguerpiſſant l'a ſoumis ; enſorte que le Seigneur directe, venant à faire un nouveau bail d'emphitéoſe du même fonds, le créancier a droit de pourſuivre le nouvel emphitéote pour le payement de ce qui lui eſt dû, ſur-tout ſi ſon débiteur n'a pas d'autres biens que le fonds déguerpi, ſans que pour raiſon de ce le nouvel emphitéote puiſſe agir en garantie contre le Seigneur qui l'a inveſti du fonds, s'il n'y a dol perſonnel de la part du Seigneur, & une réticence frauduleuſe de l'hypotheque ; c'eſt ainſi que la choſe fut jugée le 21 Août 1717, en la

troiſieme des Enquêtes, au rapport de M. de Vic, entre Louis Crotte, François Jacques, & le Seigneur de l'Abbaye de Chambon.

Cet arrêt ordonna que le Seigneur ſe purgeroit par ſerment déciſoire, que lors du ſecond bail d'emphitéoſe il n'avoit aucune connoiſſance de l'hypoteque du créancier.

¶ C'eſt une queſtion, ſi la clauſe inſérée dans le bail emphitéotique, que l'emphitéote ne pourra déguerpir, eſt contraire à la nature de ce contrat, & ſi elle peut lier l'emphitéote & les tenanciers, de façon qui ni les uns ni les autres ne puiſſent uſer du droit commun qui autoriſe le déguerpiſſement toutes les fois que le cenſitaire veut en uſer.

Mr. Dolive, au lieu cité, rapporte un arrêt de la chambre de l'Edit établie à Caſtres, en date du mois de Mai 1643, qui décida que quand la renonciation à la faculté de déguerpir ſe trouve expreſſe dans le bail emphitéotique ou à locaterie perpétuelle, cette clauſe doit opérer ſon effet; mais que ſi elle ſe trouve appoſée dans un acte poſtérieur à l'inveſtiture, elle eſt réputée ſurcharge. Pour appuier l'arrêt, l'auteur fait cette différence entre une renonciation qui ſeroit faite à une faculté qui touche la liberté de la perſonne, comme eſt celle de la ceſſion de biens, & une faculté qui n'a de rapport qu'à un fonds que l'on poſſede; au premier cas, la renonciation ne peut lier la perſonne, *cum liber homo Dominus non ſit membrorum ſuorum.* Au ſecond cas, la clauſe n'a rien de contraire aux bonnes mœurs, & fait partie du bail emphitéotique, & doit conſéquemment opérer ſon effet. Lapeyrere en ſes déciſions, *lettre D*, *num.* 16, troiſieme édition, fondé ſur la déciſion d'Automne, tient l'opinion contraire, & que le tenancier peut déguerpir, quoique la baillette diſe qu'il ne le pourra, parce que le déguerpiſſement eſt de l'eſſence du bail à rente; & il rapporte un arrêt du Parlement de Bordeaux qui l'a ainſi jugé le 7 Septembre 1684, en faveur de Navieras, marchand de la ville de Limoges, contre le Directeur de l'hôpital de la même ville.

Je voudrois faire différence (en conciliant ces deux opi-

nions contraires) entre le preneur, à titre d'emphitéoſe, ſes héritiers tenanciers du fonds, & le tiers-acquereur ſimple poſſeſſeur du fonds à titre onéreux; à l'égard des premiers, je croi qu'ils ne peuvent déguerpir à cauſe de l'obligation perſonnelle qui eſt acquiſe au Seigneur directe par la ſtipulation & clauſe de ne pouvoir déguerpir; mais pour le tiers-acquereur, j'eſtime qu'il peut déguerpir en payant les arrérages dus, quand même, lors de ſon acquiſition, il auroit eu connoiſſance du titre primordial contenant renonciation à cette faculté; cette diſtinction eſt fondée ſur la doctrine de Bacquet, traité des droits de Juſtice, *chap.* 21, *num.* 206: ſelon Coquille, *queſt.* 271, le tiers-acquereur qui déguerpit ne peut être contraint par action perſonnelle à payer les arrérages de rente, ou les dégradations arrivées avant ſa poſſeſſion; il peut ſeulement y être contraint hypothécairement; le tenancier en déguerpiſſant n'eſt pas tenu de rétablir la démolition d'une maiſon ou autre fonds, arrivée par cas fortuit, Loiſeau, *du déguerp. liv.* 5, *chap.* 6, *num.* 17; il en faut dire de même, ſi le cas fortuit n'étoit tombé que ſur une partie du fonds, *Bacquet, juſtice, chap.* 21, *num.* 208: par la juriſprudence de ce Parlement, le tiers-acquereur n'eſt reçu à déguerpir qu'après avoir payé tous les arrérages dus avant ou après ſon acquiſition, ſauf ſon recours contre le vendeur pour les arrérages courus avant la vente.

A l'égard de la renonciation à la faculté de déguerpir, on ne peut nier que cette clauſe ne ſoit contraire à la nature du bail emphitéotique, ſi on conſulte la coutume de Paris, qui eſt la loi commune du Royaume pour la matiere des fiefs, dont la véritable origine ſe rapporte à l'établiſſement des François dans les Gaules, ſuivant le docte Dumoulin qui a mieux connu cette matiere que tout autre. Cette coutume donne en effet la liberté du déguerpiſſement à toute eſpece d'emphitéote, malgré l'obligation perſonnelle contractée pour le payement du cens, ce qui eſt néanmoins contraire à la diſpoſition du droit écrit, comme l'obſerve Bacquet, *eod.* mais ſi l'on peut conjecturer de la ſurpriſe du côté du Seigneur

gneur directe à l'égard d'un emphitéote lors du bail, comme ſi c'étoit un ruſtique d'une ignorance craſſe, & du nombre de ceux qui ſont ſouvent livrés aux agens du Seigneur juſticier & directe; alors cette renonciation ſeroit réputée vraie ſurcharge, & ne devroit opérer aucun effet, car tout concourt dans le droit à la libération; nous voyons même, que ces mains-mortables, qui, ſelon certaines coutumes, ſont réputés eſclaves du fonds qu'ils poſſedent, n'en pouvant diſpoſer lorſqu'ils viennent à mourir ſans enfans, au préjudice du Seigneur; gens que l'on compare à ceux dont parle la loi *cum ſatis*, *Cod. de agric. & cenſit.* ces gens, dis-je, peuvent ſe délivrer de cette ſervitude en déguerpiſſant le fonds. Dolive, aux additions, *liv.* 2, *chap.* 12.

CHAPITRE XXV.

De l'homme vivant, mourant & confiſcant.

LA diſtinction faite par l'arrêt rapporté dans ce chapitre peut ſervir à concilier les arrêts contraires, qui ont été rendus ſur cette matiere à l'égard de l'égliſe, & qui ſont rapportés d'un côté par M. Dolive, liv. 2, chap. 12, & par Me. Albert, lettre A, *verbo* amortiſſement, art. 12.

L'arrêt dont fait mention Albert déchargea les Chartreux de Cahors de bailler au Seigneur juſticier l'homme confiſcant, en lui payant une indemnité à ce ſujet; Bacquet, traité des nouveaux acquets, chap. 36, rapporte un arrêt du 18 Novembre 1557, qui le jugea de même au profit des Religieux des Blancs-Manteaux, & il eſt de cette opinion ſur ce fondement, qu'il n'eſt pas raiſonnable que l'égliſe perde ſon fonds par le délit de l'homme qu'elle a baillé, ſuivant le *chap. ſi Epiſcopum*, 16, *quæſt.* 6, & la loi *Jubemus*, *Cod. de ſacroſ. Eccleſ. & cap. dilectum*, *de reg. jur. in* 6. Dolive au contraire rapporte deux arrêts de la Cour qui ont aſſujetti l'égliſe à bailler cet homme Vicaire au Seigneur haut-juſti-

cier ; & il regarde cette déciſion comme une juriſprudence certaine : toutefois l'arrêt rapporté par Albert, étant poſtérieur, & ayant dérogé aux autres, cette queſtion peut recevoir de la difficulté, ſur-tout par les privileges ſinguliers que les loix accordent à l'égliſe, & que les Parlemens ſont ſoigneux de lui conſerver.

Je croi donc qu'à l'égard de l'égliſe (plus favorable ſans doute qu'un corps laïque,) il faut employer la diſtinction introduite par cet arrêt, entre les biens que la communauté tient de la main du Seigneur, & ceux qu'elle poſſede par des acquiſitions nouvelles, & décider que l'égliſe doit être affranchie du joug de bailler l'homme confiſcant, pour ce qui concerne les fiefs, & autres fonds qu'elle tient de la main du Roi ou des Seigneurs, & qui ſont de ſon ancien patrimoine, en baillant une indemnité au Seigneur au dire d'experts ; & qu'à l'égard des fiefs nouvellement acquis ou autres fonds, elle doit bailler cet homme confiſcant.

Il faut ici obſerver que les gens de main-morte baillent l'homme vivant & mourant, non-ſeulement pour indemniſer le Seigneur des acaptes & arriere-captes, quand il eſt fondé en titres pour exiger ce droit ; mais encore pour la preſtation de la foi & hommage reconnoiſſance de la ſupériorité ; & qu'outre cela ils ſont tenus de bailler indemnité, pour dédommager le Seigneur des profits qui pouvoient lui revenir des lods & ventes des biens relevant de ſa Seigneurie. C'eſt ainſi que cela ſe juge, ſelon que l'obſerve M. Dolive, *loco ſupra*, où il ajoûte que cette demande d'indemnité eſt preſcriptible, quoique la preſtation d'homme vivant & mourant ne ſoit pas ſujette à preſcription, M. Cambolas, liv. 4, ch. 23, confirme cette déciſion.

On peut établir ſur la diſpoſition de l'arrêt rapporté dans ce chapitre, que ce ſeroit au Seigneur à prouver que les biens poſſédés par l'égliſe ſont tombés en ſa main par de nouvelles acquiſitions, & qu'ils ne ſont point de ſon ancien patrimoine formé par la dotation préſumée du Roi ou des Seigneurs eux-mêmes ; & que juſques-là l'égliſe doit être affranchie

de bailler l'homme confiſcant en offrant l'indemnité à ce ſujet.

CHAPITRE XXVII.

Si les nobles, habitans dans la juſtice d'un Seigneur, doivent plaider devant le Juge Banneret.

PAr arrêt du 15 Avril 1715, rendu à l'audience de la grand'chambre, Préſident M. de Marmieſſe, il fut jugé que le vaſſal aſſigné devant le Sénéchal peut demander ſon renvoi devant ſon juge ordinaire, qui eſt celui de la Seigneurie, quoique le Seigneur n'ait formé aucune demande en intervention pour le vendiquer; c'étoit dans la cauſe de Courreja, pour lequel plaidoit Me. de Lardos aſſigné devant le Sénéchal d'Auch, par Me. Davaria Prêtre, en délaiſſement d'une piece de terre, Me. d'Aſtruc plaidant pour ce dernier.

La diſpoſition de cet arrêt eſt contraire à la doctrine de Ferr. ſur la *queſt. 77 de Guip.* qui fait cette diſtinction, que le vaſſal peut demander de ſon chef le renvoi devant le juge ordinaire de la Seigneurie, ſans intervention du Procureur fiſcal, lorſqu'il eſt aſſigné devant le juge d'un autre Seigneur; mais non pardevant un juge royal, auquel cas il faut qu'il ſoit vendiqué par le Seigneur. *Nam ſi coram judice regio conveniatur non poteſt vaſſallus ſolus juriſdictionem illius declinare abſque Domini interventu.* Ferr. appuie cette déciſion ſur l'autorité d'Imbert & de Bacquet.

La raiſon déterminante de l'arrêt de la Cour, fut que les juriſdictions des Seigneurs, étant devenues par la conceſſion du Prince, les ordinaires des parties manentes & domiciliées dans l'étendue de la Seigneurie, il eſt de leur intérêt particulier de ne pouvoir être diſtraites hors de la juriſdiction, & de plaider devant leur juge immédiat; qu'ainſi chaque juſticiable eſt perſonne légitime, pour demander ſon renvoi de-

vant ſon juge ordinaire, ſans qu'il ſoit beſoin de l'intervention du Procureur fiſcal de la Seigneurie, ce que je crois véritable.

Il eſt bien vrai que dans l'eſpece de l'arrêt cité, il s'agiſſoit d'une action réelle, dont la connoiſſance appartient régulierement au juge du lieu où le fonds ſe trouve ſitué, ſuivant le titre du Code, *ubi actio in rem exercer. deb.* mais cette circonſtance n'influa point dans la déciſion qui fut rendue en theſe ſur le motif dont j'ai déja parlé.

C'eſt une maxime, que ni le Procureur du Roi d'un ſiege, ni aucun des officiers royaux du même ſiege ne peuvent exercer les fonctions de juges bannerets, y ayant incompatibilité; c'eſt ainſi que cela fut jugé en conformité des reglemens le 11 Avril 1726, en la chambre Tournelle, au rapport de M. Lafont-Vedelly; l'arrêt caſſa la procédure faite par Me. Beſſe Procureur du Roi au Bailliage de Brovillois, comme juge banneret du lieu de Pergan, dans l'affaire de Marie Dupra, accuſée d'avoir étouffé ſon part, & de l'avoir enterré enſuite dans la maiſon de Danſas, & ordonna que la procédure ſeroit refaite à ſes frais & dépens, avec défenſes audit Beſſe d'exercer tant qu'il ſera Magiſtrat royal des judicatures banneretes; enſemble à tous les officiers royaux du reſſort; Beſſe fut condamné aux dépens envers les parties pour leur tenir lieu de dommages & intérêts; les parties étoient l'accuſée, Françoiſe Dupra ſa ſœur, Danſas pere & fils, & la nommée Dulon.

Quand le miniſtere du Procureur du Roi d'une juriſdiction & ſes concluſions doivent entrer dans une affaire pendante au ſiege, il ne peut quitter ſa qualité pour prendre celle de juge, même en l'abſence du juge, ni faire donner des concluſions par un autre; c'eſt ainſi que je l'ai vu juger par arrêt de la chambre Tournelle, du Mercredi 7 Janvier 1725, Préſident M. de Tournier, ſur les concluſions de M. l'Avocat général de Saget; l'arrêt caſſa la ſentence avec amende contre le Procureur du Roi, qui avoit aſſiſté au jugement comme Aſſeſſeur.

La Cour avoit ainſi jugé la même queſtion en matiere civile, par arrêt rendu en l'audience de la grand'chambre le 8 Avril 1717 ; l'arrêt caſſa une élection conſulaire faite devant Me. Rudelle ſubſtitut de M. le Procureur général au ſiege de Caſſaigne en Rouergue, ſur la demande de Me. Gaſton Avocat de ce ſiege, à qui ce droit étoit dévolu en l'abſence du juge ; la Cour ordonna qu'il ſeroit procédé à une nouvelle élection conſulaire, & que Me. Rudelle y ſeroit appellé pour donner ſes concluſions ; Me. d'Aſtruc plaida pour Me. Gaſton, & Me. de Lardos pour Grimaldi Conſul, qui défendoit l'élection conſulaire.

CHAPITRE XXVIII.

De l'effet de trois quittances conſécutives de la rente.

LA diſpoſition de la loi 3, *Cod. de Apoch. publ.* qui regarde les payemens des impoſitions publiques faites en faveur du Prince, eſt appliquée par les arrêts, aux payemens faits par les emphitéotes aux Seigneurs directes ; c'eſt l'obſervation de Mornac ſur cette loi après Dumoulin : il réſulte de cette loi que l'effet des trois différentes quittances conſécutives de trois années, eſt de produire en faveur du débiteur une préſomption du payement des arrérages précédens, s'il n'y a pas de réſervation de ces arrérages, ſuivant Mornac, *eod.* & la doctrine de Faber *in ſuo Cod. lib.* 8, *tit.* 30, *definit.* 32 ; mais cette préſomption n'eſt que de droit, & nullement *juris & de jure* : & voilà pourquoi elle peut être détruite par la preuve contraire, à laquelle le demandeur en arrérages peut être admis, *Gloſſ. in leg.* 2, §. *ſi dubitetur*, *ff. teſtament. quemadmod. aperiant* ; c'eſt encore l'obſervation de Faber, *loco ſupra*, en ces termes : *ſed tamen non excludit ea præſumptio contrariam probationem, ſi creditor probare velit reliqua deberi, vincit enim præſumptionem probatio* ; la loi *Quicumque*, *de Apoch.* ne donne pas l'excluſion à

cette preuve du fait contraire à la préſomption de droit; elle l'autoriſe au contraire en ces termes : *aut id quod repoſcit deberi ſibi manifeſta geſtorum adſertione patefecerit*; mais je croi qu'aux termes de cette loi le demandeur en arrérages ne peut être reçu à d'autre preuve qu'à la preuve écrite.

En effet, la Gloſe, *in verbo Geſtorum*, de la loi *Quicumque*, exige que la preuve capable d'établir que les arrérages ſont dus, ſoit conſignée dans des actes publics, *probatione teſtium coram geſtis, id eſt, in actis receptorum*, & la note marginale ajoûte *manifeſta geſtorum aſſertio hic nihil aliud quàm manifeſtiſſima probatio*. Il faut donc que cette preuve ſoit écrite pour détruire la préſomption de droit concernant le payement des arrérages.

A l'égard de la réſervation du Seigneur directe, dans les quittances de la cenſive, j'eſtime que cette réſervation peut opérer l'effet dont parle notre auteur, ſi elle eſt faite en termes généraux, comme ſi le Seigneur s'y réſerve tout ce qui peut lui être dû pour droits Seigneuriaux, *ſemper enim ſpecialia generalibus inſunt. Leg. Semper, de reg. jur.* mais ſi au contraire dans les quittances des cenſives il ſe fait ainſi la réſerve, *pour autres droits & devoirs ſeigneuriaux*, cela ne peut être entendu, ſuivant les maximes, que pour droits différens & d'une autre nature que les cenſives, *incluſio unius, eſt excluſio alterius*.

CHAPITRE XXIX. & XXX.

Si le vaſſal & emphitéote peuvent preſcrire la mouvance.
De l'interverſion de poſſeſſion par la dénégation du vaſſal ou emphitéote.
Si le Roi peut preſcrire l'arriere-fief ſur ſon vaſſal qui lui en fait hommage.

