

CHIM 4606

Reprints  
J. DAUVILLER



Y1-47(2)

# 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  
Matières.*

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

*Nouvelle Edition, revue & corrigée, & considérablement augmentée.*

TOME SECOND.

*ex mulo*

*MISSISSIPPI*

*legem*



*equitatis*

A TOULOUSE,

Aux dépens de JEAN-FRANÇOIS FOREST.

---

M. DCC. LVIII.  
AVEC PRIVILÈGE DU ROI.





# T A B L E DES CHAPITRES

C O N T E N U S

DANS CE SECOND VOLUME.

---

L I V R E P R E M I E R.

Des Mariages & Dots.

- CHAP. I. *D*E l'obligation de la femme pour délivrer son mari de prison. Du privilège des femmes employées pour tirer un prévenu d'une prévention capitale. Et de l'obligation du fils de famille mineur, pour tirer son pere de prison. page 1
- Chap. II. *D*e ce que la fiancée est obligée de rendre, le mariage ne s'en ensuivant pas. 5
- Chap. III. *D*e quel temps doit être allouée la constitution faite par le pere à sa fille dans le contrat de son second mariage. 7
- Chap. IV. *D*e la donation faite de la dot par la mere à un de ses enfans. 8
- Chap. V. *D*es acquisitions faites durant le mariage, par la femme qui a constitué tous ses biens, & à qui elles appartiennent. 13
- Chap. VI. *D*e la promesse faite dans un second contrat de mariage, d'instituer également les enfans du premier & du second lit. 15
- Chap. VII. *D*es mariages des Huguénots. 16
- Chap. VIII. *D*e la puissance paternelle, & si on peut donner

## TABLE DES CHAPITRES.

- un tuteur aux enfans impuberes d'un condamné à mort par défaut. 20
- Chap. IX. Si la portion de la dot que le mari gagne par le prédécès de sa femme, le mari n'en disposant pas, revient aux enfans avec le privilege de porter intérêt sans interpellation. 22
- Chap. X. Des cas auxquels le pere est responsable envers sa belle-fille de la dot reçue par son fils. 23
- Chap. XI. Si le beau-pere, qui s'est rendu responsable de la dot, est responsable de l'augment, des habits, & nourriture l'année de deuil & fraix funéraires. Si le beau-pere est tenu sans discussion, & s'il a son recours sur les biens de son fils, & en quel rang. 25
- Chap. XII. De la promesse d'instituer faite par la mere à sa fille pour lui tenir lieu de constitution, & si elle vaut donation, la fille étant morte sans enfans avant la mere. 26
- Chap. XIII. Si le pere ou la mere remariés succedent en propriété à un des enfans du premier lit, aux biens qu'il a eu de la succession de l'aïeule, ex patre vel matre defuncti, lorsqu'il y a des enfans de ce même lit. 28
- Chap. XIV. Si le droit d'élection se perd par le convol en secondes noces dans l'année de deuil. 30
- Chap. XV. De la femme convaincue d'adultere. 31
- Chap. XVI. Si la pension stipulée en faveur de la femme au cas du prédécès du mari, est due au cas de distribution, même par la caution du mari. Si le cautionnement en ce cas peut être révoqué par la survenance d'enfans. Si le cautionnement fait par la mere pour la dot constituée à sa fille, est sujet au retour. Si le mineur peut être relevé d'une constitution immense. 38
- Chap. XVII. De l'action de dote malè collocata, & si la dotée par le pere, venant à lui succéder ab intestat, doit conférer ou rapporter la dot à ses freres cohéritiers, quoique le mari soit devenu insolvable depuis le mariage, ou s'il lui suffit conferre inanem actionem. 42
- Chap. XVIII. & XIX. Si la femme, à qui son mari a légué

## TABLE DES CHAPITRES

- une pension, excédant l'intérêt de sa dot, & l'usufruit d'une partie de ses biens, peut répéter sa dot & son augment, &c.* 46
- Chap. XXI.** *Si la veuve, qui, ayant pris la tutelle de ses enfans, se remarie, non petitis tutoribus, est sujette aux mêmes peines que celle qui se remarie dans l'an de deuil.* 47
- Chap. XXII.** *De quels temps les biens du pere, administrateur de ses enfans, sont obligés par les dissipations qu'il en a faites.* 50
- Chap. XXIII.** *Si la fille née, ex adulterio coïtu, peut être légitimée par le mariage subséquent de la mere avec l'adultere, contracté après la mort du premier mari, avec la dispense du Pape. Si les libéralités faites à cette fille, dans son contrat de mariage, par son pere & sa mere, doivent être réduites aux simples alimens.* 51
- Chap. XXVI.** *Si après l'année de la vente des marchandises, le marchand est recevable d'en former la demande, lorsqu'il n'a point de reconnoissance par écrit du débiteur; & si le serment peut être déféré à ce même débiteur sur la vérité de la dette.* 53
- Chap. XXVII.** *Si la nourriture & l'éducation des enfans du premier lit peuvent être ôtées au pere remarié.* 59
- Chap. XXX.** *Si le fils de famille, mineur de trente ans, détenu pour des dommages & intérêts, ou condamné à mort, peut épouser la plaignante, sans avoir le consentement de son pere. Si la fille enceinte, après l'âge de vingt-cinq ans, peut se marier sans le consentement de son pere, qu'elle n'a requis que depuis sa grossesse.* 61
- Chap. XXXI.** *Des habits & linge constitués en dot. De la dépense constituée en dot.* 63
- Chap. XXXIII. XXXIV. XXXV. & XXXVI.** *De la dénoncée faite à la femme par le créancier du mari, & du rang du créancier qui a dénoncé. Divers cas où, sans dénoncée, la femme perd son privilege. Si l'acte de dénoncée doit être fait personnellement à la future épouse. Si la dénoncée faite à la future épouse par le coobligé solidairement avec le futur*

## TABLE DES CHAPITRES.

- époux , sert au créancier. 64
- Chap. XXXVII. XXXVIII. & XL. Si la déclaration de la dette , faite par le pere dans les pactes de mariage de son fils , sert au créancier , & nuit au privilege de la dot. De la réserve faite par le pere d'une certaine somme dans la donation de tous les biens par lui faite dans les pactes de mariage de son fils. Si la dot de la belle-fille , reçue & reconnue par le beau-pere , est préférable à celle d'une femme qui s'est depuis mariée avec son beau-pere. Si la femme pauvre peut demander une portion en la succession de son mari mort riche. 69
- Chap. XLI. De la révocation de la donation par la survenance d'enfans. 75
- Chap. XLII. & XLIII. Des intérêts des dots. Si la dot & l'augment sont distraits avant la donation faite dans les mêmes pactes de mariage , en faveur des enfans en descendant 79
- Chap. XLIV. De la répétition de la dot & augment sur les biens substitués , & sur les biens donnés n'obstant le retour , & si la présence à un contrat de mariage nuit. 80
- Chap. XLV. De la prescription contre la femme pendant le mariage. 86
- Chap. XLVI. Des cas auxquels le mari est responsable de la dot , quoiqu'il ne l'ait pas reçue. De la reconnoissance pour argent reçu ci-devant. De l'exception de la dot non comptée. 90
- Chap. XLVII. XLIX. Si le créancier du mari peut faire saisir les sommes dotales entre les mains des débiteurs. Si la somme cédée peut être saisie par les créanciers du cédant. Si une mere tutrice , qui oblige ses biens propres pour ses enfans , en peut être relevée par le bénéfice du Velleïen. Si le créancier de la femme peut se servir du Velleïen , invitâ muliere. Si dans Toulouse le Velleïen a lieu. 93
- Chap. LI. De l'émancipation tacite. 95
- Chap. LVII. & LXI. Si la substitution faite aux enfans du second lit en faveur du second mari ou de la seconde femme,

## TABLE DES CHAPITRES.

- est sujette au retranchement de la loi Hac edictali.* 97
- Chap. LXIII. *Si le fils de famille, âgé de plus de trente-ans, qui, après avoir fait trois actes à son pere, passe un contrat de mariage, & ensuite refuse de l'exécuter pour obéir à la volonté de son pere, doit être condamné à des dommages & intérêts envers son accordée.* 102
- Chap. LXV. *Si pour la légitime des enfans on peut retrancher les dots constituées à leurs sœurs.* 106
- Chap. LXVI. *Si les enfans, ou le gendre, créanciers de la dot qui lui à été promise, peuvent opposer le défaut d'insinuation d'une donation faite à un de ses freres par le pere commun.* 107
- Chap. LXVII. *De la femme qui, étant héritiere de son mari, ne fait pas inventaire.* 108
- Chap. LXVIII. & LXIX. *Si le pere peut être contraint de doter sa fille qui se marie contre sa volonté. Si le mineur, qui a passé un contrat de mariage sans l'assistance & consentement de son curateur refusant de l'exécuter, peut être condamné aux dommages & intérêts.* 110
- Chap. LXX. *De la constitution pour tous droits paternels & maternels.* 115
- Chap. LXXI. *De la femme qui se remarie dans l'an du deuil; & si l'an est de douze mois accomplis.* 116
- Chap. LXXII. *De la femme qui malverse dans l'an, ou après l'an du deuil.* 119
- Chap. LXXIII. *De la femme qui se remarie, non petitis tutoribus, & si, étant excluse de la succession de ses enfans du premier lit, morts impuberes, les enfans du premier lit en sont pareillement exclus.* 121
- Chap. LXXVI. *Si les enfans jouissent du droit d'insistance pour la dot de leur mere sur les biens de leur pere.* 123
- Chap. LXXIX. & LXXX. *Si lors que la quarte a été prohibée à la femme, chargée de rendre à son fils, cette prohibition passe au fils, chargé aussi de rendre. Si la mere, prohibant à son mari l'usufruit des biens qu'elle laisse à ses enfans, prive le pere de l'usufruit de la légitime.* 124

# TABLE DES CHAPITRES.

## LIVRE CINQUIEME.

### DES CONTRATS.

CHAPITRE I. <b>D</b> U Contrat d'antichrese.	127
Chap. II. Du louage & reconduktion tacite.	130
Chap. III. De l'incendie de la maison tenue à louage.	132
Chap. IV. De la vente faite par un billet privé, qui porte qu'il en sera passé contrat.	134
Chap. V- & VI. Si l'acheteur à faculté de rachat peut être contraint d'imputer les fruits sur le capital. De la clause qu'on ne pourra acheter qu'après certain temps. Du contrat pignoratif. De la lésion d'outre-moitié du juste prix.	135
Chap. VII. Si l'acheteur qui a sçu que la chose achetée n'appartenoit pas au vendeur, ou étoit obligé à un autre, peut demander la garantie.	140
Chap. VIII. Du droit de retour. Si la renonciation faite à un legs est révoquée par la survenance d'enfans.	142
Chap. IX. De l'insinuation des donations.	145
Chap. XI. Si la caution du débiteur envers le prêteur doit les intérêts suivant la coutume du domicile de la caution, ou suivant la coutume du lieu où le contrat de prêt est passé.	152
Chap. XII. Si la restitution du mineur dans une cause commune profite au majeur.	153
Chap. XIII. Si le mineur peut être restitué lorsqu'il a ratifié après sa majorité.	154
Chap. XIV. Si l'héritier du mineur peut demander cassation de la donation faite par le mineur, quoique le mineur devenu majeur ne se soit pas plaint.	155
Chap. XV. Si le fils de famille qui cautionne pour son pere, peut être relevé.	156
Chap. XVI. & XVII. Si la mere qui s'oblige pour le paiement d'une somme, & des dommages & intérêts à quoi son	156

156  
fils

## TABLE DES CHAPITRES.

- filz est condamné, & pourquoi il est détenu prisonnier, sans pouvoir faire cession des biens, peut être relevé par le Velleïen. Si le Velleïen a lieu lorsque la femme renonce à son hypothèque. Si la femme qui a cautionné doit se pourvoir dans les dix ans.* 153
- Chap. XX.** *Si le pacte commissoire a lieu dans les ventes. De la clause apposée dans les constitutions des rentes, que l'acheteur de la rente pourra répéter le capital faute de paiement pendant deux ans. Si l'on peut purgare moram celeri præstatione.* 164
- Chap. XXI.** *Si la caution de la rente constituée peut contraindre le débiteur principal d'en payer le capital, tandis que la rente est payée.* 166
- Chap. XXIII.** *De quel temps le donataire peut prendre sa donation.* 167
- Chap. XXIV.** *Si un donataire, après avoir accepté la donation sous certaines charges & conditions, la peut répudier & s'en départir. Si le donataire universel peut être convenu personnellement, & au-delà de la valeur des biens donnés.* 168
- Chap. XXV.** *De la donation de tous les biens présents & à venir, sous la réserve de l'usufruit.* 169
- Chap. XXVI.** *Si le mineur marchand peut être relevé. Si le mineur peut recevoir valablement sans autorité de justice, les sommes qui lui ont été constituées, & si le constituant peut être recherché faute d'emploi. Des intérêts reçus par le mineur.* 170
- Chap. XXVII.** *Si un mineur peut être restitué envers sa réception dans une confrérie de pénitens.* 174
- Chap. XXVIII.** *De la loi Quoties, cod. de rei vind. & si la tradition qui se fait par la retention de l'usufruit, peut être considérée dans le cas de cette loi. Si le fils de famille peut, sans le consentement de son père, aliéner les biens que son père lui a donnés, sous la réserve de l'usufruit dans le contrat de mariage de ce fils. Si la décision de cette loi Quoties a lieu entre deux fermiers.* 177
- Chap. XXIX. XXXI. & XXXII.** *Si celui qui prête une som-*

## TABLE DES CHAPITRES.

- me pour payer un créancier de celui qui emprunte , avec subrogation , est valablement subrogé lorsque ce paiement n'est fait à ce créancier que le lendemain , & qu'il n'a pas de déclaration d'emploi. Si celui qui paye un créancier de ses deniers acquiert l'hypothèque de ce créancier sans subrogation. De l'acheteur qui paye les créanciers du vendeur , ou les lods de son acquisition , sans subrogation. Si le cessionnaire entre dans l'hypothèque du cédant sans subrogation. Si le privilege personnel passe au cessionnaire.* 181
- Chap. XXX. *Si les intérêts courent sans interpellation en faveur de celui qui est subrogé au précaire du vendeur* 184
- Chap. XXXIII. & XXXIV. *Si une barque est un meuble. Si les meubles peuvent être suivis par hypothèque. Si la déclaration d'une feintise d'une quittance publique , peut faire revivre la première obligation.* 185
- Chap. XXXV. *Des intérêts des réparations , des lods & ventes , & de la plus-value du fonds évincé.* 188
- Chap. XXXVI. *Si les alimens fournis par une mere , par une aïeule , ou par un ami , peuvent être demandés.* 189
- Chap. XXXVII. & XXXVIII. *De la donation de la moitié de tous les biens présents & à venir , francs & quittes. De la donation de la moitié des biens présents & à venir , franche & quitte de toutes charges , en quoi qu'elles puissent consister. De la donation de la moitié des biens , en payant la moitié des charges.* 193
- Chap. XXXIX. *Depuis quel temps le cédant doit garantir le cessionnaire des dépens.* 196
- Chap. XL. *Si le créancier qui a reçu son paiement des mains & deniers de l'acquéreur de son débiteur , & qui a subrogé à son hypothèque , peut être contraint à rendre les deniers reçus , la chose acquise ayant été évincée.* 198
- Chap. XLI. *De l'éviction de la chose vendue par des cohéritiers , avec promesse de garantie pour la portion héréditaire.* 199
- Chap. XLII. *Si on peut intenter l'action de garantie avant l'éviction réelle.* 200

## TABLE DES CHAPITRES.

- Chap. XLIII. *Depuis quel temps commence l'action en contre-garantie & répétition du prix.* 202
- Chap. XLIV. *Si le contrat de ferme est révoqué par la vente des fruits.* 203
- Chap. XLV. *Du notaire qui retient un acte sans connoître les parties.* 204
- Chap. XLVI. & XLVII. *Si on peut emporter une transaction par des nouveaux actes. De la transaction signée sans voir. Si la mere héritière de son fils, peut demander la cassation de la vente d'un fonds qu'elle a fait comme administreresse, sans autorité de justice. Si l'héritier du vendeur peut de son chef vendre la chose vendue.* 205
- Chap. XLIX. *De celui de plusieurs coobligés solidairement qui paye l'entière dette au créancier, quel recours il a contre les autres coobligés, & de la portion des insolubles. De plusieurs cautions solidaires. De la caution de plusieurs coobligés solidairement. De la solidité ou division pour le paiement des épices d'un rapport en matière criminelle.* 206
- Chap. L. *Si celui des trois coobligés solidairement, qui n'a rien reçu du prêt, doit tremper à la perte qui arrive par l'insolvabilité d'un des autres. Si cette perte doit être réglée sur les autres coobligés également, ou à proportion de ce que chacun a reçu.* 208
- Chap. LII. & LIII. *Du paiement fait par le débiteur de diverses sommes, sans dire in quam causam.* 210
- Chap. LV. *De l'acceptation de la donation.* 212
- Chap. LVII. *De l'acceptation non numeratæ pecuniæ.* 214
- Chap. LVIII. *Si de quatre vendeurs solidaires sous faculté de rachat, un seul peut recevoir la santé.* 218
- Chap. LIX. *Des réparations faites par le fermier sans le sçu du propriétaire.* 219
- Chap. LX. & LXI. *De l'argent du jeu. Des gageures.* 222
- Chap. LXII. *Du renouvellement de la caution.* 225
- Chap. LXIII. *Si le successeur au bénéfice en conséquence d'une résignation in favorem, est tenu d'exécuter le contrat de bail à ferme pour le temps qui reste.* 227

## TABLE DES CHAPITRES.

Chap. LXIV. <i>De la cause impulsive ou finale.</i>	231
Chap. LXV. <i>Si le mineur peut être restitué envers la première restitution.</i>	232
Chap. LXVI. <i>Si le donataire &amp; le légataire peuvent demander de garantie. S'il y a lieu de garantie entre les cohéritiers.</i>	235
Chap. LXVII. <i>Si l'héritier du mineur peut être restitué envers le paiement qui lui a été fait d'une somme qu'il a employé à un office, tombe ensuite aux parties casuelles.</i>	238
Chap. LXIX. <i>De la restitution des fruits du fonds du mineur, vendu sine decreto.</i>	239
Chap. LXX. <i>De la règle, que les intérêts sont bornés à doubler la somme capitale.</i>	241
Chap. LXXI. <i>De la cession prise pour compenser.</i>	244
Chap. LXXII. <i>De la lésion intervenue dans une division d'hérédité, ou dans une transaction.</i>	247

---

## LIVRE SIXIEME.

### DES SAISIES, DECRETS ET ALLOCATIONS.

CHAP. I. <b>D</b> U droit d'offrir.	249
Chap. II. & IV. <i>Si la moitié des terres complantées en vigne baillée au colone pour ses travaux, peut-être distraite de la saisie générale. Si les terres hermes baillées en emphytéose en peuvent être distraites en payant rente. De la subrogation précatoire. Si celui des deniers duquel le vendeur d'un fonds a été payé du prix, &amp; qui jouit du précatoire, jouit du privilège contre le vendeur. De plusieurs subrogés au même précatoire ou à la même hypothèque. De l'allocation des intérêts du prix de la vente d'un fonds sur les autres biens du discuté.</i>	253
Chap. V. <i>De l'allocation des intérêts, des réparations &amp; des</i>	

## TABLE DES CHAPITRES.

<i>Lois &amp; ventes , payés par l'acquéreur. Des intérêts du quant minoris.</i>	255
<b>Chap. VI.</b> <i>Des intérêts des arrérages de rente liquidés par le fermier , ou par le seigneur , &amp; de la restitution des fruits liquidés à une somme.</i>	257
<b>Chap. IX. &amp; X.</b> <i>De l'allocation des tailles &amp; des ventes , &amp; des dépens faits pour en avoir le payement. De l'allocation du prix d'une ferme.</i>	258
<b>Chap. XI.</b> <i>Si les créanciers antérieurs peuvent agir contre les postérieurs qui ont été payés par l'héritier sous bénéfice d'inventaire.</i>	261
<b>Chap. XII. &amp; XIII.</b> <i>Des rabatemens du décret.</i>	262
<b>Chap. XIV. &amp; XV.</b> <i>Si les enfans peuvent jouir de la dot de leur mere prédécédée , pendant la vie du pere dont les biens sont en distribution. Si on peut faire cession des biens d'une amende pécuniaire , ex causa delicti.</i>	268
<b>Chap. XVIII.</b> <i>De la péremption des saisies d'héritage.</i>	269
<b>Chap. XX.</b> <i>Quand est-ce que la discussion est nécessaire.</i>	270
<b>Chap. XXI.</b> <i>De l'intérêt de vente des marchandises. Des intérêts dus entre associés. Qu'est-ce qu'interpellation , ou instance.</i>	271
<b>Chap. XXII.</b> <i>Des dommages &amp; intérêts stipulés.</i>	274
<b>Chap. XXIII.</b> <i>Si les gages &amp; émolumens des Professeurs dans les Universités , &amp; les Officiers royaux , &amp; les revenus des Ecclésiastiques peuvent être saisis.</i>	276
<b>Chap. XXIV.</b> <i>Des fraix des funérailles de l'héritier chargé de rendre , &amp; s'ils peuvent être pris sur les biens substitués.</i>	278
<b>Chap. XXV.</b> <i>Des fraix des funérailles de la femme.</i>	280
<b>Chap. XXVII.</b> <i>De la clause , qu'en cas de prédécès du mari la femme sera nourrie &amp; entretenue sur les biens , suivant leur portée.</i>	281
<b>Chap. XXVIII.</b> <i>De la préférence de plusieurs saisies de meubles , &amp; de plusieurs saisies de sommes dues au débiteur.</i>	282
<b>Chap. XXX.</b> <i>Si les intérêts d'une dette de communauté , qui ont couru depuis l'indication faite par la communauté sur un</i>	

## TABLE DES CHAPITRES.

<i>bientenant , doivent être alloués en même rang que le capital , &amp; avant le précire , &amp; autres privilèges.</i>	283
<b>Chap. XXXI.</b> <i>De l'alloation du prix des choses dérobées , &amp; des dommages , intérêts &amp; amendes.</i>	284
<b>Chap. XXXII.</b> <i>Si on peut faire cession des biens pour des som- mes pour lesquelles le créancier a poursuivi des condamna- tions.</i>	286
<b>Chap. XXXIV.</b> <i>Si le décrétiste ou adjudicataire peut demander sa garantie à celui qui avoit vendu le fonds comme noble &amp; allodial à son débiteur , lorsque le fonds se trouve être sujet à rente.</i>	288
<b>Chap. XXXV.</b> <i>De l'alloation des arrérages des rentes conf- tituées.</i>	289
<b>Chap. XXXVII.</b> <i>Du privilège des opposans au sceau sur le prix des offices.</i>	290

---

## LIVRE SEPTIEME.

### DES PRESCRIPTIONS.

<b>CHAP. I.</b> <b>D</b> <i>E la prescription des crimes. De la mort natu- relle du prévenu dans la prévention.</i>	293
<b>Chap. II.</b> <i>Si le donataire ou le légataire prescrit l'hypothèque des créanciers antérieurs par dix ans.</i>	298
<b>Chap. III.</b> <i>De la prescription de la faculté de rachat.</i>	300
<b>Chap. IV.</b> <i>Si la prescription court contre le substitué pendant la vie de l'héritier , &amp; avant l'événement du cas de la substi- tution.</i>	302
<b>Chap. VI.</b> <i>Si la prescription d'une dette , dont le débiteur a chargé son acheteur de faire le payement , court au profit du premier débiteur ou de l'acheteur qui s'est chargé de payer.</i>	304
<b>Chap. VII.</b> <i>Si l'héritier qui répudie , ou l'héritier chargé de rendre , peuvent retenir les dettes passives prescrites pendant leur jouissance.</i>	305

## TABLE DES CHAPITRES.

Chap. VIII. <i>Si l'associé peut prescrire contre son associé.</i>	310
Chap. IX. <i>Si l'engagiste peut retenir les fonds engagés jusques au paiement des autres sommes qui lui sont dues au-delà du prix de l'engagement, quoiqu'il ait demeuré plus de 30 ans à demander ces sommes.</i>	311
Chap. X. <i>De la prescription qui a couru contre un majeur à qui un mineur ensuite devenu majeur a succédé.</i>	312
Chap. XI. <i>Si une sentence nulle, ou un contrat nul, ou une assignation devant un juge incompetent interrompt la prescription.</i>	ibid.
Chap. XII. <i>De l'interpellation de l'un des coobligés, ou de l'un des cohéritiers, &amp; de l'aveu.</i>	313
Chap. XIII. <i>Si la prescription court contre l'imbécille, contre l'absent &amp; ignorant, &amp; pendant que la succession est disputée.</i>	316
Chap. XIV. <i>Si l'acheteur prescrit par le laps de dix ans les arrérages de rente antérieurs à son acquisition, &amp; les lods d'une acquisition antérieure à la sienne.</i>	317
Chap. XV. <i>Si la prescription court contre le fils de famille pour les biens dont le pere a l'usufruit.</i>	319
Chap. XVI. <i>De la prescription des actions rescisoires.</i>	320
Chap. XIX. <i>De la péremption.</i>	322
Chap. XXI. <i>De la bonne foi requise dans la prescription de dix ans de l'hypothèque.</i>	325
Chap. XXII. <i>De la prescription du tiers-possesseur contre l'hypothèque de la dot.</i>	326
Chap. XXIII. <i>Si l'engagiste prescrit l'hypothèque. S'il prescrit la propriété.</i>	328
Chap. XXV. <i>Diverses quest. concernant les prescript.</i>	329

## LIVRE HUITIEME.

### DES TUTELLES.

Chap. I. <b>S</b> <i> Si le créancier du pupille peut être nommé tuteur, &amp; contraint d'accepter.</i>	334
Chap. II. <i>Si les femmes peuvent être admises dans une assem-</i>	

## TABLE DES CHAPITRES.

<i>blée de parens pour nommer un tuteur. Si l'oncle par alliance peut être nommé.</i>	337
Chap. III. <i>Du tuteur qui ne fait point inventaire.</i>	339
Chap. IV. <i>De l'intérêt des deniers pupillaires.</i>	340
Chap. V. <i>Si les intérêts du reliqua courent sans interpellation, &amp; du rang auquel ils sont alloués.</i>	342
Chap. VI. <i>De la Transaction passée entre l'adulte &amp; le tuteur, non dispunctis rationibus.</i>	345
Chap. VII. <i>Du nombre des enfans qui peut excuser de la tutelle.</i>	346
Chap. VIII. <i>De la préférence de la dot, ou du reliqua dû au pupille.</i>	347
Chap. IX. <i>Si celui de qui le tuteur est chargé de prendre l'avis est responsable de l'administration.</i>	349
Chap. X. <i>Si le tuteur peut demander un salaire.</i>	352.

## LIVRE NEUVIEME.

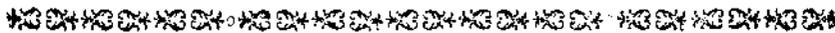
### DE LA PROCEDURE JUDICIAIRE.

CHAP. I. <b>S</b> <i>l'enquête qui prouve la vérité de l'acte doit prévaloir sur le rapport d'experts qui le déclare faux.</i>	353.
Chap. II. <i>De l'Arrêt rendu contre un mineur sans curateur.</i>	355
Chap. III. <i>Du mineur devenu majeur pendant le cours de l'inf-</i> <i>tance.</i>	357
Chap. IV. <i>Des récusations des Juges.</i>	358
Chap. VII. <i>Des reproches des témoins.</i>	363
Chap. VIII. <i>Plusieurs articles importants, concernant la pro-</i> <i>cédure criminelle.</i>	367
Chap. IX. <i>Des deux tiers de voix nécessaires pour être reçu</i> <i>Officier au Parlement.</i>	368
Chap. XI. <i>De la regle ne bis in idipsum, en matiere crimi-</i> <i>nelle.</i>	370
DISSERTATION critique sur le Livre intitulé <i>l'opinion des</i> <i>Canonistes</i> , par Me. Jean Solier, Banquier & Expédition- <i>naire en Cour de Rome.</i>	373

*Fin de la Table des Chapitres.*



**OBSERVATIONS**  
SUR  
**LES ARRETS**  
DE MONSIEUR  
**DE CATELLAN.**



L I V R E I V .

des Mariages & Dots.

---

CHAPITRE PREMIER.

*De l'obligation de la femme pour délivrer son mari de prison.  
Du privilege des sommes employées pour tirer un prévenu d'une  
prévention capitale.*

*Et de l'obligation du fils de famille mineur, pour tirer son pere  
de prison.*

NE des plus étroites obligations des femmes  
envers leurs maris, des enfans envers leurs peres,  
& vice versa, est sans doute de leur procurer la li-  
berté, quand ils ont le malheur d'en être privés par  
leur détention dans des prisons, d'où ils ne peuvent sortir sans

leur secours ; c'est ainsi que les différens Parlemens du Royaume en ont décidé par les arrêts qu'on trouve répandus dans les arrestographes.

A l'égard de l'obligation que contracte la femme pour tirer son mari de prison pour dette civile, il y a, selon moi, cette différence à faire entre la jurisprudence de ce Parlement & celle du Parlement de Paris, que comme ce Parlement a toujours conservé aux femmes le bénéfice du *Velletien*, suivant la remarque du commentateur de Larroche, *liv. 5. tit. 2.* les femmes peuvent y être relevées par ce secours, des obligations par elles contractées pour leur maris, toutes les fois qu'ils peuvent avoir une ressource pour se tirer de l'état de contrainte, autre que l'obligation de leurs femmes, comme, par exemple, la cession des biens ; au lieu qu'au Parlement de Paris on trouve que les arrêts autorisent indistinctement les obligations des femmes pour tirer leurs maris de prison, *ad hunc modum fœmina quæ pro marito debitore vinc̄to intercesserit efficaciter tenetur, etsi senatus consulto de intercessionibus minimè renuntiaverit*, *Chop. de sac. polit. lib. 3. tit. 8. num. 5.*

*Brodeau sur Louet, lettre A. somm. 9,* rapporte de arrêts conformes.

Je croi donc avec le président *Faber*, *liv. 4. tit. 21. definit. 16.* que la femme est dispensée de cautionner pour son mari détenu pour dette civile, quand le mari a la voie de la cession des biens pour se procurer la liberté, avec cette restriction néanmoins que si le mari est gentilhomme ou de condition honorable, il est de l'honneur de la femme qui a du bien, & de son devoir, de cautionner pour épargner à son mari une espee de honte qu'entraîne après soi la cession des biens.