DAns l'eſpece de l'arrêt du mois de Mars 1676, la principale raiſon qui pouvoit autoriſer la vente ſéparée de

la directité, étoit que la clauſe du précaire, qui, ſuivant la juriſprudence de ce Parlement, ſe trouve ſous-entendue dans les contrats de vente, donnant le privilege au vendeur de pouvoir demander la vente ſéparée du fonds dont le prix lui eſt dû; cette clauſe devoit opérer cet effet en faveur du Seigneur directe, auquel nulle confuſion ne pouvoit être oppoſée pour l'exclure du précaire, parce que s'il étoit dépouillé de la directe, il en retenoit néanmoins le domaine *animo* juſqu'à ſon effectuel payement, étant de la nature de la vente, ſelon l'obſervation de M. Cambolas, liv. 6, chap. 6, que le fonds ne ſoit à l'acheteur qu'en payant le prix, la tradition ayant été faite ſous cette condition, & avec cette charge que le prix ſeroit payé, ce qui ſert de fondement à la juriſprudence de ce Parlement, qui ſupplée en faveur du vendeur la clauſe du précaire omiſe dans les contrats de vente, par le ſecours de laquelle il a droit de demander la vente ſéparée du fonds par lui vendu en cas de diſtribution générale des biens de l'acheteur; d'où il faut conclure que la directité du fonds n'avoit point été confondue ici avec le domaine utile, puiſque le vendeur n'avoit point été payé du prix, & qu'il ne pouvoit être dépouillé que par le payement, ainſi que je viens de le remarquer; d'ailleurs la véritable confuſion eſt celle qui ſe fait par la réunion du domaine utile à la directité ſur la tête du Seigneur, alors la directité eſt abſolument éteinte, & ne peut plus que revivre par une nouvelle création, & je ne croi pas qu'il ſoit au pouvoir du juge de rétablir la directité une fois éteinte par la conſolidation, non plus que la ſervitude, tout cela dépendant du fait du propriétaire du fonds, comme un avantage de ſa propriété, *leg. in re mandata, eod. mandat.*

Quoique le Seigneur puiſſe acquerir par preſcription une directe ſur un fonds allodial avec un titre qui le conſtitue en bonne foi, & qu'il puiſſe même preſcrire la mouvance contre un autre Seigneur, ſi l'emphitéote & le vaſſal l'ont reconnu par la preſtation des droits ſeigneuriaux pendant l'eſpace de 30 ans, *Boër in conſuet. Biturigum*, des coutumes touchant preſcription, §. 2.

Toutefois l'emphitéote & le vaſſal ne peuvent jamais preſcrire les devoirs & droits ſeigneuriaux, ſtipulés par les titres contre le Seigneur. La raiſon en eſt, que le Seigneur retient toujours devers lui la poſſeſſion civile, qui fait que le vaſſal ou l'emphitéote ſont réputés poſſéder à ſon nom. Cette queſtion a été ainſi jugée par les arrêts rapportés par *Louet, lettre C, ſomm.* 21, où elle eſt amplement & doctement traitée, *Brodeau, eod.* en rapporte pluſieurs de conformes ; il faut néanmoins excepter de cette regle la quotité du cens, qui peut être preſcrite par l'emphitéote, à l'inſtar de la quotité de la dîme, qui peut l'être auſſi ſelon l'obſervation de *Brodeau, eod. num.* 12.

Pour ce qui concerne l'interverſion de poſſeſſion civile du côté du Seigneur, cette interverſion, qui peut autoriſer la preſcription du vaſſal, ne peut être établie que par le deſaveu formel de l'emphitéote ou du vaſſal interpellé par le Seigneur & le refus de payer la redevance, ou de rendre les devoirs ſeigneuriaux, ſur le fondement de la liberté du fonds ou de la perſonne ; car la ſeule ceſſation de payement des droits Seigneuriaux, ou de preſtation des devoirs ne peut établir l'interverſion de poſſeſſion, il faut une contradiction à la demande du Seigneur ; c'eſt la doctrine de *Paſtor, de jur. feud. lib.* 2, *tit.* 17, qui n'éxige même qu'une dénégation, *ſive in judicio, ſive extra.*

Après la dénégation, le poſſeſſeur du fonds emphitéotique preſcrit la mouvance par 30 ans, contre le Seigneur laïque, & par 40 contre l'eccléſiaſtique, ſuivant l'arrêt rapporté par le même auteur, *loco ſupra, num.* 3.

A l'égard de la queſtion décidée par l'arrêt du 20 Décembre 1675, que le Roi ne peut preſcrire contre l'égliſe les arriere-fiefs, il me ſemble que le Roi peut preſcrire par le laps de 40 ans, par la raiſon que toutes les Seigneuries, émanant originairement du Roi, & l'égliſe ne les poſſédant que par ſa conceſſion, c'eſt remettre les choſes dans leur premier état, que de faire rentrer en la main du Roi par la voie de la preſcription, la mouvance de l'arriere-fief, ce qui eſt

en

en ſoi favorable, *res enim de facili revertitur ad naturam ſuam, cap. ab exordio, diſtinct.* 35, *Gloſſ. Pragmat. in præm. verbo Univerſ. Flamin. de reſign. lib.* 6, *tit.* 5, *num.* 10.

La protection que le Roi doit à l'égliſe ne l'empêche pas, ſelon moi, d'uſer du droit commun, & de pouvoir preſcrire contre elle pour une choſe purement temporelle, & pour l'intérêt particulier de ſon domaine.

Cette protection conſiſte à prêter ſon bras & ſa puiſſance à l'égliſe, pour en faire exécuter les loix; & c'eſt dans ce ſens que les anciens Peres donnerent au grand Conſtantin le nom d'Evêque extérieur de l'égliſe, & que le ſixieme Concile de Paris dit, que les Princes du ſiecle tiennent quelquefois au-dedans de l'Egliſe le premier rang de la puiſſance qu'ils ont, afin de munir la diſcipline eccléſiaſtique par cette puiſſance, ſuivant l'obſervation de M. de Talon, traité *de l'autorité des Rois, touchant l'adminiſtration de l'égliſe, pag.* 122; mais la protection qu'ils doivent à l'égliſe ne va pas juſqu'à dépouiller leur domaine en ſa faveur, & l'égliſe n'a point à ſe plaindre ſi le Roi uſe du droit que la preſcription lui acquiert, puiſqu'en cela il n'a pas plus de privilege qu'un particulier qui peut preſcrire contre l'égliſe.

¶ Le droit d'épaves appartient à la haute-juſtice & lui eſt inhérent; l'égarement de toute eſpece d'animaux & d'effets même mobiliers en eſt une dépendance, juſques-là, que les mouches à miel qui ont abandonné leur repaire, & dont la pourſuite eſt elle-même abandonnée par le propriétaire, appartiennent au Seigneur haut-juſticier; ſuivant Coquille, *queſtion* 7, *& Bacquet, traité des droits de Juſtice, chap.* 33, *num.* 11, ce droit ne peut être enviſagé comme favorable, puiſqu'il ne tend à rien moins qu'à dépouiller le propriétaire de la choſe égarée, d'une façon rigoureuſe & dans un délai bien court pour la réclamer; c'eſt celui de 40 jours, après la premiere publication faite au prône, & les cris publics ès lieux accoutumés. Combien de gens en effet, qui ont égaré dans un voyage de long cours, ſur un chemin public, des effets mobiliers dont ils n'ont reconnu la perte qu'à

leur arrivée ; effets égarés ſouvent par la faute des domeſtiques, qui en ont dérobé la connoiſſance à leur maître : mais d'ailleurs l'incertitude du temps & des lieux où les effets ont été égarés, le peu d'exactitude dans les cris publics, qui eſt un obſtacle à la recherche du propriétaire de la choſe, tout cela ne concourt-il point à prouver la rigueur de ce droit, & à faire conclure que le Seigneur juſticier ne mérite pas d'être traité favorablement, & que le moindre défaut dans la procédure qui doit être obſervée à cet égard, doit le faire décheoir de ſon droit ſur la choſe, & en réintégrer le propriétaire, quoique réclamant après le délai ?

C'eſt une queſtion, ſi une bague ou braſſelet égaré ou perdu, eſt réputé épave ; *Bouvot, tom. 2, in verbo Eſpaves, queſt.* 1, tient que non, & qu'il appartient à celui qui l'a trouvée dans ſon fonds. L'arrêt qu'il rapporte ſur cela, eſt du 5 Avril 1612, rendu contre le haut-juſticier, qui formoit la demande d'un braſſelet d'or, trouvé dans l'étendue & territoire de la haute-juſtice, vendu enſuite par l'inventeur à un tiers qui en avoit payé le prix ; cet arrêt déboute le Seigneur de ſa demande. Cet Arreſtographe traite au long la queſtion, ſi ſous le mot *d'épaves* ſont compriſes ſeulement les choſes mouvantes, comme cheval, vache, &c. il n'explique pas le motif de l'arrêt ; mais je crois qu'il fut pris de ce que le braſſelet d'or, ayant paſſé en la main d'un acheteur de bonne foi, le Seigneur n'y avoit point droit de ſuite l'effet ayant été dénaturé ; car non-ſeulement les animaux, mais les choſes même mobiliaires inanimées ſont réputées épaves, *leg. moventium ff. de verb. ſign. res moventes legatæ etiam inanimatæ debentur, leg.* 2, *de ſup. leg. ult. de requir. reis.*

CHAPITRE XXXII.

S'il eſt dû des lods du rachat.

DUmoulin, *in conſuet. Pariſ. tit. des fiefs*, §. 23, *Gloſſ.* 1, *in verbo*, droit de relief, *num.* 15, après avoir agité la queſtion, s'il eſt dû des lods de la repriſe du fonds, faite en vertu du pacte de rachat appoſé dans le contrat de vente, réſout que non, par cette raiſon que *ſufficit quod reſolutio primæ venditionis non cauſatur à cauſa nova; ſed à cauſa antiqua & neceſſaria inexiſtenti primæ venditioni vel re integra adjectæ, tunc enim ejuſmodi reſolutio eſt pars primæ venditionis, & illius executio, unde ex ea non inſurgunt nova jura.*

Si le pacte de rachat avoit été ſtipulé dans un contrat diſtinct & ſéparé de la vente, alors le lods du rachat ſeroit dû, parce qu'il y auroit d'abord deux contrats qui produiroient une double tradition de fonds; le premier de vente, le ſecond de revente, ſuivant *Tiraq. de retract. convent.* §. 6, *quæſt.* 2, *num.* 2, à moins que le ſecond contrat contenant le pacte de rachat, ne fût abſolument connexe au premier, comme s'il avoit été paſſé le même jour entre les mêmes parties, ce qui eſt requis par Dumoulin ſur la regle *de public. num.* 168, pour établir connexité d'actes.

M. Dolive, liv. 2, chap. 18, rapporte un arrêt de la Cour, du 12 Mai 1663, qui jugea qu'il étoit dû un lods de la repriſe du fonds par rabattement de décret; la raiſon de la différence entre cette repriſe & celle qui ſe fait en vertu du pacte de rachat, eſt que celle-ci procede de la convention des parties, qui eſt la loi du contrat, & qu'il ne ſe fait rien de nouveau dans le rachat, tout ſe rapporte au contrat de vente qui a produit un lods au Seigneur direct; au lieu que dans le rabattement, le fonds étant repris par grâce ſpéciale, que les Cours ſupérieures accordent aux débiteurs, & qui

n'a nul rapport au décret ; ce ſont là d'abord deux actes diſtincts & ſéparés, & qui doivent produire chacun un lods au Seigneur directe.

CHAPITRE XXXIII.

Si l'emphitéote peut déguerpir lors que dans le bail il a été renoncé à la faculté de pouvoir jamais déguerpir.

IL eſt conſtant qu'on ne peut déguerpir, quand, dans le contrat d'inféodation, on a expreſſément renoncé à cette faculté, parce qu'on ſe trouve lié par une obligation perſonnelle qui paſſe aux héritiers & donataires avec le fonds emphitéotique ; mais le tiers-acquereur de ce fonds, comme eſt l'acheteur, peut ſans difficulté le déguerpir en laiſſant la piece en l'état qu'elle fut baillée par le Seigneur, & en payant les lods & ventes s'il en eſt dû, de même que les arrérages des cenſives & droits ſeigneuriaux ; c'eſt la doctrine de M. Larroche, & la diſpoſition d'un arrêt qu'il rapporte, traité *des droits ſeign. chap.* 15, *art.* 1.

Il y auroit, ſelon moi, de la difficulté de la demande en reſtitution, que formeroit un mineur, fondée ſur cela ſeul, qu'il auroit renoncé à la faculté de déguerpir dans le contrat de bail, s'il n'y avoit pas d'ailleurs de la lézion ; en effet, les meilleurs auteurs étant d'accord que la renonciation à cette faculté n'a rien qui ne ſoit conforme à la nature du contrat de bail, & à l'intention des parties, il faut tirer cette conſéquence, que cette renonciation n'emporte point avec ſoi de lézion, & que celui qui l'a faite ne s'écarte point des loix communes de ce contrat : cela poſé, le mineur ne paroît point reſtituable envers cette clauſe, par la raiſon qu'il ne fait rien en cela que ce qu'un majeur raiſonnable a coutume de pratiquer ; or, & ſuivant la diſpoſition du droit & des arrêts, un mineur eſt exclus du bénéfice de la reſtitution en entier, quand il n'a fait que ce qu'un majeur raiſonnable

a coutume de faire ; c'eſt la doctrine de *Charondas*, *réſponſ. liv.* 3, *chap.* 30, fondée ſur la loi & ſur la diſpoſition d'un arrêt du Parlement de Paris du 30 Septembre 1494.

Je croi que le laps de dix années, qui, ſuivant les ordonnances, eſt le terme fatal des actions reſciſoires, n'empêche pas une communauté de ſe pourvoir contre un acte qui renfermeroit une lézion pour elle, par cette raiſon, que la preſcription de dix ans ne court point regulierement contre les mineurs, à qui les communautés ſont comparées, ſuivant la doctrine *de Guip. quæſt.* 31, & que les mineurs & les corps eccléſiaſtiques ou laïques, étant privilégiés de droit commun, ſont toujours ſenſés exceptés de la diſpoſition générale des ordonnances, s'il n'y a mention expreſſe d'eux ; ainſi que l'obſerve *Louet, lettre H, ſomm.* 15, pour les corps eccléſiaſtiques.

CHAPITRE XXXV.

Que doit faire celui qui eſt tenu d'héberger ?

MR. Dolive, au lieu cité par l'Auteur, a fait une curieuſe recherche ſur l'origine de ce droit d'hébergement, il dit que les Seigneurs ont la plûpart ſtipulé, en la conceſſion des fiefs la faculté, de pouvoir s'héberger en la maiſon de leurs vaſſaux, c'eſt-à-dire, d'y aller avec certain nombre de perſonnes, & en certains temps de l'année, comme en un hoſpice, pour y manger & y être traités, ce que les Seigneurs ont introduit à l'inſtar de l'hébergement que les Empereurs Romains avoient établi ; & après eux Charlemagne, en faveur des officiers de l'Empire ou magiſtrats envoyés dans les Provinces pour des affaires d'Etat, ces officiers munis de lettres du Prince devoient être logés & pourvûs de vivres & de chevaux dans leurs routes par les ſujets de l'Empire, & défrayés. Cet Auteur remarque que ce droit eſt en ſoi odieux, en ce qu'il oblige les vaſſaux à recevoir malgré eux des per-

ſonnes inconnues en leurs maiſons, qui doivent être pour le maître un azile aſſuré & inſolvable.

De ces principes il faut conclure que ce droit d'hébergement n'eſt point inhérent à la conceſſion du fief, & qu'il doit avoir été ſtipulé dans le bail ou titre primordial, ou dans les reconnoiſſances poſtérieures, à défaut de ce titre; mais ces reconnoiſſances, fuſſent-elles expreſſes, ſeroient réputées ſur charge ſi le titre primordial étoit rapporté, & qu'il n'y fût pas queſtion de ce droit d'hébergement, redevance odieuſe en elle-même; d'où il faut conclure que le Seigneur qui en fait demande n'eſt pas favorable, & qu'il faut pencher du côté de la décharge du vaſſal dans les doutes qui peuvent s'élever ſur le titre du Seigneur & ſur la maniere même d'exécuter cet hébergement convenu & ſtipulé; *in ambiguis benigniora præferenda ſunt*, c'eſt une regle d'équité.

CHAPITRE XXXVI.

Si le fief, ou le fonds donné en emphitéoſe qui revient au Seigneur, revient franc & quitte des charges.

LA queſtion, ſi dans la réunion qui ſe fait du fief ou du fonds emphitéote *jure dominii & conſolidationis*, les hypotheques & ſervitudes établies *medio tempore* par le vaſſal ou emphitéote, demeurent éteintes, a partagé les interpretes & les juges, *Guip. quæſt.* 575, après avoir dit que l'emphitéote peut valablement hypothéquer le fonds emphitéotique & l'aſſujettir à des ſervitudes, ajoûte que les hypotheques & ſervitudes demeurent éteintes, ſi le fonds revient au Seigneur par droit de dominité, comme au cas de commiſe & autres de cette eſpece. Ferriere obſerve, *eod.* que ſi le Seigneur reprend le fonds *jure dominii & conſolidationis*, c'eſt avec extinction de toutes hypotheques & ſervitudes impoſées par l'emphitéote depuis le bail, & il n'excepte que le cas de réunion qui ſe fait par le droit de prélation

qu'exerce le Seigneur, dans lequel, étant réputé *loco emptoris*, il eſt tenu aux charges impoſées ſur le fonds, *res enim tranſit cum ſua cauſa*.

D'un autre côté Charond. *reſponſ. liv.* 5, *chap.* 40, qui a traité au long la queſtion, décide contre ceux qui tiennent que le fonds dont la réunion ſe fait *jure dominii*, revient au Seigneur, libre de toutes hypotheques & ſervitudes impoſées, *medio tempore*. Loiſeau, *des Seigneuries, chap.* 12, *num.* 94, aſſure encore que dans le cas de la réunion qui ſe fait par confiſcation du fonds emphitéotique, on déclaroit autrefois par une déciſion erronée le fonds libre de toute hypotheque, ainſi la queſtion ſe trouve controverſée parmi les interpretes; elle l'eſt encore parmi les juges, ainſi qu'il réſulte des arrêts contraires rapportés par *Brodeau* ſur *Louet*, *lettre C*, *ſomm.* 53. Ceux qui tiennent que le fonds revient libre d'hypotheques au Seigneur, ſe fondent ſur cette maxime, que l'emphitéote ne poſſede pas tant pour lui-même que pour le Seigneur, *non tam ſibi quàm alteri poſſidet*; par où ils prétendent que les hypotheques, ayant été créées ſur le fonds ſans le fait du Seigneur, il n'eſt pas obligé à les purger lorſqu'il reprend le fonds *jure dominii directi*.