La cession des biens ne porte aucune note d'infamie selon le droit écrit que ce Parlement fait profession de suivre ; *leg. 11. cod. ex quib. caus. infam. irrogat.* & voilà pourquoi la femme d'un artisan, par exemple, doit être dispensée de cautionner pour tirer son mari de prison, s'il peut se mettre en

liberté par la voie de la cession de biens ; car quoique la cession des biens semble entraîner avec soi une espece de honte , il suffit néanmoins qu'elle ne note point d'infamie , pour que la femme d'un simple artisan soit dispensée de cautionner pour son mari. Cette délicatesse de sentimens ne pouvant être exigée que d'une femme du rang dont on a déjà parlé , & dont la dot peut supporter la brèche qui lui est faite par le cautionnement.

Il faut observer , à l'égard de l'obligation des femmes pour tirer leurs maris de prison , que si le Parlement de Paris n'est pas tant réservé que celui-ci dans les permissions qu'il donne à la femme de s'obliger , c'est que la cession des biens qui , suivant le droit écrit , n'entraîne aucune note , & qui est un remede que l'on peut s'appliquer sans rien risquer de ce côté , renferme , selon le droit françois & coutumier , une espece d'infamie , par la marque du bonnet ou chapeau verd que le cessionnaire est obligé de porter , suivant les arrêts rapportés par *Brodeau sur Louet , lettre C , somm. 56.* ce qui est sans doute un puissant motif pour autoriser l'obligation des femmes , qui par cette voie , épargnent à leurs maris une honte publique , qu'elles ne peuvent que partager avec eux.

Pour ce qui concerne les enfans mineurs qui se sont obligés pour leurs peres, prisonnier pour dettes civiles, il y a eus diversité d'arrêts , les uns ayant autorisé ces obligations , les autres ayant entériné les lettres en restitution des mineurs ; ils sont rapportés par *Brodeau , loco supra* ; j'estime qu'il faut suivre à l'égard de l'obligation contractée par le fils mineur , la regle de décision que je viens d'établir pour la femme envers son mari.

Le fils mineur ne peut être relevé d'une caution judiciaire , non-seulement dans la cause de son pere , mais de tout autre , suivant l'arrêt du 20. Février 1672. rapporté dans le journal du palais , dans l'affaire de Teissier & de Philippe Carle ; la femme ne peut aussi se servir alors du bénéfice du Velleïen , ainsi que je l'ai observé *infra , chap. 49.* de ce livre.

Il y a un arrêt de la Cour , rendu en l'audience tournelle

le 15. Février 1690. plaidans Mes. de Pagés pour l'impétrant, & de Meja pour le défendeur, par lequel Dabatia fils fut démis de sa demande en restitution envers une obligation qu'il avoit contractée dans sa minorité, en faveur de Bertrand, créancier de son pere, pour le tirer de la prison où il avoit été détenu pendant quatre ans; Dabatia pere avoit été emprisonné faute d'avoir remis certain acte qu'on prétendoit qu'il avoit falsifié.

Dans ces circonstances, comme la cession de biens lui auroit été refusée, la Cour trouva l'obligation du fils juste & légitime.

Si le fils est obligé de secourir le pere détenu prisonnier, en cautionnant pour lui, le pere est pareillement obligé de tendre sa main au fils, pour le tirer du même état de contrainte; & c'est dans cette vue que les interpretes & les arrêts ont décidé, que, quoique régulièrement le pere ne soit pas tenu d'anticiper pendant sa vie le payement de la légitime à son fils, il peut cependant y être contraint s'il s'agit de tirer son fils de prison; sur quoi l'on peut voir la doctrine de *Mr. Duranti*, *quest. 88. de Fernand. ad leg. in quartam, præfat. 2. art. num. 11. & Benediët. ad cap. Raynut. in cod. testam. 1. num. 215.*

La cession des biens est reçue pour une condamnation de dépens descendans de crime grave, ainsi jugé à la tournelle après partage formé au mois de Juillet 1716. & départi à la grand-chambre le 28. Août suivant, en faveur des Valette pere & fils, contre Me. Burlotte, maire de Tarbe.

*Idem judicatum* le 11. Mai 1718. à l'audience tournelle, plaidans Me. de Latournerie & Astruc dans la cause de Me. Bofiat de Bertiere, chanoine de Vabres, défendeur à la demande en cession des biens, faite par Me. Jean Coste la Grangette, pour lequel plaidoit Me. Astruc.

C'est là un point de jurisprudence certain de ce Parlement; & s'il y a quelque arrêt contraire, il a été rendu sur des circonstances particulieres de soupçon de dol dans la cession des biens.

C H A P I T R E I I.

*De ce que la fiancée est obligée de rendre , le mariage ne s'en ensuivant pas.*

**L**A grande règle qu'on peut suivre dans la pratique & dans les jugemens, est de faire attention à la valeur de la chose donnée, ou à la modicité de son prix, ce qui doit se déterminer non-seulement par la chose elle-même, mais par la qualité des parties; quand les choses données par le fiancé sont de peu de valeur par rapport à l'état & condition de la fiancée, il paroît de la bienséance & de l'honnêteté de les lui laisser; il en seroit autrement si elles étoient précieuses: c'est la distinction que Choppin & Bacquet ont faite, adoptée par Mornac sur la loi 3. ff. de sponsal. Ainsi, si les habits & linge reçus par la fiancée se trouvoient d'une valeur considérable, je croi qu'il y auroit lieu à la répétition en faveur du fiancé ou de ses héritiers, s'il n'avoit point fourni de prétexte & de cause à la dissolution des fiançailles.

Cette distinction a été suivie par les arrêts de ce Parlement, rapportés par *Larroche, liv. 6. tit. 40. art. 28.* Quand les choses sont de peu de valeur le fiancé est censé en avoir fait don à la fiancée, & par cette raison, il n'y a pas lieu à la restitution. Quand elles sont considérables, la présomption est pour la répétition en cas de dissolution des fiançailles. On peut encore voir à ce sujet les arrêts rapportés par Brodeau sur Louet, *lettre F, somm. 18. & par Maynard, liv. 4. chap. 8. en ses arrêts.*

Par arrêt du 28. Juin 1713. rendu en la seconde des enquêtes, au rapport du Mr. d'Auterive, la demoiselle de Cabrol, fiancée du sieur Rech, décédé avant la célébration du mariage, fut condamnée à rendre à Me. Rech avocat, fils du fiancé, un billet de 498. liv. quoiqu'il fût allégué par la fiancée que cette somme lui avoit été donnée purement &

simplement , & que cela ne fût pas contredit , Rech fut démis par le même arrêt de la demande en restitution de quelques bagues que la fiancée étoit tenue d'être de peu de valeur.

La disposition de cet arrêt est conforme à la doctrine des auteurs déjà cités, qui estiment que les choses de peu de valeur ne doivent point être restituées par la fiancée , *secus* des choses dont le prix est considérable.

Quand le contrat de fiançailles se résout sur la demande de la fille , & par le refus qu'elle fait d'épouser , alors la Cour l'oblige à rendre tout ce qu'elle a reçu du fiancé indistinctement , sur son assertion , outre les dommages & intérêts auxquels elle est condamnée.

On peut observer ici sur la matière des fiançailles , que , par arrêt du 4. Août 1716. prononcé par monsieur le premier président de Bertier , il a été jugé qu'une place de collégiate au college de Pampelonne de Toulouse , étoit impétrable d'abord que le collégiate avoit fiancé ; & la place impétrée sur Me. Grassin collégiate , qui avoit passé un contrat de fiançailles , fut adjugée à Trenque impétrant , plaidans Mes. Pujos & Tavernol.

Le mariage du clerc qui est pourvû de bénéfice , renferme une démission tacite du bénéfice , par l'incompatibilité qui se rencontre entre l'état ecclésiastique & le mariage, *cap. 1. cap. diversis , cap. cum decorem , extra de cleric. conjugat.* mais la vacance n'a lieu , *ipso facto*, que par la consommation du mariage , dont les textes canoniques parlent , le contrat de fiançailles n'emportant point de vacance de plein droit ; mais étant seulement un motif au juge pour déclarer le bénéfice vacant, *ob suspicionem incontinentiæ , & ordini illatam injuriam* ; c'est la doctrine de Pastor , *de benef. lib. 3. tit. 14. n. 3.* fondée sur celle de Dumoulin & de Garcias.

## C H A P I T R E    I I I .

*De quel temps doit être allouée la constitution faite par le pere à sa fille dans le contrat de son second mariage.*

**L**A constitution de dot qui émane du pere , n'est pas proprement une libéralité de sa part envers sa fille , mais la consommation d'une obligation qu'il a contractée à son égard en lui donnant le jour , comme l'observe *Bened. ad caput Raynut. in verbo, Dotem quam ei dederat. tenetur enim unusquisque pater familias proprias dotare filias*, ce qui doit être entendu à concurrence de leur légitime ; & dans ce point de vue la constitution de dot est du côté du pere une vraie obligation , & ne peut être réputée libéralité , que pour l'excédent de la légitime ; mais de quelque côté qu'on envisage ici cette constitution de dot , il s'ensuit qu'à cet égard , la fille est réputée créancière du pere , dès le contrat de mariage ; d'où il suit qu'elle a hypothèque sur les biens dès ce même jour , & qu'elle devance tous les créanciers du pere , postérieurs à ce contrat. Ainsi l'arrêt du mois de Décembre 1693. rendu au rapport de M. de Mau, est très-juridique ; car de là , que la nouvelle 97. *h. præterea quia legem*, décide que le pere , en la main duquel la dot est rentrée par le décès du mari de la fille , est tenu de constituer la même dot , en cas de convol de sa fille en secondes nœces , il s'ensuit que cette dot n'a jamais perdu le privilege de sa date sur les biens du pere , *origine inspectâ in stipulationibus id tempus spectatur in quo contrahimus*, leg. 118. *h. si filius familias*, ff. de reg. jur. & quand la dot est rentrée en la main du pere , ou par un effet de la jouissance paternelle , ou par une stipulation expresse dans le contrat de mariage , comme l'observe Bocr. décis. 131. num. 7. ce n'a été que par maniere de dépôt , sur lequel les créanciers postérieurs n'ont aucune prise. La constitution doit se faire pleinement & sans diminution , &

8            *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
 le pere ne peut prétendre que ce que sa fille a gagné par le  
 prédécès de son mari à raison de la donation de survie, puis-  
 se faire fonds en tout ou en partie pour une nouvelle  
 constitution de dot, ce que l'Empereur Justinien a décidé  
 bien nettement, dans la nouvelle déjà citée. Il est vrai que,  
 suivant cette même loi, si les biens du pere ont souffert quel-  
 que diminution depuis le premier contrat de mariage par  
 quelque cas fortuit, *si fortuitus aliquis casus labefactaverit*  
*illi patrimonium*, le pere n'est tenu de faire la nouvelle con-  
 stitution que selon la consistance présente de ses biens, mais  
 toujours sans qu'il puisse toucher à la donation de survie ga-  
 gnée par le prédécès du mari. Mr. Doliwe, *liv. 3. chap. 30.*  
*de ses arrêts*, tient comme une maxime constante, que la  
 dot, une fois constituée par le pere, devient le propre patri-  
 moine de la fille, quoiqu'elle soit rentrée en la main du pere  
 par les voies sus-énoncées; & sur ce fondement la nouvelle  
 décide que le pere est tenu de la redoter avec la même me-  
 sure & les mêmes avantages de la premiere constitution.

#### CHAPITRE IV.

*De la donation faite de la dot par la mere à un de ses  
 enfans.*

**J**E croi qu'en se réglant par les principes du droit ro-  
 main, il faut constamment décider que la donation de la  
 dot, faite par une femme à un collatéral ou étranger, est nul-  
 le, *constante matrimonio*, quand même le mari y auroit con-  
 senti, & que l'usufruit des biens dotaux auroit été spéciale-  
 ment réservé.

Je me fonde sur la prohibition d'aliéner les cas dotaux,  
 portée par les constitutions de Justinien, plus étendues enco-  
 re que la loi *Julia*; puisque, non-seulement l'aliénation ou  
 translation de propriété en est prohibée, mais la simple  
 hipoteque, *insit. quib. alien. licet. & leg. unic. h. & cum lex*  
*Julia,*

*Julia*, *cod. de rei uxor. act.* malgré le concours du consentement des deux conjoints.

Il semble néanmoins que , suivant l'opinion de la glose & des interpretes , la réserve de l'usufruit de la dot , faite par la femme , du consentement du mari , devroit rendre cette donation licite, puisque l'intérêt du mari est entièrement conservé par la retention de l'usufruit , & que le motif déterminant de la loi *constante*, *cod. de donat.* qui prohibe la donation de la dot , est pris du tort & du préjudice que pareille donation porteroit au mari qui s'en trouve *interim* le maître , ce que la glose confirme sur cette loi , *in verbo Non potuit*, en ces termes : *mulier fundum dotalem alienare non potest, ut interim viro præjudicet* ; & c'est aussi la remarque de *Salicet*, au même lieu.

Toutefois il faut décider que cette donation est absolument interdite en faveur des collatéraux ou étrangers , même du consentement du mari ; la raison en est prise de ce que les loix ont prohibé toute espece d'aliénation des cas dotaux au mari & à la femme , par la crainte que le mari , se prévalant de l'ascendant que sa qualité lui donne sur l'esprit de la femme , ne la portât à faire cette aliénation , ou à consentir qu'il la fît lui-même , *ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum verteretur, d. tit. quib. alien. licet* ; raison qui subsiste pendant tout le cours du mariage.

Il en est autrement de la donation de la dot , faite par la femme , du consentement du mari , à un de leurs enfans ou descendans ; cette donation est licite , parce que le motif de la loi , sur lequel la prohibition d'aliéner la dot est fondé , ne se rencontre point dans cette donation , la loi elle-même déferant aux enfans l'hérédité de leur peres , comme une chose due , *leg. 7. ff. de bon. damnat.* ce n'est donc point par foiblesse & par fragilité de son sexe ; mais par une espece de devoir , qu'une mere ou aieule se détermine à faire donation de sa dot du consentement de son mari à ses enfans ; & quand la loi *constante* déjà citée , prononce la nullité d'une donation de cette espece , c'est que le consentement du mari ne s'y ren-

controit point, ce qu'on peut recueillir des termes de cette loi *dotem penès maritum constitutam*, & que le défaut de consentement invalidoit cette aliénation, la femme ne pouvant préjudicier au droit acquis au mari sur les biens dotaux, *cum alteri per alterum iniqua conditio inferri non possit*, le mari n'ayant pu être privé par le fait de la femme de l'usufruit de ces mêmes biens.

Le 29. Mai 1722. la Cour rendit arrêt en la troisieme chambre des enquêtes, au rapport de Mr. Pabbé Castain, en faveur de Me. Parran, contre Gabriel Guillem, en cette espece; Izabeau Audoyer, qui s'étoit constituée tous ses biens présens & à venir en se mariant avec Thomas Seguin, avoit été instituée héritiere par sa mere, & en cette qualité elle devoit la légitime à ses freres; elle fit vente à Gabriel Guillem, par acte du 10. Décembre 1713. d'une piece de terre dépendante d'une métairie à elle appartenant, pour le prix de 25. liv. du consentement & en présence de Seguin son mari; cette somme fut indiquée par ledit Seguin & Audoyer, à payer à Jean-Joseph Audoyer à compte de ces droits légitimaires, lequel, l'ayant reçue, la prêta à Seguin & à sa femme par un autre acte du 12. Décembre 1718. Ladite Audoyer étant devenue veuve, vendit, en conséquence d'une permission de Mr. de Bernage, intendant de Languedoc, une métairie avec les biens en dépendans, de laquelle les biens aliénés à Guillem faisoient partie, à Louis Parran, procureur au Sénéchal de Nîmes, avec la faculté de poursuivre le désistement des biens par elle aliénés, ou qui avoient été usurpés, dépendans de la métairie vendue; on fit impêtrer des lettres en 1719. à ladite Audoyer, en cassation de l'aliénation & en délaissement des biens vendus à Guillem, avec offre de rembourser les réparations & le prix; Parran intervint dans cette instance pour demander l'entérinement à son profit, des lettres impêtrées par ladite Audoyer; sur quoi il fut rendu sentence au Sénéchal de Nîmes le 23. Mars 1720. qui cassa la vente, à la charge du remboursement offert; cette sentence fut confirmée par arrêt du 29. Mai 1722. Les moyens de cassation

étoient pris de ce que ladite Audoyer , nouvelle catholique , avoit fait la vente sans permission de M. l'intendant , ce qui étoit nécessaire , suivant les édits & déclarations du Roi. 2°. De ce que le fonds étoit dotal , & par conséquent inaliénable. 3°. De ce que la vente avoit été faite sans permission de justice.

Guillem oppoisoit pour faire valoir la vente. 1°. Que la cession n'étoit pas spécifique , & qu'on n'avoit pas cédé les actions rescindentes & rescisoites. 2°. Que la prohibition d'aliéner le fonds dotal , n'étant faite que pour l'intérêt du mari , celui de ladite Izabeau Audoyer , étant mort sans se plaindre , la vente étoit devenue irrévocable. 3°. Qu'il y avoit nécessité & utilité de vendre , le prix ayant été employé au payement d'un créancier.

Parran répliquoit , en premier lieu , que la cession étoit suffisante , de-là qu'on lui accordoit la faculté de révoquer les aliénations , que d'ailleurs ladite Audoyer avoit demandé elle-même la cassation de l'acte. 2°. Que la prohibition d'aliéner le fonds dotal avoit été faite pour l'intérêt de la femme & pour la conservation de la dot ; & non pour le seul intérêt du mari. 3°. Qu'il n'y avoit ni nécessité ni utilité , puisque l'argent avoit été reçu par Seguin.

Le contraire fut néanmoins jugé au mois d'Avril 1723. au rapport de M. de Carellan en la même chambre des enquêtes , en faveur du nommé Gauffan , maçon de Nîmes , contre la même Izabeau Audoyer.

Cette femme avoit vendu en l'année 1713. à Gauffan , du consentement exprès de son mari , une vigne dotale , dont le prix fut destiné & indiqué pour le payement de partie des droits légitimaires de Jean-Joseph Audoyer , frere de ladite Izabeau ; la Cour confirma cette vente.

Je croi que la décision de ce dernier arrêt doit prévaloir en thèse , & que toutes les fois que l'aliénation du fonds dotal est faite pour l'acquit d'une hypothèque à laquelle ce fonds est assujetti , elle doit subsister ; car le motif de la prohibition d'aliéner le fonds dotal cesse alors , puisque , loin que l'aliénation soit ruineuse pour la femme , elle tourne au contraire

*Observations sur les Arrêts de Catellan ,*  
à son avantage par la libération qu'elle lui acquiert ; or Justini-  
en ne prohibe l'aliénation du fonds dotal, *constante matri-*  
*monio*, que par cette raison, *ne sexus muliebris fragilitas in*  
*perniciem substantiæ earum vertatur.*

Il faut néanmoins que tout soupçon de collusion, entre le mari & l'acheteur du fonds, cesse, & qu'il n'y ait point de lésion notable dans la vente ; car alors cette lésion pourroit donner lieu à la résolution du contrat, de même qu'elle opere la cassation d'une vente faite par un mineur sous l'autorité d'un curateur, puisque la femme qui fait une vente du fonds dotal, sous l'autorité & par le consentement de son mari, ( qui est réputé légitime administrateur de ses biens, ) doit jouir du même avantage que le mineur, les loix & les arrêts accordant la restitution en entier aux femmes déçues & lésées, *quando certant de damno vitando*, suivant la doctrine de notre auteur, & l'arrêt qu'il rapporte, *liv. 2. chap. 43. in fin.* ce qui est encore établi dans les loix du digeste, & du code, *ad Velleian.*

Il faut observer que l'arrêt rapporté par notre auteur, sur la fin du chapitre, qui jugea que la donation faite par la mere à son fils, du consentement de son mari, dans le contrat de mariage de ce fils, ne comprenoit pas la moitié de la dot, ne doit être appliqué qu'à la coutume de Toulouse, suivant laquelle la dot appartient au mari & aux enfans communs ; ce qui exclut la femme de pouvoir en disposer en faveur d'un des enfans, au préjudice des autres, comme il fut jugé par arrêt de la Cour au mois d'Août 1719. rapporteur Mr. de Baltard, compariteur Mr. Dejuges, au procès de Deyde, en la premiere chambre des enquêtes ; cet arrêt est conforme à l'opinion de Mr. Cambolas, *liv. 6. chap. 45.*

Ainsi la donation de tous les biens, ou d'une quote faite par la mere, en faveur d'un des ses enfans, comprend la dot, de même que les biens paraphernaux, hors de la coutume de Toulouse, sur quoi l'on peut voir *M. Dolive, liv. 3. ch. 29.*

Il y a un arrêt rendu en la troisieme chambre des enquêtes, le 6. Février 1723. entre Me. Dupia avocat, & le sieur

Ramel, qui décida qu'une donation faite par la demoiselle Mafré à la demoiselle d'Arbufquier sa niece, en faveur de son mariage, de la somme de 50. liv. faisant partie des cas dotaux de la tante, payable après son décès & celui de son mari, étoit valable.

On ne présuma point que la femme eût été induite par son mari, ni par caresses, ni par menaces, à faire cette donation, puisqu'elle regardoit sa propre niece; mais si la donation eût regardé un parent du mari ou un étranger, la Cour auroit sans doute jugé différemment, en prononçant la cassation de cette donation, par les raisons de droit que j'ai ramenées au commencement de cette observation.

## C H A P I T R E V.

*Des acquisitions faites durant le mariage, par la femme qui a constitué tous ses biens, & à qui elles appartiennent.*

**J**E suis de cette opinion, que quand les héritiers d'une femme qui s'est constituée en tous ses biens, peuvent prouver que les acquisitions par elle faites, *constante matrimonio*, proviennent de quelque trafic qu'elle a fait, le mari ne peut prétendre le prix de ces acquisitions, & que tout son droit doit être borné à la jouissance qu'il a eue des biens acquis comme un fruit des biens dotaux : Je fonde mon avis sur ces raisons. 1°. Que la loi *Quintus-Mutius, ff. de donat. inter virum & uxor.* établit formellement que les acquisitions faites, *constante matrimonio*, n'appartiennent au mari que par une présomption de droit, qui cesse & demeure détruite par la preuve des moyens & des ressources que la femme a eus pour acquérir, *verius & honestius est quod non demonstratur unde habeat mulier, existimari à viro ad eam pervenisse.* 2°. Que suivant la doctrine des interpretes, le négoce ou trafic d'une femme fait toujours cesser la présomption de la loi ; Mornac rapporte à ce sujet l'opinion de Jean Faber, de Du-

moulin & de Chassanée sur la coutume de Bourgogne. 3°. Que Faber, dont l'opinion sert de fondement à cet arrêt, ne parle point d'un négoce ou trafic particulier de celui du mari, fait par une femme, qui est pourtant l'espece de l'arrêt; mais qu'il dit seulement qu'une femme qui cohabite avec son mari, ne peut tirer avantage de la diligence & de l'industrie qu'elle a fait paroître par son économie & son travail journalier dans les affaires domestiques: *nec ad rem pertinerebit*, dit-il, *si mulier diligens & industriosa, mater familias esse probetur, cum operas suas qualescumque marito prestare teneatur, si eam maritus secum habeat*, ce qui tombe sur l'industrie de la femme, dans l'économie de la ménagerie, ou dans le métier que son mari exerce, & nullement sur toute autre industrie propre à la femme, qu'il dépend d'elle de mettre en œuvre.

On peut remarquer ici que le même Faber, après avoir établi, au lieu cité par l'arrestographe, que la présomption de la loi *Quintus-Mutius* profite aux créanciers même du mari, contre la femme, ajoute que cette présomption n'a pas lieu dans les circonstances, où une femme, qui est riche, s'est mariée à un homme indigent, ni lorsqu'elle a négocié séparément de son mari, ni quand elle a prêté de l'argent au vu & sçu de son mari, avec assertion que cet argent lui est propre & lui appartient, sans que le mari ait réclamé de tout cela; en un mot, la loi *Quintus-Mutius* ne distingue point entre les femmes artisannes & les autres, & se contente de présumer que les acquisitions proviennent *ex re mariti*, quand on ne prouve pas le contraire, ce qui me détermine à croire qu'on doit indistinctement décider que, la preuve étant établie des ressources que la femme a eues pour acquérir, il faut lui adjuger les acquisitions, qui sont le fruit d'une industrie singulière, quoique artisanne, si ce qu'elle a acquis n'a point de rapport au métier de son mari; car, le mari n'ayant pu exiger d'elle d'autres œuvres que celles qui regardent son métier, on ne peut pas dire qu'elle ait été obligée d'acquérir pour lui dans tout autre métier; & c'est ainsi qu'il faut entendre la décision de Faber, fondée sur la loi 48. *de oper. liber.*

## CHAPITRE VI.

*De la promesse faite dans un second contrat de mariage, d'instituer également les enfans du premier & du second lit.*

**L**A promesse d'instituer héritier, insérée dans un contrat de mariage, a effet de donation pour les biens présents & à venir, encore qu'elle semble ne se rapporter qu'à la mort; c'est la doctrine de *Mrs. Cambolas*, liv. 4. ch. 26. & *Maynard*, liv. 5. chap. 90. & dans ce point de vue, cette promesse est sujette à l'insinuation, enforte que les tiers-acquereurs ou créanciers peuvent exciper du défaut d'insinuation contre l'héritier ou le substitué contractuel, à raison des acquisitions qu'ils ont faites, ou de leurs créances, à moins que cette promesse d'instituer, insérée dans le contrat de mariage, n'émane d'un ascendant, & ne soit faite en ligne directe; auquel cas l'insinuation n'est pas nécessaire, suivant l'art. 19. de l'ordonnance de 1731, concernant les donations: & quoiqu'il semble que dans l'espece de l'arrêt rapporté dans ce chapitre, les enfans du premier lit dussent accepter ladite institution contractuelle par eux-mêmes, ou par leurs tuteurs, toutefois ils en sont dispensés, le donateur fût-il collatéral; c'est la disposition de l'art. 13. du même titre, conçu en ces termes: *les institutions contractuelles & les dispositions à cause de mort, qui seroient faites dans un contrat de mariage, même par des collatéraux ou par des étrangers, ne pourront être attaquées par le défaut d'acceptation*, suivant la doctrine de Dumoulin sur l'art. 219. de la coutume de Bourbonnois; & sur cet art. 245. de celle d'Anjou, les institutions d'héritier, faites par contrat de mariage, sont irrévocables; & telle est la commune opinion autorisée par la jurisprudence des arrêts.

Au surplus, suivant le droit écrit, un pere ou une mere ont la liberté d'instituer les enfans du premier lit ou du se-

16 *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
cond lit, & ne font liés qu'à l'égard de la propriété de l'aug-  
ment dotal ou donatien de survie du conjoint précédé, qui  
demeure réservée aux enfans du premier lit.

---

## CHAPITRE VII.

### *Des Mariages des Huguenots.*

**P**AR arrêt du 23 Juillet 1721. au rapport de Mr. de  
Celés, en la grand'chambre, en faveur de dame Eliza-  
beth de Bar de Comparnaut, marquise de Bougi; contre la  
dame de Bar, veuve du Sr. de Rieupeiroux; la dame de Sa-  
vois, épouse du sieur de Larboul; la dame Marguerite de  
Savois, épouse du sieur de Villemade; la dame de Ferre;  
le sieur de Brisac, & autres; il a été jugé que la succession  
d'un religionnaire, sorti du Royaume pour fait de religion,  
par permission du Roi ou par contrainte, à cause de ses or-  
dres, devoit être réglée, eu égard au temps de la mort na-  
turelle du religionnaire sorti du Royaume, & non eu égard au  
temps de la sortie; & qu'ainsi les plus proches parens au  
temps de la mort naturelle, devoient succéder, & non pas  
ceux qui se trouveroient les plus proches au temps de la sortie;  
& par cet arrêt la succession de la dame de Bar d'Altaïrac,  
sortie du Royaume par ordre du Roi, fut adjudgée à trois nie-  
ces existantes lors de la mort naturelle de ladite dame Altaï-  
rac, arrivée en 1701. au préjudice des filles de la dame de  
Bar de Savoie, petites-nieces, la mere desquelles étoit vivante  
lors de la sortie.

La raison déterminante de cet arrêt est prise de ce que la  
sortie du Royaume n'emporte pas avec soi mort civile du  
religionnaire, lorsqu'elle se fait par permission du Roi; que  
si au contraire cette sortie se trouve déstituée de la permission  
du Roi, le religionnaire est réputé mort civilement dès sa sor-  
tie; sur quoi l'on peut voir les articles 2. 7. & 8. de l'édit  
de 1689.

Un religionnaire absent depuis l'année 1685. temps du changement de religion & de la destruction des temples , seroit présumé sorti du Royaume sans permission du Roi , & par-là réputé mort civilement ; c'est ainsi que la Cour le jugea par arrêt rendu en la troisieme des enquêtes le 11. Mai 1716. au rapport de Mr. de Vic , entre Elperou & Antoine Martin.

Dans ce procès on rapportoit un certificat du curé & des consuls du lieu & domicile de l'absent , portant que le bruit public étoit qu'il étoit sorti du Royaume en l'année 1685 ; l'arrêt ouvrit une substitution par sa sortie hors du Royaume , qui devoit s'ouvrir à son décès , par où il fut réputé mort civilement , malgré l'allégation du possesseur des biens dépendans de cette substitution , qu'il étoit réputé vivant selon la loi , jusqu'à la centieme année de son âge , & que c'étoit au demandeur en ouverture de substitution à prouver sa mort ; la Cour se détermina sur les circonstances de son absence arrivée en 1685. temps de l'évasion hors du Royaume de la plupart des religionnaires.