Ceux de l'opinion contraire s'appuient ſur cette autre maxime, que les fiefs étant patrimoniaux & réels en France, à la différence du droit des Lombards, ſelon lequel ils étoient perſonnels, rien n'empêche les propriétaires de leur impoſer, comme ſur une choſe propre, les charges & ſervitudes qu'ils trouvent à propos.

Parmi ce conflit d'opinions, je croi qu'il faut uſer de cette diſtinction pour amener la queſtion à un point fixe de déciſion, ou la réunion ſe fait pour cauſe néceſſaire, *& ex lege contractûs*, ou pour cauſe volontaire & accidentelle; au premier cas, & quand les conventions appoſées au contrat d'inféodation, où les aveux & dénombremens rendent cette réunion néceſſaire, il faut décider que le fonds revient libre d'hypoteques & charges au Seigneur; au ſecond cas, comme eſt celui de la confiſcation des biens du vaſſal ou de l'emphy-

téote du déguerpiſſement, & autres cas volontaires ou accidentels, le Seigneur retire le fonds avec les charges impoſées, *medio tempore*; c'eſt la diſtinction de Louet, *lettre C*, *ſomm.* 53. après Dumoulin, qui doit, à mon avis, ſervir de regle.

Parmi les cas de confiſcation, dans leſquels le Seigneur féodal retire le fief avec les charges impoſées par le vaſſal, celui du crime de leze-majeſté demeure excepté pour les ſubſtitutions faites du fief, que la confiſcation fait tomber libre entre les mains du Roi. La raiſon qu'en donne le docte *Mornac* ſur la loi 31. *ff. de pignor. & hypoth.* eſt que les fiefs ne ſont jamais concédés par le Roi, que ſous la condition de retour & de réunion en cas de révolte & de rébellion de la part du vaſſal, qui eſt un crime de félonie; la réunion ſe fait donc alors *ex lege contractûs*; & voilà pourquoi les charges impoſées par le vaſſal ſont éteintes par la confiſcation du fief.

CHAPITRE XXXVII.

Si lorſque le Seigneur a aſſez de titres pour établir le fief, on peut lui oppoſer que les actes ont été paſſés par erreur, ſur la foi d'autres reconnoiſſances où le même fief n'étoit pas compris.

C'Eſt une maxime en matiere féodale, que les ſurcharges impoſées pour cauſe même, doivent être réduites, & les Parties remiſes au même état où elles étoient auparavant, ainſi jugé en la deuxieme des Enquêtes l'année 1717. au rapport de Mr. Duclos, en faveur des habitans du lieu de Violgue, contre le Commandeur leur Seigneur, quoiqu'il y eût pluſieurs tranſactions entre les habitans du lieu & le Seigneur, qui tendoit à autoriſer la ſurcharge.

La raiſon ſe préſente d'abord, le Seigneur eſt préſumé avoir uſé des voies d'autorité pour extorquer de ſes emphytéotes

ces

ces reconnoiſſances, ſur-tout s'il eſt haut-juſticier, & qu'il ait *jus gladii*; mais d'ailleurs la faveur de la libération & de la liberté prévaut ſur celle de la choſe tranſigée, & opere la décharge, *non enim ſunt præſtandæ operæ quæ onerant libertatem, Leg. 4. Cod, de oper. libert.* Ainſi, nulle preſcription ne peut être oppoſée, le titre primodial veillant toujours pour les emphytéotes; ce qui a même lieu quoiqu'il ſoit intervenu des jugemens ou arrêts qui ayent ordonné l'exécution des titres contenant ſurcharge, pourvu qu'il n'ait pas été queſtion de la ſurcharge même, & qu'elle n'ait pas fait la matiere du procès

¶ J'ai déja dit ſur ce chapitre que le droit de péage pouvoit être établi ſur une poſſeſſion immémoriale qui approche de la centenaire, ce qui eſt fondé ſur l'opinion non-ſeulement de Bacquet au lieu déja cité, mais ſur celle de *Guip. conſil.* 150. *n°.* 4. & de pluſieurs autres, & cette déciſion a été adoptée par l'arrêt du 22. Juin 1722; mais cette déciſion doit être entendue des péages qui ſont établis ſur rivieres navigables & dont la proprieté appartient aux Seigneurs hauts-juſticiers, dans le territoire deſquels ces rivieres ont leur cours; car pour les rivieres navigables ſans écluſe ni artifice, nul ne peut être maintenu dans la poſſeſſion de ce droit s'il ne fait pas apparoir des titres de propriété autentiques émanés des Rois prédéceſſeurs de Sa Majeſté avant l'année 1566; telle eſt la diſpoſition de la déclarat. de Tours du 14 du mois d'Avril 1683; & ces titres doivent être inféodations, contrats d'aliénation, aveux, dénombremens rendus au Roi, faute de quoi ces droits de péage demeurent réunis au domaine par la raiſon énoncée dans l'ordonnance de 1670, contenant reglement pour les eaux & forêts, tit. de la police & conſervation des eaux & rivieres; ſçavoir, que les rivieres navigables portant bâteaux de leur fonds, ſans artifice & ouvrage des mains, ſont partie du domaine de la Couronne: ce droit étant domanial, toutes les conteſtations qui peuvent s'élever entre le propriétaire ou les fermiers & un tiers, doivent être portées devant les juges ordinaires des parties &

par appel aux Cours de Parlement ; & c'eſt pour cela même que les lettres de conceſſion de ce droit, obtenues du Roi, doivent être régiſtrées, non aux Cours des Aides, mais aux Parlemens (ainſi que l'obſerve Bacquet, traité de juſtice, chap. 20. n°. 26.) Le droit de péage concédé ſe perd par le non uſage d'un laps de dix ans, *Guip. conſ.* 56. *num.* 2. *Ranch. part.* 4. *concluſ.* 26. ce qui s'entend ſi le propriétaire ou le Seigneur péager demeure dans l'inaction pendant cet eſpace de tems, & qu'il néglige de faire expoſer tableau ſur le paſſage, contenant conceſſion de ce droit, & ce à telle hauteur & endroit que la conceſſion puiſſe être lue, & en groſſe lettre, ſans cela le Roi affranchit à perpetuité du payement de ce droit, tous Marchands, Voituriers ou paſſans. *Deſpeiſſ. des droits Seign. Tit.* 6. *ſect.* 6. *num.* 16. *Ferr. ſur la queſt.* 413. *de Guipap.* obſerve que ce droit étoit inconnu chez les Romains, où la police étoit telle, que ceux qui poſſédoient des champs limitrophes des chemins publics, étoient tenus des réparations de ces chemins.

CHAPITRE XXXVIII.

Du droit de Péage.

JE fais difficulté ſur l'Arrêt qui décida que la poſſeſſion immémoriale ne ſuffiſoit pas pour acquerir au Seigneur le droit de péage, & pour lui faire titre : quoique le droit de Péage ſoit de ſa nature royal, il ne s'enſuit pas qu'il ne puiſſe être poſſédé légitimément par le ſujet ſur la conceſſion du Roi. Or cette conceſſion eſt préſumée après une poſſeſſion centenaire, paiſible & non interrompue de la part du Seigneur, parce que nos Docteurs françois décident unanimement qu'elle opere le même effet que le titre, & qu'elle le ſuppoſe ; c'eſt la doctrine de Mornac, *in Leg. an uſufructus. ff. de uſufruct.* de Dumoulin, *conſ.* 26. *num.* 25. *de Chaſſan. ſur la coutume de*

Bourgogne, tit. des mains mortes, §. 2. de Tiraq. de retract. convent. §. 1. Gloſſ. 2. num. 15.

Cette poſſeſſion doit doit être établie par écrit, & ſur des hommages ou dénombremens faits au Roi, ſuivis des baux à ferme de ce droit, ou autres titres poſſeſſoires.

Par Arrêt du Conſeil du 29. Août 1724. le Roi a commis dix Commiſſaires pour procéder à l'examen des titres du droit de péage, paſſage, travers, & autres qui ſe perçoivent ſur les ponts & chauſſées, chemins & rivieres navigables & ruiſſeaux y affluans, dans toute l'étendue du Royaume, deſquels titres ſera par les Commiſſaires dreſſé des Procès verbaux avec leur avis, pour le tout être rapporté au Conſeil, & être ordonné ce qu'il appartiendra.

Par autre Arrêt du Conſeil du 9. Juillet 1726. il eſt défendu à tous Seigneurs d'exiger le droit de Péage, que préalablement ils n'ayent produit & repréſenté les titres en vertu deſquels ils avoient droit d'en joiur, aux Commiſſaires départis à ce ſujet.

Ces Arrêts prouvent que le droit de Péage eſt royal, & préſumé appartenir à la Couronne, à moins que les Seigneurs particuliers qui s'y prétendent fondés, ne dérruiſent cette préſomption par la preuve du contraire & par titres concluans, parmi leſquels on peut ranger la poſſeſſion centenaire dont il a été parlé.

Il y a un Arrêt rendu en la troiſieme Chambre des Enquêtes le 8. Juin 1722. au rapport de Mr. de St. Laurens, entre le Syndic du Chapitre de Nogaro, & le Syndic de la Communauté de Lupiac, qui a jugé en faveur du Chapitre, que le droit de Péage lui étoit acquis par la preuve d'une poſſeſſion centenaire ſans autre titre, conformément à ce qui eſt rapporté par *Bacquet, des droits de Juſtice, ch. 30. num. 23.*

L'Ordonnance de Blois, art. 28. autoriſe cette poſſeſſion à défaut de titres, en ces termes : *abolissons & interdisons tous Péages de travers nouvellement introduits, & qui ne sont fondés en titre ou poſſeſſion légitime.*

CHAPITRE XXXIX.

De la préſéance diſputée entre les Hommagers & les Conſuls.

DAns les regles communes, l'hommager d'une partie de la terre précede les Conſuls du lieu dans les honneurs de l'Egliſe & aux proceſſions : l'hommager porte ſur ſoi un rayon de la prééminence du Seigneur dominant, & les Conſuls ſont ſimples Officiers municipaux par état, quoiqu'ils ayent l'exercice de la Juſtice.

Cette queſtion a été ainſi jugée par deux Arrêts de ce Parlement, rapportés par Mr. de Cambolas, liv. 4. ch. 25. Par le premier, en date du 26. Avril 1621. le Sr. de Montpeiroux comme hommager du Baron d'Antraigues, obtint la préſéance dans le lieu d'Antraigues ſur les Conſuls de ce lieu, quoique ſa directe ſe trouvât répandue dans les autres lieux dépendans de la Baronie. Par le ſecond, en date du 9. Juin 1628. Me. Peſan Avocat, hommager du Roi dans le lieu de Savenes, obtint pareille préſéance ſur les Conſuls de Verdun, qui exerçoient dans Savenes la Juſtice criminelle au nom du Roi, Mr. *Dolive*, liv. 1. chap. 29. rapporte des Arrêts conformes. On peut ajouter à ces Arrêts celui que la Cour rendit le 10. Février 1730. au rapport de Mr. de Mariotte, en faveur du Sr. de Royer, hommager du Roi dans le lieu de Monjoire, contre les Conſuls de ce lieu; l'Arrêt maintient le Sr. Royer au droit de préſéance ſur les Conſuls en toutes cérémonies publiques & particulieres, à l'offrande, à la diſtribution du pain-beni, & de banc, pour lui & ſa famille dans l'Egliſe.

Tout ce qui peut faire quelque difficulté dans cette queſtion, eſt de ſçavoir ſi la poſſeſſion de la part des Conſuls peut intervertir cet ordre, & leur donner la préſéance ſur l'hommager.

Suivant la doctrine de Mr. Dolive, *loco ſupra*, la poſ-

ſeſſion en matiere de rangs, de préſéances & de reglemens, n'eſt pas conſidérable, parce que ces choſes ſont partie du droit public, qui eſt impreſcriptible : ſuivant l'arrêt rapporté par Cambolas dans la cauſe des Conſuls d'Antraigues, on ſe régla ſur la poſſeſſion, puiſque les Conſuls avoient ſoûtenu qu'elle étoit de leur côté ; le Parlement interloqua ſur ce fait, & n'accorda à l'hommager la préſéance que proviſoirement.

Simon, dans ſon traité *des Droits Honorif. tit.* 17. donne beaucoup à la poſſeſſion en matiere de rangs & de préſéance, puiſqu'il dit que la préſéance entre les dignités des Cathédrales & autres Egliſes, ſe regle ſur la poſſeſſion, & que le rang entre les Chanoines ou Prêtres d'une ſociété, dépend de l'uſage. Je croi qu'il faut uſer d'une diſtinction ſur ce point ; ſi la préſéance eſt purement de droit public, comme celle qui eſt due à la haute-juſtice ſur la moyenne & baſſe, ou à un corps de faculté ſur un autre, alors la poſſeſſion de l'inférieur dans la preſéance, ne pourroit lui faire titre, parce qu'elle ſeroit abuſive, & qu'on ne peut preſcrire contre l'ordre public ; & c'eſt en ce ſens qu'il faut entendre Tiraqueau, *de nobilit. cap.* 20. *num.* 55. lorſqu'il dit que la préſéance étant de droit public, la preſcription ne peut lui faire obſtacle : ſi au contraire la préſéance diſputée regarde le droit particulier, & qu'il n'y ait point d'interverſion d'ordre public, alors la poſſeſſion eſt conſidérable, & peut faire titre : Ainſi je croi que la préſéance entre un ſimple hommager, & les Conſuls d'un lieu, étant de cette derniere eſpece, les Conſuls la peuvent preſcrire contre l'hommager, ſuivant l'Arrêt rapporté par Mr. de Cambolas.

Il y a encore un autre arrêt récent de ce Parlement, rendu en la premiere Chambre des Enquêtes l'année 1723. en faveur de Me. de Latournerie, Avocat en la Cour, hommager du Roi, qui lui adjugea la préſéance ſur les Conſuls du lieu de Ste. Foi, où il a un fief appellé d'Agarros, quoique les hommagers ſes prédeceſſeurs n'euſſent jamais joui de cette préſéance, ne s'étant point rencontrés en concours avec

les Conſuls; les Juges crurent qu'il ſuffiſoit que cette préſéance fût annexée de droit à l'hommager, & qu'il n'y eût point dérogé par des actes contraires, en ſe laiſſant précéder par les Conſuls, pour qu'elle dût lui être adjugée.

Cette préſéance n'eſt pas moins due à l'Avocat hommager du Roi, qui n'eſt point noble de race, qu'à celui qui l'eſt; par la raiſon que la qualité d'Avocat fondée ſur les grades, lui donne une nobleſſe perſonnelle, ſuivant la remarque de Rebuff. *tract. nominat. queſt.* 15. *num* 30.

Mr. *Tiraqueau*, dans ſon traité *de nobilitate*, *cap.* 31. *num.* 360. donne aux Avocats cette même prérogative, à cauſe de la profeſſion des loix qu'ils exercent, qui eſt une vraie milice, dans laquelle l'Avocat combat ſans relâche pour la défenſe de la vie, de la réputation & de la fortune des citoyens; & c'eſt dans cet objet que nos Rois ont autrefois accordé aux Avocats le titre honorable de Chevaliars des loix, comme l'obſerve *Mornac* de Charles V. ſurnommé le Sage, ſur la loi 14. *Cod. de Advocat. diverſor. judic.*

Les Avocats des Parlemens qu'on doit regarder ſans doute comme militans plus dignement que les autres, ont auſſi reçu par ce motif une marque de diſtinction dans l'ordonnance de 1669. *tit. des commitimus*, *art.* 17. puiſque le Roi y accorde aux anciens le droit de *commitimus*, ainſi qu'à Mrs. les Avocats, & Procureurs généraux des mêmes Parlemens.

CHAPITRE XL.

Du droit que les Seigneurs ont de deſtituer les Officiers.

L'Oiſeau qui a exactement traité, la matiere de la deſtitution des Officiers des Seigneurs, *liv.* 5. *ch.* 5. *des offic. des Seign.* obſerve au nombre 6. que c'eſt un point décidé par l'ordonnance de Rouſſillon de l'an 1563. que tous Officiers des Seigneurs par eux établis, ou par leurs prédéceſſeurs peuvent être deſtitués à volonté, à moins que

ces Officiers n'ayent été pourvûs à titre onéreux ; c'eſt-à-dire, moyenant finance, ou en récompenſe de ſervices ; & cette diſpoſition de l'ordonnance tombe indiſtinctement ſur les Officiers pourvûs par les Seigneurs Laïques ou Eccléſiaſtiques (comme le dit Larroche des droits Seign. ch. 26. art. 1.) mais comme c'eſt une maxime, *omnis deſtitutio eſt ignominioſa*, c'eſt ſe conformer à l'eſprit de cette ordonnance que de n'admettre pas arbitrairement les Seigneurs à deſtituer leurs Juges ; & ſans un motif preſſant, ſur-tout quand il s'agit de la deſtitution d'un Juge qui a vielli dans les fonctions (& par-là de ceux qui ont été pourvûs à titre gratuit,) car pour ceux qui ont été pourvûs à titre onéreux, leur deſtitution n'eſt point au pouvoir du Seigneur. *Loiſeau, num.* 6. improuve entierement la variation du Seigneur qui ſe porte à deſtituer un Juge méritant, & dit, que dans ces circonſtances les Parlemens n'autoriſent point pareilles deſtitutions qui peuvent être l'effet d'un faux rapport ſur le compte de l'Officier, ou de la réſiſtance de ce dernier à adhérer à la volonté du Seigneur en choſe injuſte. Sur quoi M. Dolive, *Liv.* 1. *chap.* 37. *de ſes Arrêts*, applaudit à la ſageſſe du ſtatut de l'ordre de Malthe, qui réprouve cette deſtitution arbitraire de l'Officier gratuitement pourvû, & il rapporte un Arrêt de ce Parlement, qui l'a ainſi jugé à l'égard de l'ordre de Malthe, en faveur de l'ancien Officier contre le nouveau, pourvû par le Commandeur de Monſaunés. Il eſt même de l'intérêt public, que les Seigneurs ne puiſſent deſtituer *ad libitum*, & ſans cauſe grave, un digne ſujet, ſoit par les mœurs, ſoit par la capacité, puiſque c'eſt le moyen de faire rendre aux ſujets du Roi la juſtice d'une façon exacte, au lieu que ſi pareille deſtitution dépendoit du caprice ou de la fantaiſie du Seigneur, ce ſeroit éloigner du tribunal de la Juriſdiction, ce qu'il y auroit de gens méritans ; cela peut à la verité choquer ou géner la liberté des Seigneurs juſticiers ; mais cette liberté paroît directement oppoſée au bien public, qui doit toûjours l'emporter ſur le particulier. L'Arrêt de ce Parlement qui décharge l'Officier pourvû à ti-

tie de ſervices d'en faire la preuve, eſt un préjugé à ſuivre ; s'il arrivoit toutefois que l'Officier fût tombé dans quelque cas qui méritât ſa deſtitution, alors le Seigneur pourroit y procéder en indemniſant l'Officier à raiſon des ſervices rendus, ou de la finance qu'il auroit reçue pour l'inſtitution ; mais ce ſeroit alors à l'Officier à établir la preuve des ſervices effectifs, pour fixer l'indemnité qui doit lui en revenir.

Loiſeau, *loco citato*, *num.* 57. dit qu'il faut que l'Officier deſtitué ſe pourvoie par appel au Parlement, de la deſtitution qui lui a été ſignifiée de la part du Seigneur, & que proviſoirement il doit continuer l'exercice de ſes fonctions juſques à ce qu'autrement en ait été ordonné par arrêt, *eod. num.* 60. *Brodeau ſur Louet, lettre O, ſomm.* 2. *num.* 8. tient que la ſeule énonciation de ſervices, dans les proviſions expédiées par le Seigneur, ſuffit, ainſi que l'a décidé notre arrêt ; & cet Auteur cite Bacquet & Dumoulin pour garants de ſon opinion : mais il rapporte au même lieu pluſieurs arrêts du Parlement de Paris, qui ont permis aux Seigneurs eccléſiaſtiques de deſtituer leurs Officiers pourvûs pour récompenſe de ſervices, quand ils ne rapportent point la preuve des ſervices énoncés dans les lettres de leur Proviſion. Et quand les ſervices n'ont été rendus qu'aux prédéceſſeurs des Bénéficiers procédant à la deſtitution, & non au bénéfice ; la raiſon en eſt ſenſible, elle eſt priſe de ce que les Bénéficiers n'étant qu'uſufruitiers du bénéfice, leurs ſucceſſeurs ne peuvent être obligés pour des ſervices qui leur ſont proprement étrangers ; il en ſeroit autrement ſi les bénéficiers qui en ſont redevables, vouloient faire pareille deſtitution, car ils ſeroient alors liés par une obligation perſonnelle. Si au contraire les ſervices étoient réels, comme étant rendus au bénéfice même, la deſtitution n'auroit pas lieu, ſi ce n'eſt dans le cas de quelque indignité ſurvenue du côté de l'Officier ; & dans ces circonſtances, en le deſtituant, il faudroit pourvoir à ſon indemnité ; mais pour ce qui concerne le Seigneur laïque, l'acquereur de la terre à titre particulier, comme de vente, ou autrement, ne peut dépoſſéder l'Officier

cier mis en place à titre onéreux ; quoique cela ne ſe trouve point ainſi ſtipulé dans le contrat de vente, parce que le titre onéreux affecte le fonds, & ſuit la choſe en quelque main qu'elle puiſſe tomber, ſuivant l'Arrêt du 10. *Juin* 1639. rapporté par Brodeau ſur Louet, *loco ſupra, num.* 9. ce qui doit avoir d'autant plus lieu ici, que le ſervice a tourné à la conſervation de la Terre même ou Seigneurie.

CHAPITRE XLI.

Des biens vacans.
Si les foſſés & murailles appartiennent au Seigneur juſticier.
Des biens de la Communauté.

PAr arrêt du 5. Mai 1728. rendu en la premiere Chambre des Enquêtes, au rapport de Mr. Doujat, entre le Seigneur de Caſſaignols & Pierre Sabatier, il a été jugé qu'en Languedoc, le Seigneur haut-juſticier ne peut demander le lit qu'une riviere quitte ; mais qu'il appartient au riverain. Le motif de cet arrêt peut être pris de ce que la Province de Languedoc, ſe régiſſant par la diſpoſition du droit écrit, le lit qu'une riviere quitte appartient aux riverains, à proportion de la largeur du rivage, ſuivant le paragraphe *inſula, inſt. de rer. diviſ.* qui s'explique bien clairement ſur ce point, *quod ſi naturali alveo in univerſum relicto alia parte fluere cœperit, prior quidem alveus eorum eſt qui prope ripam ejus prædia poſſident pro modo, ſcilicet latitudinis cujuſque agri quæ latitudo prope ripam ſit.*

Les Seigneurs juſticiers ont néanmoins la propriété & l'uſage des rivieres non navigables, tant qu'elles conſervent leur nom & leur ancien lit ; en ſorte qu'ils ont droit prohibitif de pêche & de conſtruction du Moulin ſur la riviere, ſuivant l'arrêt de la Cour rapporté par Mr. de Larroche, *des droits Seig. chap.* 17. *art.* 1. *& la doctrine de* Ferr. *ſur la queſt.* 514. Guip.

Par jugement de la Chambre des Requêtes & Juges en dernier reſſort, concernant les eaux & forêts, en date du 13. Mars 1725 plaidans Me. Aſtruc pour le Sr. Abbé de Moiſſac, Seigneur de St. Nicolas de la Grave en Guienne, contre la Demoiſelle Suſanne Delpoux, il a été jugé que le partage de l'ancien lit d'une riviere entre riverains, doit être fait par experts, à prendre aux anciens bords de la riviere, auquel effet les experts ſeront tenus de procéder au plantement des bornes & dépiquettemens des portions qui appartiendront à chacune des Parties.

¶ *Les biens vacans*, dit notre Auteur, *appartiennent au Seigneur juſticier.* Cette propoſition mérite un éclaiciſſement. 1°. Il y a ſelon Loiſeau, *des Seign. chap.* 12. *num.* 121. de pluſieurs ſortes de biens vacans : les uns ſont les terres entierement abandonnées par le propriétaire, de façon qu'il ne les enviſage plus d'un œuil de maître ; les autres ſont délaiſſées à cauſe des dettes du propriétaire. Les terres de la premiere eſpece tombent en la main du juſticier, celles de la ſeconde, ſont régies par un curateur aux biens vacans : notre Auteur parle de la premiere eſpece de biens vacans, qui ſont ceux dont il eſt fait mention : *§. qua ratione* 47. *inſtit. de rer. diviſ. pro derelicto habetur quod dominus ea mente adjecerit, ut id in numero rerum ſuarum eſſe nolit, ideoque ſtatim dominus eſſe deſinit.* Cette eſpece de biens n'appartient au Seigneur juſticier qu'autant qu'il eſt foncier de la terre, & qu'il juſtifie par titres, qu'il l'a originairement baillée aux tenanciers limitée ; parce qu'alors, étant propriétaire du fonds limité, *origine inſpectâ* : les terres vacantes rentrent naturellement en ſa main ; mais s'il n'eſt pas Seigneur foncier du terroir ni directe des terres vacantes, les Conſuls du lieu, par cet abandon volontaire du maître, ont droit d'en faire bail en vertu d'une délibération de leur conſeil politique, à celui qui ſe préſentera ſous les conditions ordinaires, & ce après trois proclamations faites au Prône de la Paroiſſe, ſuivant l'arrêt du Conſeil d'Etat, *du* 26. *Août.* 1668. & la déclaration du Roi du 30. du mois de Décembre ſuivant : mais

le propriétaire du fonds eſt en droit de le reprendre, pourvu qu'il en forme la demande dans trois ans, après le contrat de bail paſſé par les Conſuls, & à la charge de rembourſer les réparations, & les payements des arrerages des tailles ſi aucuns en ſont dûs. Depuis l'arrêt du 5. Mai 1728. rendu en la prémiere Chambre des Enquêtes de ce Parlement, en faveur des riverains, contre le Seigneur haut-juſticier, il en eſt intervenu de conformes & dans la même eſpece, ce qui forme un point de Juriſprudence dans ce Parlement.

CHAPITRE XLIV.

Si la donation faite par l'accuſé de crime capital, eſt bonne au préjudice de la confiſcation adjugée au Seigneur par la condamnation qui s'en eſt enſuivie.
De la réſignation du bénéfice faite par l'accuſé.

IL n'y a, ſelon les regles, que les crimes qui font vaquer les bénéfices, *ipſo facto*, qui lient les mains au titulaire, & qui l'empêchent de pouvoir réſigner. Dans les autres, comme par exemple, dans l'homicide, le titulaire peut, non-ſeulement avant la Sentence; mais pendant l'appel, réſigner ſon bénéfice. C'eſt la doctrine de Rebuff. *in praxi, tit. de modis amitt. benef. num.* 51. 52. appuyée des textes du droit Canon & de l'autorité de pluſieurs canoniſtes, & des arrêts du grand-Conſeil, & c'eſt ce qui me détermine à regarder comme ſingulier l'arrêt rapporté dans ce Chapitre, qui jugea le contraire, par la ſeule raiſon de parité qu'on fit du cas du prévenu du crime capital, qui, ſelon la loi, ne peut faire aucune donation depuis qu'il eſt dans la prévention, quand la condamnation s'en enſuit; il n'y a, ſelon moi, de la diſparité d'un cas à l'autre.

1°. La loi civile décide textuellement que le prévenu ne peut faire de donation à cauſe de mort, parce qu'il eſt préſumé la faire *metu pœnæ*; il n'y a nul texte du droit Canon

qui ait interdit au bénéficier réſignant prévenu de crim e, la liberté de réſigner.

2°. La diſparité de cas entre le réſignant & le donateur prévenu de crime, conſiſte en ce que le bénéficier ne donne proprement rien du ſien quand il réſigne le bénéfice; il ne fait autre choſe que ſe dépouiller du ſimple uſage qu'il en a, & ce dépouillement ne donne point de droit abſolu au réſignataire ſur le bénéfice; c'eſt la proviſion du Pape accordée ſur la réſignation; en ſorte qu'on peut regarder proprement le Pape comme conférant le bénéfice au réſignataire: il n'en eſt pas de même du prévenu de crime capital, qui ſe dépouille de ſes biens par donation. Le donataire reçoit tout de ſa main, & la donation renferme une abdication, non de ſimple uſage, mais de propriété abſolue de la part du donateur; au lieu que tous les bénéfices, étant en la main du Pape, qui, comme *ordinarius ordinariorum*, peut prévenir le collateur ordinaire, c'eſt toujours de ſa main que le réſignataire reçoit le bénéfice ſur l'abdication du réſignant.

Dans les crimes qui font vaquer le bénéfice, *ipſo facto*, le bénéficier a les mains liées depuis le jour du crime commis, & ne peut faire aucune eſpece de réſignation, ni entre les mains du Pape *in favorem*, ni entre celles de l'ordinaire *per ſimplicem reſignationem*; c'eſt la doctrine de Corras, *in paraphraſi*, *cap.* 10. *& cap.* 6. *part.* 1. Les crimes qui emportent vacation de plein droit, ſont l'aſſaſſinat prémédité, l'inceſte, le parricide, la ſimonie, l'héréſie, la falcification des lettres apoſtoliques, &c. Corras, *eod.* Boër. *deciſ.* 206. *num.* 5. & c'eſt à cette eſpece de crimes que ſe rapporte l'ordonnance de Blois, art. 46.

CHAPITRE XLV.

De la Bannalité.

BRodeau ſur *Louet*, lettre M, ſomm. 17. *num.* 3. obſerve que chaque Seigneur féodal peut bien en ſon tenement avoir un moulin, *ut aliis pro mercede uſui eſſe poſſit*; mais non bannal, *ut alios cogere poſſit*, s'il n'a titre exprès ou formel de bannalité.

Ce titre peut être établi, ou par le conſentement exprès des manans ou habitans de la terre, ou par le tacite. Le premier eſt fondé ſur les conventions paſſées entre le Seigneur & le propriétaire du four ou moulin bannal, & ſes vaſſaux, dans la conſtruction du four ou moulin. Le ſecond, dans la poſſeſſion du Seigneur, après une prohibition, faite de ſa part aux habitans de la terre, d'aller moudre ou cuire leur pain ailleurs, Paſtor, *de jur. feud. lib.* 1. *tit.* 5. *n.* 3.

A l'égard du titre que le Seigneur s'eſt fait par la ſeule poſſeſſion, les docteurs ſont partagés ſur le temps requis pour cela, Paſtor, *loco ſupra*, prétend que la poſſeſſion de 10. ans après la prohibition, lui ſuffit, parce que cet eſpace de temps eſt ſuffiſant pour acquerir une ſervitude continue, ſuivant la Loi 1. *in fin. ff. de aqua pluv. accreſcend.*

Ferr. au contraire, *ſur la queſt.* 298. *Guip.* exige après la prohibition, l'eſpace de 30. ans contre les laïques, & 40. ans contre l'Egliſe : Je croi que cette derniere opinion doit prévaloir, par la raiſon que la bannalité eſt une ſervitude qui intéreſſe un Corps de communauté, & que régulierement la preſcription de dix ans ne court point contre les Corps de communauté qui ont même privilege que les mineurs.

D'ailleurs, par la juriſprudence de la Cour, on n'admet d'autre preſcription que la trentenaire, celle de dix ans n'étant reçue qu'à l'égard des tiers-acquereurs pour l'hypotheque.

Paſtor a prétendu, *loco ſupra*, que les habitans peuvent preſcrire leur liberté contre le Seigneur par le laps de dix ans de ceſſation d'aller moudre à ſon moulin à ſon vu & ſçu, & ſans contradiction de ſa part ; mais je croi que, quelque favorable que ſoit la cauſe de la liberté, on ne peut la preſcrire ici que par 30. ans, qui eſt le temps fixé pour la preſcription.

La prohibition du Seigneur doit ſe faire par des proclamations publiques, ſuivant la coutume des lieux. Paſtor, *eod.*

Quoiqu'il ſoit libre au Seigneur de renoncer à la bannalité du four, toutefois, s'il a la bannalité du four & du moulin, il ne peut renoncer à la bannalité du four, ſans renoncer en même temps à la bannalité du moulin ; ainſi jugé par arrêt rendu en la premiere chambre des Enquêtes, au rapport de Mr. de Baſtard, le 23. Août 1723. entre le ſieur de Neufville, Prieur de la Panouſſe, & le Syndic de la communauté du même lieu ; cet arrêt déboute le ſieur de Neufville de ſa demande, à ce qu'il fût reçu à abandonner la bannalité du four, & ajoûte, *ſi mieux il n'aime abandonner la bannalité du moulin.* La raiſon de cet arrêt eſt priſe, de ce que la bannalité du four & moulin, étant établies *ab initio* par un ſeul & même acte, ne ſe pouvoit plus ſéparer ſans le conſentement de toutes les Parties contractantes.

Le droit de forge bannale eſt une ſervitude du fonds, lorſqu'elle ſe trouve établie *in traditione fundi.* Cette ſervitude eſt conſéquemment impreſcriptible ; en ſorte qu'elle ne ſe perd point *per non uſum* pendant le temps déterminé par la loi pour la preſcription, s'il n'y a eu contradiction de la part des emphitéotes ; ce droit de forge eſt établi *ratione culturæ fundi ;* il eſt inhérent à la culture du fonds, & ne peut par-là être ſéparé du fonds même ; il conſiſte au droit de contraindre les habitans du lieu qui s'y ſont ſoumis, lors du bail du fonds emphitéotique, à porter à la forge bannale les inſtrumens aratoires qui ſervent à cultiver le fonds ; il en ſeroit autrement ſi la bannalité n'avoit point été établie *in tra-*

ditione fundi. Alors l'emphitéote pourroit preſcrire la liberté ; & c'eſt ainſi qu'il faut entendre la doctrine de Baquet ſur cette matiere. Il y a un arrêt de la Cour rendu en la troiſieme chambre des enquêtes, au rapport de Mr. de Capella, le 18. Mai 1711. qui jugea ainſi cette queſtion, entre Mr. Lemazuyer, conſeiller d'honneur en la Cour, & le Sr. Duſſolier, habitant de Daux. La Cour a pareillement jugé que la bannalité du four eſt un droit impreſcriptible lorſqu'il eſt établi *in traditione fundi.* 2°. Qu'il doit être cenſé établi *in traditione*, quoiqu'il n'y ait que des reconnoiſſances, ſans autre titre primordial, à moins qu'il ne conſte du contraire. 3°. Que la preſcription ne peut être alléguée qu'après contradiction de la part de l'emphitéote en juſtice. 4°. Qu'il n'y a nulle diſtinction à faire entre les habitans du lieu & les forains, quand les reconnoiſſances ont été faites au nom de la communauté ; c'eſt ainſi que ces queſtions furent jugées entre la Dame de Juin, Seigneureſſe de Siran, & le ſieur Eſcande, en la troiſieme chambre des Enquêtes, le 3. Juin 1723. au rapport de Mr. de Gaujac.

Fin du premier Tome.

TABLE DES MATIERES ET DECISIONS

contenues dans le premier Tome des Obſervations & Additions de l'Auteur, dreſſée par ordre Alphabétique.

A

Abbayes. A qui doit appartenir pendant la vacance des Abbayes la collation des Bénéfices, qui ſe trouvent en la main de l'Abbé lors de ſon décès; ou au corps de la Communauté des Religieux, ou à l'Evêque dans le Dioceſe duquel eſt ſituée l'Abbaye. p. 3 *in fine.*

Abſent. Les tiers-Acquereurs des biens ſubſtitués à l'abſent ne ſont tenus d'en faire la reſtitution au fidéicommiſſaire qu'au temps que l'abſent a atteint la centieme année. 364

Abſent. Si les héritiers, après dix ans d'abſence, peuvent demander la maintenue aux biens qui ſont échus par une ſubſtitution. 366

Abſolution portée par un reſcrit de Rome pour irrégularité encourue & expoſée au Pape, ne peut recevoir d'extenſion à l'irrégularité ſurvenue depuis l'obtention du reſcrit & avant la fulmination. 102

Abus. Si après le décès du Religieux on peut être appellant comme d'abus de l'exécution du reſcrit du Pape qui l'a ſécularisé. 93

Abus. Quand ce Parlement déclare une Ordonnance d'un Evêque abuſive, l'Arrêt ne porte plus condamnation d'amende en cent ſols contre l'Evêque. 205

Acaptes. En quoi différent des arriere-captes, & comment ces différens droits peuvent être demandés. 479

Accroiſſement n'a pas lieu en faveur de celui qui eſt inſtitué *in re certa* & qui ſe trouve ſéparé par la choſe de l'héritier univerſel. 309.