¶ La question traitée dans ce chapitre , sçavoir , si les mariages des huguenots peuvent être dissous par le consentement des parties , est aujourd'hui oiseuse : elle fit la matiere d'un procès dans le temps que l'exercice de la religion prétendue réformée étoit autorisée dans le Royaume , suivant la disposition de l'édit donné à Nantes en l'année 1598. quoique dans le fonds , la question examinée de près , ne dût point alors partager les esprits , ni élever aucun doute dans l'espece de l'arrêt du 7. Décembre 1677. rapporté dans ce chapitre ; & cela , par deux raisons. 1<sup>o</sup>. Parce que , suivant la police du Royaume , les mariages étoient indissolubles , envisagés même comme dépouillés de la sainteté de sacrement , & comme simple consentement des parties , donné publiquement dans le temple entre les mains du ministre de la religion. 2<sup>o</sup>. Parce qu'il est décidé par nos canonistes , que le mariage d'un catholique romain avec une hérétique est indissoluble , n'y ayant de nullité radicale que pour celui , qui se-

roit contracté avec une païenne : telle est l'observation de *Cabassut. in praxi jur. canon. lib. 3. cap. 23. num. 8.*

Depuis la suppression de l'édit de Nantes, faite par Louis XIV. & les édits & déclarations donnés depuis la démolition des temples, les mariages de ceux de la religion prétendue réformée, doivent être célébrés en face de l'église romaine, suivant son rit, & la police du Royaume : en sorte que tous ceux qui se trouvent célébrés par des ministres protestans dans le desert, ( ainsi que, par un abus intolérable, on le pratique dans plusieurs cantons de cette province, ) sont déclarés nuls par les ordonnances du Roi. Sa Majesté à signalé les commencemens de son regne par une marque éclatante de zele pour l'extirpation de l'hérésie de Calvin, dont Louis XIV. avoit déjà sapé les fondemens par la démolition des temples, & par la sagesse des reglemens faits à cet égard. Dans cet objet le Roi a donné une déclaration au mois de Mai 1724. contenant dix-huit articles, & un renouvellement des édits, déclarations, & arrêts du Conseil, rendus sur ce sujet dans le précédent regne, dont l'exécution avoit été rallentie depuis plusieurs années, sur-tout dans les provinces où le nombre de ceux qui ont ci-devant fait profession de cette hérésie, a grossi par les impressions des prédicans, excités par des mouvemens étrangers à faire renaître cette hydre dans ces mêmes provinces, par des assemblées illicites qu'ils convoquent, dans lesquelles ils jettent une nouvelle semence d'hérésie par leurs sermons, & par la distribution de leur cene.

L'art. premier prohibe ces assemblées, à peine, contre les hommes, des galères perpétuelles, & contre les femmes, d'être rasées & enfermées pour toujours, même à peine de mort, contre ceux qui se seront assemblés avec armes. Les biens des uns & des autres demeurant confisqués. L'art. 2. prononce la peine de mort contre les prédicans, & celle des galeres perpétuelles contre ceux qui leur auront donné retraite, secours ou assistance ; & à l'égard des femmes coupables du même cas, elles subiront la peine d'être rasées & enfer-

mées pour leur vie dans les lieux destinés pour cela , avec confiscation des biens des uns & des autres. L'art. 9. porte que si au mépris des avis salutaires des curés ou vicaires de la paroisse , les malades refusent de recevoir les sacremens , & déclarent publiquement qu'ils veulent mourir dans la religion prétendue réformée, s'ils viennent à recouvrer la santé , le procès leur soit fait & parfait par le Sénéchal , à la requête du procureur du Roi, & qu'ils soient condamnés au bannissement perpétuel , avec confiscation de leurs biens ; si au contraire ils meurent dans cette malheureuse disposition , le procès sera fait à leur mémoire par lefd. Sénéchaux, en la forme prescrite par l'article 22. de l'ordonnance du mois d'Août 1670.

Les art. 12. & 13. donnent l'exclusion formelle aux religionnaires de tous offices & fonctions publiques , soit en titre ou par commission, s'ils n'ont une attestation de leur curé ou du vicaire de la paroisse , de leur vie & mœurs , & de l'exercice actuel de la religion apostolique & romaine , avec défenses aux universités du Royaume d'accorder aucuns grades de licence à ceux qui auront étudié en droit , ou en médecine , que sur des pareilles attestations de leurs curés , desquelles attestations il sera fait mention dans les lettres de licence qui leur seront expédiées , à peine de nullité. L'art. 14. déclare que les médecins , chirurgiens , apoticaire , les sages-femmes , les libraires , imprimeurs ne pourront aussi être admis à exercer leur art , sans rapporter une pareille attestation.

Venant à ce qui fait la matiere de ce chapitre, & aux mariages des huguenots ou religionnaires , l'art. 15. est ainsi conçu : *voulons que les ordonnances , édits & déclarations des Rois nos prédécesseurs , sur le fait des mariages , & nommément l'édit du mois de Mars 1697. & la déclaration du 15. Juin de même année , soient exécutés selon leur forme & teneur par nos sujets nouvellement réunis à la foi catholique , comme par tous nos autres sujets ; leur enjoignons d'observer dans les mariages qu'ils voudront contracter , les solemnités prescrites ; tant*

*Observations sur les Arrêts de Catellan, par les saints canons reçus & observés dans ce Royaume, que par lesd. ordonnances, édits & déclarations, le tout sous les peines qui y sont portées, & même de punition exemplaire, suivant l'exigence des cas.*

J'observerai ici que, quoique dans l'espece de l'arrêt du 7. Décembre 1677. rapporté par notre auteur, le mariage ne pût être envisagé comme sacrement, il n'en étoit pas moins indissoluble, par la raison qu'avant la révocation de l'édit de Nantes, les mariages célébrés par les ministres dans les temples de cette religion, étoient réputés légitimes par la police de ce Royaume, & capables de produire tous les effets civils entre conjoints, ainsi que ceux des catholiques romains : mais aujourd'hui tous ses sujets, étant censés réunis & rentrés dans le même bercail, si le mariage n'avoit point le caractère de sacrement, il seroit nul de plein droit, quand même les deux conjoints qui l'auroient contracté selon le rit & coutume de leur prétendue réforme, se renge- roient après ce mariage sous les étendarts de l'église romaine, par une abjuration de leur hérésie, ou par une profession publique de catholicité ; en sorte que pour cimenter une conjonction légitime, il seroit préalable qu'ils se séparassent de tout commerce, & qu'ensuite ils se rendissent dignes du sacrement de mariage, & qu'il leur fût administré suivant le rit de l'église romaine, ce mariage donneroit au contrat de leurs fiançailles tout l'effet qu'il doit naturellement produire.

---

## C H A P I T R E V I I I.

*De la puissance paternelle, & si on peut donner un tuteur aux enfans impuberes d'un condamné à mort par défaut.*

**Q**uelque favorable que soit la puissance paternelle, elle prend fin par la mort civile du pere ; *cum autem is qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem*

*amittit sequitur ut qui eo modo ex numero civium romanorum tollitur, perinde ac si, eo mortuo, desinant liberi in potestate ejus esse, instit. quib. mod. jus patr.* & il est donc certain que dans ces circonstances, il faut nécessairement pourvoir de tuteur à l'enfant, comme au cas de la mort naturelle du pere, & qu'il ne doit lui être pourvû de curateur, que dans les circonstances, où l'effet de la puissance paternelle & les droits sont seulement en suspens par une condamnation par défaut, qui peut être anéantie par la remise du condamné dans les prisons du juge, suivant l'art. 29. du tit. 17. de l'ordonnance de 1670. On donne encore un curateur au pupille quand il est obligé de plaider contre son pere, tuteur naturel : voyez l'arrêt que j'ai rapporté, liv. 8. chap. 2. de mes observations.

Si la condamnation étoit contradictoire, & que le pere fût condamné par arrêt ou aux galeres perpétuelles, ou à un bannissement perpétuel hors du Royaume ( comme alors sa condamnation emporte mort civile, suivant l'art. déjà cité, ) il est hors de doute qu'il faudroit pourvoir de tuteur à l'enfant de celui qui seroit condamné : car quand le bannissement n'est qu'à temps, la charge de tuteur ne prend point fin, & l'on substitue alors un curateur à la place du pere, qui est le tuteur naturel de ses enfans, suivant Cujas, ad leg. tutor. petitus, s. ult. ff. de excusat. tutor. & Graverol sur Larroche, liv. 4. tit. 9. art. 4.

Le bannissement à temps est envisagé parmi nous du même œuil que l'exil chez les romains. Or ce simple exil ne retranchoit point le citoyen du corps de la république, & ne le privoit point des effets civils, n'y ayant que la déportation qui opéroit à cet effet, & à cette déportation a succédé par la police du Royaume le bannissement perpétuel hors du Royaume.

Il y a d'autres circonstances où l'on pourvoit de curateur au pupille, comme, s'il est obligé d'avoir procès avec son tuteur, leg. 7. cod. de suspect. tut. ce qui doit être entendu s'il n'y a point de cotuteur & d'adjoint à la tutelle.

## C H A P I T R E I X.

*Si la portion de la dot que le mari gagne par le prédécès de sa femme, le mari n'en disposant pas, revient aux enfans avec le privilege de porter intérêt sans interpellation.*

**L** Es Empereurs Severe & Antonin décident dans la loi premiere *cod. de privileg.* que les privileges accordés aux femmes pour la répétition de la dot, leur sont personnels, & ne passent point à leurs héritiers : *scire debes privilegium, dotis quo mulieres utantur in aëtionē de dote ad heredem non transferre* ; mais Jullinien, par une loi postérieure, fait passer ce privilege sur la tête des enfans : *leg. assiduis, h. exceptis, cod. qui potior in pignor. habeant*. Le raison qu'en donnent les docteurs est que *filius est portio viscerum matris, nec mater censetur mortua aut pater mortuus, qui similem sibi reliquit* ; & en effet les enfans sont présumés nantis des biens de leurs peres pendant la vie même de ceux-ci, suivant l'expression des loix : *qui etiam, vivo patre, quodammodo domini existimantur. leg. in suis, ff. de liber. & posth.* d'où il suit que dans l'espece des arrêts rapportés dans ce chapitre, l'intérêt est dû sans interpellation aux enfans, comme il seroit dû à leur mere même.

On trouve un arrêt du Parlement de Bordeaux en date du 19. Avril 1699. dans *Lapeyrere*, 3. édition, in verbo *Intérêts*, num. 82. qui l'a ainsi jugé, & qui a décidé *in terminis* que l'intérêt des sommes dotales est dû aux enfans héritiers de leur mere après son décès, sans commandement, le privilege de la dot étant transmissible aux enfans, & non aux héritiers étrangers, suivant la glose de la loi unique *cod. de privilegio dot.* & cette décision doit avoir lieu pour la virile même, gagnée par le pere, & dont il n'a pas disposé ; ainsi que l'a décidé l'arrêt de l'année 1673, rapporté par notre auteur.

## C H A P I T R E X.

*Des cas auxquels le pere est responsable envers sa belle-fille de la dot reçue par son fils.*

**L**A cause des dots à paru si favorable aux législateurs , qu'ils n'ont rien oublié pour en assurer la répétition aux femmes ; c'est ce qui s'établit par la disposition des loix répandues dans le digeste & dans le code , & la jurisprudence de ce Parlement les adopte. Les deux arrêts rapportés dans ce chapitre , l'un de l'année 1677. & l'autre du 7. Février 1657. nous en fournissent une preuve sensible ; le premier arrêt décide que la présence seule du pere au contrat de mariage du fils non émancipé , le rend responsable de la dot promise , & qui a été payé depuis à son fils en l'absence du pere ; & par le second arrêt , il a été jugé que la dot est répétée sur les biens du pere par privilege , lorsqu'il s'est obligé dans le contrat de mariage de son fils de la reconnoitre lors du payement , quoique ce payement ait été fait après le décès du pere.

Pour justifier les dispositions de ces deux arrêts il faut d'abord établir pour principe que le fils non émancipé est réputé une seule & même personne avec le pere , suivant la loi finale *cod. de impub. & aliis substit.* que dans ce point de vue le jurisc. décide dans le s. *transgrediamur* cité par l'auteur , que le pere est responsable de la dot reçue par son fils , sans son consentement exprès ; par cette présomption , que cette dot est tombée en la main du pere , *penes quem est peculium* , la puissance paternelle ( qui le rend de plein droit maître du pécule de son fils ) établissant cette présomption , que la dot est parvenue au pere ; & de ce principe il faut tirer cette conséquence , que la présence seule au contrat de mariage de son fils le rend responsable de la dot , & cela , avec le même privilege & priorité d'hypoteque pour la fem-

24      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
me , qui lui est accordé sur les biens du mari par Justinien dans la loi *affiduis, cod. qui potior in pignor. hab.* & c'est ainsi que l'a jugé l'arrêt de l'année 1657. Mais si la dot a été comptée au beau-pere , la femme n'a point d'action sur les biens du fils , à moins que celui-ci , ne soit son héritier , *sin autem socero dotem dederit , cum marito , non poterit experiri , nisi patri hæres extiterit , d. ð. transgrediamur , in fine.*

Il en est autrement à l'égard du fils émancipé , par la raison , qu'on ne peut pas dire alors , que le pécule du fils soit le pécule du pere , ayant au contraire son pécule à part , & pouvant acquérir de son chef & exercer toutes les actions actives & passives qui résidoient avant l'émancipation sur la tête du pere , & voilà pourquoi dans les circonstances d'une émancipation faite dans le contrat de mariage , contenant constitution de dot , la femme ne peut agir pour la répétition de sa dot , malgré la présence du pere au contrat de mariage , que sur les biens donnés au fils

On peut observer ici à l'égard de la dot constituée par la future épouse dans son contrat de mariage avec un fils de famille , & en la présence du pere , que s'il arrive que le fils vienne à sortir de la maison paternelle pour vivre séparément avec son épouse , ou qu'il soit séparé d'habitation lors du mariage , alors la dot doit être payée au fils ; mais s'il habite avec le pere & à même foyer , c'est au pere à retirer la dot ; c'est la distinction faite par le président *Faber, in suo cod. lib. 4. tit. 6. definit. 11.* adoptée par un arrêt du Senat de Chamberi qu'il rapporte : Or comme la dot est constituée *ad sustinenda onera matrimonii , leg. 2. cod. de jur. dot.* il s'ensuit , que le fils de famille , vivant séparément du pere , étant obligé de nourrir & d'entretenir sa famille , la dot doit lui être livrée ; mais le pere n'en est pas moins responsable envers sa bru de la dot reçue par le fils , qu'il avoit en sa puissance lors du contrat de mariage , *origine inspectâ* , quand même le fils en seroit sorti dans la fuite.

C H A P I T R E X I.

*Si le beau-pere , qui s'est rendu responsable de la dot , est responsable de l'augment , des habits , & nourriture l'année de deuil & fraix funéraires.*

*Si le beau-pere est tenu sans discussion , & s'il a son recours sur les biens de son fils , & en quel rang.*

**L** Es privileges que les loix ont accordés à la dot , ne reçoivent point d'extenſion à l'augment dotal , ou donation de furvie de la femme , par la raiſon priſe de l'intérêt public , qui exige une protection ſinguliere de la loi pour la dot , dont la fin eſt de contribuer à ſoutenir les charges des mariâges qui donnent des citoyens à l'état , &c qui par-là , le rendent floriffant ; *interſt reipublicæ mulieres dotes ſalvas habere propter quas nubere poſſint* : voilà pourquoi Juſtinien , en chériffant ſur les conſtitutions de ſes prédéceſſeurs , a donné par la loi *aſſiduis* , *cod. qui potior in pignor. habeant* , ce privilege à la dot , de priorité d'hypoteque ſur tous les créanciers du mari , ce qui n'a pas été accordé à l'augment dotal , ou donation de furvie , qui n'a d'hypoteque que du jour du contrat de mariage. Nous voyons encore que la loi *ſi cum dotem* , au *h. transgrediamur* , borne à la dot ſeule , le privilege de pouvoir être répétée ſans diſcution ſur les biens du beau-pere , qui , lors du contrat de mariage de ſon fils , l'avoit en ſa *puiffance* , quoique celui-ci ait reçu les deniers dotaux , & tout cela eſt privilege pour la dot. Or étant de maxime que les privileges ne reçoivent point d'extenſion , & que *duo ſpeculia in eâdem perſonnâ non poſſunt concurrere* , il ſ'enſuit que l'augment dotal ne peut avoir le même avantage ſur les biens du beau-pere , que la dot de ſa bru , & que l'hypoteque de la femme ne tombe que ſur les biens du mari , à moins d'une ſtipulation expreſſe qui auroit lié le beau-pere envers ſa bru ; mais à l'égard des biens donnés au fils , ils ſont hypothéqués à l'augment.

Les fraix funéraires sont à la charge de la femme , si le mari ne laisse pas des biens pour y fournir , ce qui est un devoir réciproque entre les deux conjoints , *leg. quod si nulla 28. ff. de religios. & sumpt. funerum* ; la veuve n'est donc point fondée de joindre à la demande en répétition de la dot contre son beau-pere , celle des fraix funéraires de son mari , auxquels elle a fourni , si elle a de quoi le faire. Elle n'est pas plus fondée à l'égard des habits de deuil , puisque c'est un devoir pour elle de porter pendant l'an & jour cette marque publique de douleur , elle est conséquemment obligée de fournir aux habits , si les héritiers du défunt son mari n'ont pas de quoi le faire. Ainsi le beau-pere , s'il ne gagne rien par la mort du fils , & n'en a aucuns droits successifs , est déchargé de cette fourniture , parce qu'elle n'a rien de commun avec la destitution de la dot à laquelle il est tenu.

## C H A P I T R E X I I.

*De la promesse d'instituer faite par la mere à sa fille pour lui tenir lieu de constitution , & si elle vaut donation , la fille étant morte sans enfans avant la mere.*

**L**A circonstance du décès sans enfans de Peironne fut déterminante dans l'espece de l'arrêt rapporté dans ce chapitre , & le sera toujours dans une semblable espece ; car l'objet de semblables promesses d'instituer , inserées dans un contrat de mariage de la part des peres & meres , tombe sur les enfans qui en feront procréés , en sorte que leur existence soutient l'institution en leur faveur , en cas de prédécès du pere ou de la mere , par la raison prise du fonds des loix mêmes , *leg. liberorum, ff. de verbor. signif. leg. 7. ff. de bon damnat.* & les enfans survivans à leur aïeul ou aïeule , d'où émane la promesse d'instituer , *subintrant locum patris aut matris* , prennent la place de leur pere ou mere prédécédés , ce qui ne se fait point par la voie de la transmission ni *ex tacita*

*mente testatoris*, mais par disposition de la loi ; de sorte que cette voie de succéder n'a rien aujourd'hui de contraire à la nouvelle ordonnance concernant les substitutions, qui a proscrit les présomptions & conjectures, & qui exige une disposition expresse. Mr. de Cambolas, *liv. 6. chap. 20. num. 4.* en ses décisions notables, rapporte deux arrêts de ce Parlement, qui ont jugé que si le père a promis par les pactes de mariage d'instituer son fils ou sa fille héritiers, & qu'ils décèdent avant le père, laissant des enfans, il est obligé de laisser ses biens à ses petits-fils. Le premier arrêt est du 9. Septembre 1593. entre Cabanes, contre Vignes ; & le deuxième, du 22. Mai 1617. en la cause d'Amoine-François, & Jeanne Fortaires. Que s'il n'y a point d'enfans, la dot & la donation contractuelle font retour au père. Cambolas, *eod. suivant la loi succursum, ff. de jur. dot.*

On trouve un arrêt de ce Parlement du mois de Septembre 1632. rapporté aux additions sur Mr. Dolive, *liv. 5. chap. 14.* qui dans l'espece des arrêts ci-dessus cités, a décidé que le père qui, dans les articles de mariage de sa fille, a promis de l'instituer héritière après ses jours, la fille ayant prédécédé, & laissé un garçon & une fille, il est en la liberté du père survivant de faire héritier en mourant, un desd. enfans à l'exclusion de l'autre, soit qu'il l'ait fait expressément, faisant mention desdits articles de mariage, où qu'il l'ait fait tacitement. Cet arrêt préjuge seulement que l'aïeul a le droit d'élection entre les deux enfans ses petits-fils ; mais il n'en faut pas conclure qu'il eût pu varier dans la promesse d'instituer, parce qu'elle est de sa nature irrévocable, malgré le prédécès de l'institué, s'il laisse des enfans, par les raisons préalléguées & les préjugés déjà cités, & telle est la jurisprudence de ce Parlement.

## C H A P I T R E X I I I.

*Si le pere ou la mere remariés succedent en propriété à un des enfans du premier lit, aux biens qu'il a eu de la succession de l'aïeule, ex patre vel matre defunctis, lorsqu'il y a des enfans de ce même lit.*

**L**A nouvelle 22. chap. 46. *h. si autem intestatus*, porte que la mere qui convole à de secondes noces perd la propriété des biens que ses enfans du premier lit morts *ab intestat* laissent à leurs freres provenant du chef paternel, & qu'elle ne conserve que l'usufruit de la portion héréditaire; la propriété appartenant aux autres enfans freres du défunt & ses cohéritiers avec la mere.

La disposition de cette nouvelle a fourni matiere de dispute qui roule sur l'interprétation de ces mots, *paterna substantia* inferés dans la constitution de Justinien, & que les uns ont voulu étendre aux biens de l'aïeul, & les autres restreindre aux seuls biens du pere de l'enfant décédé *ab intestat*. Mr. de Cambolas, liv. 5. chap. 45. est du premier avis, & a plusieurs adhérens; notre auteur au contraire est du second, & appuie sa décision sur un arrêt de ce Parlement.

La décision de cette question dépend à mon avis de ces deux regles ou maximes. 1<sup>o</sup>. Si en thèse sous le nom de *paterna substantia*, on doit comprendre tout ce qui vient du chef du pere & des ascendans. 2<sup>o</sup>. Si les peines des secondes noces méritent les adouciffemens d'une interprétation favorable, la loi comprend l'aïeul sous le nom de pere, de même qu'elle renferme les petits fils sous le nom de fils, & c'est par une juste & raisonnable interprétation, comme s'est expliqué le jurisconsulte, *in leg. 201. ff. de verbor. signif. justa interpretatione recipiendum est ut appellatione filii sicuti filium familias contineri sepe respondebimus, ita & nepos comprehendi videatur, & patris nomine avus quoque demonstrari intelligitur.*

Cette regle est constante, & généralement reçue par tous les interpretes.

De-là il faut nécessairement conclure que sous cette diction de *paterna substantia*, les biens provenans de l'aïeul sont compris, & que par la disposition de la nouvelle, la mere perd également la propriété des biens que l'enfant mort *ab intestat*, a tant du chef de son aïeul paternel, que de ceux qui lui viennent de son pere; mais dit-on, cette constitution est pénale, & mérite par conséquent d'être restreinte & interprétée des seuls biens du pere, suivant la maxime prise de la loi *interpretatione*, ff. de *pœnis*, & c'est là le fondement de l'opinion de notre auteur & de l'arrêt qu'il rapporte; la maxime est constante & suivie même en pratique; mais il s'agit de sçavoir si elle doit être appliquée aux secondes noces.

Il demeure établi & par les loix civiles & par les loix canoniques, que les secondes noces n'ont rien en soi de favorable. Pour les loix civiles & les nouvelles constitutions des Empereurs, elles leur ont imposé différentes peines, les loix de l'église témoignent bien que ces secondes noces n'ont pas grande faveur, puisqu'elles se contentent de les tolerer, mais ne les approuvent pas, *can. si qua fuerit 7. in fin. 3 l. q. 1.*

Mr. Dolive, liv. 3. chap. 16. observe que les peines des secondes noces ne sont pas de celles qui méritent des adouciffemens, ni la faveur de l'interprétation; & je croi cette observation conforme à l'esprit des loix & des constitutions rendues contre les secondes noces, ce qui me détermineroit à refuser à la mere remariée les adouciffemens que l'on donne ordinairement aux choses pénales, & à décider qu'il faut suivre toute l'étendue de l'interprétation qu'on peut donner à ces mots, *paterna substantia*, sous lesquels les biens de l'aïeul doivent être régulièrement compris, à quoi j'incline encore plus volontiers, si par les circonstances, l'on peut conjecturer que les biens parvenus au petit-fils du chef de son aïeul, lui ont été donnés *contemplatione patris*, étant alors proprement biens du pere, *argum. leg. 6. ff. de collat. bonor.*

## C H A P I T R E X I V .

*Si le droit d'élection se perd par le convol en secondes noces dans l'année de deuil.*

**J**E pencherois volontiers du côté de l'arrêt qui a privé du droit d'élection la femme qui se remarie dans l'an de deuil : voici mes raisons. Il est vrai que celui qui élit ne donne rien du sien , *leg. unum ex familia 67. §. 1. ff. de leg. 2.* & que le droit d'élection est *magis facti quam juris* , suivant la doctrine des interpretes. D'où il semble qu'il faut conclure que la privation qu'encourt la femme par des secondes noces précipitées , de tous les dons & avantages qu'elle a reçus par les dispositions testamentaires de son mari, ne doivent pas l'exclure du droit d'élection, qui n'est autre chose que *nudum ministerium*, d'autant plus, que, suivant le droit canon, *cap. penult. & ult. extra de second. nupt.* adopté en ce point par la police du Royaume, la femme qui se remarie dans l'an de deuil, n'encourt aucune note d'infamie, ainsi que l'observe Expilli, *playd. 38.* & qu'il semble qu'elle ne doit pas être de pire condition que le déportat, qui conserve le droit d'élection, & dont la condamnation, ( qui est parmi nous celle du bannissement perpétuel hors du Royaume, ) emporte avec soi note d'infamie, suivant *l'art. 16. dutit. 17. de l'ordonnance de 1670.* toutefois, comme ce droit d'élection est une faveur & une marque de confiance du mari envers sa femme, & que ces noces précipitées blessent non-seulement la mémoire du mari, mais l'honnêteté publique, *novella 22. cap. 40.* elles rendent sans difficulté cette veuve indigne de cette faveur, & cela suivant la volonté présumée du mari défunt, & la condition sous laquelle il est censé avoir déferé le droit à la veuve, qui est celle de s'abstenir de semblables noces dont l. mari ne peut la dispenser sans déroger au droit public, qui prévaut toujours sur le particulier. D'où

il faut même tirer cette conséquence, que le bon exemple & l'intérêt public exigent que la veuve encoure cette peine de privation du droit d'élection, pour contenir le sexe dans les bornes d'un deuil qu'il doit rigoureusement porter l'année entière, à compter du jour du décès du mari.

A l'égard de la condition de viduité, comme elle ne regarde que l'intérêt particulier du mari, & certaine délicatesse de sentimens qui lui sont propres, cette condition ne peut exclure la veuve d'une pareille faculté, qui dans le fonds ne donne rien à la femme sur les biens du mari; ainsi l'arrêt du 8. Juillet 1678 est conforme aux principes reçus sur cette matière d'élection, qui est, comme je l'ai déjà dit, *magis facti quàm juris.*

## CHAPITRE XV.

### *De la femme convaincue d'adultere.*

**L**Es rigueurs du mari envers la femme trouvent quelquefois leur fondement dans des soupçons d'adultere, elles donnent lieu à leur séparation, dont la durée est arbitraire aux juges, & dépend des circonstances différentes du procès. Mais quand il y a lieu à la séparation, & que la Cour adjuge une pension alimentaire à la femme, cette pension ne se regle pas précisément eu égard au montant des intérêts de sa dot, elle peut l'excéder, quand il n'y a point d'enfans dont le mari soit chargé; ce qui fut ainsi jugé à l'audience tournelle, président Mr. de Marmiesse, le 18. Mars 1712. ce même arrêt décida encore que les informations faites par la femme contre son mari, pour mauvais traitemens, n'avoient pu être décrétées d'un ajournement personnel, ainsi qu'elles l'avoient été par le Sénéchal de Cahors, & que la voie criminelle ne peut être prise contre le mari, la preuve des mauvais traitemens ne devant être faite qu'aux fins civiles, & pour parvenir à une séparation.

Cet arrêt adjugea 300. liv. de pension à la demoiselle de Peire pendant deux ans qu'elle demeureroit séparée de Me. Benech son mari , quoique la dot ne donnât que 240. livres d'intérêt , & cassa l'ordonnance de decret d'ajournement personnel , rendue contre le mari par le Sénéchal de Cahors sur les conclusions de M. l'avocat général Dadvifard , plaidans pour Benech, Me. de Lardos , & pour la demoiselle de Peire , Me. de Montaudier.

S'il arrive que le mari ait plusieurs enfans à nourrir , alors on n'adjuge pas à la femme une pension proportionnée au montant des intérêts de sa dot, comme il fut jugé à l'audience tournelle le 19. Février 1710. président Mr de Ciron , entre la dame de Negre , & le Sr. de Gourouffe son mari ; la Cour ne donna à cette femme que 400. liv. de provision par an , payables de six en six mois par avance , quoiqu'elle eût porté à son mari 13000. liv. de constitution dotale , & cela, parce qu'elle avoit trois enfans de ce mariage , dont l'entretien rouloit sur le mari , à qui la dot n'a été constituée que *ad sustinenda onera matrimonii , leg. pro oneribus , cod. de jur. dot.*

Quoique les incommodités d'une femme , & une maladie habituelle ne soient point un sujet légitime de séparation , ni pour la femme , ni pour le mari , quelquefois la Cour , pour certaines considérations , en déclarant qu'il n'y a pas lieu à la séparation , ordonne néanmoins que la femme demeura séparée pour certain temps de son mari , en lui adjugeant une pension alimentaire , comme dans l'espece de l'arrêt rendu entre la dame de Brunet , & le Sr. Pouget de Lugaïnac son mari , prononcé à l'audience de la grand'chambre le 29. Avril 1709. par Mr. le président de Monbrun , sur les conclusions de Mr. le procureur général le Mazuyer , plaidans pour la femme , Me. de Montaudier , & pour le mari , Me. de Caussade.

La dame de Brunet , du consentement de son mari , s'étoit retirée à la ville de Milhau , pour y faire ses couches qui lui laissèrent de grandes incommodités , & la réduisirent dans un état de paralysie ; ce fut un prétexte pour elle de refuser d'al-

ler

ler à la compagnie de son mari dans sa terre de Lugaïnac , parce qu'elle avoit des accidens qui demandoient un prompt secours de la médecine , qu'elle ne pouvoit avoir à la campagne ; c'est sur ce motif que la Cour , en déclarant n'y avoir lieu à la séparation demandée par la dame de Brunet, ordonna que , pour certaines considérations, elle ne seroit tenue de revenir à la compagnie de son mari que dans un an , & que pendant ce temps son mari seroit tenu de lui payer la somme de 1000. liv. de pension alimentaire, qui étoit l'intérêt de sa dot.

C'est là un des jugemens que les tribunaux supérieurs peuvent rendre par ces motifs d'équité qui fléchissent en quelque sorte la rigueur de la loi , & lui conservent néanmoins toute son autorité & sa force.

On peut ici observer qu'une femme mariée qui accouche avant le temps ordinaire , & dans six mois après la célébration du mariage , ne peut même, du consentement de son mari , porter sa plainte de grossesse contre un tiers , des œuvres duquel elle prétend être enceinte avant son mariage ; c'est ainsi que cette question fut jugée le 30. Août 1719. à l'audience tournelle , plaidant Me. d'Astruc pour la nommée Boulet , contre le nommé Thouflet cabaretier.

Dans l'espece de cet arrêt la nommée Boulet, qui avoit resté en qualité de servante chez Thouflet cabaretier , se maria quelque - temps après avec le nommé Bonnet ; six mois après son mariage elle accoucha ; Bonnet , surpris de la naissance avancée de cet enfant , demanda à sa femme si elle n'avoit point été connue de quelque autre ; elle lui répondit qu'elle étoit enceinte des œuvres de Thouflet son ancien maître ; le mari l'ayant obligée de porter sa plainte contre Thouflet devant le juge des lieux , qui fit l'instruction, l'affaire portée en la Cour par appel , Thouflet fut relaxé de cette accusation.