Accroiſſement a lieu entre ſubſtitués appellés au fidéicommis. S'il y a lieu dans les contrats. 427

Age. Comment peut-être prouvé. Voyez lett. N. *verbo* Naiſſance.

Action en rétrait lignager, devant quel Juge doit-être intentée, ſi c'eſt devant le Juge du domicile du défendeur, ou le Juge du lieu où les biens ſont ſitués. 500

Adminicule. Ce que c'eſt en matiere de droits Seigneuriaux. 208

Aliénation des biens eccléſiaſtiques, par quel laps de temps peut-être couverte, quand elle eſt volontaire & non forcée, & ſi l'eccléſiaſtique qui l'a faite peut de ſon chef la révoquer ſi elle eſt deſtituée des ſolemnités réquiſes. 120

Amortiſſement. De ſon origine, & qu'elles perſonnes y ſont ſujettes. 416 & ſuiv.

Appel d'une Sentence ou Jugement rendu par l'Evêque comme délégué du Pape, doit-être porté devant le Métropolitain; il n'en eſt pas ainſi quand il ſe trouve délégué par commiſſion expreſſe. 13

Avocat homager du Roi, noble de race ou non, précede les Conſuls du lieu, la qualité d'Avocat lui donnant la nobleſſe perpétuelle. 550

Avocat, qui a pris enſuite l'état & office de Procureur, venant à quitter cet office & à s'en dépouiller, & voulant rentrer dans le barreau en qualité d'Avocat, ne peut prétendre de recouvrer le rang de la matricule, au préjudice des Avocats immatriculés depuis ſa ſortie, & le temps qu'il a exercé l'état de Procureur. 174

B

Bannalité. Comment peut être établie. Quand la bannalité du four & moulin ſe trouvent conjointement établies, & par un même acte, le Seigneur ne peut renoncer à la bannalité du four, ſans renoncer à celle du moulin. 557

Bannalité de forge eſt une ſervitude du fonds lorſqu'elle ſe trouve établie *in traditione fundi.* Ce droit de forge eſt alors impreſcriptible contre le Seigneur, parce qu'il eſt inhérent à la nature du fonds, & il ne peut être preſcrit qu'après une contradiction. Il conſiſte au droit de contraindre les habitans du lieu à porter à la forge bannale les inſtrumens aratoires. 558

Banc. Le droit de banc peut

être preſcrit par un particulier dans la nef de l'Egliſe, & après l'an de la paiſible poſſeſſion, il peut obtenir la réintégrande en cas de trouble. 452 & 454

Banc dans la nef des Egliſes paroiſſiales. Comment l'arrangement doit en être fait par les Marguilliers. 453 & 458

Banc. S'il peut être déplacé par voie de fait par le Curé ou les Marguilliers, quoiqu'il ſoit incommode pour le ſervice divin. 455

Bâtard. Le pere naturel eſt obligé de doter ſa fille bâtarde par rapport à ſes facultés quand elle a atteint la vingt-cinquieme année. Juſques-là il lui doit les alimens. 433

Bâtard. L'aïeul naturel ne peut rien léguer au fils légitime de ſon bâtard que les alimens. *ibid.*

Bâtard. Le pere peut retirer ſa fille naturelle des mains de la mere après l'âge de ſept ans, pour lui donner l'éducation. 435

Bâtards. S'ils peuvent recevoir par teſtament ou par donation univerſelle, quoique le pere naturel ſoit ſans enfans. 436

Bâtard. Si le Prêtre peut inſtituer le fils légitime de ſon bâtard ; & s'il en eſt de même du Diacre & du Soudiacre. Si les collatéraux des bâtards peuvent leur laiſſer leur ſucceſſion entiere. 437

Bénéfice ne peut être obtenu du Pape par la clauſe *etiam per obitum*, quoique le temps de la regle *de veriſſimili* s'y rencontre lorſque la demande *per obitum* n'eſt qu'acceſſoire de la demande fondée ſur réſignat. & que la réſignat. a été révoquée avant d'être admiſe en Cour de Rome. 138

Bénéfice. La collation d'un bénéfice, faite *à non habente poteſtatem*, eſt nulle, quoique la bonne foi s'y rencontre du côté du pourvû. 148

Bénéfice. Fruits d'un bénéfice à qui appartiennent. *Vide* lettre F, *verbo* Fruits.

Bénéficier. Si le ſucceſſeur au bénéfice peut être contraint au payement des réparations qui auroient dû être faites par ſon prédéceſſeur, ſauf ſon recours contre ſes héritiers. Si les penſions établies dans la réſignation du bénéfice affectent le bénéfice même, enſorte que le bénéficier ſucceſſeur au bénéfice en

ſoit tenu. 114

C

Canonicats. Les Evêques ne ſont point fondés à examiner ceux à qui le Chapitre a fait titre d'un Canonicat vacant, ni à requerir d'eux un certificat de vie & mœurs, ni à leur donner l'inſtitution, à moins qu'il ne fût queſtion de la Théologale, ou d'une Prébende préceptoriale. 444 & 445

Cautions. En matiere de dévolu l'exception de la caution comme péremptoire, peut-être oppoſée *in quacumque parte litis*, & peut ſe faire par inſiſtance & ſans libelle *ad hoc.* 184

Cenſives. Sur quel pied les arrérages doivent en être payés. Des 2 dernieres années quand la cenſive eſt portable. 464

Cenſive. Le Seigneur directe ne peut décreter le fonds pour cenſives à lui dues ſur le ſimple poſſeſſeur, mais ſeulement ſur le propriétaire, à la différence de la ſaiſie des fruits qu'il peut faire ſur le poſſeſſeur. 502

Cenſive eſt portable, ſi par les reconnoiſſances elle doit être payée au lieu Seigneurial ſans autre expreſſion. 467

Cauſe pie. Legs faits en faveur de la cauſe pie, ne porte intérêt que depuis l'inſtance. 35

Chanoines. Ils ne ſont par inſtitution que des Pſalmiſtes, ſimples Clercs, ſans Ordres Sacrés, & ne peuvent être contraints à ſe faire promouvoir aux Ordres Sacrés, qu'autant qu'ils veulent avoir voix dans les Aſſemblées Capitulaires. 113

Chanoines qui ne ſont point *de gremio Capituli*, ne peuvent être nommés par l'Evêque à une Dignité du Chapitre, lorſque par la Bulle de Sécularisation de ce Chapitre il eſt porté que les Dignités ſeront conférées aux Chanoines *de gremio*; mais le Pape en créant un Canonicat *ad effectum* peut alors accorder la proviſion de la Dignité vacante à tout autre qu'à un Chanoine *de gremio.* 110

Chanoines qui ne ſont point *in ſacris*, ne peuvent point conférer *per turnum* les Bénéfices dépendans de la collation du Chapitre, ni même préſenter ni donner leur ſuffrage dans le Cha-

pître. 111

Chapitre. En quoi ſuccede à l'Evêque, *Sede vacante.* 141

Chapitre ne peut donner le viſa aux pourvus en Cour de Rome *in forma dignum*, s'il n'a indult pour cela, la poſſeſſion ne pouvant lui faire titre comme étant abuſive. 143

Chaſſe. Ce droit étant perſonnel, les Eccléſiaſtiques ou Religieux qui ne peuvent l'exercer par eux-mêmes à cauſe de leur état, ont droit de commettre un chaſſeur du fait duquel ils répondent. 518

Chaſſe. Les condamnations rendues ſur cette matiere, ſont ſolidaires entre corrées, ſoit pour l'amende, ſoit pour les dépens. 518

Citation. Eſt indiſpenſable avant de pouvoir ſtatuer contre les Clercs dans la Juriſdiction correctionelle. 43 & 68

Clauſe codicillaire. Si elle ſoutient le teſtament où l'enfant eſt ignoramment prétérit, quand le Teſtateur a ſurvécu à la naiſſance de l'enfant un aſſez long eſpace de temps, pour lui donner la liberté de faire un autre teſtament. 234

Clauſe codicillaire. Si elle ſoutient le teſtament où le fils a été ignoramment prétérit, quand l'inſtitution héréditaire regarde un autre enfant du Teſtateur. 235

Clauſe codicillaire. L'enfant prétérit dans le teſtament contenant inſtitution héréditaire d'un de ſes freres, n'a droit de détraire que la légitime ou quart, à ſon choix. *ibid.*

Clauſe codicillaire n'eſt point abrogée par la nouvelle Ordonnance; ſi ce n'eſt dans certains cas exprimés. 240

Clauſe dérogatoire. La révocation vague des teſtamens où elle eſt contenue ne ſuffit pas, il faut déſigner le teſtament: il y a une exception à faire en faveur de la ruſticité accompagnée de vieilleſſe. 211

Clauſes dérogatoires abrogées par la nouvelle Ordonnance dans toute ſorte de teſtamens, & pourquoi. 215

Chapelle ſacerdotale à fundatione, ne peut être conférée qu'à celui qui a la Prétriſe *actu* lors de la collation ou préſentation, & les proviſions de la Cour de Rome obte-

nues par l'Eccléſiaſtique deſtitué de l'Ordre de Prétriſe ſont nulles, de façon même que le poſſeſſeur ne peut pas s'aider du Décret *de pacificis.* 136

Commis. Peine du Commis quand a lieu contre les Emphitéotes en faveur du Seigneur directe, & contre le Vaſſal à l'égard du Seigneur féodal. 472

Commis. Peine du Commis, quand a lieu, à l'égard du Féodataire qui dénie le Fief, & de faire hommage au Seigneur féodal. 474 475

Concordats en matiere Bénéficiale, peuvent être révoqués librement avant l'homologation en Cour de Rome; ils valent néanmoins entre le réſignant & le réſignataire. 115

Concubinage. Si les héritiers *ab inteſtat* ſont recevables à faire preuve du concubinage de leur parent, avec une femme mariée qu'il a inſtituée héritiere. 410

Confeſſion. Si le crime de révélation de confeſſion eſt purement eccléſiaſtique, ou ſi au contraire c'eſt un crime *mixti fori.* 29

Congrue. Portion congrue des Curés, juſques à quelle ſomme peut-être ſaiſie. 125

Congrue des Curés, ſi elle doit être payée par tous les décimateurs de la Paroiſſe, ou par le ſeul Curé primitif. 129

Contumace. Celui qui décéde pendant les 5 années de la contumace, n'eſt pas réputé mort civilement, & peut teſter. 445

Conſeillers Clercs des Parlemens actuellement ſervans, ne gagnent point les diſtributions quotidiennes, ni le caſuel qui provient des Obits & anniverſaires du Chapitre, & dont la diſtribution ſe fait journellement après le ſervice fait. 152

Conſolidation. Si dans la conſolidation qui ſe fait du fief, ou du fonds emphitéotique à la Seigneurie, le fonds revient libre en la main du Seigneur de toute hypotheque contractée, *medio tempore*, par le vaſſal ou l'emphitéote. 542

Crimes. Si la preſcription de 20 ans court, lorſque pendant les 20 années il a été rendu un Arrêt, portant que

le récollement vaudroit confrontation. 388

Corvée. Si ce droit peut être établi ſans autre titre qu'une poſſeſſion immémoriale. 505

Corvée. Comment ce droit peut-il être établi par le Seigneur, en quoi il conſiſte, & de quelle façon il doit être exigé & exercé. 507 & ſuiv.

Curés. Les Curés confeſſeurs exécuteurs teſtamentaires, dont la probité eſt connue, ne ſont pas tenus de rendre compte des ſommes dont la diſtribution leur a été confiée par un teſtateur ; il en eſt autrement lorſque l'aumône a été laiſſée à leur gré, ſans limitation de ſomme. 83

Curé. Quand le Curé a congédié ſon Vicaire, ne peut-être contraint de le reprendre par une Ordonnance de l'Evêque. 38

Curés des Paroiſſes, qui ſe trouvent réguliers, ſont de la juriſdiction de l'Evêque pour les fautes qu'ils commettent dans la deſſerte de la Cure ; ils ſe doivent trouver aux Synodes, & peuvent être condamnés à trois mois de Séminaire pour des fautes graves. 123

Curés peuvent prétendre ſur les décimateurs de leurs Paroiſſes la ſomme de 50 liv. pour les menues dépenſes, & 18 liv. pour le clerc. 125

Curés primitifs; quels titres doivent rapporter pour établir leur qualité, & quels en ſont les droits vis-à-vis des Curés ou Vicaires perpétuels des Paroiſſes. 39

Curés ne peuvent aujourdhui être mis en poſſeſſions des Cures, s'ils ne ſont âgés de 25 ans accomplis, & s'ils n'ont la Prétriſe *actu*, faute de quoi le Bénéfice eſt déclaré vacant & impétrable, & le Collateur peut y pourvoir de plein droit. 126

Curés. Les Evêques peuvent procéder à l'érection des Cures & démembremens des Paroiſſes, ſur la Requête des Habitans, y joint le Promoteur, en obſervant les formalités requiſes, pourvu qu'il conſte de l'utilité de l'Egliſe, & de l'avantage des Paroiſſiens. 151

Curés ne peuvent recevoir le teſtament de leurs Paroiſſiens où quelque choſe leur eſt léguée, à peine de nullité, fût-il queſtion de legs pieux, ou Meſſes de *Requiem*

D

Décimateurs des Paroiſſes doivent chacun pour la part qu'ils prennent des fruits, contribuer au payement de la congrue des Curés, & des autres charges pour le Service divin. 129

Décret de pacificis poſſeſſoribus, & de pluſieurs queſtions ſur cette matiere. 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63.

Déguerpuiſſement. Si l'emphitéote ou locataire perpétuel peut en déguerpiſſant répéter les réparations par lui faites au fonds emphitéotique, & démolir les bâtimens par lui conſtruits ſur ce fonds. 524

Déguerpiſſement. Le fonds déguerpi étant donné par le Seigneur direct à nouvelle emphitéoſe, paſſe entre les mains de l'acquereur avec les charges d'hypotheque impoſées par le déguerpiſſant. 526

Déguerpiſſement. Si la clauſe iuſérée dans le Bail emphitéotique, que l'emphitéote ne pourra déguerpir, eſt contraire à la nature de ce contrat, & ſi elle peut lier l'emphitéote & les tenanciers du fonds. 527, 528.

Dépens. Si les quatre mois de l'Ordonnance pour la contrainte courent depuis la ſignification de l'Arrêt exécutoire de dépens, ou ſeulement depuis l'Arrêt de retaxe. 345.

Dépens. Dans la taxe de dépens, on adjuge au demandeur en excès les expéditions des Arrêts qu'il a été obligé de lever pour l'inſtruction du Procès, quoique les parties ayent été hors de Cour & de procès, ſi le défendeur a été condamné au rapport de l'Arrêt définitif. *ibid.*

Dépens. Les épices ſont confondues avec les dépens, pour ce qui concerne la contrainte au corps. 346

Deſtitution des Officiers du Seigneur. 550

Dépouille des Religieux à qui doit apartenir, ſi c'eſt à l'Abbé commend ou à l'Abbé clauſtral & régul. de l'Abbaye. 162

Dévolu non ſignifié n'empêche pas le poſſeſſeur illégitime de réſigner le bénéfice *ante citationem.* 176

Dévolu ne donne pas *jus ad rem*, mais une ſimple action ou faculté de recourir à l'office du Juge. 177

Dévolutaire en Cour de Rome par incapacité du titulaire, qui a obtenu la proviſion avec la clauſe *etiam per obitum*,

obitum, eſt obligé de bailler caution, quoique pendant l'inſtance il ſe déſiſte du dévolu, & ſe retranche à la clauſe *etiam per obitum.* 185

Dîme n'eſt pas de droit divin, mais de droit poſitif. Quelle a été la police de l'Egliſe de France à l'égard de l'exécution de la dîme. 49 & ſuiv.

Dîme. Nous faiſons deux claſſes de dîmes, & les diviſons en groſſes & menues. Quel eſt le titre en vertu duquel le gros décimateur peut exiger la groſſe dîme. Si elle eſt ſujette à preſcription quant au fonds. Si l'exemption peut en être accordée par le ſaint Siege. 51, 52 & 53

Dîme des novales eſt due après dix ans de jouiſſance du Curé, au décimateur laïque, ainſi que l'eccléſiaſtique. 196

Dîme des menus fruits eſt due au décimateur laïque comme celle des gros fruits. 198

Dîme ne doit point être payée à diſcrétion. Dans quelles circonſtances les jardins domeſtiques ſont ſujets à la dîme. 47

Dîme. Si les jardins, de quelque contenance qu'ils ſoient, peuvent être aſſujettis au payement de la dîme. Quand le décimateur ne ſe trouve point dans cette poſition. 48

Dîme. Si la dîme des beſtiaux doit être payée au décimateur du lieu où ils ont coutume de paître, où à celui du domicile du maître du troupeau où les paſteurs ſe retirent. 49

Dîme. Cotte de la dîme peut être preſcrite contre un âcte qui la regle. 85

Dîme inféodée qui revient à l'Egliſe, quand reprend ſa premiere nature. 127

Dîme inféodée comment doit être prouvée. 127

E

Election au fidéicommis. Si la donation univerſelle contient élection tacite au fidéicommis dont le donateur eſt grevé. 304

Election tacite compriſe dans l'inſtitution d'héritier du fils cadet; ſi elle peut déroger à l'élection expreſſe de l'aîné, faite par le donateur dans ſon contrat de mariage au cas il décédât ſans avoir élu. 368

Election aux biens donnés à l'un des enfans qui naîtra,

réſervée par le pere donateur dans ſon contrat de mariage, ne peut être tranſportée à ſa femme par teſtament. 296

Election au fidéicommis. Celui qui élit doit remettre les biens en la maniere qu'ils lui ont été laiſſés, ſans qu'il puiſſe faire aucunes pactions à ce ſujet avec un des éligibles qui puiſſent atténuer le fidéicommis. 297

Election au bénéfice ne peut-être faite canoniquement avant la ſépulture du titulaire ; il en eſt autrement de la collation ſimple. 2, 3

Election au fidéicommis. Si le droit de varier dans l'élection accroit au cohéritier ſurvivant, quand les deux ont déjà élû *conjunctim*. 390

Election. Si quand la reſtitution du fidéicommis a été fixée à un certain temps, la mere à qui l'élection appartient, ayant une fois élu avant le tems, peut varier après que le tems eſt expiré. 391

Election au fidéicommis. Celui qui n'eſt point héritier grevé de rendre, & qui n'a que la ſimple faculté d'élire, conſomme ſon droit par la premiere élection. *ibid.*

Election. Si celui qui a droit d'élire un de la famille au fidéicommis, dont il eſt grevé, peut en éliſant charger l'élu de fidéicommis en faveur d'autre éligible, & ſi le petit-fils *ex filio præmortuo eligibili* peut être élu au préjudice de ſes oncles. 443

Election. Les Religieux, quoique morts civilement, ſont capables d'exercer le droit d'élection. 263

Election ne peut être dénaturée & portée ſur toute autre tête que celle qui eſt déſignée par le teſtateur. 296

Election. On ne peut varier dans l'élection faite dans un contrat de mariage, ou dans tout autre acte entre-vifs. 300

Election. Si l'élection au fidéicommis eſt révocable, & dans qu'elles circonſtances. 367

Election. Celui à qui ce droit a été conféré en faveur d'un des enfans du teſtateur ou autres, ne peut grever celui qu'il choiſit d'aucune ſubſtitution, même en faveur d'un autre ſujet éligible, s'il n'a reçu expreſſément cette faculté du teſtateur. 444

Emphitéote. S'il peut preſcrire la directité contre le Sei-

gneur. 536

Emphitéote. Si dans la réunion qui ſe fait du fonds emphitéotique à la directité, *jure dominii conſolidationis*, les hypothéques & ſervitudes établies, *medio tempore*, par l'emphitéote ſur le fonds, demeurent éteintes. 542

Emphitéote. Quand il y a deux baux du même corps faits à deux différens emphitéotes, le fonds eſt adjugé à celui qui eſt en poſſeſſion & en combat de fief contre deux Seigneurs à raiſon de la même directe ; on l'adjuge à celui qui a les plus anciennes reconnoiſſances. 468

Emprunt. L'emprunt fait par un Chapitre pour payement de dîmes, n'affecte point le fonds du bénéfice, mais les biens du bénéficier. 131

Epaves. Droit d'épaves appartient au Seigneur haut Juſticier. L'égarement de toute eſpece d'animaux & d'effets mobiliers, eſt une dépendance de ce droit : *vide ibi* ce qui doit être obſervé de la part du Seigneur pour uſer de ce droit. 537

Epices. La contrainte au corps a lieu tant pour les épices que pour les dépens, ſuivant le nouveau reglement fait en l'Aſſembl. des Chambres le 10 Mars 1717, n'y ayant point de diſtinction à faire quant à ladite contrainte entre les épices & les dépens. 346

Evêque. L'Evêque ne peut faire dans ſa viſite que des actes de ſa Juriſdiction volontaire, & nullement de Juriſdiction contentieuſe. 42

Evêque intimé & pris à partie avec ſon promoteur, doit reſter en cauſe pour défendre à l'intimation, ſans avoir égard à ſa demande d'être tiré d'inſtance, le promoteur ſe trouvant inſolvable. 124

Expilation d'hérédité : comment doit être prouvée. 284, 285

F

Fabriques des Egliſes. Les Marguilliers en ſont les Préſidens-nés de droit commun, le corps étant laïque, & les Curés n'y ayant qu'une ſéance d'honneur & de bienſéance. 456

Falcidie peut être détraite par les héritiers deſcendans du teſtateur contre la cauſe pie. 155

Falcidie. Si ceux qui ont droit de légitime, & qui auront été inſtitués héritiers peuvent faire la détraction de la quarte falcidie ſur les legs, & de la quarte trébellianique ſur le fidéicommis, & en outre retenir leur légitime. 341

Faux. Dans la procédure du faux, les pieces de comparaiſon venant à être défectueuſes, le Juge peut ordonner que la partie qui s'eſt inſcrite en faux contre ſon ſeing, écrira pour ſervir de piece de comparaiſon. 385

Faux. Quoique l'inſcription en faux doive être formée dans les 24 heures près la ſignification de l'acte, & mis au Greffe, le Juge peut néanmoins pour cauſe, proroger ce délai. *ibid.*

Félonie. Comment ſe commet la félonie par le Vaſſal, à l'égard du Seigneur féodal, *& vice verſa* par le Seigneur féodal à l'égard du Vaſſal. 475, 476

Fidéicommis peut être fait tant par acte de derniere volonté qu'entre vifs. Quand il eſt fait par contrat accepté, il ne peut plus être révoqué, même du conſentement du donataire. 251

Fidéicommis ne peut être aujourdhui établi ſur de ſimples conjectures, il faut une diſpoſition littérale & expreſſe. 252

Fidéicommis. S'il peut être reſtitué avant le tems par l'héritier grevé au préjudice des créanciers. 336

Fidéicommis demeurent reſtraints à deux dégrés par la nouvelle Ordonnance outre l'inſtitution : *vide* quelle étoit la Juriſprudence de ce Parlement à cet égard. 400 401

Fidéicommis fait en faveur de l'aîné, l'ordre de primogéniture gardé, s'il appartient au fils, le pere étant décédé avant d'avoir recueilli à l'excluſion de l'oncle diſpoſitivement appellé. 400

Fidéicommis. Si la condamnation aux galeres perpétuelles donne lieu à l'ouverture d'un fidéicommis teſtamentaire ou contractuel. 402

Filiation ne peut être prouvée par témoins ſeuls, il faut un commencement de preuve par écrit. 73

Fondations qui ont pour objet la célébration de Meſſes

ou obits, ne peuvent ſortir à effet qu'après avoir été préalablement homologuées au Parlement, chacun dans ſon reſſort. 33

Fondations. Le Pape ne peut déroger par ſes reſcrits ou proviſions des bénéfices aux titres & clauſes des fondations, mais ſeulement aux ſtatuts des Egliſes qu'il n'a pas homologués. 137

Fondations ſont de droit étroit, enſorte que quand elles requierent la Prétriſe dans le titulaire du bénéfice, il ne ſuffit pas d'être promu *intra annum*, il faut être Prêtre *actu* lors de la proviſion du bénéfice. 56

Fruits. La main-levée des fruits ſéqueſtrés d'un bénéfice qui eſt en litige, eſt toujours accordée au contendant par le décès de l'autre, arrivé pendant l'inſtance, & la maintenue des fruits ſubſiſte juſques à fin de cauſe. 178

Fruits. La reſtitution des fruits en matiere d'ouverture de ſubſtitution, ne s'ordonne que depuis l'introduction de l'inſtance. 376

Fulmination d'un reſcrit pour fait de réclamation contre des vœux, peut être faite par l'Official en ſeul, ſans l'aſſiſtance du ſupérieur du monaſtere délégué avec lui, ſi le ſupérieur y a conſenti par écrit. 74, 75

G

Graces expectatives. Ce ſont des réſervations du Pape, pour certains bénéfices à conférer avant leur vacance, ou des mandats *de providendo* aux collateurs ordinaires, lorſque leſd. bénéfices viendront à vacquer. Qu'elles ſont les graces expectatives reçues dans ce Royaume. 44 & ſuiv.

Gradués. Quel eſt le droit des Gradués aux bénéfices du Royaume, & comment il faut procéder pour en obtenir le titre des collateurs ou patrons, ſur-tout dans les bénéfices à charge d'ames. 206 207

Gradués. Quand le grade eſt requis pour poſſéder un bénéfice, il faut régulierement être gradué lors de la proviſion, & avant le *Viſa*; & dans le concours de deux gradués contendans du même bénéfice, la préférence eſt due à celui qui étoit gradué lors de la proviſion, ſur celui qui ne l'étoit pas, & qui a pris le grade avant le *Viſa*, ce qui

doit avoir lieu, quand même celui-ci ſe trouveroit antérieur en proviſion. 116,117

Gradué qui a étudié en deux différentes Univerſités, doit prendre des certificats d'étude de chaque Univerſité, pour juſtifier du temps requis par le concordat. 190 *in fine.*

Guet & garde dus au Seigneur, dans quelles circonſtances & par quelles perſonnes. 509

H

Hypotheques établies par l'emphitéote ſur le fonds emphitéotique; Si elles demeurent éteintes par la conſolidation du domaine utile à la directe. 542

Hébergement. En quoi conſiſte ce droit ſeigneurial, ſon origine, & de ſes effets. 541

Hommager. S'il peut preſcrire le droit de banc dans le Chœur de l'Egliſe contre le Seigneur, par une poſſeſſion immémoriale. 451

Hommager du Roi, a la préſéance ſur les Conſuls du Lieu, à moins que ceux-ci ne l'ayent préſcrite contre lui en le précédant pendant 30 ans; mais s'ils ne ſe ſont jamais rencontrés dans les cérémonies publiques, cette préférence eſt due à l'Hommager qui la demande; quoiqu'il ne juſtifie point que lui ni ſes prédéceſſeurs en ayent joui.

Hommager du Roi Avocat précéde les Conſuls du Lieu. *Vide* lettre A, *verbo* Avocat.

Homme vivant, mourant & confiſquant. Si les gens de main morte, comme ſont les Corps eccléſiaſtiques, doivent bailler au Seigneur Juſticier l'homme confiſquant, & s'il ſuffit pour eux de lui donner à ce ſujet l'indemnité 529

J

Jéſuites. Après leur profeſſion ſolemnelle, ſont réputés Religieux cénobites, & en conſéquence ſont incapables de toutes ſucceſſions, ſauf de recevoir un legs pour penſion viagere. 159

Jéſuites de la Maiſon Profeſſe de Toulouſe, ont droit de plaider en premiere inſtance au Parlement. 157

I

Imbécillité. Si l'on peut être admis à la preuve par témoins de l'imbécillité du teſtateur ou donateur, en l'articulant vaguement, & ſans en fixer les faits dans la Requête. 381, & ſuivantes.

Infamie. Note d'infamie encourue par un Eccléſiaſtique, en vertu d'un jugement du Juge Laïque, ne peut être effacée que par le Prince, au moyen d'une réhabilitation, quoiqu'il s'agiſſe pour le Clerc de devenir habile à poſſéder un Bénéfice 205 *in fine.*

Inſcription en faux. Si les délais pour la faire après la remiſe des pieces devers le Greffe ſont péremptoires, & aux dépens de qui doivent être faits les ſoutenemens des pieces impugnées de faux. Par qui doit être faite la remiſe de l'original lorſqu'on s'inſcrit en faux contre l'extrait produit. 382

Inſcription en faux. *Vide* Faux *ſupra.* 385

Indemnité. Le droit en eſt dû au Seigneur directe par gens de main morte, pour le dédommager des lods & ventes ; elle eſt preſcriptible par le laps de 30 ans. 530

Inſinuations eccléſiaſtiques. Toutes proviſions ſur réſignations & permutations de bénéfices ſont nulles, enſemble les proviſions expédiées ſur icelles ſont nulles, ſi l'inſinuation n'a pas été faite deux jours francs avant le décès du réſignant ou permutant, le jour du décès & de l'inſinuation non compris. 81

Intérêts de la portion virile de l'augment ne ſont dus au fils légitimaire que depuis l'introduction de l'inſtance, & non depuis le décès de la mere. 379

Intérêts de la légitime ſont dus ſans interpellation au frere ſucceſſeur du légitimaire ; il en eſt autrement à l'égard des autres ſucceſſeurs. 307

Intérêts du ſupplément de légitime, s'ils ſont dus ſeulement depuis la demande en ſupplément, lorſque le légitimaire a fourni quittance de ſa légitime ſans réſervation aucune. 312

Inſtitution contractuelle. Ce qu'elle opere. 334

Inventaire ne peut être prohibé par le teſtateur à l'héritier chargé de fidéicommis, la prohibition ne pouvant avoir lieu qu'à l'égard des teſtamens où il n'y a aucune ſubſtitution fidéicommiſſaire. 331. *Nota.* Ce que l'Auteur a dit p. 322., n'eſt propoſé que comme raiſon de douter.

Inventaire. Si les Notaires peuvent être troublés par le Juge des lieux dans la poſſeſ-

ſion de faire les inventaires volontaires, & de procéder à l'ouverture des teſtamens myſtiques. *Vide ibi* pluſieurs remarques à ce ſujet. 323 & ſuiv.

Inventaire. S'il peut être requis par le Procureur du Roi quand les pupilles ont un tuteur. 321

Irrégularité. Le Juge royal ne peut pour l'irrégularité encourue par un clerc, faire aucunes injonctions à l'Official, mais doit renvoyer l'Eccléſiaſtique à l'ordinaire, ou au Supérieur immédiat en cas de refus. 205

Item. ſi la clauſe *item* renferme une répétition tacite des clauſes précédentes. 337

L.

Légitime ne peut être reduite par le pere à la moitié, ſuivant le ſtatut de Montpellier dans un teſtament olographe; il faut qu'il ſoit fait dans la forme du teſtament nuncupatif écrit. 223

Légitime ne peut être compriſe dans la ſubſtitution réciproque faite par un pere entre ſes enfans puberes. 241

Légitime, & du ſupplément auquel la mere a renoncé, s'il peut être demandé par le fils, qui au temps du décès de l'aïeul, tient le premier rang dans la famille, p. 319 *Nota. Vide* ce que j'ai obſervé à ce ſujet, p. 274, 275, ch. 18, *melius conſultus.*

Légitime. Si pour le payement d'une légitime il faut procéder par retranchement ſur les donations faites en dernier lieu aux autres enfans pour ce qui excede leur légitime. 379

Légitime. Si les fraix des proviſions d'un office, & de l'inſtallation de l'officier, doivent être imputés ſur la légitime du fils. 378

Legs reçu empêche le légataire qui a connu la nullité du teſtament, de l'impugner par cette voie; il n'en eſt pas ainſi du faux, pour lequel il faut une tranſaction expreſſe. 305

Livres terriers anciens non ſignés du Notaire, s'ils font preuve contre les emphitéotes. 460

Lods appartiennent au fermier des droits ſeigneuriaux du tems de la vente du fonds, déguiſée ſous le nom d'engagement. 516

Locatairie perpétuelle eſt impreſcriptible. 33

Lods n'eſt point dû de la tranſaction du fonds faite par tranſaction, à celui qui avoit quelque hypotheque, à raiſon de laquelle il y avoit procès intenté, ſi le fonds lui a été livré, pour mettre fin au procès. 516

Lods n'eſt point dû au fermier du Domaine du Roi, de la vente des fiefs nobles ſitués dans l'ancienne Sénéchauſſée de Toulouſe, ſoit que leſdits fiefs ſe trouvent ſitués dans le Languedoc ou dans la Guienne. *ibid.*

Lods n'eſt pas dû de la repriſe du fonds faite en vertu du pacte de rachat appoſé au contrat de vente, mais le lods eſt dû de la repriſe du fonds par rabbattement de décret. 539

Luminaire des Egliſes Paroiſſiales, par qui doit être fourni, quand il n'y a point de fabrique établie dans l'Egliſe. 43

M

Main-morte. Des diſpoſitions de derniere volonté faites en faveur des gens de main-morte, & de ce qui eſt requis par la nouvelle Ordonnance, pour les rendre valables; & autres queſtions ſur la matiere. 417 & ſuiv.

Marguilliers, & de leurs droits dans les Egliſes Paroiſſiales. Voyez *ſupra, verbo* Fabriques des Egliſes. 457

Mâles. Si la clauſe des mâles, ajoutée à la condition, *ſes enfans*, les rend toujours préférables au ſubſtitué, quoiqu'ils ſoient iſſus des filles du teſtateur, lorſqu'il a inſtitué une de ſes filles héritiere. 272

Malthe. Si la preſcription de cent ans court contre l'Ordre de Malthe. 54

Monitions préalables ſont requiſes pour pouvoir ſtatuer contre les clercs dans la juriſdiction correctionnelle. 43

Monitions pour non-réſidence des Curés doivent être faites dans l'intervalle de ſix mois, après leſquels on pourvoit au Bénéfice. 42

Mort civile. Elle opere le même effet que la mort naturelle, quant aux ſucceſſions & ſubſtitutions. En quoi conſiſte cette mort civile. 375

Muet & Sourd de naiſſance, s'il peut teſter dans quelque cas. 338.

N.