La raison déterminante de cet arrêt fut que la loi présume que l'enfant né pendant le mariage est procréé des œuvres du mari, & que dans les circonstances de ce procès, il falloit croire que le mari avoit charnellement connu sa femme avant la

34      *Observations sur les Arrêts de Catellan ,*  
mariage , & cette présomption est *juris & de jure* , que *con-*  
*trariam probationem* excludit.

¶ Mr. Dolive , *liv. 2. chap. 1.* de ses arrêts , observe qu'en l'ancien Empire romain la peine des femmes adulteres étoit telle , qu'on les jettoit dans un lieu infame où elles étoient retenues captives , pour y souffrir une prostitution publique de leurs corps à toute sorte de gens , ce qui fut abrogé par l'Empereur Théodose , prince non-seulement chrétien , mais grand amateur de la continence. A cette peine a succédé celle insérée dans l'auth. *sed hodie* , *cod. ad leg. Jul. de adult.* adoptée par la jurisprudence des arrêts de ce Parlement. La femme poursuivie par son mari , & convaincue d'adultere , est condamnée à être mise dans un couvent , pour y rester l'espace de deux ans , en habit séculier , pendant lequel temps il est permis au mari de la reprendre ; mais ce délai passé , on ordonne qu'elle sera rasée , & prendra l'habit de religieuse , qu'elle demeurera privée de sa dot , qui est adjugée au mari , à la charge de la nourrir & entretenir dans le couvent ; telle est la disposition de l'arrêt rapporté dans ce chapitre. Quand les arrêts portent , que la femme sera rasée , & prendra l'habit de religieuse , cela s'entend , sans être obligée de faire les vœux de religion ; elle ne sort pas pour cela du siècle , & n'est pas privée des effets civils. Et à l'égard de l'entretien auquel le mari demeure assujetti , cet entretien doit être réglé selon la pension ordinaire qu'on donne au couvent , suivant le rang & la qualité des pensionnaires.

A l'égard de l'enfant procréé du commerce adultérin , il semble que , suivant le droit civil & canonique , la dot qui tombe en la main du mari doit être assujettie à un entretien alimentaire de cet enfant , & que c'est trop rigoureux d'abandonner cet enfant à la providence , comme s'en explique notre auteur ; en effet , les alimens sont dus aux enfans par un droit naturel , ainsi les légitimes ou illégitimes ont droit de les prétendre sur les biens de ceux qui leur ont donné le jour , la loi civile regarde comme un meurtrier le pere ou la mere qui refusent à leurs enfans ces alimens , ou qui , après leur naissance , les exposent

à la merci des passans dans les places publiques, comme sous les portes des hôpitaux : *Necare videtur, non tantum is qui partum perfocat, sed & is qui alimonia denegat, & is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet.* *leg. necare 4. ff. de agnosc. & alend. liber.* telle est la disposition du droit canon, *distinët. 87. canon. si expositus*, sans qu'il serve d'alléguer que le mari, à qui sa dot est adjugée en réparation de l'injure qui lui a été faite, est réputé créancier à cet égard, dans l'adjudication de la dot faite en sa faveur ; car les alimens sont proprement une charge de cette dot, par un droit naturel. Mais d'ailleurs, puisque la dot n'est pas adjugée au mari, mais aux enfans du premier lit de la femme adultere, & que le second mari accusateur n'a sur cette dot que la simple légitime de l'un desd. enfans, suivant Mr. Maynard, *liv. 8. chap. II.* n'en faut-il pas conclure, que le mari n'est pas réputé absolument créancier de cette dot, & qu'elle ne tombe en sa main que comme une espee d'indemnité, & en réparation de l'injure qui lui a été faite. Or dans cet objet, il ne doit pas jouir du même privilege qu'un créancier *qui certat de damno vitando*, & il n'y a pas grand inconvenient de prendre sur cette dot, les alimens que la nature doit à l'enfant procréé, soit d'un commerce adulterin, soit incestueux, & cela jusques au temps où cet enfant se trouve en état de gagner son pain.

Il est à propos d'observer ici, que le mari seul a en main l'action d'adultere pendant son mariage, *leg. constante 26. ff. leg. Juliam, de adulter.* ce qui doit être entendu, pour obtenir une condamnation pénale contre la femme, telle qu'est celle d'être rasée & cloîtrée ; car les héritiers du mari ne sont pas personnes légitimes pour cela, par la raison de la loi, *quia morum coercionem non habent, leg. rei judicatæ 15. §. I. ff. soluto matrim.* Mais si le mari s'est plaint dès son vivant, soit que le procès ait été contesté par le moyen du récollement & confrontation, ou non, venant à décéder pendant le procès, ses héritiers sont reçus à le reprendre, & rapportant preuve de l'adultere, feront priver la veuve de

sa dot, douaire, & autres conventions matrimoniales. C'est la doctrine de *Brodeau sur Louet, lettre I, som. 4. num. 2.* appuïée sur l'autorité des arrêts qu'il rapporte; mais le procureur du Roi ou fiscal, n'est pas personne légitime pour intenter une accusation d'adultère contre une femme, ni contre son mari, accusé de favoriser sa débauche; ce mari doit être condamné en l'amende, à cause du scandale, avec injonction au procureur du Roi ou fiscal de faire le procès à la femme, par forme de police: c'est ainsi qu'il fut décidé par l'arrêt du Parlement de Paris, rendu à l'audience, Mr. le président Nesmond prononçant, plaidans Me. d'Alençon & de Maupeou, sur les conclusions de Mr. l'avocat général Talon. L'arrêt est inferé dans la nouvelle addition sur Louet, au lieu ci-dessus cité, n° 9. transcrit dans le journal du palais, part. 7. pag. 236. Papon, en son recueil, liv. 24. tit. 2. art. 6. observe qu'en France il n'est permis à personne qu'au mari, pas même aux gens du Roi, d'accuser & de poursuivre une femme pour adultère, eût-elle été surprise en flagrant délit, & cela par la raison, *ne quietum matrimonium turbetur.* Graverol sur Larroche, liv. 1. tit. 7. art. 3. rapporte un arrêt de ce Parlement conforme; il n'y a que le cas du scandale public & de connivence du mari à la débauche de sa femme, qui peut autoriser la poursuite des gens du Roi, ainsi, & en la forme ci-dessus rapportée.

Il convient encore d'examiner ici, si les hommes peuvent impunément commettre l'adultère sans encourir aucune condamnation pénale, ni risquer d'être recherchés à cet égard. Nous avons déjà observé que l'action pour l'adultère réside sur la tête du mari, il n'en est pas ainsi de la femme. Elle n'a aucun droit de former accusation d'adultère contre son mari. C'est la disposition de la loi 1<sup>o</sup>. *cod. ad leg. Jul. de adulter.* la raison qu'en donne Faber, cité par Mornac, sur cette loi, est, que l'adultère du mari ne peut donner à la femme des successeurs étrangers, comme il arrive souvent de la femme à l'égard du mari: *Nota, dit Mornac, hoc fieri quoniam in viro non est tantum periculi propter partum alie-*

*num qui possit marito succedere* : & la disposition de cette loi est adoptée par la police générale de ce Royaume, ainsi que l'observe Automne, sur cette loi ; & l'on n'y suit point la disposition du droit canon, *causa 32. quæst. 5. can. præcepit. 19.* qui accorde la même faculté à la femme envers son mari de pouvoir former contre lui une accusation principale d'adultere, elle peut seulement exciper de l'adultere commis par son mari, si elle se trouve poursuivie par voie civile par le mari, pour la dot & douaire lui être adjugés à cause de l'adultere ; ce qui est alors une compensation de la part de la femme. *Vide Lebret, décis. for. liv. 1. chap. 13. & Boerius, décis. 338. n. 3. 5. 6.*

A l'égard de l'adultere commis par un homme, il ne demeure pas toujours impuni en France, comme l'ont avancé quelques auteurs étrangers ; mais hors certaines circonstances aggravantes, la peine de mort n'est point infligée, ainsi que l'observent Mornac après Faber, au lieu ci-dessus cité, & Larroche, en ses arrêts, *liv. 1. tit. 7. verbo Adulteres, art. 1.* où il dit qu'on se contente de prononcer contre les hommes la peine de mort, du fouet ou des galeres, à temps, suivant la qualité des personnes, ce qui est arbitraire au juge ; & Graverol, au même lieu, observe que ce crime ne demeure point impuni en France à l'égard de l'homme qui l'a commis, ainsi qu'il résulte de l'arrêt de reglement du Parlement de Bretagne, qu'il rapporte après Papon, portant peine de mort sans distinction de sexe pour fait d'adultere ; mais cette peine de mort n'a lieu que dans certaines circonstances, comme dans l'espece de l'arrêt rapporté par Larroche, *au tit. 7. ci-dessus.*

La sœur d'un président, mariée, fut convaincue d'adultere avec un métayer de son mari, ils furent l'un & l'autre condamnés à mort ; ce qui fut ainsi ordonné, ajoute l'arrestographe, à l'égard d'un autre adultere commis par la femme d'un conseiller de la Cour, avec le cleric de son mari ; il y a une perfidie de la part d'un domestique d'attenter sur la pudeur de sa maitresse, & une honteuse lâcheté de la part de sa maitresse de se livrer à un domestique ; ces circonstances

38 *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
font aggravantes par elles-mêmes, & font une exception à  
la règle, & à la maxime, que les adulteres ne sont point pu-  
nis en France d'une peine capitale. Ainsi voit-on que par  
l'arrêt du Parlement de Paris, rapporté au même lieu, un valet  
de cabaret, ayant abusé de sa maîtresse endormie dans la cou-  
che du mari absent, fut condamné à être pendu & étranglé.

---

## C H A P I T R E X V I.

*Si la pension stipulée en faveur de la femme au cas du prédé-  
cès du mari, est due au cas de distribution, même par la cau-  
tion du mari.*

*Si le cautionnement en ce cas peut être révoqué par la survenan-  
ce d'enfans.*

*Si le cautionnement fait par la mere pour la dot constituée à sa  
fille, est sujet au retour.*

*Si le mineur peut être relevé d'une constitution immense.*

**L**E simple adultere commis par un prêtre, dénué de cir-  
constances aggravantes, comme d'avoir voulu procu-  
rer l'avortement de la femme enceinte, est un délit commun  
de la seule compétence du juge de l'église; cette question a  
été ainsi jugée par deux arrêts de la Cour. Le premier, en  
date du 30. Janvier 1643. rendu en la chambre tournelle;  
cet arrêt, en cassant la procédure faite par les ordinaires de  
Montesquieu, renvoya le prêtre accusé devant le juge d'é-  
glise; il est rapporté par Me. Albert, lettre C, art. 1. Le  
second, fut rendu en la même chambre tournelle le 12. Juil-  
let 1720. conformément aux conclusions de Mr. le procureur  
général, président M. de Caulet-Gagnagues dans la cause. . .

Le Sénéchal avoit instruit comme cas privilégié. La Cour  
cassa & renvoya devant l'official en seul, Me. d'Alstruc plai-  
dant.

Le mari qui se plaignoit de cet adultere, avoit joint à la  
plainte des circonstances aggravantes, sçavoir, que N. . . .

avoit concouru & prêté sa main à l'avortement que la femme avoit tâché de se procurer par une saignée au pied qu'on lui avoit fait, ce N. . . . présent à l'opération, & tenant la chandelle ; mais c'étoient là dès allégations qui ne pouvoient point changer la nature du délit, quand même elles auroient été prouvées, puisqu'il auroit fallu prouver que la prétendue saignée du pied avoit été faite en vue de procurer cet avortement, & que ce N. . . étoit entré dans ce projet ; car celui qui procure l'avortement, étant vrai homicide, suivant le canon *Moïses 23, quest. 2.* ce N. . . en auroit été coupable comme complice, & l'homicide joint à l'adultère auroit rendu le délit privilégié, & de la compétence du Sénéchal, *cap. 139. sunt quedam 23. quest. 5.* Ce canon met encore le rapt & le vol au nombre des crimes dont la connoissance appartient au juge royal.

Les constitutions canoniques regardent l'adultère comme un péché des plus graves, d'un côté, *cap. quid in omnibus 32. quest. 7.* & le mettent, de l'autre, au nombre des moindres crimes, *de adulteriis verò, & aliis criminibus quæ sunt minora, potest episcopus cum clericis, post peractam poenitentiam, dispensare. cap. at si clerici, extra de judic.*

D'où il faut conclure que l'adultère n'est pas regardé comme méritant une de ces peines qui rendent un clerc justiciable du juge royal, & dont fait mention le chapitre 139. *sunt quedam*, déjà cité, & que la punition de ce délit est du ressort du seul juge d'église, dans un clerc, pourvu qu'il ne s'y rencontre aucune circonstance qui en change la nature, & qui donne prise à la juridiction royale.

On peut rapporter ici un arrêt du 21. Juillet 1646. rendu au rapport de Mr. de Larroche, qui jugea que c'étoit un cas privilégié de refuser la communion à la sainte table ; cet arrêt fut rendu, chambres ass. blées, contre un prêtre du diocèse de Pamiers, qui avoit refusé le jour de Pâques la communion à une femme, en disant : nous refusons la communion aux yvrognes & aux paillards ; cette injure publique aggravoit sans doute le délit du curé, mais n'influa point

*Observations sur les Arrêts de Catellan*, dans la décision de l'arrêt, qui jugea la question en thèse, & dépouillée de cette circonstance.

Le refus de la communion est, de la part du curé, une injure pour laquelle il peut être poursuivi criminellement, & la punition qu'il mérite à ce sujet excède les bornes des peines canoniques.

¶ Il y a cette différence à faire entre le douaire que nous connoissons dans ce ressort sous le nom d'augment dotal, & la pension stipulée par la femme en cas de prédécès de son mari, & dans leur contrat de mariage, que cette pension tient lieu d'alimens & d'entretien, & que par cette raison, elle doit être adjugée à la femme en cas de distribution des biens de son mari, ( quoique l'augment dotal ou douaire ne doive lui être adjugé qu'au cas de mort naturelle, ) ce qui résulte des arrêts rapportés par Brodeau, au lieu cité par l'auteur, qui ont adjugé à la femme séparée en biens, & dans les circonstances de la distribution énoncée dans ce chapitre, une pension par forme de provision sur les biens du mari, le douaire demeurant en suspens jusques à la mort naturelle; & l'hypothèque pour le payement de cette pension sur les biens du mari, se prend du jour du contrat de mariage: d'où il faut tirer cette conséquence, que les biens de la caution sont affectés à la femme, depuis le jour du contrat de mariage, contenant le cautionnement pour le payement de cette pension, non comme intérêt du douaire ou de l'augment dotal, mais par forme de provision alimentaire, cette pension étant un accessoire & une suite de la dot constituée; mais comme, suivant la disposition de la loi, *ubi adhuc, cod. de jure dot.* les fruits & intérêts des biens dotaux doivent être employés par la femme *ad sustentationem tam sui quàm mariti filiorumque, si quos habet*, l'usage de cette pension doit tourner à l'entretien de sa famille, & ne peut être diverti par la femme à d'autres usages pendant la distribution des biens du mari.

Pour ce qui concerne la caution, qui dans l'espece de cet arrêt prétendit être déchargée de son obligation par le bénéfice de la loi *si unquam, cod. de revocand. donat.* la prétention

tion étoit bien vaine , 1<sup>o</sup>. Parce que la donation n'étoit pas partie de la main , & que , comme caution , il ne pouvoit être envisagé comme donateur , mais comme débiteur de la pension stipulée sans division d'action ni discussion. 2<sup>o</sup>. Par la raison que , quoiqu'il semble que la fidéjussion soit un accessoire de l'obligation principale , toutefois c'est une obligation toute distincte , & qui peut subsister , quoique l'obligation principale vienne à tomber , comme , par exemple , dans le cas où le débiteur n'est pas lié par le droit civil , mais par une obligation purement naturelle , telle que contracte un esclave , auquel cas , son fidéjuteur ne laisse pas d'être obligé. C'est ainsi que le décide ce grand interprete de nos loix , Cujas , en son observation 34. lib. II. *¶ ad Africanum , tit. 7. ad leg. hæres 21. §. servatur , ff. de fidejuss.* On peut encore employer la loi *fidejussor ff. de fidejuss.* qui décide que le fidéjuteur demeure obligé , quoique l'obligation principale soit simplement naturelle , & que le débiteur ne soit point lié *juris vinculo* , d'où il faut nécessairement conclure que le fidéjuteur d'une donation n'est point donateur , & ne peut jouir du privilege de la loi *si unquam* , mais que son obligation n'est accessoire du principal qu'à cet égard , qu'il ne peut être obligé *in duriores causas* , ce qui s'étend au-delà de la quantité ou qualité de la chose promise par le débiteur , ou sous une condition plus onéreuse , & sous un moindre délai pour le paiement ; c'est ce que Cujas a entendu dire sur la loi 4. *ff. de obligat.* Si l'obligation du débiteur principal étoit réprouvée par la loi , ou par les ordonnances , il est certain que le fidéjuteur seroit déchargé de plein droit , comme au cas de la caution intervenue pour une femme qui a cautionné elle-même ; la raison en est , *quia totam obligationem senatus improbat , leg. si mulier , ib. §. si ab eâ , ff. ad Vellei.* & c'est là qu'on peut appliquer la maxime du droit *cum principalis causa non consistit , neque ea quæ sequuntur locum habent* ; mais hors de ce cas , la fidéjussion est regardée comme un contrat séparé & qui subsiste , le principal étant même emporté , comme au cas de l'obligation contractée par le mineur , dont la

42      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
caution demeure obligée , quoiqu'il soit délié par le bénéfice  
de la loi & de la restitution en entier.

La raison de la loi *generaliter*, *cod. ad Vellei.* qui autorise le cautionnement prêté par une femme pour cause de dot, *omni autoritate velleian. senatus consulti, in hac causa cessante*; cette raison, dis-je, est prise de la protection accordée par les loix aux dots des femmes, & à l'intérêt public, qui exige de favoriser les mariages, pour rendre l'état peuplé & florissant; *neque enim ferendum est*, dit l'Empereur Justinien, *quasi fortuito casu interveniente, mulierem fieri indotatam, & sic à viro forsitan repelli & distrahi matrimonium.*

---

## C H A P I T R E   X V I I .

*De l'action de dote malè collocata, & si la fille dotée par le pere, venant à lui succéder ab intestat, doit conférer ou rapporter la dot à ses freres cohéritiers, quoique le mari soit devenu insolvable depuis le mariage, ou s'il lui suffit conferre inanem actionem.*

**U**N étranger qui se marie en France, & qui n'y a aucuns biens fonds, ne peut prétendre que la dot lui soit délivrée, mais seulement les intérêts, *ad sustinenda onera matrimonii*. On ordonne alors que la dot sera placée en main solvable, ou en fonds; c'est ainsi que cette question fut jugée dans la cause de Victor, originaire de Suisse, & de la nommée Garaud sa femme, par arrêt d'audience du 25. Juin 1714. préfidant Mr. le premier, plaidans Mes. de Lardos & Huleau.

Deux raisons peuvent servir de fondement à cet arrêt: la premiere, qu'étant de l'intérêt public que la dot soit conservée à la femme, elle ne peut trouver de sureté dans la main d'un étranger, qui n'a aucuns biens fonds dans le Royaume, & qui n'en peut espérer par la voie de la succession légitime, puisqu'il est sans parenté; la seconde, qu'il n'est pas juste d'accorder aux étrangers les mêmes prérogatives qu'aux regnicoles, ce qui arriveroit pourtant, si on leur livroit la dot avec la femme.

Le cautionnement est donc valablement requis, ce qui doit être ainsi ordonné, *argumento ducto* de cet usage où les Cours du Royaume sont, d'exiger caution de payer le juge du côté de l'étranger qui a procès avec un regnicole, suivant la remarque de Mornac sur la loi 1. *ff. judicatum solvi*.

D'ailleurs les étrangers n'ont pas les mêmes avantages en jugement que ceux de la nation, puisqu'on leur refuse constamment le bénéfice de la cession des biens, ainsi qu'il résulte des arrêts rapportés par Charondas en ses réponses, *liv. 3. chap. 37.* & par Bacquet, *Aubaine, part. 2. chap. 16.* Quoiqu'il semble que la faveur de la liberté que l'homme a reçu de la nature même, dût prévaloir sur les motifs de l'intérêt civil, qui ne permet pas de confondre dans un bénéfice accordé aux citoyens, ceux qui n'ont pas droit de bourgeoisie; mais des raisons de politique l'ont emporté, elles ne veulent pas que la république accorde aux étrangers les mêmes grâces & les mêmes prérogatives qu'à ceux qui ont pris leur naissance dans son sein. C'est la remarque d'Aristote, *liv. 7. chap. 6. de ses politiq.* & de Bacquet, *du droit d'Aubaine, part. 1. chap. 2.*

¶ J'ai dit dans mes observations sur ce chapitre, qu'un étranger qui se marie en France, & qui n'y a aucuns biens fonds, ne peut prétendre que la dot lui soit comptée, mais seulement les intérêts *ad sustinenda onera matrimonii*; ce qui me donne lieu de toucher ici une question, qui consiste à sçavoir, si un italien, qui est au service du Roi en qualité d'officier dans un régiment étranger, & qui, après de longs services, meurt dans une ville de la route qui le menoit à sa patrie, où il alloit faire sa retraite; cet officier, dis-je, est sujet au droit d'aubaine, en sorte qu'une somme d'argent, qu'on trouve dans ses coffres, puisse être saisie par les fermiers du domaine, & à eux adjudgée par droit d'aubaine, au préjudice des parens successeurs *ab intestat* de cet officier?

Ayant été consulté sur cette question de la part des successeurs *ab intestat* de cet étranger: j'ai été d'avis, que le droit d'aubaine n'avoit pas lieu dans l'espece proposée, Bacquet, ( au-

teur non suspect aux droits du domaine, puisqu'il étoit avocat du Roi en la chambre du Trésor, ) observe dans son traité du droit d'aubaine, chap. 13. num. 3. & rapporte un arrêt du Parlement de Paris confirmatif d'une sentence du Trésor, qui décida qu'un marchand étranger, qui avoit passé en France pour y trafiquer, y étant décédé pendant le cours de son négoce, les meubles & argent qu'il avoit laissés en mourant, n'étoient point sujets au droit d'aubaine. Sur quoi Bacquet ajoute, qu'il seroit trop rigoureux d'affujettir dans ces circonstances, les marchands étrangers au droit d'aubaine à raison des effets mobiliers qu'ils laissent, ce qui porteroit un coup mortel au commerce du Royaume, en détournant les étrangers d'y venir & d'en parcourir les provinces pour le fait de leur négoce.

La décision rendue en faveur du marchand étranger s'applique naturellement à l'espece dont il s'agit ici; & c'est une maxime prise de la loi *illud, ff. ad leg. Aquil.* que là où il y a parité de raison, *idem jus constituendum est*: or, étant de l'intérêt du Roi, d'attirer à son service des officiers étrangers, pour fortifier ses troupes & rendre ses armées plus nombreuses & plus redoutables aux ennemis de l'état, si ces officiers, qui ont toujours conservé le desir naturel d'aller finir leurs jours dans leur patrie, étoient rigoureusement privés par le droit d'aubaine d'un épargne en argent, qui est le fruit de leurs travaux, & qu'on a trouvé dans leurs coffres lors de leur décès, sur la route qui les conduit à leur patrie, ce seroit assez pour priver l'état de leur secours; l'intérêt du Roi se trouve donc à affranchir, dans pareilles circonstances, l'officier étranger de ce droit d'aubaine, & à laisser à ses successeurs légitimes cet argent monnoyé, ou les meubles dont il étoit saisi lors de son décès; puisqu'il est réputé mort dans sa patrie même, à laquelle il a toujours appartenu, n'ayant été que passager en France, & ayant conservé *animum revertendi*, *argumento ducto à s. pavonum, instit. lib. 2. tit. 1. de rerum divis. &c.*

La redotation de la fille mariée à un époux insolvable, au

temps du contrat de mariage ne se fait jamais qu'à concurrence de la légitime. *Autonne sur la loi 1. ff. solut. matrim.* rapporte un arrêt du Parlement de Bourdeaux conforme à cette maxime, dans l'espece suivante. Une fille mariée par son pere à un homme insolvable, à qui il avoit payé la dot, consistant en six mille livres, vient à se remarier, & se constitue, envers son second futur époux, l'action qu'elle avoit sur les biens du premier époux, & le second mari ayant fait instance contre le pere constituant, pour la redotation & paiement de la même somme de six mille livres, il fut ordonné par l'arrêt que les parens du côté paternel & maternel s'assembleroient pour délibérer sur l'estimation de la dot, par rapport aux biens dont le pere jouissoit alors, au nombre des enfans, & qualité du mari; ce qui prouve que la redotation ne se fait jamais avec la même mesure, que la première constitution; & sur ce principe la jurisprudence de ce Parlement n'y contraint le pere qu'à concurrence de la légitime, encore faut-il que sur cette légitime la fille impute ce qu'elle peut retirer sur les biens du premier mari, en déduction de la dot à elle constituée; & à ces fins, elle est obligée à faire par un préalable, discussion des biens du premier mari, pour constater son insolvabilité. Si la femme est émancipée & majeure de 25. ans, & que l'insolvabilité du mari soit survenue pendant le cours du mariage, par la distribution de ses biens, & qu'elle n'ait pas agi pour la répétition de ses cas dotaux, le pere, dans ces circonstances n'est pas obligé à la redotation; car la loi *in rebus, cod. de jur. dot.* assujettit alors la femme à agir pour la conservation de sa dot.

## CHAPITRE XVIII. &amp; XIX.

*Si la femme , à qui son mari a légué une pension , exédant l'intérêt de sa dot , & l'usufruit d'une partie de ses biens , peut répéter sa dot & son augment , &c.*

**L**A femme légataire même de l'entier usufruit des biens du mari , peut , nonobstant ce legs , répéter sa dot ; en sorte que cet usufruit subsistera , & ne sera diminué que de cette portion de biens qui sera vendue pour le payement de la dot ; c'est la doctrine de *Ferr. sur la quest. 541. Guip.* Pour que la femme fût privée de jouir de ces deux avantages à la fois , il faudroit que le legs lui eût été spécialement laissé pour lui tenir lieu de dot , & en compensation , *nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit , leg. un. §. 3. cod. de rei uxor. act.*

La nourriture & l'entretienement du légitimaire sur les biens du pere , empêche le cours de la prescription de la légitime , & cette prescription ne court que du jour qu'il est sorti de la maison paternelle , ou qu'il a cessé d'être nourri sur les biens de l'hérédité. *Mr. Dolive , liv. 5. ch. 31.* rapporte un arrêt de ce Parlement , qui l'a ainsi jugé , en quoi le légitimaire differe de la femme légataire dans le testament de son mari , de sa nourriture & entretienement dans la maison , qui est obligée d'agir pour la répétition de ses cas dotaux depuis la dissolution du mariage , si elle veut se mettre à l'abri de la prescription , ce que la loi *in rebus , cod. de jur. dot.* étend même au cas de distribution des biens du mari.

La raison de la différence est prise de ce que le légitimaire , recevant journellement sa nourriture sur le patrimoine du pere défunt , est censé être en possession de la légitime substituée par le droit civil à la place des alimens qui lui sont dus par les loix de la nature ; au lieu que le legs fait à la femme de sa nourriture , ne pouvant lui représenter sa dot , si cela n'est

Spécialement porté par le testament, elle n'est pas censée jouir de sa dot, quoiqu'en possession des biens légués; en sorte que pour interrompre le cours de la prescription, elle doit nécessairement former sa demande judiciaire.

Je croi que ce qui est donné à une femme, avec charge expresse de fidéicommiss à son décès, doit entrer dans la constitution générale qu'elle se fait de tous ses biens présens & à venir; par cette raison qu'avant l'ouverture de la substitution, le substitué n'a nul droit sur les biens: *substitutio*, dit la loi, *quæ nondum competit. extra bona nostra est. leg. substitutio*, ff. de acq. rer. dom. l'héritier grevé en est conséquemment réputé le maître, la substitution pouvant devenir caduque par le prédécès du substitué.

Il n'y a pas de doute que le fils ne jouisse du privilège de la dot de sa mere, sous quelque titre qu'elle tombe en sa main, puisque la glose sur la loi *affiduis*, §. *exceptis*, cod. *qui potior in pign. habeat*, lui conserve ce privilège contre la seconde femme répétant sa dot sur les biens du mari, quoique privilégiée elle-même; l'Empereur Justinien, dans la nouvelle 91. ayant expressément réservé aux enfans le privilège de la dot de leur mere, il faut leur conserver inviolablement, *jure filiationis*, ce que l'on peut étendre aux descendans, par la raison de la loi *liberorum*, ff. de verbor. signif.

## CHAPITRE XXI.

*Si la veuve, qui, ayant pris la tutelle de ses enfans, se remarie, non petitis tutoribus, est sujette aux mêmes peines que celle qui se remarie dans l'an de deuil.*

**L**A femme qui se remarie, *non petitis tutoribus* à ses enfans du premier mariage, doit être privée non-seulement de la succession de ses enfans décédés depuis son convol, mais même de son augment dotal, & de tous les legs & avantages qu'elle peut avoir reçus de son défunt mari,

48      *Observations sur les Arrêts de Catellan* ,  
quoiqu'il l'ait dispensée par son testament des peines des secondes nocés.

C'est ainsi que la question fut jugée en la seconde chambre des enquêtes le 30. Avril 1716. après partage vuïdé en la troisième , au rapport de Mr. l'abbé de Palarin , compartiteur , Mr. l'abbé de Roquette , entre Anne Loche , qui avoit convolé à des secondes nocés , & les héritiers *ab intestat* , des nommés Nicolas , ses enfans.

Les juges de la deuxième chambre des enquêtes , d'où le partage fut porté , furent tous d'avis qu'Anne Loche étoit privable de la succession de ses enfans morts en pupillarité après le second mariage , par son convol , *non petitis tutoribus* ; mais ils furent partagés sur la question , si elle étoit privable de son augment , & autres avantages reçus de son mari , les uns estimoient que cette femme , n'ayant point d'enfans au temps de l'instance , qui peussent recueillir le fruit de la peine qu'elle pouvoit avoir encourue , & se trouvant d'ailleurs dispensée par le testament de son mari , des peines des secondes nocés , étoit assez punie , si on la privoit de la succession de ses enfans morts *ab intestat* , sans lui faire perdre des avantages que son mari avoit voulu lui conserver par une dispense aussi marquée.

Les autres au contraire , appuyoient sur l'ingratitude de cette mere , qui avoit oublié ce qu'elle devoit & à ses enfans & à la mémoire de son mari , dont la dispense n'alloit point jusqu'à l'affranchir d'un devoir aussi naturel que celui de pourvoir à la défense de la personne & des biens de leurs enfans communs avant de passer à un second mariage ; à quoi se joignoit un autre considération , prise de l'intérêt public , qui exige que les pupilles ne soient point ainsi livrés à eux - mêmes , & à la merci.

Ces dernières raisons prévalurent avec fondement en la troisième chambre des enquêtes où le partage fut vuïdé , presque tout d'une voix , le 25. Mai suivant.

Il fut décidé par ce même arrêt que la mere n'étoit pas privable de la succession de ceux de ses enfans qui étoient décédés

dés avant son convol , & que le second mari n'est pas tenu de rendre compte , conjointement avec sa femme , de l'administration par elle faite pendant le second mariage , demeurant néanmoins ses biens hypothéqués *in subsidium* pour le payement du reliqua.

¶ J'ai déjà dit dans mes observations , que , par l'arrêt sur partage , du 30. Avril 1716. vuidé le 25. Mai suivant , il fut décidé que la mere , s'étant remariée , *non petitis tutoribus* , son mari n'étoit pas tenu de rendre le compte tutelaire conjointement avec sa femme , à raison de l'administration par elle faite pendant le cours du second mariage , demeurant néanmoins les biens du mari hypothéqués *in subsidium* pour le payement du reliqua. Cet arrêt a agi avec moins de rigueur contre le mari , que celui que rapporte Mr. de Cambolas dans son traité *des peines de secondes noces*, num. 26. qui a décidé que le mari étoit comptable de l'administration tutelaire depuis le convol de la mere tutrice , que les héritiers de celle-ci étoient pour le temps qu'il avoit précédé le convol. L'arrêt est du 17. Septembre 1624. dans la cause du Sr. vicomte de Polignac , contre le Sr. de la Chaste , gouverneur du Pui ; mais le recours sur les biens du mari , pour le reliqua de sa tutelle , en cas d'insuffisance des biens de la femme , & subsidiairement , fut reconnu incontestable , fondé sur la loi *penult. cod. in quibus caus. pignus* ; & telle est la remarque de l'arrestographe , qui ajoûte , que si l'arrêt ne fit pas mention de ce recours , ce fut parce que la question ne fut pas agitée , la mere qui avoit convolé , ayant laissé de grands biens ; mais comme il est de maxime d'adoucir dans la pratique , les peines , loin de les aggraver , on peut , selon moi s'en tenir à la décision de l'arrêt du 30. Avril 1716. & affranchir le mari de toute reddition de compte , en charger la femme , qui a administré avant & après son convol , demeurant l'hypothèque subsidiaire sur les biens du mari , pour le reliqua du compte entier. Je voudrois néanmoins excepter le cas d'une dot pratiqué par le mari ; mais s'il n'y a de sa part , qu'une simple omission ou négligence dans cette reddition

50      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
de compte, avant le convol de la femme, ou d'ignorance, si l'on veut; il semble qu'il ne doit point subir la peine de cette reddition de compte en son propre, & qu'il doit en être quitte au moyen de l'hypothèque subsidiaire que les pupilles ont sur les biens, du jour, & dès l'origine de l'administration tutelaire de la femme.

Que s'il y avoit du dol dans les démarches du mari, comme s'il étoit complice de l'expilation de quelque partie des biens des pupilles, commise par la femme tutrice, alors il devroit être condamné principalement & solidairement sans division d'action, au payement de tout le reliqua, les corréés étant toujours solidairement obligés pour la restitution du vol.

---

## CHAPITRE XXII.

*De quels temps les biens du pere, administrateur de ses enfans; sont obligés par les dissipations qu'il en a faites.*

L'Arrêt dont fait mention l'auteur, rendu à son rapport, au procès de Turle, qui alloua les enfans sur les biens de leur pere préférablement à la dot de la seconde femme, pour la gestion qu'il avoit eue de leur bien, échu postérieurement à son mariage avec cette femme, me paroît singulier, par la raison que, quoique le pere soit procureur légitime de ses enfans non émancipés, *leg. sed hæ personæ, ff. de procurat.* il ne pouvoit leur être obligé ici *ratione administrationis*, & pour les dissipations dont il s'agit, que depuis qu'il s'étoit immiscé dans cette administration, *leg. pro officio, cod. de administ. tut.* car les créanciers, ayant contracté de bonne foi avec le pere, & dans un temps où ils ne pouvoient prévoir ses dissipations, ni l'obligation qu'il contracteroit à ce sujet envers ses enfans, puisque la succession n'étoit point échue, c'est porter la faveur des enfans au-delà des termes de la loi, que de leur accorder un privilege

d'hypothèque sur des créanciers antérieurs à la gestion du pere, puisqu'il faut ici le regarder comme procureur & légitime administrateur d'un bien aventif de ses enfans non émancipés ; & dans cette vue n'accorder aux enfans d'hypothèque que du jour de l'administration , y ayant bien de la différence entre la décernation d'une tutelle , & le cas dont il s'agit , puisque cette décernation se répand sur tout ce qui entre dans la composition des biens du pupille , & qu'elle est générale ; au lieu qu'ici , l'administration de la succession échue aux enfans , étoit un événement singulier , & qu'à cet égard le pere avoit fait l'office de procureur légal de ses enfans , & ne pouvoit leur être obligé que du jour de sa gestion.

On peut observer , à l'égard du pere administrateur des biens de ses enfans qu'il a en sa puissance , que ce pere ne peut aliéner leur bien maternel ou aventif pour le payement même de leurs dettes , *sine decreto* ; c'est ainsi que la Cour le jugea au rapport de Mr. l'abbé Ballide , en la troisième chambre des enquêtes le 7. Septembre 1722. dans le procès de la demoiselle Dupoux , épouse du sieur Beral , contre Casse frere & soeur.

Si les enfans sont héritiers du pere qui a fait l'aliénation de leurs fonds , sans formalité de justice , ils ne peuvent attaquer cette aliénation & la débattre de nullité , parce qu'ils sont tenus de son fait , *leg. cum à matre , cod. de rei vindicat.*

### CHAPITRE XXIII.

*Si la fille née , ex adulterino coïtu , peut être légitimée par le mariage subséquent de la mere avec l'adultere , contracté après la mort du premier mari , avec la dispense du Pape. Si les libéralités faites à cette fille , dans son contrat de mariage , par son pere & sa mere , doivent être réduites aux simples alimens.*

**I**L est certain que l'enfant né d'un adultere est incapable de succéder à ses pere & mere , & que ni leur mariage

subséquent, ni la légitimation du Prince ne peut l'en rendre habile, suivant la remarque de Graverol sur Larroche, liv. 2. tit. 3. art. uniq. fondé sur la nouvelle 89. cap. ult. mais cette incapacité n'exclut point la fille adultérine de pouvoir être dotée par le pere ou la mere, à la charge de retour de la dot, *soluta matrimonio*; le pere même est obligé de la doter sous cette condition, suivant l'arrêt du 14. Août 1664. du Parlement de Grénoble, rapporté par Bassët, en ses arrêts, tom. 1. liv. 4. tit. 11. chap. 2. Le motif de cet arrêt peut être fondé sur la disposition de la loi 2. ff. de jur. dot. qui envisage, comme une chose intéressante pour la république, la constitution des dots en faveur des filles, parce que c'est le lien ordinaire des mariages qui peuplent les Etats: C'est ce même motif qui peut déterminer le juge à laisser au mari de la fille adultérine la jouissance des cas dotaux pendant le mariage, à quoi l'on peut ajouter la raison de la loi *pro oneribus*, cod. de jur. dot. que la dot, étant livrée & constituée par la femme à son mari, pour le soutien des charges du mariage, il ne doit point être privé de ses fruits pendant le temps de sa durée.

Au surplus, la cause des alimens est si favorable, que non-seulement le pere adultérin, mais l'aïeul même, sont obligés solidairement de les fournir à l'enfant bâtard, suivant l'arrêt du 17. Février 1652. rapporté par Boniface, en ses arrêts, tom. 2. part. 2. liv. 3. tit. 7. chap. 1. num. 1. mais cela doit toujours être entendu, jusqu'à l'âge où le bâtard est en état de pouvoir gagner sa vie, suivant les arrêts rapportés par Louet, lettre A, somm. 4.

¶ Suivant la police du Royaume, autorisée par la jurisprudence des différens Parlemens, l'enfant né *ex adulterino coïtu*, ne peut être légitimé ni par le mariage subséquent, ni par lettres du Prince, à l'effet de pouvoir succéder à ses pere & mere & autres parens, quand même les lettres de légitimation le porteroient expressément, étant réputées obreptices & subreptices, ainsi que nous l'apprend Lebret, dans son traité de la souveraineté, liv. 2. chap. 12. & 22.

où adjuge seulement, dans ces circonstances, les alimens à l'enfant adultérin sur les biens du pere, ainsi qu'il fut jugé par l'arrêt prononcé aux arrêts généraux de Pâques de ce Parlement, rapporté par Larroche, *liv. 2. verbo Légitimation, art. 1. tit. 3.* il en est de même des enfans incestueux, légitimés par rescrit du Prince, ils n'ont pas droit de succéder à leurs parens, Baquet *en la deuxieme partie du droit de bâtardise, chap. 11. num. 3. & chap. 12. num. 18.* ce qui est conforme à la disposition de la nouvelle 89. *cap. ult. ac primum quidem, dit Justinien, quicumque ex nefario, aut incesto prohibitoque coitu, is neque naturalis nominabitur; neque a parentibus educabitur neque aliquam ex presenti leg. habebit communionem.* L'enfant ainsi né, demeure exclus, par cette loi, de toute succession directe & collatérale, & de toute espece d'entretien de la part du pere & de la mere; & si la jurisprudence des arrêts lui adjuge les alimens, c'est par un motif de pure commiseration, sans qu'il puisse servir à ces adultérins d'alléguer que le vice de leur naissance doit être purgé par rescrit du Pape, ou bref de pénitencerie, qui a permis à leur pere d'épouser celle *quam polluerat per adulterium*, ce bref ne pouvant aucunement déroger à la police du Royaume, qui rejette toute espece de légitimation des enfans de cette espece, soit par mariage subséquent, soit par lettres du Prince, les rescrits des Papes n'étant admis parmi nous, pour la discipline, qu'autant qu'ils sont conformes à la police du Royaume.

## C H A P I T R E XXVI

*Si après l'année de la vente des marchandises, le marchand est recevable d'en former la demande, lorsqu'il n'a point de reconnoissance par écrit du débiteur; & si le serment peut être déféré à ce même débiteur sur la vérité de la dette*

**S**uivant l'art. 7. du tit. 1. de l'ordonnance de 1673 concernant le commerce, les marchands en gros & en dé-

tail ont tenu de demander le payement dans l'an après la délivrance. Sur ce fondement il fut jugé, par arrêt de la Cour du 20. Décembre 1707. prononcé à l'audience de la grand'chambre par Mr. le premier président de Moran, que le Sr. Despiau marchand, étoit irrécévable, après l'année de la délivrance des marchandises, couchée sur son journal de boutique, d'en former demande au sieur Ducros, fils & héritier d'autre Ducros, à qui la délivrance avoit été faite, à la charge par Ducros de déclarer par serment, qu'il ne sçavoit pas que la chose fût due, plaidans Dumas procureur pour Despiau, & Testori, procureur pour Ducros.

Cet arrêt décide, qu'après l'année même le marchand est recevable à déférer le serment à celui qui a reçu la marchandise, sur la vérité de la dette, auquel cas, si le débiteur confesse, il doit être condamné au payement; s'il est au contraire héritier du débiteur, on ne peut exiger de lui, que de jurer, s'il sçait ou ne sçait pas que la chose se trouve due.

De cet article de l'ordonnance se tire une présomption de droit, que le prix des marchandises a été payé dans l'an; mais cette présomption ne peut être détruite par d'autre preuve que celle qu'on peut tirer du serment du défendeur, quand il n'y a point de reconnoissance de sa part qui puisse établir la preuve contraire, & anéantir la présomption; c'est la disposition de l'art. 10. du même titre.

Cet arrêt prouve encore que la Cour suit scrupuleusement la regle prescrite par l'ordonnance sur cette matiere.

*Question.* Si dans l'espece de articles 7. 8. 9. 10. du tit. premier de l'édit de l'année 1673. concernant le commerce, les marchands, & autres de la même classe, peuvent contraindre les défendeurs à leur demande de répondre cathégoriquement, & si l'art. 10. doit demeurer restreint au serment décisoire des défendeurs; \*

\* *La déclaration du 16. Avril 1737. ajoûte à la disposition de l'art. 3. du tit. 3. de l'édit de 1673. concernant le commerce; qu'à l'avenir tous marchands, banquiers, courtiers de change, & autres négocians, des villes & bourgs du Royau-*

Il faut d'abord observer que la fin de non-recevoir qui compete au défendeur, prise de la présomption de payement après l'année, ou les six mois de la délivrance des marchandises, ou fournitures, suivant les articles 7. & 8. trouve son fondement dans les anciennes ordonnances de nos Rois, surtout dans celle de Louis XII. de l'an 1510. art. 67. & 68. que ces articles n'en sont proprement que le renouvellement; ce qui fait que les décisions que nos auteurs françois ont rendues sur cette matiere depuis l'ordonnance de Louis XII. & avant l'édit de 1673. ensemble les arrêts des Cours de Parlement, reçoivent une parfaite applicacion aux articles de ce nouvel édit. Voyons donc quelles sont leurs décisions sur l'art. 10. qui fait la matiere de cette quession.

*Cet article est conçu en ces termes : Pourront néanmoins le marchands & ouvriers déférer le serment à ceux auxquels la fourniture aura été faite, les assigner & les faire interroger; & à l'égard des héritiers & ayans cause, leur faire déclarer s'ils sçavent que la cause est due, encore que l'année ou les six mois soient expirés.*

Des premiers termes de l'art. il résulte que, quoique le défendeur ait en main une exception péremptoire après l'an ou les six mois, prise de la présomption de payement, suivant l'art. 7. & qu'il doive être relaxé par le juge sur l'exception alléguée; toutefois l'ordonnance, par un motif de grace & d'équité, permet au demandeur de déférer le serment à sa partie, qui emploie cette exception pour déclarer s'il a véritablement satisfait au payement de ce qui est demandé après lad. année, ou les six mois; en sorte que la présomption de droit qui résulte de l'art. 7. ne peut être détruite & combatue par d'autre preuve que le serment décisoire

*me, ne pourront se servir en justice d'autres registres que de ceux qui seront en papier timbré, avec défenses à tous juges de parapher aucuns registres en papier non timbré, à peine de nullité des jugemens qui pourroient être rendus sur lesd. registres & extraus.*

du défendeur, ce serment étant mis au nombre des preuves légales. Cet art. 10. a permis au défendeur de le déférer contre cette présomption de droit ; mais l'article est exclusif de la réponse cathégorique, parce qu'il demeure restreint au serment décisoire ; *inclusio enim unius est exclusio alterius.*

Vainement allégueroit-on, pour donner quelque couleur à la réponse cathégorique, & un prétexte de la demander & de l'ordonner, cette suite des termes de l'article, *les assigner & les faire interroger* ; car l'interrogatoire & l'assignation, qui doit le précéder, se rapportent au serment déféré par le demandeur, & en sont une suite nécessaire ; en sorte que quand le demandeur s'est déterminé à déférer le serment au défendeur, qui a insisté à son relaxe, il doit, en exécution de l'ordonnance du juge, assigner sa partie à ces fins, pour prêter son interrogatoire sur le fait articulé dans la requête tendante au serment décisoire ; & cet interrogatoire doit être fait par le juge relativement à ce même serment. Voilà quelle est la disposition de l'article 10 ; & pour en être convaincu, il n'y a qu'à faire les observations suivantes. 1<sup>o</sup>. Que si l'art. avoit entendu parler de la réponse cathégorique par les termes *les assigner & les faire interroger*, l'ordonnance se feroit expliquée autrement & avec des termes propres à la réponse cathégorique ; c'est-à-dire, *les assigner & les faire interroger sur faits & articles pertinens* ; ce qui résulte du titre 10. de l'ordonnance de 1667. & de l'art. 1. 20. Qu'il est sensible que l'art. 10. est de pure grace, accordée au demandeur, puisqu'il est conçu en ces termes ; *pourront néanmoins*, c'est-à-dire, quoique le défendeur soit à couvert par la fin de non-recevoir, *déférer le serment.* La délation de ce serment s'entend ici du décisoire. Brodeau sur Louet, lettre S. in verbo Serment déféré, somm. 4. nomb. 7. qui fait mention de l'ordonnance de Louis XII. dans l'espèce dont il s'agit. C'est ainsi que le décide Bornier sur cet article, où il agite la question, *si après cette prescription acquise, le débiteur est tenu de se purger par serment, s'il a payé ce qui lui étoit demandé*, & il conclut affirmativement. Boutaric, dans son

son commentaire sur l'édit de 1673. ne parle que du serment décisif sur cet article, & rapporte un arrêt connu au Palais du Parlement de Toulouse, prononcé en la grand'-chambre le 20. Décembre 1707. qui l'a ainsi jugé, contre Despiau marchand, en faveur du sieur Ducros. Le même auteur le décide encore dans les institutes sur le droit françois, liv. 3. tit. 15. pag. 426. *le débiteur, dit-il, ne peut éviter de jurer toutes les fois que le serment lui est déféré.*

Les arrêts qui ont été rendus avant l'édit de 1673. & sur la disposition de l'ordonnance de Louis XII. dont il a été parlé, ou sur les coutumes, n'ont donné au demandeur que la ressource du serment décisif. *Danti sur Boiceau, part. 2. aux additions du 8. chapitre, dit, que l'ordonnance & les coutumes permettent au marchand créancier de déférer le serment à celui qu'il prétend être son débiteur, ou au débiteur de réserver le serment; & il cite sur cela la loi, manifestæ, ff. de jure jur. qui est dans l'espece du serment décisif. Il y a deux arrêts du Parlement de Grenoble rapportés par Basset, tom. 1. liv. 2. tit. 29. ch. 8. l'un du 25. Janvier 1718. en la cause de Meigard apothicaire, contre Jean Silla procureur; l'autre du 15. Juin 1638. entre Me. Pierre Garente & Choffon marchands, par lesquels il a été jugé, qu'en fait de la prescription dont il s'agit, contre les marchands, il suffit que le défendeur jure qu'il ne doit rien, après quoi la preuve n'est point recevable de l'avoir interpellé, ou qu'il a avoué la dette extrajudiciellement.*

Les arrêts des Parlemens fixent la jurisprudence du Palais au sujet des ordonnances royales, & l'application qu'il en faut faire : or suivant les arrêts qu'on vient de citer, il ne peut être question dans le cas proposé, de réponse cathégorique, parce qu'après cette réponse & le serment purgatif qu'on y prête, le demandeur, ou la partie qui a déféré le serment, est reçu à prouver son fait, & le contraire de ce qui a été déclaré par le serment purgatif. Despeiss. tome 2. de la preuve par serment, tit. 10. sect. 4. art. 4. num. 8. ce que le président Faber a décidé en termes bien précis : juf-

58      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
*jurandum quod purgationis vocant, cum litis decisorium non*  
*sit probationes quæ in contrarium ab adversario proferri possunt*  
*numquam excludit. in suo cod. lib. 4. tit. 1. definit. 5. & telle*  
*est la pratique judiciaire.*

Cela posé, il ne peut être question dans l'art. 10. dont il s'agit, de réponse cathégorique, parce qu'après le serment que le demandeur a déferé, il ne peut être admis à aucune espèce de preuve contraire, suivant les arrêts cités, & la nature du serment décisoire dont parle cet article, qui, moyenant le serment, a entendu mettre le défendeur à l'abri de toute recherche, ce qui est propre au serment décisoire: *leg. 1. ff. jure jur.* & il n'y a ni auteur, ni arrêt qui ait étendu la disposition de l'article 10. à la réponse cathégorique; il y auroit même une contradiction manifeste de disposition dans l'article 10. si on y faisoit cette extension; car, d'un côté la délation de serment, ou le serment prêté en conséquence, doit mettre fin au procès; & de l'autre, la réponse cathégorique, étant un acte d'instruction & de procédure, ne serviroit qu'à nourrir & allonger le procès; en un mot, peut-il être pensé que, tandis que l'ordonnance en l'article 7. met en main au défendeur une exception péremptoire, elle ait entendu traverser cette exception par les discussions qu'entraîne avec soi la réponse cathégorique?

A quoi l'on peut ajouter que le serment décisoire est si fort de grace, que, par l'ordonnance de Louis XII. le défendeur demeuroit relaxé de sa demande par fin de non-recevoir irrévocable. De ce qui vient d'être observé, il faut conclure, qu'aux termes de l'art. 10. le défendeur ne peut être contraint de prêter son interrogatoire par autre voie que celle du serment décisoire, que le demandeur a la liberté de lui déferer, & qu'il peut former opposition à l'ordonnance du juge qui permet au demandeur de le faire interroger sur faits & articles, & cathégoriquement, sur le fondement de l'ordonnance de 1667. cette ordonnance ne recevant aucune application à l'espèce des art. 7. 8. 9. & 10. *tit. 1. de l'édit de 1673.* par les raisons préalléguées.

Au surplus , les chirurgiens , dont la demande a donné lieu à cette question , sont compris dans la disposition de Part. 7. *Œ ejusdem classis*. Boutaric , dans les instit. du droit françois , liv. 2. tit. 6. §. 13. l'a ainsi jugé par l'arrêt du Parlement de Bourdeaux , du 4. Mars 1697. entre la veuve Cheti , maître chirurgien , & la dame de la Salle. *Lapeyriere* , lettre P , verbo prescription , num. 95. de la troisieme édition.

Depuis l'arrêt du 20. Décembre 1707. prononcé à l'audience de la grand'chambre , dans la cause du Sr. Despiau , marchand , que j'ai rapporté sur ce chapitre , a été rendu l'arrêt de reglement de ce Parlement , du 11. Septembre 1733. qui confirme la disposition des articles ci-dessus cités , concernant le commerce.

C H A P I T R E    X X V I I .

*Si la nourriture & l'éducation des enfans du premier lit peuvent être ôtées au pere remarié.*

**L'**Education des enfans regarde toujours le pere à l'exclusion des autres parens ; c'est à lui qu'il appartient de les rappeler dans sa maison quand ils se trouvent en d'autres mains , suivant la disposition formelle de la loi 2. *cod. de liber. exhib.* & l'observation de la glose : *ibi adi* , dit cette loi , *præsident provincie ac postula filios tuos exhiberi*.

Il n'y a que le cas des mauvais traitemens & des excès de la part du pere , qui pourroit faire l'exception de cette loi : alors le juge commettrait l'éducation de ses enfans au plus proche parent ; mais le second mariage du pere n'est pas un motif d'exclusion pour lui de cette éducation , parce que la loi ne présume point que ce second mariage change le cœur du pere à l'égard des enfans du premier lit ; au contraire , elle présume dans tous les temps favorablement de l'affection du pere à l'égard de ses enfans , *leg. cum furiosus* , *cod. de curat. furios. leg. Si verò* , *h. penult. ff. de adopt. leg. non solum* , *h. de uno* , *ff. de rit. nupt.*

Cette présomption, qui est de droit, ne peut être détruite que par la preuve du contraire, j'entends des mauvais traitemens qui excèdent les bornes d'une correction paternelle & domestique.

Quand le pere a convolé en secondes noces, & qu'il y a de puissans motifs pour conjecturer que les enfans du premier lit impuberes risquent pour leur vie, en restant dans la maison de leur pere & de leur marâtre, par la malice de celle-ci, la Cour a coutume d'en laisser l'éducation à l'aïeul ou aïeule maternels, comme il fut jugé le 14. Février 1712. à l'audience de la grand'chambre par arrêt prononcé par Mr. le premier président de Bertier, sur les conclusions de Mr. Lecomte, avocat général, Me. de Lardos plaidant pour le Sr. Sauveterre pere, & Me. de Lacroix pour Loujous & son épouse, aïeul & aïeule maternels.

Dans l'espece de cet arrêt une fille du premier lit se trouvoit donataire contractuelle de la moitié des biens de son pere, héritiere d'ailleurs de la dot de sa mere, qui, par son prédécès, devoit tomber entre les mains de son pere; cette fille étoit dans son bas-âge, & recevoit de mauvais traitemens de la part de sa marâtre. La Cour ordonna qu'elle seroit élevée auprès de l'aïeul & aïeule maternels, jusqu'à l'âge de 10. ans, après lequel temps elle seroit rendue au pere, pour être mise dans un couvent, à son choix.

Cet arrêt peut être fondé sur la loi 1. *ff. ubi pupill. educar. vel morari deb.* qui décide, qu'on doit se régler en ce point, sur les circonstances singulieres qui peuvent se rencontrer, pour donner l'exclusion au pere, de cette éducation, comme s'il y a du risque pour la vie de l'enfant, sur quoi la glose remarque, que ce soupçon peut être établi, si le pere doit nécessairement succéder au pupille, le cas de son décès échéant, & s'il est d'ailleurs déréglé dans ses mœurs; Mornac, sur la loi 2. *cod. ubi pupill. educar. deb.* observe que le pupille, dont le tuteur est le plus proche successeur *ab intestat*, ne doit point être élevé dans sa maison, suivant l'opinion de la glose & des interpretes; mais il y a cette différence entre le tuteur

& le pere, que celui-ci est toujours présumé avoir de l'amour pour son fils ; en sorte que, pour l'exclure de la tutelle & de l'éducation de ses enfans, il faudroit qu'il se trouvât mal famé, & d'une conduite reprochable.

Dans l'espece de cet arrêt les mauvais traitemens de la marâtre donnerent lieu de craindre pour la vie de cette fille impubere, & ce fut proprement à la marâtre que l'arrêt l'enleva.

CHAPITRE XXX.

*Si le fils de famille, mineur de trente ans, detenu pour des dommages & intérêts, ou condamné à mort, peut épouser la plaignante, sans avoir le consentement de son pere.*

*Si la fille enceinte, après l'âge de vingt-cinq ans, peut se marier sans le consentement de son pere, qu'elle n'a re puis que depuis sa grossesse.*

**P**AR arrêt du 29. Janvier 1717. président Mr. de Bertier premier président, plaidans Mcs. Hulau pour Jourdan & Fournier fiançés, & Granier pour Fournier, pere de la fiancée ; il fut jugé qu'il étoit indifférent que les sommations & actes de respect, faits par les enfans à leurs peres & meres, fussent faits avant ou après leurs fiançailles.

Le contrat de fiançailles, n'étant qu'une simple promesse de futur, & le mariage n'étant réputé accompli que par les épousailles, il a paru suffisant que les sommations respectueuses fussent faites, *medio tempore*, dans l'intervalle du contrat de mariage & de sa célébration, par la raison qu'il suffit que les peres donnent leur consentement avant les épousailles, pour qu'elles soient légitimes, suivant les ordonnances royaux, & que les curés puissent départir valablement aux enfans de famille la bénédiction nuptiale.

¶ L'arrêt rendu le 22. Janvier 1678. en la grand'chambre paroît singulier : le pere en effet, sembloit fondé dans son

opposition & dans sa demande en cassation du contrat de mariage, sans s'arrêter aux motifs spécieux allégués au contraire, pour qu'il fût passé outre à la célébration du mariage, pris de la liberté qu'une fille majeure de 25. ans, a, de se marier *invito, sed requisito patre*, & de l'honneur de cette fille, de l'intérêt d'un enfant qu'elle avoit mis au monde, qui sembloient être un puissant motif pour le pere de donner son consentement à ce mariage; car ces motifs ne pouvoient, ce semble, tenir contre des raisons plus puissantes, prises de l'intérêt public, qui, dans les circonstances & l'espece de l'arrêt, exigeoient d'accueillir l'opposition du pere.

En effet, l'intérêt public, se trouve à conserver aux peres toute l'autorité que les loix divines & humaines leur ont mise en main, pour contenir leurs enfans dans la voie d'une conduite réguliere, & conserver par-là l'honneur de leur famille: or le mariage dont il s'agissoit dans le procès, étoit deshonorant pour le pere & pour sa famille; c'étoit un époux bâtard d'un religieux, qu'un amour aveugle & desordonné d'une fille de famille vouloit se choisir; cette origine infectée n'étoit-elle pas un grand sujet d'affliction pour un pere qui avoit l'honneur en partage, & qui ressentoit toute l'amertume d'une pareille alliance? *pene per filii corpus pater magis quam filius periclitatur*, dit la loi; le cœur du pere n'est-il pas plus susceptible de douleur & de crainte que celui du fils même, quand celui-ci se trouve exposé au danger, comme le remarque le judicieux & éloquent Mr. Dolive, liv. 3. chap. 6. de ses arrêts?

Un pere est réputé d'ailleurs le magistrat de sa famille, suivant la remarque d'Aristote; il est donc juste de déférer à ce qu'il délibere à l'égard de ses enfans, dans ce qui a rapport à l'honneur de sa famille: or il n'est rien de plus intéressant pour elle que d'éviter l'écueil d'une pareille alliance, où la cause des enfans ne peut être envisagée comme favorable, puisque procréés d'un pere né *ex damnato coitu*, tel qu'est le bâtard d'un religieux lié par des

vœux solennels de continence , ils ne peuvent qu'être participans du vice de leur origine , & dans ce point de vue , peu favorables. Au surplus , la fille majeure de 25. ans n'en est pas plus libre & licenciée , pour ce qui concerne un mariage deshonorant qu'elle veut contracter , & le pere a toujours droit d'y former opposition.

## C H A P I T R E   X X X I .

*Des habits & linge constitués en dot.  
De la dépense constituée en dot.*

**L**A raison pour laquelle la femme ne peut répéter sur les biens de son mari le prix de l'estimation entr'eux faite des choses dotales pendant le mariage , que depuis le jour de l'estimation ; peut être prise de ce qu'il ne seroit pas juste de lui accorder à ce sujet le privilege de priorité d'hypothèque sur les créanciers du mari ; parce que la femme , s'étant constituée des choses non estimées , on ne peut pas dire qu'elle eût lors du mariage aucune hypothèque pour cela sur les biens du mari , mais seulement le droit de retirer ces mêmes choses lors de la dissolution du mariage en l'état où elles se trouveroient. Conséquemment ce seroit contre les regles de l'allouer par privilege sur les biens du mari , pour le prix d'une estimation faite pendant le cours du mariage , parce que les créanciers du mari , n'ayant pas dû prévoir que la restitution de ces effets seroit changée en estimation , au moyen de laquelle la femme deviendroit créancière du mari , n'ont pu user de dénoncé à la femme pour conserver le rang de leurs hypothèques.