Naiſſance d'un enfant s'établit plus ſurement par le journal du pere, que par l'ex-

trait baptiſtaire du Curé. 72
Naiſſance. Si on peut être mis à la preuve du tems de la naiſſance d'un enfant contre l'extrait baptiſtaire. 73
Novales. Ce que c'eſt, & de leur origine. 199
Notaire. S'il peut ſuppléer dans un teſtament nuncupatif au défaut d'un témoin. 218

O

Obits. La rente obituaire eſt impreſcriptible à l'égard du fonds ſur lequel elle a été conſtituée, quoiqu'il n'y ait point de ſervice annexé à cette rente, & que depuis il y en ait eu tranſport ſur deux différens héritages. 32
Obits. Acquereur du fonds qui ignore la rente obituaire, n'eſt tenu du payement que depuis l'introduction de l'inſtance; il en eſt autrement s'il l'a connue. 32
Official. Les proviſions d'un Official ſubrogé pour juger une cauſe à la place de l'autre qui ſe trouve récuſable, ne doivent point être enrégiſtrées. 67 & 68
Official ne peut connoître des oppoſitions à un mariage, formées par le pere. 171
Official ne peut adjuger contre un Prêtre de proviſionelle pour fait de groſſeſſe, mais il peut le condamner à une aumône applicable à l'enfant. 172
Official commet abus en prononçant la caſſation d'un contrat de mariage paſſé ſous le ſçeau royal, & en ſe ſervant du terme de *renvoi* devant le Juge royal. 172
Officiers de la temporalité ne peuvent être deſtitués par le Chapitre, *ſede vacante*, à moins que le Chapitre ne fût Coſſeigneur avec l'Evêque, ou fondé en titre pour cela. 142
Officiers. Quand les Officiers de la temporalité viennent à décéder, *ſede vacante*, l'inſtitution en appartient au Roi *jure regaliæ.* 142
Option. Le pourvû de deux Cures ou d'une Cure & d'un autre Bénéfice, eſt tenu de faire option dans l'année, du jour de la priſe de poſſeſſion du dernier Bénéfice dont il a été pourvû. 126

P

Patronage eſt de ſa nature perſonnel & tranſmiſſible aux héritiers du fondateur, étant annexé à une terre vendue, paſſe à l'acquereur, excepté

celui qui ſe trouve attaché à quelque terre du domaine de la Couronne. 5

Patronage n'appartient point au ſequeſtre, mais au débiteur ſaiſi. Il appartient au mari quand la terre eſt dotale. 7

Patronage. Les dérogations du Pape au droit de Patronage laïque, dans les proviſions du Bénéfice, ſont déclarées abuſives, quoique le Bénéf. ait vaqué *in Curia.* Il en eſt ainſi de la création des penſions. 9

Patronage ne paſſe point de plein droit au donataire univerſel, ainſi qu'à l'héritier. 9

Patronage ne peut être acquis par preſcription ſans titre coloré de poſſeſſion ; & en défaut de titre, il faut une poſſeſſion centenaire. 145

Patronage d'une Cure peut être preſcrit par un corps eccléſiaſtique, contre l'Evêque collateur ordinaire. 189

Patronage laïque. L'Evêque qui confere par la négligence du Patron, procede, *non jure devoluto*, mais comme collateur ordinaire. 134

Patronage n'eſt point attaché à la famille du fondateur, s'il n'y a clauſe expreſſe pour cela ; mais il appartient de droit commun aux héritiers du fondateur. 16

Patronage. Chapelle dépendante du Patronage laïque comment eſt cenſée ſpiritualiſée. 77

Patron laïque peut récouvrer par la poſſeſſion de 40 ans, aidée de trois titres, le patronage uſurpé par l'Evêque ; mais il ne peut preſcrire contre le collateur eccléſiaſtique la collation d'un bénéfice eccléſiaſtique, *à fundatione.* 76

Patron eccléſiaſtique peut varier, juſques à ce que la préſentation a été notifiée à celui qui doit donner l'inſtitution. 86

Patron laïque, comment peut varier, & l'eccléſiaſtique dans quel cas. 87 & 91

Patron eccléſiaſtique, ne peut être prévenu par le Pape, lorſqu'il a fait le ſimple titre de préſentation. 86

Patron laïque peut varier une fois *cumulativè*, mais cela s'entend d'une variation qui a pour fondement une cauſe légitime. 87

Péage peut être acquis par la poſſeſſion centenaire, ſans autre titre, en faveur des hauts-juſticiers du territoire. *Quid juris*, pour les rivieres

navigables, ſans écluſe ni artifice? 545, 546, 547

Pape, & de ſes reſcrits délégatoires. Il ne peut connoître ainſi que ſon Légat *à latere*, des matieres eccléſiaſtiques, ſoit par citation ou autrement, quoiqu'il y eût conſentement des parties, mais il peut ſeulement commettre des Commiſſaires regnicoles dans les lieux où la cauſe doit ſe traiter juſques à déciſion finale. 161

Pécule quaſi-caſtrenſe ne compete qu'aux Avocats, qui exercent leurs fonctions ſans mêlange; le privilege d'en teſter & d'en diſpoſer ne s'étend point aux autres Procur. des Cours même ſupérieures, ni aux Notaires & autres. Voyez *Teſtament*.

Penſion à laquelle le réſignataire s'eſt obligé, & qui excede de beaucoup le tiers du revenu du bénéfice, peut être payée par le réſignataire, en abandonnant au réſignant le tiers du bénéfice en eſpeces. 103, 104

Penſion ſur bénéfice, ne peut être éteinte à beaux deniers comptans, ſans l'homologation du Pape; il en eſt autrement quand le penſionnaire y renonce ſimplement. 107

Permutation admiſe par l'Evêque, d'un bénéfice dont il eſt collateur alternativement avec ſon Chapitre, remplit ſon tour. 165

Places des Prêtres qui vivent en communauté, ne peuvent être impétrées en Cour de Rome, par la raiſon qu'elles ne ſont pas bénéfices eccléſiaſtiques. 187

Poſſeſſion immémoriale. Comment doit-être prouvée, & par quels témoins. 129

Poſthumes. Si l'inſtitution du poſthume, dont la femme eſt enceinte lors du teſtament du mari, s'étend à tous les autres poſthumes à naître. 347

Prélegs faits à l'héritier, quand ſont compris dans le fidéicommis. 407

Prélation. En quel cas a lieu dans la Ville de Toulouſe & Viguerie. 480

Prélation ou retrait féodal, eſt dû au Seigneur duquel ſe meut le fief, à moins de coutume contraire du Pays où le fief eſt ſitué; il en eſt autrement du retrait cenſuel ou droit de Prélation pour la Seigneurie directe, qui n'eſt pas dû par la nature du con-

trat, s'il n'eſt ſtipulé ou autoriſé par la coutume du Pays. 481

Prélation. L'action en eſt annale, & le tems court depuis la notification de la vente & réquiſition d'inveſtiture faite au Seigneur ; cette notification ne peut ſe ſuppléer par équipollent. 482, 483

Prélation. Si le Seigneur eſt cenſé avoir renoncé au droit de Prélation, quand ſon Procureur *ad negotia* a reçu le lods provenant de la vente du fonds, ſans avoir à cet effet un pouvoir ſpécial. 484

Prélation. Si le Seigneur eſt enclus de ce droit quand il a ſigné comme témoin le contrat de vente ſans proteſtation pour ce droit, ou quand il a conſenti à la vente lors du contrat, ou après ſimplement. 485

Prélation. S'il y a lieu au retrait cenſuel, quand la vente ſe trouve faite par un ſeul & même contrat de divers fonds relevans de la directe de deux Seigneurs ; & ſi l'un d'eux voulant recevoir les lods, & donner l'inveſtiture pour ce qui le concerne, peut contraindre le Coſſeigneur directe qui veut uſer du droit de Prélation à recevoir les lods. 498

Preſcription. Le Roi peut preſcrire contre l'Egliſe les arriere-fiefs mouvans de l'Egliſe. 536

Prétérition de ceux qui ont droit de légitime, entraîne la nullité de l'inſtitution & de la ſubſtitution. Cette prétérition a lieu tant à l'égard des aſcendans que des deſcendans. Les aſcendans ne peuvent être prétérits, dès que les deſcendans viennent à manquer, ils ont droit de légitime. Le teſtament militaire demeure excepté de cette regle. 238

Prétérition. L'enfant n'eſt pas cenſé prétérit, quoique la ſomme léguée pour droit de légitime ſoit au-deſſous du montant de la légitime due de droit ; mais l'enfant doit être inſtitué en la portion qui lui eſt léguée à cet égard ; ce qui doit avoir lieu à l'égard des enfans conçus au tems du décès du pere teſtateur. 308 *vide* 237

Procurations ad reſignandum ne peuvent être délivrées aux parties que par extrait : le Notaire, doit garder devers lui la minute. 81 & 95

Prévention du Pape. Si le ſeul titre de préſentation du Patron eccléſiaſtique, ſans notification à l'Ordinaire, empêche la prévention du Pape. *Voyez ſupra, verb.* Patron eccléſiaſtique. 86

Primogéniture. Si le fils de l'aîné exclut l'oncle dans l'exercice de ce droit en pays coutumier. 444

Procureur du Roi d'une Juriſdiction, dont les concluſions & le miniſtere ſont néceſſaires dans une affaire, ne peut même en l'abſence du Juge, faire la fonction de Juge, & faire remplir ſon miniſtere par un autre. 532

Proviſions de bénéfices. Dans le concours de deux proviſions, datées du même jour, émanées l'une du Pape, l'autre de l'Evêque collateur ordinaire, la préférence eſt donnée à celui des pourvus qui a dévancé l'autre dans la priſe de poſſeſſion du bénéfice. 81

Q

Quanti minoris eſt un dédommagement accordé à l'acheteur d'un fonds à raiſon de ſa moins-value, ayant été vendu allodial & ſujet néanmoins à une ſervitude qui eſt la cenſive & tous les droits annexés à la Seigneurie directe ; & comment il faut procéder à l'eſtimation de cette moins-value. 514 & 515

Querelle. On ne peut quereller l'état d'un Religieux ſécularisé par reſcrit du Pape après ſon décès, ſi le procès n'a été intenté ſa vie durant, & ſi l'appel comme d'abus de l'exécution du reſcrit n'a été interjetté avant ſon décès. 192

Quarte trébellianique peut être détraite par les héritiers grevés deſcendans du teſtateur contre la cauſe pie. 155

Quarte trébellianique ne ſe détrait point d'une ſubſtitution contractuelle. 269.

Quarte trébellianique. Si elle peut être conſumée par une jouiſſance moindre de 10 ans. 301

Quarte trébellianique peut être imputée ſur la jouiſſance des biens, ſi cela eſt ainſi ordonné par le teſtateur. 303

Quarte trébellianique, dans quel cas ne peut être détraite par l'héritier grevé ſur le fidéicommis univerſel ou particulier. 249

Quarte trébellianique. Si ceux qui ont droit de légiti-

me peuvent faire détraction, étant inſtitués héritiers de la quarte falcidie ſur les legs de la trébellianique ſur les fidéicommis, & retenir en outre leur légitime. 342

R

Rachat. Pacte de rachat appoſé dans un contrat de locatairie perpétuelle eſt impreſcriptible. 33

Rapport. Si le fils donataire de la moitié des biens étant décédé, le petit-fils *ex illo* étant enſuite héritier inſtitué par le donateur avec un autre petit-fils *ex alio præmortuo*, eſt obligé au rapport; & ſi un des enfans cohéritier avec ſes freres, à une portion moindre que celle des autres, eſt tenu de rapporter la donation ci-devant faite. 273 & 234

Réclamation contre les vœux eſt ſuffiſamment conſtatée par la ſortie du Religieux du Monaſtere, dans les cinq ans, & par ſon entrée dans un Séminaire, la réclamation s'en étant enſuivie, & ayant obtenu, quoiqu'après cinq ans, le reſcrit du Pape. 74

Rédhibitoire, & de ſon action. Voyez *ſupra*, lettre Q, *verbo Quanti minoris.*

Régiſtres d'une communauté. On peut contraindre le détenteur des régiſtres d'une communauté de les remettre, pour en tirer l'article qui intéreſſe la partie dans un procès qu'elle a. 435

Regle de infirmis, n'a pas lieu dans les réſignations faites entre les mains de l'Ordinaire *ex cauſa permutationis*, ſi l'on peut ſoupçonner la colluſion entre les copermutans. 165

Régrès a lieu dans pluſieurs cas énoncés. 11

Regrès doit être demandé dans l'année de la convaleſcence du réſignant. *ibid.*

Regrès. Pour fonder la demande en regrès, il faut qu'il conſte d'une parfaite convaleſcence par atteſtation de Médecins préalable. 20

Regrès quoique licite, s'il peut être ſtipulé dans l'acte de réſignation. 201

Regrès eſt refuſé, s'il y a préſomption de confidence dans la réſignat. Comment s'établit cette préſomption. 13

Regrès aux bénéfices dépendans de l'Ordre de Malthe, ne peut être accordé ſans le conſentement des Supé-

rieurs de l'Ordre. 14

Regrès n'a pas lieu de plein droit, enſorte que le demandeur venant à décéder avant d'avoir obtenu jugement déclaratoire, le bénéfice eſt adjugé au réſignataire. 92

Religieux ſont exclus, même les novices, de la faculté de pouvoir ſervir de témoins dans les teſtamens. 260

Religieux ou Réguliers des deux ſexes ſont ſoumis à la juriſd. contentieuſe-eccléſiaſt. à raiſon des délits communs par eux commis *extra regulam*; mais pour les fautes qu'ils ont commiſes au mépris de leur regle, c'eſt au Supérieur clauſtral d'en connoître & d'infliger la pénitence ſuivant la regle du Monaſtere : que ſi le cas eſt *mixti fori*, l'Official doit procéder conjointement avec le Sénéchal. 69 & ſuivantes.

Religieux profès, quoique morts civilement, peuvent jouir des penſions viageres. 158

Religieuſes des Monaſteres exempts & non-exempts ne peuvent être admiſes à la profeſſion & à l'émiſſion de leurs vœux ſans examen préalable des Evêques diocéſains, & ne peuvent rompre leur clôture & ſortir du Monaſtere, ſi ce n'eſt pour cauſe légitime approuvée de l'Evêque diocéſain par écrit. 122

Renonciation de la fille dans ſon contrat de mariage à tous droits paternels, ſauf future ſucceſſion; quel effet doit opérer. 281, 282

Reſtitution en entier du Clerc condamné aux galeres, & ſon habilitation aux Ordres ſacrés appartient au Roi & non au Pape. Voyez *ſupra*, lettre I, *verbo* Infamie.

Réſignataire ayant laiſſé écouler 3 ans après la date de ſes proviſions, ſans prendre poſſeſſion, perd tout droit ſur le bénéfice, ſans qu'il puiſſe le faire revivre par une ſeconde réſignation du même réſignant. 93

Réſignataire, qui a négligé de prendre poſſeſſion dans les ſix mois, ne peut alléguer pour excuſe le décès de l'Evêque à qui les proviſions ont été adreſſées, le décès étant arrivé dans ce délai. 93

Réſignation. De la forme des procurations *ad reſignandum* pour les Bénéfices eccléſiaſtiques. 95.

Réſignation *in favorem* révoquée

voquée avant d'être mis en Cour de Rome, ne peut produire aucun effet, & la proviſion ne peut être donnée ſur la demande acceſſoire *etiam per obitum.* 239

Retrait féodal ne peut être cédé, le Seigneur eſt préférable au retraignant lignager, excepté dans le cas où les lignagers du vaſſal ſe trouvent appellés au fief comme deſcendans de la même tige, car alors le fief étant aliéné *extra familiam*, ils peuvent le rappeller. 487

Retrait féodal. Le Seigneur n'a point de garantie à prétendre dans ce retrait, en cas qu'il ſoit évincé du fonds. 493

Retrait féodal eſt dévolu au Seigneur duquel ſe meut le fief, à moins de coutume contraire du pays où le fief eſt ſitué; il en eſt autrement du retrait cenſuel, il n'eſt pas dû par la nature du contrat, s'il n'a été ſtipulé, ou s'il n'eſt autoriſé par la coutume du pays. 481

Retrait féodal eſt interdit à tous gens de main morte, ſauf à eux à ſe faire payer les droits qui leur ſont dus ſuivant les coutumes des lieux. 482

Retrait féodal. Dans quel cas le Roi peut uſer du retrait féodal. L'Egliſe n'en peut uſer dans aucun cas depuis l'Edit de 1749. art. 25. 482

Retrait féodal. Si dans l'adjudication du fonds par décret ou vente judiciaire, le Seigneur eſt obligé de retraire ſeulement les fonds mouvans de ſa directe. 502

Retrait lignager. Le retrayant doit avoir conſigné devers le Greffe l'entier prix de la choſe avant l'an & jour expirés après une offre réelle; mais il ſuffit que l'aſſignation ait été donnée dans l'an & jour, quoique les délais ſoient échus après l'an, s'il n'y a coutume contraire qui en diſpoſe autrement. 487, 488 & 496

Retrait lignager n'eſt jamais ouvert quand la vente ſe trouve faite à quelqu'un de la famille, & le plus proche du vendeur, n'eſt pas alors recevable au retrait du fonds. 489

Retrait lignager. Quel des deux eſt préférable dans le retrait du fonds & dans le concours, ou du Seigneur directe, ou du lignager du vendeur. 497

Retrait lignager. L'enfant

conçu depuis le contrat de vente & avant le temps du retrait expiré, & qui ſe trouve le plus proche, exclut ceux qui étoient nés avant la vente, qui ſe trouvent dans un degré plus éloigné. 501

Retrait lignager. Le Retrayant n'eſt pas reçu à purger la demeure après le délai qui lui a été donné par le jugement qui le reçoit au retrait 489

Retrait lignager. Il n'eſt pas néceſſaire qu'il y ait notoriété du fait de la vente, pour que le délai de l'an & jour coure, à moins que la coutume n'en diſpoſe autrement, le délai courant contre ceux qui ignorent la vente. 190

Retrait lignager. Si le fils non émancipé peut pendant la vie du pere retraire le fonds vendu par celui-ci ſujet au retrait. 491

Retrait lignager. L'an & jour finé pour ce retrait, ne court que *à die detectæ fraudis*, quand ſous couleur d'échange, il ſe trouve une vente faite. 491

Retrait lignager. Le retrayant a toutes les actions de garantie contre le vendeur, qui pouvoient compéter à l'acheteur, mais le vendeur ne doit aucune garantie à l'acheteur évincé par ce retrait 493

Reſcrits délégatoires *in partibus* émanés de la Cour de Rome, à qui doivent être adreſſés. 71

Reſignation. La révocation ne peut être prouvée que par un acte paſſé devant un Notaire, & la preuve par témoins ne peut être reçue que pour le fait de la perte de l'acte. 80

Riviere en Languedoc. Le lit qu'une riviere quitte, n'appartient point au Seigneur haut-juſticier ; & comment doit être fait le partage entre riverains de l'ancien lit qu'elle quitte. 553, 554

S

Seigneurie. Quel rang doivent tenir dans l'Egliſe les femmes des Seigneurs hauts-juſticiers du même lieu, quand les portions de leur Seigneurie ſont inégales, & ſi elles ont droit de précéder le Seigneur moyen & bas-juſticier à l'offrande, & dans les proceſſions. 350

Seigneur ne peut prendre place dans le banc des Maire & Conſuls du lieu, & ſe met-

tre à leur tête. 452

Seigneur haut-juſticier n'eſt point cenſé en Languedoc avoir la directe du fonds dans l'étendue de ſa haute-juſtice, quand même il en auroit été originairement inveſti ſelon la coutume de Paris. 461

Seigneur haut Juſticier n'eſt pas tenu de plaider devant le Juge du Coſſeigneur haut Juſticier, & il doit faire rendre la juſtice ſur les lieux. 502

Seigneurie directe dans le concours du titre primordial & d'une reconnoiſſance poſtérieure produite par le cenſitaire ; on doit ſe régler par le titre primordial, à moins que le cenſitaire ne prouve par des quittances ſuivies & non interrompues depuis 30 ans qu'il a payé le cens ſur le pied de ladite reconnoiſſance. 462

Seigneurie. Le Seigneur haut Juſticier eſt préſumé Seigneur foncier du terroir, s'il a été originairement & *ab antiquo* baillé limité aux habitans de la Seigneurie ; mais cette préſomption peut être détruite par établie par les habitans de la franchiſe de leur fonds, au moyen des contrats & actes énonciatifs, contenant leſdits fonds être tenus en franc aleu. 463