Je suis de l'opinion de la glose *in verbo Estimatio* , sur la loi *in rebus* , *cod. de jur. dot.* que quand le mari est insolvable , la femme a une action pour retirer les fonds dotaux que le mari a reçus , estimés lors du contrat de mariage , & que ces fonds doivent être distraits en sa faveur de la distribution du mari. La loi *in rebus* me paroît décisive pour cela , puis-

64. *Observations sur les Arrêts de Catellan ,*  
qu'elle porte que ces fonds , ayant originairement appartenu  
à la femme comme dotaux , ont naturellement resté *in ejus*  
*dominio* ; conséquemment elle peut les vendiquer *recta adver-*  
*sus quoscumque possessores.*

---

### CHAPITRES XXXIII. XXXIV. XXXV. & XXXVI.

*De la dénonce faite à la femme par le créancier du mari , &*  
*du rang du créancier qui a dénoncé.*

*Divers cas où , sans dénonce , la femme perd son privilege.*

*Si l'acte de dénonce doit être fait personnellement à la fian-*  
*cée épouse.*

*Si la dénonce faite à la future épouse par le coobligé solidai-*  
*rement avec le futur époux , sert au créancier.*

C'Est un point de jurisprudence de ce Parlement , que  
pour empêcher le privilege accordé à la femme par la  
loi *affiduis* , *cod. qui potior. in pign. hab.* d'être préférée  
pour sa dot aux créanciers antérieurs de son mari ; les cré-  
anciers doivent dénoncer par acte public leurs créances à  
la future épouse , Mr. Larroche en ses arrêts , *liv. 2. in*  
*verbo Dot , art. 1.* observe que cette notification ou précau-  
tion de dénonce s'est introduite , *argum. leg. si fundum* ,  
*cod. de rei vindicat.* Me. Graverol ajoute au même lieu , qu'il  
suffit que cette notification se fasse avant ou après le con-  
trat de mariage , pourvu que ce soit avant la célébration  
solemnelle en face de l'église , quoique Larroche semble exi-  
ger la dénonce avant les fiançailles sur le bruit du contrat de  
mariage.

J'adopte volontiers la remarque que fait Graverol au lieu  
cité , qu'il lui paroît un peu extraordinaire que , par les der-  
niers arrêts de ce Parlement , qui ont été depuis confirmés par  
ceux rapportés dans ce chap. 35. il ne suffise pas de faire  
l'acte de dénonciation au domicile de la future épouse en par-  
lant à quelqu'un de sa maison ; mais qu'il faille nécessairement  
la faire à la personne. Je

Je ne vois pas quels peuvent être les motifs de décider que cette notification doive être faite indispensablement à la personne ; il me paroît au contraire qu'il y a plusieurs raisons déterminantes pour autoriser la notification faite au domicile.

1°. Il résulte de la disposition de l'ordonnance de 1667. tit. 2. art. 3. que les significations faites au domicile de la partie , produisent le même effet que si elles étoient personnelles ; par cette raison sans doute , qu'elles sont censées connues à la partie : d'où il semble qu'il faut conclure qu'il fustit que la notification des hypothèques soit faite au domicile de la future épouse , parce qu'il est à présumer qu'elle en a eu par-là une connoissance suffisante.

2°. S'il falloit nécessairement faire cette notification à la personne , la précaution des créanciers leur deviendroit souvent inutile , par la difficulté de parler à la personne avant la consommation du mariage ; car , étant aujourd'hui d'usage presque général qu'on passe sans grand intervalle de la publication des bans à la célébration du mariage , au moyen des dispenses de deux annonces qu'on obtient , & qu'on épouse ensuite par permission dans toute autre église que la paroisse , & que les épousailles se font pour ainsi dire clandestinement & furtivement ; il est bien difficile à un créancier , quelque vigilant qu'il soit , quand les futurs époux se trouvent d'ailleurs d'intelligence , de pouvoir faire cette dénonciation à personne.

3°. Il n'est pas de cette notification comme d'un acte d'offre réelle , qui doit servir de fondement à une consignation que fait un débiteur à son créancier ; alors , comme il s'agit d'établir & de constater le refus ou l'acceptation de l'offre du côté du créancier , il faut que l'acte soit fait à personne ; mais dans le cas d'une notification d'hypothèque , n'étant simplement question que d'en donner la connoissance à la personne intéressée , sans qu'il soit besoin de réponse de sa part , la signification faite au domicile semble devoir suffire.

4°. La disposition de la loi *affiduis* , renfermant un pré-

vilege extraordinaire, ainsi que l'observe Mornac, loin de rendre ce privilege encore plus pesant & plus aggravant aux créanciers du mari, en les assujettissant à une dénoncée personnelle, il faut, ce semble, autant qu'on le peut, en adoucir la rigueur, en recevant dans les jugemens la notification faite au domicile, & lui donnant le même avantage qu'à l'autre.

Je me range encore du côté des arrêts rapportés par Graverol, *loco supra*, qui ont exigé non-seulement une saisie générale, mais une poursuite d'enquans faite avant les époufailles pour tenir lieu de dénonciation; car il me paroît que la simple saisie générale des biens du futur époux ne peut équipoller à la dénonciation, par la raison qu'il faut quelque chose de plus notoire & de plus public; la saisie est un exploit proprement particulier entre le créancier & le débiteur, elle ne devient publique que par les enquans qui se font solennellement, suivant les ordonnances. Jusques-là, la saisie, quoique générale, peut être ignorée du public, & ce n'est pourtant que par la voix publique qu'on conjecture qu'elle peut être connue à la fiancée, à défaut de dénonciation faite par acte.

Quant à la dénoncée faite par le coobligé avec le futur époux à la future épouse, je croi qu'elle ne peut servir au créancier, qui exerce les droits de son débiteur, que pour la moitié de la dette, parce que, par le droit nouveau & par la disposition de la nouvelle 99. chaque coobligé solidaire n'est tenu envers le créancier que pour sa part & portion, quand les autres coobligés se trouvent solvables, à moins que le créancier n'ait exigé de la part des coobligés une renonciation au bénéfice de division introduit en faveur des coobligés, auquel cas il peut agir contre un seul pour le tout: ainsi, si dans l'espece de l'arrêt rapporté dans ce chapitre 36. les coobligés avoient eu renoncé au bénéfice de division, la dénoncée faite par Maignac à la future épouse, lui auroit rendu le créancier préférable pour toute la dette, parce que Maignac auroit eu un intérêt personnel pour toute la dette dans cette dénoncée.

Je ne puis m'empêcher de faire ici une remarque au sujet du privilège singulier accordé aux femmes par la loi *affiduis*, de pouvoir vaincre & dévancer dans l'ordre des hypothèques les créanciers antérieurs du mari, qu'il seroit à souhaiter que ce Parlement se conformât à la pratique des autres Parlemens, qui se régissent par le droit écrit, & où cette loi est néanmoins sans vigueur, puisque les femmes y sont rangées du jour & date de leur contrat de mariage.

Cette loi, en effet, est une source de procès, & une occasion à la plupart d'exercer leur mauvaise foi envers leurs créanciers; elle est une source de procès, en ce qu'elle donne lieu aux distributions ruineuses que l'on voit pendantes dans les tribunaux, & qui se perpétuent dans les familles par les saisies générales qu'un mari fait faire à sa femme, pour mettre toute sa fortune à couvert contre ses créanciers antérieurs aux contrats de mariage; & par ce privilège singulier de préférence, que la loi donne à la dot sur eux, elle devient l'occasion des fraudes & des tromperies que les maris mettent en œuvre contre leurs créanciers, non-seulement en faisant des reconnoissances feintes & simulées d'une dot qu'ils n'ont pas reçue, mais en ôtant les moyens à leurs créanciers de pouvoir user de la voie de la dénonce à leur future épouse, par la précipitation avec laquelle ils passent du contrat des fiançailles à la célébration du mariage avec dispense des bans; en sorte qu'un créancier, quelque vigilant qu'il soit, est toujours surpris à cette occasion, & se voit sans ressource pour son paiement. La femme n'auroit point à se plaindre, si elle étoit rangée, selon le droit commun, par la date de son contrat, & les créanciers au contraire ont lieu de regarder le privilège de la loi *affiduis* comme unique, & dérogeant à la protection que la loi doit au commerce des contrats.

¶ J'ajouterais ici à ce que j'ai déjà dit dans mes observations à l'égard de l'usage de ce Parlem. ( qui conserve au créancier le rang de son hypothèque, s'il a usé de dénonce, à la future épouse avant la célébration du mariage; ) qu'il faudroit

du moins borner la nécessité de la dénonce personnelle , au cas où il se trouve un intervalle de trois Dimanches consécutifs entre la publication des bans , parce qu'alors le créancier peut trouver le temps de faire cette dénonce à la personne , en ménageant un moment favorable ; mais dans les conjonctures d'une dispense de bans , il paroît trop rigoureux d'exiger dans un si court délai , une dénonce personnelle , la dispense des bans étant un privilege , ou , si l'on veut , *relaxatio juris communis* , qui tourneroit au préjudice d'un tiers , au mépris de la regle ordinaire. Par cette publication précipitée , le créancier se trouve privé du secours de la dénonce , que l'usage de ce Parlement lui a prêté , pour conserver le rang de son hypothèque : or si l'intérêt public se trouve dans la conservation des dots des femmes , il ne se rencontre pas moins , à procurer toute sorte de sûreté aux créances , qui sont le lien le plus ordinaire du commerce , qui soutient & fait fleurir les états policés. Ainsi , dans le concours de deux causes également privilégiées , ne seroit-il pas convenable , de les régler suivant le droit commun , qui range les hypothèques par la date des contrats ; ou du moins , de ménager aux créanciers l'intervalle de trois Dimanches consécutifs dont je viens de parler , pour avoir le temps de faire une dénonce personnelle avant la célébration du mariage ?

C H A P I T R E XXXVII. XXXVIII. & XL.

*Si la déclaration de la dette, faite par le pere dans les pactes de mariage de son fils, sert au créancier, & nuit au privilege de la dot.*

*De la réservation faite par le pere, d'une certaine somme dans la donation de tous les biens par lui faite dans les pactes de mariage de son fils.*

*Si la dot de la belle-fille, reçue & reconnue par le beau-pere, est préférable à celle d'une femme qui s'est depuis mariée avec ce beau-pere.*

*Si la femme pauvre peut demander une portion en la succession de son mari mort riche.*

**J**E croi que la déclaration du pere consignée dans le contrat de mariage de son fils, concernant ses dettes passives, doit tenir lieu de dénoncé à la future épouse, quand cette déclaration est faite par maniere de dénombrement des affaires & de la fortune du pere de famille; car la dénoncé peut être faite par équipollent, & il n'est pas toujours nécessaire qu'elle soit faite par acte à la future épouse, ainsi qu'on le voit dans les circonstances d'une saisie générale des biens du mari, suivie des encans, parce que l'objet & la fin de la dénoncé, n'étant que pour donner la connoissance à la future épouse, des hypotheques dont les biens du futur époux se trouvent chargés, il en faut conclure que la déclaration du pere de famille est suffisante pour cela, & que la future épouse, en pouvant tirer ses avantages par la connoissance qu'elle lui donne, n'a pas besoin d'une dénoncé spéciale, devant s'imputer si, malgré cette connoissance, elle passe outre à la célébration du mariage, parce que *qui certus est amplius certiorari non debet, cap. eum qui, de reg. jur. in 6.* Car si cette dénoncé avoit été introduite par la loi *affiduis*, qui donne ce privilege singulier de priorité d'hypothèque sur

les créanciers du mari, alors on ne pourroit suppléer au défaut de dénoncé par équipollent; mais, se trouvant introduite par la jurisprudence des arrêts, on peut, en se réglant par leur esprit, décider que si la future épouse a eu une connoissance aussi pleine & aussi certaine que celle qui lui vient de la déclaration du pere de famille, des hypotheques dont les biens du futur époux étoient chargés, cette connoissance doit lui suffire avec d'autant plus de raison que, d'un côté, il est de l'intérêt public de conserver aux créanciers l'ordre de leurs hypotheques, & que, de l'autre, le privilege de la femme, étant contre le droit commun, & par conséquent peu favorable en soi, il paroît raisonnable que la déclaration du pere de famille veuille pour les créanciers, & tienne lieu de dénoncé, puisque rien ne peut lui être plus équipollent qu'une déclaration aussi solemnelle; ce qui suffit, suivant la disposition des loix, *leg. nominatim, ff. de legat. 3. leg. certum, ff. de reb. cred.*

A l'égard de la préférence donnée à la dot de la seconde femme sur la dot de la belle-fille, reconnue par le beau-pere, je croi qu'il faut user d'une distinction, & ne pas faire une regle générale de la décision rendue par l'arrêt dont fait mention notre arrestographe: je voudrois donc distinguer ainsi; ou le mari, lors du second mariage de son pere, se trouve sous sa puissance; ou il est émancipé. Au premier cas, je croi qu'il faut allouer la dot de sa femme par préférence sur la dot de l'autre; par la raison qu'étant sous la main & puissance de son pere, la loi le regarde ne faisant qu'une seule personne avec lui, & d'ailleurs il se trouve, pour ainsi dire, lié par l'autorité paternelle lors du second mariage de son pere; deux raisons qui l'empêchent d'agir pour la conservation du privilege de la dot de sa femme par une dénoncé à la future épouse de l'obligation contractée à ce sujet par son pere: or les droits de la dot, ne pouvant être vendiqués, *constante matrimonio*, que par le seul mari, on ne peut rien imputer à sa femme, si elle n'a point usé de dénoncé pour la conservation du privilege de sa dot; & il seroit

bien triste pour elle , que , s'étant engagée au mariage , & ayant livré la dot à son mari sous la foi de l'obligation de son beau-pere , elle se vît frustrée de la sureté qu'elle avoit prise pour la conservation d'un bien que les loix protegent singulierement , *leg. 2. ff. de jur. dot.* Que si au contraire le mari étoit émancipé au temps du second mariage de son pere , ou la femme séparée en biens de son mari ; alors , n'y ayant point de dénoncé faite à la future épouse , je croi que sa dot doit conserver le privilege qui lui est accordé par la loi *affiduis* , parce que le mari auroit pu agir de son côté , ou la femme séparée en biens , qui depuis la séparation a l'exercice libre des actions qui concernent sa dot , *leg. in rebus , cod. de jur. dot.*

Pour ce qui concerne la portion qui compete à la femme pauvre sur les biens de son mari décédé riche , il faut observer que la disposition de l'authentique *preterea , cod. unde vir. & uxor.* reçoit son application au mari pauvre à l'égard de la succession de sa femme décédée opulente , suivant la doctrine de *Benedict. in cap. Raynut. verbo. Et uxor. non. Ad-laf. decis. 5. num. 248.* & que c'est au juge à régler la mesure des biens que doit avoir le conjoint survivant , pour le faire réputer pauvre ou riche. Cet interprete ajoute que la veuve ne doit point être réputée pauvre , quoique sans dot , si elle a une légitime à prétendre sur un pere riche , & que dans ces circonstances il n'y a pas lieu de lui adjuger le quart des biens du mari , ce qui a pareillement lieu à l'égard du mari qui a un pere riche & une légitime à prétendre sur ses biens.

Selon cette authentique *preterea* , la femme a le quart des biens , si le mari défunt n'a laissé que trois enfans , ou moins ; que s'il en a laissé plus de trois , elle n'a qu'une portion virile ; & dans ces deux cas , la propriété doit être conservée aux enfans , & ne peut lui appartenir que par leur prédécès. Sur ce quart ou cette portion virile , la femme doit imputer le legs qui peut lui avoir été fait par son défunt mari. On peut voir sur cette matiere *Benedict. loco supra* , Ranchin , *in tract.*

72      *Observations sur les Arrêts de Catellan ;*  
*de success. ab intest. §. 21. num. 6. Mrs. Maynard, liv. 3.*  
*chap. 25. & Larroche, sous le mot Dot, en ses arrêts, liv. 2.*  
*tit. 6. art. 22.*

Par arrêts du 9. Septembre 1717. au rapport de Mr. de Raymond, la grand - chambre & tournelle assemblées au procès des sieurs Darles freres, & la dame de Grandjean, la Cour n'adjudgea à la dame de Grandjean que 600. liv. de pension sur les biens du sieur Chamberlin son mari, qui avoit laissé trois cens mille livres de bien ; il est vrai qu'elle avoit 9000. liv. de dot, elle avoit demandé le quart de l'hérédité, fondée sur l'authentique *præterea, cod. unde vir & uxor*, son mari étant décédé sans enfans. Quoique cette veuve eût 9000. liv. de dot, la Cour, par un motif d'équité, se détermina à lui adjuger cette pension, en lui refusant le quart des biens du défunt mari, & cela, par cette considération, qu'elle ne pouvoit vivre sans ce secours, avec cette aisance qui convenoit à la veuve d'un homme riche, & dont les grands biens tomboient dans les mains des collatéraux.

¶ La disposition de la nouvelle 117. d'où a été tirée l'authentique *præterea, cod. unde vir. & uxor*, a été adoptée par la jurisprudence de ce Parlement, mais avec quelque extension conforme néanmoins à l'esprit de cette loi, l'arrêt du 9. Septembre 1719. que j'ai rapporté sur ce chapitre précédé par celui dont fait mention Mr. Maynard, liv. 3. chap. 25. nous en fournissent une preuve certaine.

Suivant cette nouvelle la femme ne peut obtenir le quart ou la portion virile qu'au cas qu'elle soit indotée, & se trouve dans l'indigence par la mort de son mari qui a laissé des biens considérables : *hæc autem dicimus*, dit l'Empereur, *si mulier quæ dotem non habet, labore inopia & cum maritus defunctus omnium rerum affluentia copia abundaverit ipsa superstes egeat* : il semble donc qu'il faut le concours de ces circonstances pour que la veuve puisse obtenir le quart, ou cette portion virile, sur les biens délaissés par son mari ; toutefois l'arrêt rapporté par Mr. Maynard, liv. 3. chap. 25. décida que, quoique la veuve ne fût point absolument indotée, il suffisoit,

suffisoit, pour donner lieu à la disposition de cette authentique, qu'au moyen de sa dot, ou de ce qu'elle pouvoit avoir d'ailleurs, elle ne peut l'entretenir, eu égard au rang que son mari tenoit, ou aux facultés qu'il avoit laissées en mourant. Mais il faut remarquer que ces deux arrêts sont dans l'espece d'une demande formée par une veuve, contre les collatéraux du mari, *liberis non existentibus*: à l'égard de l'arrêt du 9. Novembre 1717. comme la dame de Grandjean avoit une dot assez considérable, & qu'elle n'étoit point du rang de la veuve dont parle Maynard, le Parlement crut avoir assez fait pour elle, en lui adjugeant 600. liv. de pension, qui, avec les intérêts de sa dot, formoient une rente de plus de 1000. liv. & ce dernier arrêt a suivi l'esprit & est entré dans les vues de l'ancien, en donnant cette extension favorable à la loi, que, quoiqu'il paroisse que la veuve n'est pas absolument indotée, il suffit qu'au moyen de sa dot, ou de ce qu'elle a d'ailleurs, elle ne puisse s'entretenir décemment, pour qu'alors, n'y ayant point d'enfans issus du mariage, on lui adjuge une pension mesurée suivant les circonstances qui accompagnent la demande. Mr. Maynard a fort judicieusement remarqué que le terme d'indotée, *quæ dotem non habet*, dont se sert la nouvelle, ne doit point être pris littéralement & à la rigueur, mais qu'il faut l'entendre d'une dot modique, & qui n'a point de proportion à l'état de la femme & aux facultés du mari; & c'est ce qu'a observé avant lui *Bénédict.* conseiller de ce Parlement, *in cap. Raynut. in verbo Nomine Adelasiam, decis. 5. num. 242.* c'est ce que la prudence du juge doit régler, en se conformant à l'esprit de la nouvelle, qui n'est autre que de laisser à une femme de quoi se tirer de l'état d'une indigence qui réjailliroit sur la mémoire d'un mari dont elle porte le nom.

Mais si la veuve a des enfans du même mariage, & qu'ayant une dot modique, elle demande le quart ou la portion virile par rapport au nombre des enfans, faudra-t-il faire droit à sa demande de la même façon? Les deux arrêts cités ont été rendus dans l'espece de deux veuves qui n'étoient

point indotées, mais qui étoient sans enfans de leur mariage; circonstance favorable sans doute, pour obtenir la fin de leur demande, à suivre la disposition de la nouvelle, & des préjugés, où le quart ou la virile dont cette loi parle, adjugés à la veuve, *liberis existentibus ex eodem matrimonio*, se réduit à un simple usufruit; c'est-à-dire, à une pension alimentaire; enforte que je crois que la veuve, ayant d'ailleurs ou des pensions, ou des legs d'usufruit, doit en faire le rapport, & que s'il en résulte qu'elle a de quoi s'entretenir décemment, il n'y a pas lieu de lui adjuger l'usufruit de ce quart ou de la portion virile; ce qui doit être laissé *arbitrio judicis*, la cause des enfans étant plus favorable sur les biens du pere que celle de la veuve, à qui il doit suffire déviter l'écueil de l'indigence, & d'être entretenue par ses enfans, eu égard à leurs biens & au rang de leur mere; cet entretien est même une charge imposée par la loi aux enfans à l'égard de leurs peres & meres, & *vice versâ*.

Venant au mari qui a survécu sa femme décédée riche, se trouvant lui-même indigent, la loi lui accorde le même avantage sur les biens de la femme: telle est la doctrine des interpretes. Bénédicté, au lieu cité, num. 251. en donne la raison, *quia vir & uxor*, dit-il, *se habent correlativè & correlativorum eadem est disciplina, leg. final. cod. de induct. viduitate; idem Accurse, in auth. cod. unde vir & uxor*. Si le mari veut prendre le quart ou la virile en usufruit, il faut qu'il renonce à l'usufruit qu'il a d'ailleurs sur les biens de ses enfans. *Barri, lib. 18. cap. 5. n. 21.* mais s'il a un pere riche & duquel il puisse avoir un droit de légitime suffisant pour son entretien honnête, il n'est pas censé indigent, & demeure excepté de la regle établie par la loi, *pariter dici non potest maritum inopiâ laborare, qui patrem habet divitem, & si dos aut legitima ei sufficiat, satis est dives, vel saltem dicitur inopiâ non laborare, ut plene per omnes in dicta auth. præterea. Benedict. loco supra, num. 248.* d'où il faut tirer la même conséquence, pour la femme. Et toute cette question se réduit à pourvoir à l'entretien viager des uns & des autres d'une fa-

Livre IV. | Chapitre XXXVII. XXXVIII. &c. 75  
son mesurée & convenable, sans écorner le fonds de l'héritage,  
& c'est ce que l'arrêt du 9. Septembre 1717. décida plus  
récemment au procès des Srs. Darles & de la dame Grand-  
jean, veuve du Sr. Chamberlin, *liberis non existentibus*, ce  
qui à plus forte raison doit avoir lieu, s'il y a des enfans du  
mariage.

---

## CHAPITRE XLI.

*De la révocation de la donation par la survenance  
d'enfans.*

**L**A disposition de la loi *si unquam*, *cod. de revocand. do-*  
*nat.* est fondée sur une conjecture de volonté du dona-  
teur, qu'il n'auroit vraisemblablement pas fait la donation,  
s'il avoit pensé d'avoir dans la suite des enfans; c'est l'obser-  
vation de Fernand dans le traité qu'il a fait sur cette loi, *num.*  
6. cette donation renferme donc cette condition tacite dans  
le donateur, *si liberos non susceperit.*

Les enfans du donateur qui n'a point de son vivant impu-  
gné la donation, peuvent de leur chef en demander la révo-  
cation, suivant les arrêts rapportés par Boniface, *tom. 1. part.*  
*1. liv. 7. tit. 9. chap. 3.* la raison en est que la loi a unique-  
ment envisagé la cause des enfans dans sa disposition; & c'est  
ce qui fait aussi que les arrêts des différens Parlemens ont dé-  
cidé que la survenance d'enfans ne laissoit pas de révoquer la  
donation, quand ils venoient à mourir peu de temps après  
leur naissance; on en trouve un dans Basset, en ses arrêts,  
*tom. 2. liv. 6. tit. 3. chap. 2.* conforme à celui dont fait men-  
tion notre arrétiste; il est du 18. Août 1609. entre Jeanne  
Allard & Susanne Mollane; l'art. 43. de l'ordonnance de  
Février 1731. l'a ainsi statué.

Cette ordonnance a tranché toutes les difficultés qui s'é-  
levoient élevées entre les interpretes, & dont Mornac fait men-  
tion sur la loi *si unquam*, pour sçavoir si le donateur pouvoit

renoncer au privilège de cette loi au préjudice des ses enfans , l'art. 44. porte que toute clause ou convention par laquelle le donateur auroit renoncé à la révocation de la donation pour survenance d'enfans , sera regardée comme nulle , & ne pourra produire aucun effet.

L'ordonnance a regardé la cause des enfans d'un œuil si favorable , qu'en l'art. 42. elle veut que les biens rentrent dans le patrimoine du donateur , libres de toutes charges & hypothèques du chef du donataire , sans qu'ils puissent demeurer affectés , même subsidiairement à la restitution de la dot de la femme du donataire , reprises , douaire , ou autres conventions matrimoniales , ce qui aura lieu , quand même la donation auroit été faite en faveur du mariage du donataire , & insérée dans le contrat , & que le donateur se seroit obligé comme caution par ladite donation à l'exécution du contrat de mariage.

L'art. 40. porte que la révocation aura lieu , encore que l'enfant du donateur ou de la donatrice fût conçu au temps de la donation.

Les donations même rémunératoires sont révocables par survenance d'enfans du donateur , ou par la légitimation faite ensuite par mariage subséquent d'un enfant naturel qu'il avoit lors de la donation , c'est la disposition de l'art. 39.

A l'égard des donations rémunératoires , il semble qu'il est équitable , en dépouillant le donataire des biens , de lui adjuger la valeur des services rendus , *arbitrio judicis* ; c'est sans doute l'esprit de l'ordonnance ; car puisque la donation rémunératoire est regardée comme le paiement d'une dette , & que dans cette vue les arrêts l'ont constamment jugée irrévocable par l'ingratitude même du donataire , ne faut-il pas conclure ici que le donataire doit être indemnisé à raison des services qu'il a rendus , puisque sans cela l'ordonnance , en statuant la révocation de la donation , préjudicieroit au droit d'un tiers , ce qu'elle n'a pas coutume de faire dans les privilèges qu'elle accorde ?

¶ J'ai déjà observé sur ce chapitre , que , suivant l'art. 39. de l'ordonnance de 1731. les donations même rému-

nérationnaires font révoquées de plein droit par la survenance d'enfans du donateur, mais qu'il paroiffoit équitable d'adjuger au donataire en fe dépouillant des biens donnés, la valeur des services rendus, *arbitrio judicis*; j'ajoute que ma réflexion peut être appuïée de l'autorité de Mr. Maynard, *liv. 4. chap. 12.* de ses arrêts, qui, en traitant cette matiere, rapporte un arrêt de préjugé, par lequel il fut décidé que la donation révocable *per supervenientiam liberorum*, se trouvant rémunératoire, pour services spécifiés ou prouvés, n'étoit révocable que pour ce qui pouvoit excéder la valeur, ou mesures desd. services; enforte que l'art. 39. de l'ordonnance, n'ayant rien décidé à cet égard, a laissé ce point dans les regles ordinaires, & aux termes des préjugés qui ont regardé cette espece de donation comme le paiement d'une dette déjà contractée par le donateur; & conséquemment comme une charge des biens donnés: mais il ne suffit pas d'articuler vaguement les services, il faut les spécifier dans l'acte de donation, ou en rapporter la preuve.

Quoique la loi *si unquam* ait eu principalement pour objet la faveur des enfans, & que tel soit l'esprit de l'ordonnance de 1731. il ne s'ensuit pas que cette révocation, ayant eu lieu pendant la vie du pere, par la naissance d'un ou de plusieurs enfans, le pere n'ait la liberté de disposer à son gré des biens révoqués, au préjudice même de ses enfans, soit entre vifs, soit à cause de mort: telle est la décision de Lapeyriere, fondé sur l'opinion de Ferr. sur Guyp. *vide lettre D, verbo Donation. Charondas, liv. 3. de ses réponses. chap. 63.* est d'une opinion contraire, & dit, que cette question a formé un partage au Parlement de Paris, alors indécis; & il fonde son opinion sur ce que, sans la survenance d'enfans, la révocation de la donation n'auroit point eu lieu, ni le pere aucun droit en la chose: d'où il conclut que la révocation doit tourner à l'avantage des enfans seuls; toutefois la décision de Ferriere doit prévaloir, parce que la loi *si unquam* (quoiqu'elle ait envisagé la cause des enfans) n'a pas entendu ôter au pere donateur, la liberté de disposer des biens

78            *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
révoqués, soit entre vifs, soit à cause de mort, en faveur  
de tous autres que les enfans qui lui sont survenus; mais seu-  
lement de le réintégrer dans un bien que la nature défère  
de plein droit aux enfans, si les peres n'en disposent autrem-  
ment; & en effet, les dernières paroles de cette loi prouvent  
évidemment que le pere conserve cette même liberté de dis-  
poser des biens révoqués : *totum quidquid largitus fuerat,*  
*revertatur, in ejusdem donatoris arbitrio additione mansurum.*  
Quelques auteurs ont cru ( comme Ferriere & Ranchin, sur  
la quest. 214. de Guipape, & Guip. lui-même ) que si le  
fils, dont la naissance a donné lieu à la révocation, vient à  
décéder, l'héritier du pere ne pourra jouir du bénéfice de la loi  
*si unquam*, si le pere a survécu long-temps le fils sans se  
plaindre ni causer aucun trouble à la possession du donataire,  
ce silence opérant l'effet de confirmer la donation. L'art.  
43. de l'ordonnance de 1731. déroge expressément à cette  
décision, puisque dans les circonstances de la mort du fils,  
cet article exige que le pere donateur fasse une disposition  
nouvelle & expresse pour confirmer la disposition, c'est-à-  
dire, une nouvelle donation en la forme prescrite par l'art.  
1. de l'ordonnance.

Dans le cas de la révocation qui se fait par survenance  
d'enfans, le donataire n'est point assujetti à la restitution des  
fruits par lui perçus, de quelque nature qu'ils soient, que du  
jour que la naissance de l'enfant lui aura été notifiée par ex-  
ploit, ou autre acte en bonne forme; telle est la disposition  
de l'art. 41. il est conséquemment réputé possesseur de bon-  
ne foi jusques à ce moment.

CHAPITRE XLII. & XLIII.