Sépulture. Le Chapitre Curé primitif d'une Egliſe n'a pas droit à l'enterrement d'un mort, s'il n'eſt prié par les parens du défunt ; & comment il faut y procéder quand la Paroiſſe eſt ſéparée de leur Egliſe. 203, 204

Sépulture dans une Egliſe peut s'établir par la ſeule poſſeſſion d'inhumer ceux de la famille, ſans que l'Ordonnance de l'Evêque, rendue en cours de viſite, puiſſe faire obſtacle à cette poſſeſſion. 179

Sépulture dans les Egliſes anciennement réſervée pour les Martyrs, eſt devenue commune à tous les Chrétiens ſous la conceſſion des Marguilliers des Paroiſſes dans la nef des Egliſes ; mais la ſépulture une fois concédée à une famille, ils ne peuvent la troubler dans cette conceſſion, ni introduire des oſſemens étrangers dans le même tombeau. 281

Servitudes continues & diſcontinues par quel eſpace de tems, peuvent être preſcrites, & quelle eſt la différence des unes avec les au-

tres. 469, & ſuivantes.
Simonie ne peut être prouvée par témoins ſeuls, il faut un commencement de preuve par écrit. 105
Simonie réelle, ſi le crime en eſt impreſcriptible. 105 106
Simoniaque n'eſt point tenu *edere contra ſe*, il eſt puni différemment par les Juges ſéculiers & eccléſiaſtiques. 106 107
Simoniaque, doit être privé des bénéfices obtenus légitimément avant la ſimonie commiſe. 108
Simonie commiſe dans une fondation, eſt un vice radical qui emporte l'acte, & le fondateur ſimoniaque encourt une peine pécuniaire. 108
Subſtitutions fidéicommiſſaires, ſont permiſes à tous les ſujets du Roi ſans diſtinction d'état, elles ſont de deux eſpeces, ou de tous les biens, ou d'un fonds particulier, laiſſé par forme de quotité pour cette partie; & à l'égard d'un effet qui n'eſt pas laiſſé par forme de quotité, la quarte trébellianique n'a pas lieu. 242
Subſtitution aux biens donnés par contrat de mariage, ne peut être faite par le donateur par aucun acte poſtérieur, ni la donation pure & ſimple, ne peut être grevée enſuite de la ſubſtitution par aucun acte poſtérieur. 266
Subſtitution fidéicommiſſaire. Les enfans mis ſimplement dans la condition, quoique ſous la clauſe de *mâles*, ou dans la condition redoublée, ne ſont pas cenſés diſpoſitivement appellés, il faut qu'ils ſoient eux-mêmes diſpoſitivement appellés. 292
Subſtitution. La tranſmiſſion de l'eſpérance eſt abrogée dans le fidéicommis, & cela même en faveur des deſcendans du ſubſtituant, enſorte que leur pere étant décédé ſans avoir recueuilli, ils demeurent exclus de tout droit ſur le fidéicommis. 295
Subſtitutions directes. Quels en ſont les principes & les effets. 412
Subſtitué. Si lorſque le ſubſtitué eſt deſcendant du teſtateur, ainſi que l'héritier grevé, l'alternative *ou* doit être convertie en copulative en faveur des enfans de cet héritier grevé. 276
Nota. La nouvelle Ordonnance n'a point dérogé aux

maximes ramenées dans ce ch.

Surcharges impoſées même pour cauſe par le Seigneur ſur les vaſſaux & emphitéotes, doivent être réduites, quoique l'exécution des contrats où elles ſe trouvent, ait été ordonneé par Arrêt, à moins que la ſurcharge n'eût fait la matiere du procès. 544

T

Taille du Seigneur à l'égard du vaſſal, comment & en quel cas peut être exigée; & quelle en eſt la qualité ordinaire. 303, 304

Taille. Quels ſont aujourdhui les cas légitimes pour exiger ce droit des emphitéotes. 506

Taille. On peut s'affranchir de ce droit par le ſecours de la preſcription centenaire ou immémoriale, & de 30 années même, s'il y a eu contradiction de la part du prétendu taillable, à la demande du Seigneur qui n'a pas uſé de ſon droit. 507

Témoins d'un teſtament nuncupatif écrit peuvent être reprochés. Si les témoins numéraires d'un teſtament nuncupatif écrit peuvent être ouis dans la procédure d'inſcription en faux faite par la partie contre le Notaire qui a rédigé le teſtament, contenant fauſſe énonciation de préſence des témoins, lorſque le teſtament a été rédigé par le Notaire. 231, & 254

Teſtament. La révocation en faveur des héritiers *ab inteſtat*; ſi elle peut être faite devant un moindre nombre de témoins que celui des teſtamens, & s'il faut une déclaration ſpéciale de la part du teſtateur, qu'il veut mourir *ab inteſtat.* 219

Teſtament fait en faveur de la cauſe pie, a beſoin de la préſence de deux témoins. 65

Nota. Vide l'Ordonnance du mois d'Août 1735, concernant les teſtamens, *& infr. verbo* Teſtamens olographes.

Teſtament fait à la campagne, & hors des Bourgs fermés, eſt diſpenſé des communes obſervances, & il ſuffit que parmi le nombre requis pour les teſtamens, il y en ait 2 qui ſçachent ſigner, & à l'égard des autres, qu'ils ayent déclaré ne ſçavoir ou ne pouvoir ſigner, mais qu'ils ont été préſens. 226

Teſtamens faits en tems de peſte, & de leur forme, tant pour les peſtiférés, que pour

ceux qui ſe trouvent dans l'enceinte des lieux infectés par la contagion. 250

Teſtament clos ou myſtique de celui qui a perdu l'uſage de la parole par quelque accident, comment & ſous quelles conditions eſt valable ; & ſi celui qui ne ſçait lire la lettre de main peut teſter en ce genre, quoique le teſtament ſe trouve écrit de la main du Notaire aſſiſté d'un témoin, & ſouſcrit enſuite en la forme ordinaire. 163, 164

Teſtamens militaires. De leur forme, & du tems qu'ils peuvent ſubſiſter comme tels, & entre quelles perſonn. 354

Teſtamens retenus par le Curé de la Paroiſſe ; s'ils doivent être rédigés en la forme preſcrite pour les Notaires, & à l'égard de quelles perſonnes ils ont lieu ; & à qui les Curés doivent en faire la remiſe, & s'ils peuvent recevoir les teſtamens de tout autre que de leur paroiſſien. 359 & ſuiv.

Teſtament. Si le privilege des Avocats fils de famille de pouvoir teſter de leur pécule, peut être étendu aux Notaires, Procureurs, & autres perſonnes. 352, 358

Teſtament des enfans à l'égard de leurs pere & mere, & aſcendans, s'ils ſont aſſujettis à la commune obſervance des teſtamens ordinaires. 232

Teſtamens. La preuve vocale en eſt preſcrite dans le reſſort des Parlemens où elle étoit admiſe ; mais les teſtamens nuncupatifs rédigés par écrit y ſont authoriſés en la forme preſcrite par l'art. 5. de la nouvelle Ordonnance. 222 & ſuiv.

Teſtament olographe ne peut valoir en faveur de la cauſe pie. pag. 316. *Nota.* Il n'y a aucun article de la nouvelle Ordonnance qui accorde à la cauſe pie la faculté de recevoir, par une diſpoſition olographe, & qui exempte les teſtamens faits en ſa faveur du nombre ordinaire des témoins requis.

Teſtament capté. Quelles en ſont les preuves & les marques. 440 & ſuiv.

Théologal eſt le coadjuteur de l'Evêque dans la prédication. 167

Titre clérical. Ce que c'eſt. N'eſt point ſujet aux hypotheques des créanciers poſtérieurs du pere, & les créan-

ciers antérieurs au titre n'ont pas beſoin de dénonce & de former oppoſition pour la conſervation de leur hypotheque. 22 & 23

Titre clérical. S'il peut être aliéné pendant la vie du clerc. S'il eſt ſujet à rapport & imputable en la légitime du clerc. 27 & ſuiv.

Titre coloré en matiere de bénéfices. Ce que c'eſt. 146

Tranſmiſſion d'eſpérance n'a plus lieu dans les fidéicommis, même en faveur des deſcendans. 397

Tuteur. Teſtament fait par l'adulte en faveur de ſon ancien tuteur, qui n'a pas rendu compte, eſt nul. 405, 406

V

Vacans. Biens vacans; en quelles mains les biens vacans par abandon du propriétaire, peuvent tomber. 553

Vaſſal aſſigné devant le Sénéchal ou autre Juge royal, s'il peut de ſon chef & ſans l'intervention du Procureur Fiſcal demander ſon renvoi devant le Juge du Seigneur. 531

Vaſſal, comment peut preſcrire contre le Seigneur les devoirs féodaux. 536

Vœux. Si le Pape peut relever par ſon reſcrit du laps du *quinquennium* fixé pour la réclamation contre les vœux; & ſi après le décès du Religieux qui a réclamé, on eſt irrécevable en l'appel comme d'abus du reſcrit de ſécularisation. 191, 192

Nota. Les Légats *à latere* ne peuvent ſans commiſſion expreſſe, ſe mêler d'accorder un reſcrit pour une pareille diſpenſe, demandée par un régnicole. 193

Vicaire Général de l'Evêque: nous le connoiſſons en France ſous le nom d'Official, quant aux actes de la juriſdiction contentieuſe; & pour ceux de la juriſdiction volontaire, ſous celui de grand Vicaire. Il n'y a point d'appel des jugemens rendus par l'Official au tribunal de l'Evêque, ce qui eſt dévolu au Métropolitain; mais pour ce qui concerne la juriſdiction volontaire, l'Evêque peut rectifier ou rétracter les actes du grand Vicaire. 89, 90

Vicaire général ayant mandat ſpécial, peut faire hors du diocèſe des actes de la juriſdiction volontaire, mais cela s'entend dans l'étendue du

Royaume ; car le Vicaire général d'un Evêché étranger, ne peut dans le Royaume, conférer les bénéfices dont la collation dépend de cet Evêché, & il faut que l'Evêque établiſſe dans le Royaume un Vicaire *ad hoc.* 89

Viſa refuſé par l'Evêque au pourvû en Cour de Rome, ne donne point lieu à la priſe à partie de l'Evêque. 94

Viſa, s'il peut être donné par le Chapitre, *ſede vacante. Vide* lettre C. *verbo* Chapitre.

Viſa, & du concours des Gradués dans le *Viſa*, pour l'obtention du bénéfice. *Vide* lettre G. *verbo.* Gradués.

Viſite des Evêques, pour les Paroiſſes de leurs dioceſes, & des Ordonnances qu'ils peuvent rendre dans le cours de ces viſites. 123

Uſufruit. Si le pere a l'uſufruit de la portion de ſucceſſion *ab inteſtat*, échue aux enfans qu'il a en ſa puiſſance par le décès d'un autre de ſes enfans, auquel il a ſuccédé conjointement avec les freres du défunt. 280

Uſufruit des biens légué à la femme qui a des enfans du mari teſtateur ; s'il doit être réduit au ſimple entretenement de la veuve, & à la prééminence *in domo.* 317

Uſufruit. Le pere ne peut renoncer à l'uſufruit des biens de ſes enfans, au préjudice de ſes créanciers. 336 *Nota.* Voyez l'art. 42 de l'Ordonnance concernant les ſubſtitutions, qui l'a ainſi décidé en faveur des créanciers.

Uſufruitier. S'il eſt tenu des groſſes réparations qui étoient à faire au fonds, lors du décès du teſtateur, ou ſi c'eſt au propriétaire. 344

Uſufruit. Legs d'uſufruit en quoi different de celui des rentes & revenus d'un fonds. 343

Union de bénéfices. S'il faut que le titulaire ſoit appellé dans la procédure d'union : dans les unions qui ſe font d'autorité du Pape, il faut qu'il y ſoit procédé par des Commiſſaires à ce députés & régnicoles, & cela par enquête *de commodo & incommodo, & vocatis vocandis.* 151

Union des Cures. Comment, & pour quelles cauſes il peut y être procédé par l'Evêque diocéſain. 151, 152

Union. Dans l'union d'une Cure dont l'exécution eſt transférée après le décès du Curé, le Curé doit être ouï, &

& cette union n'empêche pas que le Curé ne puiſſe réſigner *in favorem*; auquel cas le Pape peut déroger au décret d'union *ſemel* en faveur du réſignataire, & ſur ſa demande. 149, 150

Union. Pour preſcrire l'union d'un bénéfice, il faut une poſſeſſion immémoriale; mais ſi le décret d'union eſt rapporté, & qu'étant abuſif, il ait eu ſon exécution, alors nulle preſcription ne peut valider l'union, quand même elle ſe trouveroit faite avant le Concile de Conſtance, & depuis le décès de Gregoire XI. *Arrêt remarquable.* 189

Union. Quand le décret d'union ſeroit rapporté, s'il ne paroit pas de ſon exécution par un procès verbal, l'union ſubſiſte à la faveur d'une poſſeſſion immémoriale. 190

Fin de la Table des Matieres du premier Tome.

ERRATA.

Fautes ſurvenues à l'impreſſion de ce premier Tome des Additions & Supplemens.

P. 4. lig. 8, *bénéficiers*, lif. *bénéfices*. p. 16, lig. pénult. *Gracias*, lif. *Garcias*. p. 17, lig. 14, *ad hæredes*, lif. *adhæreret*. p. 27, lig. 15, *ſit*, lif. *ſint*. p. 28, lig. 12, 1779, lif. 1179. p. 31, lig. 12, *cauſa ſunt*, lif. *canone ſunt* p. 45, lig. 13, *duas dictas*, lif. *duas dietas*. p. 45, lig. 31, *priſe*, lif. *pr ſes*. p. 51. lig. 7, *en ſeconde*, lif. *la ſeconde*. p. 53, lig. 5, *taceant*, lif. *jaceant*. p. 54, lig. 8, *contraire*, lif. *centenaire*. p. 55, lig. 5, *réguliers*, lif. *régaliens*. p. 58, lig. 17, *ubi ſcripti*, lif. *ſcripſi*. p. 58, lig. 27, *mais qu'il*, lif. *qui*. Et lig. 33, *finalis*, lif. *finali*. p. 59, lig. 4, *faiſant ici*, lif. *ainſi*. & lig. 11, *le bénéfice*, lif *le bénéficier*. p. 71, lig. 12, *remplacer*, lif. *remplir*. p. 90, lig. 16, *ratifier*, lif. *rectifier*. p. 113, lig. 11, *ne ſont pas mention*, lif. *ne ſont par inſtitution*. p. 113, lig. 18, *Guimie*, lif. *Guimier*. p. 113, lig. 21, *quatre ans*, lif. *quatorze ans*. p. 114, lig. 8, *ſon ſecours*, lif. *ſon recours*. p. 115, lig. 5, *le bénéfice*, lif. *le bénéficier*. p. 122, lig. 18, *exceptions*, lif. *exemtions*. lig. 19, *poſſeſſion*, lif. *profeſſion*. lig. dern. lif. *l'ordinaire Evêque dioceſain*. p. 131, lig. 27, *gloſſa*, lif. *gloria*. p. 132, lig. 22, *par la*, lif. *par leur*. p. 137, lig. 21, *homologuées*, lif. *homologués*, lig. 31, *inſtitutis*, lif. *inſtitutio*. lig. 33, *videntes*, lif. *vident*. lig. 34, *ammoſius*, lif. *animoſius* p. 151, lig. 8, *interceptè*, lif. *interjettè*.

Page 154, lig. 11, *formée*, liſez *fermée*. ligne 12, *en définition*, liſez *définitive*. p. 160, lig. 13, *compétiteur*, lif. *compilateur*. lig. 18, *il a toujours*, lif. *ç'a toujours*. p. 163, lig. 1, *couvent*, lif. *convent*. lig. 6, *eum*, lif. *cum*. p. 167, lig. 7, *conducteur*, lif. *coadjuteur*. p. 193, lig. 7, *bénéfice*, lif. *bénéficier*. p. 230, lig. pénult *du droit*, lif. *de droit*. p. 284, lig. 6, *eat*, lif. *at*. p. 245, lig. 17, *preſcrites*, lif. *proſcrites*. p. 246, lig. 20, 1594, lif. 159. p. 247, lig. 8, *voluntates poſtquam eam*, lif. *voluntatis poſtquam jam*. p. 253, lig. pénult. *connexée*, lif. *connexe*. p. 254, lig. 17, *naturelles*, lif. *nature*. p. 255, lig. 26, *contendant*, lif. *contendunt*. lig. 29, *exceptionibus*, lif. *exceptione*. lig. 30, *authorits*, lif. *auchoritas*. p. 256, lig. 3, *le peu*, lif. *le fait*. p. 272, lig. 17, *ſi le donataire*, lif. *donateur*. p. 275, lig. 16, *tentés*, lif. *tenus*. p. 311, lig. 14, *fils ne peut*, lif. *fils peut*. p. 333, lig. 9, *tendent*, lif. *tiennent*. lig. dern. *tuteur*, lif. *lecteur*. p. 351, lig. 5, *l'art.* 135, lif. 36. p. 355, lig. 12, *décampent*, lif *campent*. lig. 18, *trouve*, lif *trouvent*. lig. 26, *in quoquo*, lif. *ut*. p. 360, lig. 15, *& autoriſés*, lif. *étoient autoriſés*. lig. 24, *les délibérans*, lif. *les deſſervans*. p. 386, lig. 19, *d'appeller*, lif. *d'apporter*. lig. 32, *n'eſt pas*, lif. *n'eſt que*. p. 400, lig. 23, *du ſubſtitué*, lif. *de l'héritier inſtitué*. p. 401. lig. 9, *rentes*, lif. *ventes*. p. 407, lig. 14, *addition*, lif. *édition*. p. 420, lig. 11, *quoiqu'il n'y ſoit point aſſujetti*, lif. *quoiqu'ils n'y ſoient point aſſujettis*. p. 437, lig. 17, *qu'il*, lif. *qui*. p. 441, lig. 6, *ſouſcrire*, lif. *s'inſcrire*. p. 456, lig. 20, *ſur les*, lif. *Edit*. p. 457, lig. 25, *rencontre*, lif. *rencontroit*. lig. 35, *parc*. lif. *pavé*. p. 471, lig. 31, *precaria*, lif. *precario*. p. 448, lig. 3, *vendita*, lif. *venditæ*. p. 519, lig. 26, *tuiturum*. lif. *luiturum*.