*Des intérêts des dots.*

*Si la dot & l'augment sont distraits avant la donation faite dans les mêmes pactes de mariage, en faveur des enfans en descendans.*

**M**Ornac, sur la loi 22. *cod. de rei vindict.* observe qu'il y a plusieurs cas où les intérêts courent sans interpellation, du nombre desquels est celui des intérêts de la dot, qui sont dus du jour du mariage : *at verò*, dit-il, *& cum dos vicem obtineat legitimæ naturalis, idem quoque in ea servari, quo ad usuras à die matrimonii constat plus satis inter fori peritos*, c'est là un point d'usage reçu au Parl. de Toulouse, que les intérêts courent du jour du contrat de mariage.

Les intérêts de la dot sont alloués aux héritiers étrangers de la femme, non-seulement depuis le temps qu'elle a cessé d'être nourrie sur les biens de son mari, mais au même rang que la dot, quoiqu'elle n'en ait pas fait demande, ce qui fut ainsi jugé par arrêt du 5. Juillet 1696. sur quoi l'auteur a équivoqué.

L'arrêt qu'il cite du 18. Mars 1667. porte, *sans conséquence* ; ainsi la question n'avoit point été jugée en thèse, mais depuis il a été rendu un arrêt le 30. Août 1727. au rapport de Mr. Rey, en la première chambre des enquêtes, dans la distribution des biens du sieur de Chastanet, en faveur de Mr. Ste. Marie, juge d'Auvitar, par lequel il fut jugé que les intérêts dus à Mr. Ste. Marie, représentant la dame de Perés, veuve du sieur de Chastanet, seroi. ut alloués au même rang que le capital, quoique la femme n'eût point fait demande de la dot, & que le sieur Ste. Marie fût un successeur étranger ; ce n'est point contre les règles d'adjuger aux héritiers étrangers les intérêts de la dot au même rang qu'à la femme, parce que ce n'est pas par un privilège personnel que ces intérêts sont alloués à la femme au même rang que le capital,

80      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
mais par la raison qu'ils lui tiennent lieu de fruit de la dot ;  
les créanciers ont le même avantage ici que les héritiers, parce  
que régulièrement ils ont droit d'exercer les actions de leur  
débiteur.

La donation faite en faveur d'un des enfans qui naîtront  
du mariage ( comme de l'aîné, ) par le contrat de mariage  
du pere & de la mere, est préférable à la dot d'une seconde  
femme sur les biens du pere donateur ; mais les intérêts de  
la donation ne doivent être alloués qu'après la dot & l'aug-  
ment de cette seconde femme : C'est ainsi que cette question  
fut jugée le 11. Septembre 1649. en la deuxième des enquê-  
tes, au rapport de Mr. Olivier, en la cause de Pomarede,  
contre Bigorre. Les intérêts de la donation ne furent pas re-  
gardés comme aussi favorables que l'avoient été les intérêts de  
la dot de la première femme, par la raison de différence que  
la femme *certat de damno vitando* dans la répétition de sa dot,  
au lieu que le donataire *certat de lucro captando*.

---

## C H A P I T R E   X L I V .

*De la répétition de la dot & augment sur les biens substitués,  
& sur les biens donnés nonobstant le retour, & si la présen-  
ce à un contrat de mariage nuit.*

**P**our que la dot puisse être répétée subsidiairement sur les  
biens substitués, il faut qu'il y ait eu réelle numération ;  
car la simple reconnoissance du mari ne suffiroit pas, suivant  
la doctrine de Ferriere, sur la question 2. de Duranti ; *ut dos,*  
*dit ce docteur, possit repeti ex bonis substitutioni obnoxiiis,*  
*oportet quod mulier doceat dotem numeratam esse corporaliter,*  
*ita ut dos confessata sine reali numeratione hoc privilegium non*  
*habeat.*

La question, si notre présence comme témoin dans un con-  
trat d'obligation que passe notre débiteur, peut nuire à notre  
hypothèque, s'il n'y a pas de protestation de notre part, se  
réduit

réduit à ce point de sçavoir, s'il y a eu de la part du témoin une réticence frauduleuse de son hypothèque, dans un contrat pour lequel il a prêté son seing officieusement, & sans y avoir été appelé par quelque espece de nécessité, ( comme on l'est par bienfiance, ou par devoir, ) dans un contrat de mariage de quelqu'un de sa famille.

Quand il y a réticence frauduleuse, ( comme au cas que le débiteur passeroit un contrat de vente ou d'engagement d'une chose déjà vendue à l'un des témoins, ou sur laquelle il auroit hypothèque spéciale, sans que le témoin eût usé d'aucune protestation, ) alors sa présence nuirait sans difficulté à son droit ou à son hypothèque sur la chose, suivant la doctrine de Louet & de Brodeau, & les arrêts qu'ils rapportent, *lettre N. somm. 6.* à quoi se trouve conforme la décision rendue par l'arrêt de ce Parlement du 18. Juin 1641. rapporté par Dolive dans la nouvelle addition du chap. 28. du liv. 5.

Que si le témoin, comme le pere ou la mere, assiste au contrat par devoir ou par nécessité, ( ainsi qu'il se pratique ordinairement dans les contrats de mariage des enfans, ) alors on ne peut point regarder le silence des peres & meres comme frauduleux, quand même ils auroient quelque droit spécial sur un fonds expressément soumis à l'hypothèque de la dot par les articles du contrat; & le défaut de protestation ne pourroit leur nuire, suivant l'arrêt de ce Parlement, rapporté par Mr. de Cambolas, *liv. 5. chap. 25.* dans l'espece d'une mere qui avoit assisté au mariage de son fils, sans protester de son hypothèque spéciale sur la terre qu'il soumettoit expressément à l'hypothèque de la dot de sa future épouse.

Mornac, *ff. de rescind. vendit.* rapporte un préjugé du Parlement de Paris contraire, par lequel il fut décidé qu'un frere, qui avoit été présent au contrat de mariage de son frere comme témoin, & qui n'avoit point fait de protestation ni déclaration de son hypothèque, en perdoit la priorité, & se trouvoit réculé par celle de la dot constituée, & cela, par cette raison que le silence est toujours réputé frauduleux.

Lorsqu'il n'y a de la part de notre débiteur, qu'une obligation générale de ses biens en faveur du nouveau créancier pour une somme prêtée, ou quelque engagement ou vente de fonds sur lequel nous n'avons point spéciale hypothèque; alors notre présence, comme témoin, & le défaut de protestation de notre créance, ne peut nous nuire, par cette raison alléguée par Louet, *loco supra*, num. 2. qu'il peut se faire, & que l'on peut croire que l'obligé a de quoi garantir; mais si en faisant cette obligation, l'obligé déclaroit que ses biens ne sont hypothéqués à personne, alors, selon Louet, le témoin devoit user de protestation, sans quoi son silence seroit réputé frauduleux: C'est par ces distinctions que j'estime qu'il faut se régler dans cette matière, sans s'arrêter au préjudice rapporté par Mornac, qui paroît singulier, en ce qu'il répute constamment le silence du témoin frauduleux, ce qui n'a pourtant lieu que dans les circonstances ci-dessus marquées.

J'ajoute sur la manière de la répétition de la dot & augment sur les biens substitués, que par arrêt du 9. Août 1677. rendu en la première chambre des enquêtes, au rapport de Mr. de Mue, entre la dame Margueritte de Pelet, veuve, la dame Marie Dangers, & le Sr. de Monreton, Chabrillon, & le curateur décerné à l'hérédité de Gabriel Dangers, il a été jugé que les intérêts de la dot & de l'augment ne peuvent être pris, même subsidiairement, sur les biens substitués, mais seulement sur les biens libres du mari héritier grevé; ce qui doit être néanmoins entendu, si la substitution a été insinuée selon les ordonnances.

¶ Quoique l'aliénation ou l'hypothèque des biens sujets à restitution soit prohibée par les loix, toutefois l'Empereur, dans sa nouvelle 39. de *reslit.* §. 1. d'où a été tirée l'authent. *res que, cod. commun. de legat. & fideicom.* a permis l'aliénation & hypothèque des biens substitués pour le paiement ou la sureté non-seulement de la dot, mais même de la donation *propter nuptias*, que nous connoissons sous le nom d'augment dotal; mais il faut, suivant ces loix, que l'auteur

de la substitution soit un ascendant du fidéicommissaire, & cette disposition a été adoptée non-seulement par la jurisprudence de ce Parlement, mais par les arrêts du Parlement de Paris, rapportés par *Henris*, tom. 2. liv. 4. chap. 5. quest. 15. rendus pour le pays de droit écrit, qui ont même jugé que les intérêts de cet augment dotal sont dus depuis le décès du mari héritier grevé, & que la femme avoit ces privilèges en directe, soit pour le premier, soit pour les autres degrés. A l'égard des intérêts de l'augment, ce Parlement ne les adjugeoit que depuis l'instance sur ce formée; par la disposition de l'art. 44. de l'ordonnance sur les fidéicommiss l'hypothèque ou le recours subsidiaire accordé aux femmes *sur les biens substitués, en cas d'insuffisance des biens du mari, aura lieu, tant pour le fonds ou capital de la dot, que pour les fruits ou intérêts qui en seront dus*; il semble qu'on peut conclure de l'art. 45. qu'il y a même privilège pour la demande des intérêts de l'augment dotal, que pour le capital, & que lesd. intérêts doivent courir sans interpellation, du jour du décès de l'héritier grevé, en faveur de la veuve qui a droit de suite sur les biens substitués à défaut de biens libres de son mari. Cet art. 45. donne la même hypothèque à la femme & à ses enfans, tant pour le fonds, que pour les arrérages du douaire, soit coutumier ou préfix: or, si elle a hypothèque suivant l'article sur les biens, du jour de son contrat de mariage, tant pour le fonds, que pour les arrérages du douaire, il s'ensuit que les intérêts en sont dus sans demande. Le douaire en pays coutumier est un avantage que le mari fait à sa femme par leurs articles de mariage; ce douaire est ou préfix ou coutumier; le préfix est d'une somme de deniers, ou d'une rente; le coutumier est de la moitié des héritages que le mari tient & possède au jour de la bénédiction du mariage, & de ceux qui lui sont échus en ligne directe depuis cette bénédiction. La femme n'a que l'usufruit, sa vie durant, de l'un & de l'autre de ces douaires: la propriété appartient aux enfans & aux héritiers du mari. Dans le ressort de ce Parlement, il y a des cantons de pays où il est d'usa-

ge de stipuler dans les contrats de mariage un augment dotal respectif, en cas de survie, sans quoi il n'en est point dû. Dans le Bas-Languedoc l'usage est tel, que le fiancé assure à sa fiancée une donation de survie, qualifiée d'augment dotal, d'une somme dont on convient, & qui est arbitraire; c'est ordinairement le double du côté du fiancé de ce que la fiancée lui donne. Dans d'autres pays, comme dans la sénéchaussée d'Auch, l'augment dotal est toujours le tiers de la dot; mais il faut qu'il soit stipulé, sans quoi la femme ne peut le prétendre, le cas de décès du mari arrivant: il y a des lieux circonvoisins de cette sénéchaussée, où la coutume règle l'augment en usufruit, eu égard à la moitié de la dot. Suivant l'art. 46. de notre ordonnance, la femme ne peut en aucun cas, exercer son hypothèque sur les biens substitués, que pour le tiers de la dot, encore que l'augment fût considérable; ou par la convention des parties, ou par les coutumes & usages des pays où la stipulation en est faite: c'est là une faveur bien marquée pour la conservation des biens sujets à restitution. L'art. 45. refuse à la femme de l'héritier grevé, tous recours sur les biens substitués pour la donation des bagues & joyaux, & généralement pour toutes les libéralités & stipulations non comprises aux articles précédens; & pareillement pour son deuil: c'est donc à la femme à agir sur les biens libres du mari pour toutes ces choses, sans aucune voie des recours subsidiaires, sur les biens du fidéicommiss.

L'art. 50. exclut la femme de tout recours sur les biens substitués pour les obligations qu'elle auroit volontairement contractées pendant son mariage, en faveur de son mari héritier grevé; & cela, sans distinction pour les obligations contractées en pays de droit écrit, où les obligations des femmes pour leurs maris sont réputées nulles, & ceux où elles sont regardées comme valables. Cet article est, selon moi, susceptible d'une distinction: les femmes peuvent s'obliger volontairement, mais nécessairement, pour leurs maris pendant leur mariage, lorsqu'en vertu d'un arrêt du Parlement,

rendu sur leur requête , elles sont autorisées à s'obliger pour tirer leurs maris d'un état de contrainte , & que l'obligation est la seule voie qui puisse conduire les maris à un état de liberté , les maris n'ayant aucuns biens libres pour se procurer cette liberté ; & dans ces circonstances je croi que la femme doit être reçue à exercer son recours sur les biens substitués , si l'auteur de la substitution est un ascendant du mari ; car alors l'obligation de la femme n'est pas proprement volontaire , & purement arbitraire ; ce qui est le cas de l'art. 50. mais son obligation est pour elle un devoir , se trouvant d'ailleurs autorisée par arrêt ; car tous nos interpretes ( dont l'opinion a été accueillie par les arrêts ) ont décidé que les biens substitués peuvent être aliénés pour délivrer de prison l'héritier grevé descendant du substituant , s'il n'a aucuns biens libres. Papon en son recueil , *liv. 20. tit. 3. art. 16.* Cet arrestographe allegue l'autorité de la glose , *in cap. sacros. causa 12. quæst. 20. d'Alexandre , & de Barthele* ; & il rapporte un arrêt conforme. *Peregr. de fidéc. art. 42. n. 92.* exige que l'état de contrainte fût tel que l'héritier grevé eût commis un crime *ex quo sequeretur mors , aut membri mutilatio.*

Les arrêts rapportés par Papon sont dans l'espece d'une affaire criminelle , & d'une amendable infligée. L'art. 50. n'a point dérogé à ces décisions , que je crois pouvoir être suivies dans la pratique. Quoique régulièrement les créanciers ne puissent exercer l'action rescisoire contre le débiteur de leur débiteur , si elle n'a été préparée par ce dernier , suivant *Mr. Duranti , quæst. 30. num. 1. & 2.* toutefois l'art. 54. admet indistinctement les créanciers de la femme à exercer sur les biens substitués l'hypothèque subsidiaire qu'elle a , encore qu'elle ne l'eût pas exercée elle-même ; ce qui renferme sans doute , l'action rescisoire qui pourroit lui compéter à raison de cette même hypothèque.

## C H A P I T R E X L V.

*De la prescription contre la femme pendant le mariage.*

**I**L n'y a nul texte du droit qui accorde à la femme, en cas d'insolvabilité du mari, le recours contre le débiteur des deniers dotaux, qui a acquis sa libération par le secours de la prescription; on doit au contraire décider sur la loi même, que la femme ne peut avoir ce recours.

Duperier, *liv. 3. chap. 5.* de ses questions, qui penche à donner ce recours à la femme, ne se détermine que sur la jurisprudence de son Parlement, qui s'est introduite à ce sujet, dit-il, par un tempérament que les arrêts ont rapporté à la décision de la loi *si fundum*, ff. *de fundo dotal.* Mr. Cambolas, *liv. 4. chap. 27.* rapporte un arrêt de ce Parlement, du 26. Juillet 1620. par lequel il fut jugé qu'une prescription commencée contre une fille, ne court pas ensuite contre elle pendant son mariage, si son mari se trouve insolvable; & il fonde la décision de cet arrêt sur la loi *in rebus*, §. *non omnis*, cod. *de jur. dot.*

La loi *in rebus*, citée par Cambolas, n'autorise point ce recours contre le débiteur en cas d'insolvabilité du mari: l'Empereur qui y traite de l'exaction de la dot qui peut être faite par la femme après la dissolution du mariage, par la mort du mari, ou dans le cas de séparation ou de distribution de ses biens, décide seulement que dans ces deux cas, la femme ayant l'exercice libre de ses actions, on peut lui opposer la prescription, si elle néglige d'agir pour la répétition de ses cas dotaux: On ne peut pas conclure de la disposition de cette loi que la prescription ne court point contre la femme, en faveur des débiteurs des deniers dotaux pendant le mariage, en cas d'insolvabilité du mari qui en a négligé la demande; mais seulement que le mari, se trouvant dé-

pouillé ou par la mort ou par la distribution de ses biens, des actions dotales, la femme doit s'imputer si elle néglige d'agir contre ses débiteurs, ou de vendre ses biens dotaux aliénés, à raison de quoi elle ne peut plus avoir recours sur les biens de son mari entièrement séparés des siens.

La libération a tant de faveur, & mérite si fort d'être protégée, que dans cette vue *Faber, in suo cod. lib. 5. tit. 7. definit. 4.* donne pour maxime que le débiteur des deniers dotaux est valablement libéré, quoiqu'il en ait fait le paiement au mari qu'il connoissoit insolvable avant même l'échéance du paiement : *si tamen, dit-il, mulieris debitor inopi viro dotem solvat, adeoque antequam solutionis dies venerit placeat liberationem contingere, etiam si sciat debitor maritum solvendum non esse*, ce qui doit être entendu d'une connoissance particulière au débiteur ; car si l'insolvabilité du mari étoit notoire au moyen d'une saisie générale, alors le débiteur ne payeroit point valablement, si la saisie lui avoit été signifiée : Or étant de regle certaine que celui qui prescrit est semblable à celui qui a payé réellement ; ne faut-il pas conclure que le débiteur est valablement libéré envers la femme par le secours de la prescription, & qu'elle ne peut avoir de recours sur lui en cas même d'insolvabilité de son mari ?

Mais ce qui, selon moi, doit mettre cette décision hors de toute atteinte, & le débiteur à l'abri de toute recherche de la part de la femme, est la disposition de la loi *sicut, coa. de præscr. 30. vel 40. ann.* qui est expresse, pour donner à la femme l'exclusion de toute action en garantie contre le débiteur qui a prescrit, puisqu'elle décide que la prescription trentenaire court irrévocablement contre la femme, n'y ayant d'exception marquée que pour les pupilles ; *non jexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari ætate dumtaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat huic eximenda sanctioni.*

Il y a bien de la différence entre l'aliénation du fonds dotal, faite pendant le mariage, & la libération que le débiteur acquiert par le secours de la prescription pendant le mariage.

Celui qui possède le fonds dotal est acquereur de mauvaise foi, & le détient injustement, puisque la loi en prohibe l'aliénation ; il ne peut donc être protégé par les loix dans la possession de ce fonds. Le débiteur au contraire qui acquiert sa libération à la faveur de la prescription, ne fait qu'user du droit qui lui est ouvert, de pouvoir se libérer, & de payer même à un mari qu'il connoit insolvable ; en sorte que le secours de la prescription, produisant le même effet que le paiement réel & effectif, le débiteur peut prescrire de même qu'il auroit pu payer au mari, & cela me paroît sans difficulté.

Je crois que la disposition des deux arrêts de ce Parlement, rapportés sur la fin de ce chapitre, mérite d'être suivie, & que le fonds dotal peut être vendu dans le même contrat de mariage où il a été constitué, & postérieurement au mariage, s'il y a clause expresse dans le contrat, qui en permette l'aliénation au mari.

La raison qui peut servir de fondement à ces décisions, doit être prise de ce que, dans ces deux cas, on ne fait rien contre la prohibition de la loi, qui défend l'aliénation de la dot pendant le mariage, avec le consentement même de la femme, parce que le motif de cette prohibition cesse dans ce cas, qui est l'ascendant trop ordinaire qu'un mari prend sur l'esprit & la volonté de sa femme, à la faveur duquel il peut lui arracher son consentement pour les aliénations du fonds dotal, *ne muliebris sexus fragilitas in perniciem substantiæ earum converteretur. inslit. quib. alien. licet vel non* ; ce qu'on ne peut pas craindre d'une aliénation à laquelle une fiancée consent par son contrat de mariage, puisqu'alors tout dépend d'un traité fait en pleine liberté.

Quand l'aliénation du fonds dotal a été faite par le mari & la femme conjointement, la femme ne peut en demander la cassation, *constante matrimonio*, encore qu'il y ait une séparation volontaire, & un certificat de pauvreté du mari, qui autorise la séparation ; ainsi jugé par arrêt du 4. Juillet 1722. rendu en la première chambre des enquêtes, au rapport de  
Mr.

Mr. de Catellan-Lamasquere , en faveur d'Antoine Claparede , bourgeois du lieu de Viol , contre Margueritte Chassan , femme d'André Jourquet.

La raison de cet arrêt peut être prise de ce que la séparation qui se fait , *marito ad inopiam vergente* , ne donne aucune espèce de faculté à la femme de commercer ni de traiter sur la propriété du fonds dotal ; mais elle lui acquiert seulement le maniment des fruits & revenus , pour être employés à l'entretien commun de son mari , d'elle & de leurs enfans , *leg. ubi adhuc , cod. de jur. dot.* Le mari n'est même pas absolument dépouillé de la propriété du fonds dotal , quoique séparé en biens-d'avec sa femme. Cette propriété est alors dans une espèce de sequestration qui ne le dépouille point , de même que la saisie ne dépouille point le saisi ; ainsi la femme ne peut avoir de droit sur cette propriété , avec d'autant plus de raison qu'elle peut rentrer libre dans les mains du mari , par un retour de fortune & par un rétablissement de ses affaires. Or le mari , étant maître des fonds dotaux , a pu en faire l'aliénation *interim* , & la femme n'a point droit d'en demander la révocation pendant le mariage , puisqu'elle n'a point d'action en main , & qu'elle n'est point personne légitime pour cela.

Quand le mari poursuit le jugement d'un procès , en qualité de maître des biens dotaux de sa femme , qui vient à décéder pendant l'instance , laissant des enfans ses héritiers , il doit être assigné en reprise d'instance , *ut nova persona* , & comme légitime administrateur de ses enfans , sans quoi l'instance n'est pas sujette à péremption , le décès de la femme en arrêtant le cours ; ainsi jugé par arrêt d'audience du 15. Juin 1715. en la grand'chambre , présidant Mr. de Bertier , plaidans pour Salat mari , Me. d'Astruc , & pour Durand sa partie , Me. de Favier.

Suivant la jurisprudence de ce Parlement , le décès d'une partie instanciée , ou d'un des procureurs qui occupoit dans l'instance , en empêche non-seulement la péremption , mais proroge l'instance jusqu'à 30. ans depuis l'introduction.

Par arrêt du 20. Avril 1719. prononcé à l'audience par Mr. le premier président de Bertier, plaidans Mes. d'Hulau & Afttruc, il fut jugé que le procès intenté par la femme avant son mariage, concernant les biens dotaux, tomboit en péremption, faute des poursuites faites pendant le mariage. Cet arrêt peut trouver son fondement dans la loi *si fundum* 16. ff. de fundo dot. qui décide que quand la prescription du fonds dotal a commencé avant le mariage, elle court pendant le mariage.

## CHAPITRE XLVI.

*Des cas auxquels le mari est responsable de la dot, quoiqu'il ne l'ait pas reçue.*

*De la reconnoissance pour argent reçu ci-devant.*

*De l'exception de la dot non comptée.*

**J**E suis de l'avis de notre auteur, que lorsque le beau-pere constituant se trouve solvable, le mari qui a négligé d'exiger la dot, doit en être quitte envers la femme, en lui cédant, ou à ses héritiers, l'action qu'il a pour l'exaction de cette même dot.

Les ménagemens du gendre à l'égard du beau-pere, qu'il n'a pas pressé pour le payement de la dot, se trouvant autorisés par la loi *si extraneus*, ff. de jur. dot. me paroissent appuyer cette opinion.

En effet, si la loi n'impute point de négligence au gendre, qui, par un ménagement raisonnable, n'a pas voulu presser son beau-pere pour le payement de la dot, il en faut conclure que, n'ayant point exigé la dot d'un beau-pere qu'il connoissoit solvable, nulle faute ne peut lui être imputée à cette occasion, n'y ayant que le cas d'une insolvabilité survenue qui peut rendre le gendre responsable de son inaction envers la femme; mais si le gendre n'a eu d'autre objet dans le silence qu'il a gardé sur la demande de la dot qu'il pou-

voit faire à son beau-pere , que d'ufer des ménagemens dont nous venons de parler ; c'est suivre l'esprit de la loi , que de le mettre à l'abri de la restitution de la dot qu'il n'a pas reçue , & de renvoyer cette demande sur les biens du pere constituant. Sur quoi il faut remarquer que la décision de Faber , qui servit , selon la remarque de notre auteur , de motif à l'arrêt rapporté à ce sujet , n'est pas rendue dans l'espece du pere constituant dot à sa fille , mais du frere qui promet au futur époux la dot dont il étoit débiteur à sa sœur.

On sent d'abord la différence qu'il y a d'un cas à l'autre , prise des égards qu'un gendre doit naturellement à son beau-pere , & qu'il ne doit pas au frere de sa femme débiteur de la dot , parce que , suivant la loi , les collatéraux , étant réputés étrangers , il s'ensuit que , dans l'espece dont parle Faber au lieu cité , ce n'est point s'écarter de l'esprit de la loi *si extraneus* , que d'assujettir le mari , qui a négligé la demande de la dot , au remboursement , quoique le frere qui en demeure encore débiteur se trouve solvable.

On peut agiter ici la question , si la femme peut répéter la donation *propter nuptias* , ou son augment conventionnel , quand le mari n'a point reçu la dot.

Les docteurs se trouvent partagés sur cette question , de même que les arrêts , *Benedict. in cap. Raynut. in verbo. Et uxor. decis. 5. num. 221. Larroche , liv. 2. tit. du Dot , art. 18. Duranti , quest. 77. Cambolas , liv. 3. chap. 2.* rapportent des arrêts de la Cour , qui prouvent que la disposition de l'authent. *sed quæ , cod. de pact. conventis* , est reçue dans ce Parlement , & qu'en conséquence l'augment dotal ne peut être prétendu sur les biens du mari , quand il n'a point été payé de la dot promise ; ce qui doit être entendu , suivant *Ranch. & Ferr. sur la quest. 224. Guip.* lorsque la femme elle-même a fait la constitution ; Duranti , *d. quest.* y comprend encore la constitution qui est partie de la main du pere de l'épouse.

La raison en est , à l'égard de la femme , que , s'étant constituée la dot , elle doit s'imputer d'avoir été en demeure d'en faire le paiement , & porter la peine de sa négligence , qui

est la privation de son augment dotal, selon la disposition de l'authent. *sed quæ*; & à l'égard du pere constituant, qu'on ne peut imputer à négligence au mari, s'il n'a point exigé de lui la dot promise par un excès de ménagement, suivant la loi *si extraneus*, ff. de jur. dot. ce qui doit avoir lieu avec la distinction marquée par la jurisprudence de ce Parlement; je veux dire, qu'on ne peut rien imputer au mari, si dans les dix premières années de l'échéance du paiement de la dot, il n'a point agi contre le beau-pere constituant, mais seulement après les dix ans expirés; en sorte que, si dans les dix ans la dot promise par le beau-pere ne lui a pas été payée, & qu'il vienne à décéder, la veuve ne peut prétendre l'augment dotal sur ses biens. Si au contraire le mari décède après les dix ans, l'augment fera dû, quoique la dot n'ait pas été payée; je croi que c'est avec les modifications dont je viens de parler qu'il faut recevoir l'auth. *sed quæ*, cod. de pact. conv.

Les arrêts du Parlement de Grenoble, rapportés par Expilli, arrêts, chap. 59. & ceux du Parlement de Paris par Papon en son recueil, tit. des dots, liv. 15. art. 13. ont décidé que l'augment dotal est dû à la femme indistinctement, soit que la constitution dotale soit partie de sa main, ou de celle d'un étranger; que la dot ait été payée ou non. Mais il faut, selon moi, restreindre la disposition de ces arrêts, & l'opinion des interpretes cités par Expilli, à l'augment dotal coutumier, que la coutume locale du lieu fixe & détermine.

En effet, *Faber*, in suo cod. lib. 5. tit. de dot. prom. definit. 12. dont Expilli emploie l'autorité, parle de cet augment coutumier, & décide que l'augment conventionnel n'est point dû à la femme, si la dot par elle promise & constituée au mari, ne lui a pas été payée; sur quoi il faut faire cette distinction.

Quand l'augment stipulé entre les parties, est relatif à la dot constituée; comme si, par exemple, il est réglé dans le contrat par une quotité, ou de la moitié ou du tiers de la dot, alors il n'est dû à la femme qu'au prorata du paiement de la dot fait au mari; si au contraire l'augment est donné à

la femme principalement & indépendamment de la dot, & comme pure libéralité du mari, alors il est dû, quoique la dot n'ait point été payée, parce que c'est une donation du mari, qui n'a nul rapport à la dot, & qui doit avoir son effet par elle-même; c'est en ce sens qu'il faut prendre l'auth. *sed quæ*, déjà citée, & la doctrine des auteurs. L'augment coutumier est encore toujours dû, quoique la dot n'ait point été payée au mari, parce qu'il est donné par la coutume qui est *stricti juris*, & qui n'admet point de distinction entre la dot payée ou non payée.

CHAPITRES XLVII. & XLIX.

*Si le créancier du mari peut faire saisir les sommes dotales entre les mains des débiteurs.*

*Si la somme cédée peut être saisie par les créanciers du cédant.*

*Si une mere tutrice, qui oblige ses biens propres pour ses enfans, en peut être relevée par le bénéfice du Velleïen.*

*Si le créancier de la femme peut se servir du Velleïen, invitâ muliere.*

*Si dans Toulouse le Velleïen a lieu.*

**J**E croi que l'arrêt rendu après partage le 20. Juin 1668. rapporté au commencement de ce chapitre, est conforme aux regles, & qu'il faut constamment décider que, quand la cession faite par le mari à un de ses créanciers d'une somme dotale, a été acceptée par le débiteur de cette somme, la femme ne peut plus agir sur l'obligation cédée, quoiqu'extante, si la cession a été faite dans un temps non suspect, & où les biens de son mari n'étoient point dérangés.

La raison de décider ainsi, est prise de deux maximes également reçues. La premiere, que l'argent est réputé meuble de sa nature, & conséquemment les obligations ou cédules, suivant l'observation de *Duranti, quæst. 75. num. 2.* La secon-

de , que les obligations , étant réputées meubles , ne peuvent plus être suivies par le créancier du cédant , lorsqu'elles ont été dénaturées au moyen d'une cession acceptée , parce que les meubles n'ont point de suite par hypothèque , lorsqu'ils sont hors des mains du débiteur par l'aliénation qu'il en a faite , suivant *Rebuff. in tract. de litter. obligat. gloss. 2. art. 4. num. 38.* & *Larroche , en ses arrêts , liv. 2. sous le mot hypothèques , tit. 4. art. 5.*

La loi *in rebus , cod. de jur. dot.* qui donne le droit à la femme de vendiquer les sommes dotales , si elles sont extantes , en cas de distribution de biens du mari , ne peut être appliquée , selon nos maximes , aux cessions acceptées , parce qu'alors les sommes ne sont plus extantes , mais dénaturées par la cession & l'acceptation ; ce qui empêche la femme de pouvoir les suivre par hypothèque.

Notre compilateur , sur cette matière des cessions , fait une distinction qu'il appuie de l'autorité de deux arrêts ; ou le débiteur , dit-il , est à terme de payer la somme déléguée au temps de l'acceptation qu'il fait de la cession , ou il n'est pas à terme. Dans ce dernier cas , les créanciers du cédant peuvent , nonobstant l'acceptation , & avant l'échéance du terme , faire saisir & arrêter la somme cédée , ce qu'ils ne peuvent faire , si au temps de l'acceptation le terme du paiement étoit échu.

Cette distinction n'a point été adoptée par les derniers arrêts , parce qu'on a trouvé qu'elle choquoit la disposition de la loi & la doctrine des interpretes ; en effet , la loi *nomina 17. de heredit. vel act. vend.* décide formellement que , soit que le terme du paiement soit échu , ou non , on peut valablement faire cession de la dette : *nomina eorum qui sub conditione vel in diem debent , & emere , & vendere solemus , ea enim res est , quæ emi & venire potest.* Si la dette peut être valablement acquise , l'acquéreur , qui est le cessionnaire , ne peut en être évincé par les créanciers du cédant , quand il a signifié la cession au débiteur délégué. La glose , sur cette loi , & *Mr. Cujas , ad leg. 19. eod. tit.* confirment cette décision sur

ces principes. Il fut jugé en la grand'chambre par arrêt du 27. Juillet 1726, au rapport de Mr. l'abbé Boyer, en faveur du Sr. Roucairol, contre le Sr. de Roquecefiere, que, quoique le terme du paiement ne fût point échu lors de la cession, & qu'il ne dût échoir qu'en 1728. postérieurement à cet arrêt, la cession ayant été signifiée, les créanciers du cédant n'avoient pu ensuite faire des exécutions sur la somme cédée : les bannimens par eux faits furent cassés.

Après la cession du capital, les intérêts qui ont couru depuis la cession, ne sont point dus au cédant, quoique la cession n'ait pas été signifiée au débiteur cédé; mais ils courent au profit du cessionnaire, & alors ce débiteur cédé se libere valablement; ainsi jugé en la troisieme chambre des enquêtes au rapport de Mr. l'abbé de Mariote le 13. Mai 1721. entre Pierre Blanc, & Claude Jauffaud.

La raison de décider fut prise de ce que la cession dépouille le débiteur qui la fait, & que la signification n'est requise que contre ses créanciers, pour dénaturer la dette, & les empêcher de pouvoir suivre l'obligation avant d'être cancellée par le paiement.

## CHAPITRE LI.

### *De l'émancipation tacite.*

**L'**Absence volontaire du pere pendant 10. ans opere l'effet d'émanciper tacitement ses enfans qui ont demeuré séparés de lui, ce qui fut jugé dans l'espece suivante.

Le Sr. Maynard, qui avoit deux fils, s'absenta du Royaume volontairement, & s'en alla en Espagne pour les affaires de son commerce; cinq ans après son départ l'une de ses deux filles se maria & eut un fils; plus de dix ans après le départ de son pere, elle fit un testament par lequel elle institua Anne-Marie Maynard sa sœur au préjudice de son propre fils, lequel étant décédé à l'âge de trois ans, André Bassegui, un de ses héritiers *ab intestat*, demanda sa portion de sa succession, & de celle de sa mere qu'il avoit recueillie: Anne-Marie

96 *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
Maynard, héritière testamentaire], opposa le testament ; Bassègui répondit que la testatrice, étant fille de famille, n'avoit pas le droit de faire testament, suivant la loi 6. ff. qui testam. fac. poss. & autres textes, qui déclarent les enfans de famille incapables de faire testament ; même par la permission de leur pere.

L'héritière répliqua que son pere, s'étant absenté volontairement pendant plus de dix ans, & la séparation se trouvant volontaire de la part du pere, produisoit une émancipation tacite, comme lorsque le pere a permis à son fils d'habiter séparément de lui ; cette séparation opere l'émancipation tacite, suivant la loi 1. cod. de patria potest. la loi 25. ff. de adopt. & c'est ainsi que la Cour l'a jugé par arrêt rendu en la première chambre des enquêtes au rapport de Mr. de Catellan - Lamasquere, le 7. Août 1730. Cet arrêt débouta Bassègui de l'appel par lui interjetté de la sentence du Sénéchal de Carcassonne, qui avoit confirmé le testament, à la charge par l'héritière instituée de bailler caution de restituer le tout à Maynard pere, en cas il revînt ; la Cour n'ayant pas réformé la sentence pour ce dernier chef concernant la caution, parce qu'Anne - Marie Maynard n'étoit pas appellante.

¶ Il y a des docteurs qui sont de cet avis, que l'office de procureur général en Cour supérieure, & l'exercice qu'en fait un fils de famille, contient une émancipation tacite en faveur du fils, par l'argument pris des loix qui déclarent le fils de famille, qui est décoré du patriciat, affranchi de la puissance paternelle, & émancipé ; c'est là sans doute un privilege bien flatteur pour cet office, puisque la dignité de patrice étoit la première de l'Empire après les Césars, qui étoient désignés pour remplir le trône de l'Empire. Nos Rois de la première race ne dédaignèrent point de recevoir de la main des Empereurs grecs, le patriciat, ni la pourpre consulaire. L'histoire de Clovis I. nous en fournit un exemple, il accepta de la main de l'Empereur Anastase, ces deux

dignités

dignités ; ce qui fut une marque du cas que cet Empereur faisoit de la valeur & du mérite de ce prince.

## CHAPITRES LVII. & LXI.

*Si la substitution faite aux enfans du second lit en faveur du second mari ou de la seconde femme , est sujette au retranchement de la loi Hac édiciâli.*

**L**A disposition de la loi *hac édiciâli* , est reçue non-seulement dans les Parlemens qui se régissent par le droit écrit , mais dans ceux qui se reglent par la coutume , & où la loi romaine n'est reçue que comme raison écrite ; c'est ce qu'on peut recueillir de Mornac sur cette loi , & de Brodeau sur Louet , *lettre N , somm. 3.* d'où il faut tirer cette conséquence , que cette loi a paru fondée sur les principes de cette équité qui doit toujours dominer dans les jugemens , & qui sert de regle aux différens tribunaux supérieurs de ce Royaume : il faut donc donner à cette loi toute l'étendue qui lui est propre , loin de la resserrer contre l'esprit du législateur. Et c'est dans cette vue qu'on doit rejeter ici toutes les décisions qui peuvent diminuer la faveur des enfans du premier lit , & autoriser la disposition licencieuse de leurs peres ou meres qui convolent , & les avantages nuptiaux , ou de dernière volonté qu'ils se peuvent faire , soit directement , soit par voie oblique , au préjudice des enfans du premier lit , que cette loi a eu pour objet de protéger.

C'est sur ces principes que je reglerai mes décisions. En commençant par l'arrêt rapporté dans le *chap. 57.* j'observerai que cet arrêt a été rendu selon l'esprit de la loi , & que c'est avec fondement qu'il prononça le retranchement de la substitution faite par la femme en faveur du second mari , puisque cette femme , ayant des enfans du premier lit , ne pouvoit sans doute , ni par voie d'institution ni de substitution ( qui est une seconde institution ) gratifier son second

mari au-delà de la légitime d'un des enfans du premier lit, suivant la loi *hac ediçtali*; car la substitution tomboit sur la tête du mari, *judicio defunctæ uxoris*, & nullement par la voie d'*intestat* de son fils; & cela suffisoit pour autoriser le retranchement porté par la loi *hac ediçtali*. Ce retranchement devant même être ordonné toutes les fois qu'il paroît que par des voies obliques, un des conjoints a voulu frauder la disposition de la loi en faveur de l'autre au préjudice des enfans du premier lit, ainsi qu'il résulte de l'arrêt du 29. Janvier 1658. rapporté dans le second tome du journal des Audiences, liv. 1. chap. 32.

Venant à l'arrêt rapporté dans le chap. 61. par lequel il fut décidé qu'une mere remariée peut valablement instituer le second conjoint, à la charge de rendre à leurs enfans communs, sans que les enfans du premier lit puissent demander le retranchement de l'institution selon la loi *hac ediçtali*: j'observerai qu'il semble qu'en se conformant à l'esprit de cette loi, cette institution devoit être sujette au retranchement, parce qu'elle renferme une vraie libéralité & donation envers l'héritier grevé, non-seulement par rapport à la jouissance des biens, mais à la propriété qui peut appartenir à cet héritier par le prédécès du fidéicommissaire, & par caducité de la substitution. Toutefois, comme cette question se trouve jugée par les différens arrêts de la Cour, rapportés par Mr. de Maynard, liv. 3. chap. 75. Cambolas, liv. 1. ch. 21. Larroche, verbo Mariage, art. 13. & Dolive, liv. 3. chap. 13. on peut regarder la décision comme un point de jurisprudence certaine de la Cour. Mais je croi qu'il faut décider, que si, par événement, la substitution devenoit caduque par le prédécès du fidéicommissaire, le mari ou la femme chargés de fidéicommis, ne pourroient prétendre à l'entière hérédité, & que l'institution seroit alors sujette au retranchement porté par la loi en faveur des autres enfans du premier lit, ou de leurs héritiers, en cas de prédécès, par cette raison que les arrêts de la Cour dont fait mention Dolive, ne laissent que la simple jouissance des biens à celui des conjoints qui est

chargé de rendre aux enfans , la propriété demeurant par conséquent sujette au retranchement.

On peut agiter ici deux questions assez intéressantes. La première, si les dispositions de la femme qui a passé à de secondes noces sur le consentement exprès à elle donné par le testament de son mari, sont sujettes au retranchement de la loi *hac edictali*. La seconde, si ces mêmes dispositions, soit de la femme à l'égard du second mari, soit du mari à l'égard de la seconde femme, sont assujetties à ce même retranchement, quand les enfans du premier lit ont donné leur consentement au mariage de leur pere ou mere.

Sur la première question il faut observer que le président Faber, *in suo cod. lib. 5. tit. 5. definit. 5.* décide que le conjoint qui passe à de secondes noces sur le consentement ou du conjoint défunt, ou des enfans du premier lit, n'encourt aucune des peines établies contre les secondes noces. *Nullas pœnas patitur parens, dit-il, qui ad secunda vota convolavit, si ex consensu vel prædefuncti conjugis, vel liberorum omnium ex priore matrimonio supervitum ita fecerit.* Cette décision doit être étendue, selon Faber, à la disposition même de la loi *hac edictali*, puisqu'elle renferme une des peines des secondes noces, & que ce docteur les comprend toutes dans sa décision, en quoi je ne sçaurois souffrir à la doctrine de Faber, parce qu'elle me paroît choquer la décision de la loi *hac edictali*, & la nouvelle 22. *de nupt.*

En effet, selon Faber, le consentement seul du mari défunt aux secondes noces, met la disposition de la femme à l'abri du retranchement; toutefois, suivant la loi *hac edictali* & la nouvelle 22. la peine du retranchement est introduite en faveur des enfans du premier lit; conséquemment le consentement de leur pere ne sçauroit préjudicier au droit qui leur est acquis par la disposition de la loi, ou il faudroit que ce consentement fût fortifié & soutenu par le consentement exprès qu'ils auroient donné eux-mêmes, étant majeurs au mariage de leur mere, & par leur renonciation ex-

100      *Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
pressé au droit de retranchement, établi en leur faveur par  
la loi *hac edictali*, en quoi j'adopte la doctrine de Fachin,  
*controvers. liv. 11. chap. 65.*

Il y a un arrêt du Parlement de Grenoble dont je puis appuyer ma décision contre celle de Faber ; il est rapporté par Bassët, *tom. 1. liv. 4. chap. 2.* Cet arrêt a jugé que le retranchement doit avoir lieu, quoique le défunt eût permis à sa femme de se remarier. La faveur des enfans du premier lit, étant le principal motif de la loi *hac edictali*, les enfans ne peuvent être privés par le consentement de leur pere du bénéfice de cette loi, quand même ils seroient ses héritiers, & en cette qualité garans des stipulations ou consentemens qu'il pourroit avoir prêtés, parce que, par le consentement que leur pere défunt a donné au second mariage de la femme, il n'a fait autre chose que lui remettre de son chef l'injure que les secondes noces pouvoient faire à sa mémoire ; en sorte que ce consentement ne peut lier les enfans, & les frustrer du bénéfice de la loi, par lequel ils peuvent, de leur chef, requerir le retranchement dont il s'agit : l'arrêt que j'ai rapporté au chap. 21. de ce livre, peut confirmer ma décision.

Venant à la seconde question, je croi que les enfans, étant majeurs, doivent non-seulement consentir au mariage de leur mere, mais qu'ils doivent encore se départir en sa faveur du retranchement porté par la loi, & que s'ils sont mineurs, ils sont restituables envers ce consentement & leur renonciation au retranchement, à moins qu'ils n'ayent eu de justes & légitimes motifs de consentir & de renoncer ; c'est la doctrine de Fachin, *loco supra.*

A l'égard du consentement donné par les enfans au second mariage de leur pere, il ne peut les exclure du retranchement, si lorsqu'ils l'ont prêté, ils étoient sous la puissance paternelle, quoique majeur, parce qu'ils sont censés avoir consenti par contrainte : *velle non creditur qui obsequitur imperio patris vel domini*, dit la regle du droit ; ce qu'on présume facilement dans le fils non émancipé ; à quoi se joint une autre raison, prise de la confusion que la loi

fait de la personne du fils non émancipé , avec celle du pere , qui exclud toute espece de contrat & de convention entr'eux.

¶ J'ai déjà dit sur l'autorité du président Faber , que la femme , qui passe à des secondes noces sur le consentement prêté par son mari défunt , & consigné dans son testament ; la femme dis-je , n'encourt point les peines établies contre les secondes noces ; j'ai fait une exception à cette maxime en faveur des enfans du premier lit , au préjudice desquels , le pere ne peut dispenser sa femme de la peine du retranchement , établie par la loi *hac edictali* ; j'ajoute ici , que le mari ne peut dispenser sa femme de l'obligation que la loi lui impose de s'abstenir du convol pendant l'année de deuil : la raison se prend de ce que cette obligation est de droit public & de bienfiance ; qu'elle est un devoir indispensable de pudeur , & d'honnêteté publique , qui assujettit une veuve à pleurer son mari pendant cette même année , & ce pleur consiste à s'abstenir des secondes noces ; car , quoique la veuve ne porte pas des marques extérieures de deuil par l'habit noir dont les veuves ont coutume d'être vêtues , elle n'encourt point pour cela les peines des secondes noces. *Petrus Gregor. in syntagm. lib. 9. cap. 26. num. 21.* Les enfans ne peuvent dispenser leur mere de la peine qu'elle encourt par ces noces précipitées ; & cela , par la raison alléguée d'honnêteté publique dont je viens de parler , & que Mr. Larroche , *liv. 2. in verbo Mariage , art. 1. tit. 4.* emploie sur ce sujet : *idque , dit-il , ratione publicâ honestatis.* Or ce qui est de droit public ne peut être ni changé , ni altéré *privatorum pactis.*

## C H A P I T R E L X I I I

*Si le fils de famille, âgé de plus de trente ans, qui, après avoir fait trois actes à son pere, passe un contrat de mariage, & ensuite refuse de l'exécuter pour obéir à la volonté de son pere, doit être condamné à des dommages & intérêts envers son accordée.*

C Est une question, si le mariage contracté *in extremis* avec une concubine, ou dans la maladie dont on est décédé, avec dispense de deux bans après la publication du premier, & permission d'épouser au chevet de son lit, & d'y recevoir la bénédiction nuptiale par son curé, peut fournir un légitime moyen d'appel comme d'abus; cette même question fut agitée à l'audience de la grand'chambre le 6. Septembre 1708. La Cour, par son arrêt prononcé par Mr. le premier président de Moran, sur les conclusions de Mr. l'avocat général Dadvifard, déclara n'y avoir point d'abus.

Dans l'espece de cet arrêt, le nommé Dichi, après avoir vécu en concubinage avec la demoiselle Guerin, veuve de Delpech, de laquelle il avoit eu plusieurs enfans, étant tombé dangereusement malade, crut pouvoir assurer l'état de ses enfans, & réparer l'honneur de cette femme, s'il épousoit avant mourir: pour cet effet, après la publication d'un ban, & avoir obtenu de l'Evêque, non-seulement la dispense des deux autres, mais la permission d'épouser au chevet de son lit, il y reçut la bénédiction nuptiale de son curé, en présence de témoins, & décéda trois jours après.

Dichi, six jours avant son décès avoit fait son testament, par lequel il avoit institué héritiere la demoiselle Maubert sa mere, avoit légué une pension viagere à la demoiselle Guerin de 12. sèriers de bled, & de 40. liv. d'argent, & à chacun de ses enfans la somme de 2000. liv. à titre d'institution & pour leurs droits légitimaires.

La demoiselle Maubert, pour emporter le legs fait à la Guerin, & faire réduire ceux des enfans sur le pied d'une pension alimentaire, comme étant bâtarde, prit des lettres en appel comme d'abus de la célébration & bénédiction de ce mariage; ce faisant, demanda la cassation du legs fait à la Guerin, concubine du testateur, & la réduction des legs faits à titre d'institution à ces bâtarde, en une pension viagère & alimentaire.

La Guerin de son côté demanda la cassation du testament pour préterition faite du posthume dont elle étoit enceinte, & la maintenue aux biens de son mari, comme tutrice & légitime administreresse de la personne & biens de leurs enfans communs.

La Cour, après avoir déclaré n'y avoir abus au mariage en question, confirma le testament fait au profit de ladite Maubert, cassa le legs fait aux enfans en ce qu'il contenoit l'institution pour droit de légitime, leur adjugea & au posthume le revenu de ce legs de 2000. liv. pour tenir lieu de pension alimentaire, & confirma le legs fait à ladite Guerin, plaidant Me. Montaudier pour lad. Guerin.

Cet arrêt paroît se choquer dans sa disposition, puisque d'un côté, il laisse subsister le legs fait à la demoiselle Guerin, & que de l'autre, il casse les legs faits par le testateur à leurs enfans communs; que d'un côté, il laisse subsister le mariage, & par cette raison conserve le legs à la Guerin, & de l'autre, il réduit les enfans qui sont procréés de cette conjonction, à la condition des bâtarde, en cassant les legs à eux faits sous le titre honorable d'institution, & confirmant en faveur d'un étranger, le testament dans lequel le posthume se trouve préterit.

Les juges regarderent sans doute ce mariage comme vrai sacrement & conjonction légitime, & ce fut le motif qui les détermina à laisser subsister le legs fait à la demoiselle Guerin, qu'on estima avoir acquis le nom de femme; ils casserent les legs faits aux enfans, & ils les réduisirent à la condition des bâtarde, par la raison que ce mariage ne pouvoit produire

*Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
 aucun des effets civils, étant contracté *in extremis* avec une concubine, ce qui est fondé sur la disposition des articles 5. & 6. de la déclaration de l'année 1639.

C'est une autre question, si les enfans peuvent être reçus oppofans au fecond mariage que leur pere veut contracter, fous prétexte qu'il est deshonorant pour lui & pour fa famille. Cette difficulté fe présenta en la Cour, & fit la matiere d'un procès entre la demoifelle de Lacofte, le nommé Guillaume d'Arles & fes enfans joints à leur oncle paternel.

Ces enfans & leur oncle, ayant prétendu que le mariage que Guillaume d'Arles venoit de contracter avec la demoifelle Lacofte, deshonoroit leur famille, en ce que cette femme étoit vagabonde & de mauvaife vie, formerent leur oppofition à ce mariage devant le Sénéchal de Montpellier : Cette oppofition, ayant été acueuillic par l'ordonnance de furfis que le Sénéchal donna à la publication des bans ; la demoifelle Lacofte fut appellante en la Cour de cette ordonnance, & pour foutenir fon appel & démontrer l'injustice de l'ordonnance du Sénéchal, elle repréfenta par la bouche de Me. de Cauffade fon avocat, que l'oppofition étoit fondée fur des faux faits, & qu'elle étoit calomnieufe. 1<sup>o</sup>. Qu'il paroiffoit par le contrat de mariage, par le testament & le mortuaire de fon pere, qu'elle n'étoit point vagabonde, mais de la ville de Montpellier. 2<sup>o</sup>. Que c'étoit une pure calomnie de lui imputer qu'elle étoit de mauvaife vie & malfamée, de quoi elle demandoit réparation.

Me. Favier plaidant pour Guillaume d'Arles, difoit que les enfans étoient irrécévables à cette oppofition, parce qu'ils doivent refpecter les volontés du pere, & qu'il est monftrueux de voir des enfans censurer la conduite de leurs peres.

Me. de Montaudier plaidant pour les enfans, foutenoit l'oppofition bien fondée ; car, quelque refpectable que foit la perfonne des peres, les enfans font reçus à former oppofition au mariage de leur pere, quand il y a un empêchement canonique,

canonique , comme au cas présent , lad. Lacoſte étoit une femme vagabonde , ce qui , ſelon le concile de Trente , étoit , diſoit-il , un obſtacle à la célébration du mariage , à quoi il ajoutoit que cette femme étoit malfamée , ce qu'on offroit de prouver.

La Cour , par ſon arrêt prononcé à l'audience de la grand'-chambre le 6. Mai 1709. par Mr. de Montbrun préſident , ſur les concluſions de Mr. le procureur général , démit les enfans & l'oncle de leur oppoſition , avec dépens , enjoignit à tous curés & leurs vicaires de départir la bénédiſtion nuptiale aux fiancés.

Le motif de décider de cet arrêt fut , que les enfans ne pouvoient aucun des faits qu'ils avoient mis en avant pour appuyer leur oppoſition ; car on ne peut pas dire que les enfans ſoient irrécévables à former oppoſition au mariage de leur pere ; ils ne le peuvent à la vérité que pour cauſe intéreſſante pour l'honneur du pere & de la famille , je veux dire , dans le cas du mariage qui répand la honte , & une eſpece d'ignominie ſur le front du pere , & qui réjaillit ſur les enfans ; mais dans ces circonſtances leur oppoſition doit être accueillie , ſuivant la doctrine de Mornac , & l'arrêt du Parlement de Paris , quil rapporte ſur la loi 1. ff. de obſeq. à liber. & libert. &c. par cet Arrêt rendu le 18. Juillet 1568. contre un nommé Clubat , âgé de plus de ſoixante ans , l'oppoſition de deux filles qu'il avoit , fut reçue contre le mariage que leur pere avoit contracté , & qu'il vouloit conſommer avec une femme prostituée ; l'arrêt fit défenſes au pere de paſſer outre , à peine de la corde.

Vainement oppoſeroit-on , pour autorifer la liberté que le pere ſemble avoir à ce ſujet , & pour condamner l'oppoſition des enfans , cette remarque de la gloſe *ad s. non autem , in verbo Patria poteſtas , leg. cum oportet , cod. de bon. quæ liber. que lex erubeſcit filios fieri caſtigatores parentum* , puisque ce n'eſt point ici le lieu de placer cette maxime qui n'a d'application que dans le cas , où , par un renverſement de diſcipline & d'ordre , le fils entreprend de s'ériger en

106 *Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
correcteur des mœurs du pere par la voie de l'autorité &  
du commandement ; mais lorsqu'il est question , non-seule-  
ment de retirer un pere de la voie de l'égarément par l'autori-  
té publique du magistrat , mais de l'intérêt particulier des en-  
fans , qui se trouve à mettre obstacle à un mariage deshono-  
rant pour eux & pour la famille , il ne peut être révoqué en  
doute que les enfans ne soient personnes légitimes pour for-  
mer cette opposition.

---

## C H A P I T R E L X V.

*Si pour la légitime des enfans on peut retrancher les dots  
constituées à leurs sœurs.*

**L'**Ordonnance du mois de Février 1731. concernant  
les donations, art. 45. a dérogé à la jurisprudence de ce  
Parlement , en ce qu'elle n'ordonnoit le retranchement des  
dots immenses en faveur des légitimes, qu'après le décès du  
mari.

Cet article porte , *que la dot , même celle qui aura été four-  
nie en deniers , sera pareillement sujette au retranchement pour  
la légitime , dans l'ordre prescrit par l'article précédent , ce qui  
aura lieu , soit que la légitime soit demandée pendant la vie du  
mari , ou qu'elle ne le soit qu'après sa mort , & quand il auroit  
joui de la dot pendant plus de 30. ans , ou quand même la fille  
dotée auroit renoncé à la succession par son contrat de mariage ,  
ou autrement , ou qu'elle en seroit excluse de droit , suivant la  
disposition des loix , coutumes ou usages.*

La cause des enfans est fort protégée par cette ordonnance,  
non-seulement par cet article , mais par celui du retour des  
biens donnés *per supervenientiam liberorum* , puisque le retour  
des biens se fait sans charge d'hypothèque subsidiaire pour la  
répétition de la dot reçue par le donataire, & sans aucun égard  
de donations mutuelles ou rémunératoires.

Le motif de l'ordonnance est pris du fonds même des loix

de la nature , qui mettent pour ainsi dire les enfans en possession des biens de leurs peres pendant la vie de ceux-ci , & qui ne présumant pas que les peres ayent entendu les en priver par les donations dont ou vient de parler.

## C H A P I T R E L X V I.

*Si les enfans , ou le gendre , créanciers de la dot qui lui a été promise , peuvent opposer le défaut d'insinuation d'une donation faite à un de ses freres par le pere commun.*

**I**L y a un pareil arrêt à celui que l'auteur rapporte , rendu en la deuxième des enquêtes au mois de Février 1724. au rapport de Mr. Larroque , par lequel il fut décidé que les donations faites par un pere à l'un de ses enfans , quoique non insinuées , sont préférables sur ses biens à la constitution dotale de sa fille postérieurement faite.

La raison de cette décision peut être prise de ce que les enfans sont réputés par la loi , maitres des biens de leurs peres , *vivo parente* , & conséquemment leurs créanciers , à raison des donations qui leur sont faites , ce qui rend les donations antérieures préférables , suivant la maxime , *qui prior est tempore , prior est jure* , & par cette même raison ces donations n'ont pas besoin d'insinuation , puisqu'elles ne sont pas regardées comme simples libéralités.

L'ordonnance de Février 1731. en l'article 19. n'excepte de la formalité de l'insinuation que les donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe.

## CHAPITRE LXVII.

*De la femme qui , étant héritière de son mari , ne fait pas inventaire.*

**O**N a jugé contre l'opinion de l'arrétiste , que la femme héritière pure & simple de son mari , ne perd pas sa dot par le défaut d'inventaire , & que les créanciers du mari ne peuvent valablement lui opposer le défaut d'inventaire pour la priver de sa dot.

C'est ainsi que la chose fut jugée le 31. Mars 1711. en la première chambre des enquêtes , au rapport de Mr. Deiga , en faveur de Marguerite Portes , veuve héritière de Pierre Berri , contre le Sr. Thouron , marchand de Carcassonne , créancier de Berri ; cette femme fut reçue à répudier l'hérédité , & à répéter sa dot , nonobstant le défaut d'inventaire. La question avoit été ainsi jugée le 3. Juin 1708. au rapport de Mr. de Lanes.

Ces derniers arrêts sont conformes aux anciens de la Cour , qui sont rapportés non - seulement par Mr. Maynard , mais par Mr. de Larroche , liv. 2. sous le mot Dot , art. 21. Il en seroit autrement de l'augment dotal ou donation de survie : Je croi que dans ces circonstances de défaut d'inventaire , les créanciers du mari pourroient lui opposer ce défaut , & qu'elle perdrait son augment ; & cela , par cette raison tirée de la loi *affiduis* , *cod. qui potior. in pignor. habeant.* que dans la répétition de la dot , la femme *certat de damno vitando* , & que dans celle de la donation de survie , *certat tantum de lucro captando* ; car , quoique la loi la répute créancière du mari pour cette espèce de donation , du jour du contrat de mariage , & qu'il semble qu'en répudiant l'hérédité , & se rengeant à la qualité de créancière , elle doive , en suivant l'ordre de son allocation , être rangée avant les créanciers du mari postérieurs à son mariage , toutefois , ayant con-

fondu ses droits & actions par l'acceptation pure & simple de l'hérédité, & s'étant mise en butte aux créanciers héréditaires, elle ne peut plus à leur égard être réputée créancière, mais plutôt débitrice ; en sorte que ce seroit porter trop loin la faveur des conventions matrimoniales, que de lui adjuger dans ces circonstances l'augment dotal, puisqu'il est de maxime que les femmes ne sont point relevées des omissions qu'elles ont faites, & de l'ignorance du droit, que lorsqu'il s'agit pour elles *de damno vitando*, qui est le vrai motif des arrêts, qui, nonobstant l'omission de faire inventaire, leur ont conservé la dot contre les créanciers de l'hérédité.

J'observai ici que, suivant la disposition des loix 6. ff. *quæ ut indign.* § 48. *ad Trebell. cod.* l'héritier qui expile l'hérédité, est privé de la part & droits qu'il pourroit avoir en la chose recelée ; à quoi se trouve conforme la jurisprudence du Parlement de Paris, attestée par Brodeau sur Louet, *lettre C, somm. 36. num. 7.*

On ne suit point à la rigueur dans ce Parlement la disposition de ces loix, non plus que de la loi *ult. §. licentia*, *cod. de jur. deliber.* qui prononce la peine du double contre celui qui a commis le recelé ; mais on le condamne simplement à la restitution de la chose, à moins que l'expilation ne fût outrée, & l'entreprise amendable, auquel cas on adjuge à la partie des dommages & intérêts pour le coupable d'expilation. C'est ainsi que la question fut décidée par une sentence arbitrale en date du 11. Avril 1731. dans laquelle j'eus l'honneur d'entrer, comme arbitre, avec Mrs. de Quinquari & Astruc, célèbres avocats de ce Parlement ; ce fut dans le procès de la dame Dupa, veuve du sieur Dupa, officier de cavalerie, & du Sr. Lanoye, héritier du sieur Dupa ; cette veuve, quoique convaincue de recelé, ne fut condamnée qu'à la simple restitution de la chose ; il est vrai que l'expilation n'étoit point d'une nature à mériter la peine des dommages & intérêts.

## CHAPITRES LXVIII. &amp; LXIX.

*Si le pere peut être contraint de doter sa fille qui se marie contre sa volonté.*

*Si le mineur, qui a passé un contrat de mariage sans l'assistance & consentement de son curateur refusant de l'exécuter, peut être condamné aux dommages & intérêts.*

**Q**uand la fille a atteint l'âge où les loix & les ordonnances lui permettent de contracter mariage, *in vivo sed requisito parente*, le pere peut être contraint de la doter, & la mesure de cette dotation est le montant de la légitime, suivant la doctrine de Fernand, qui peut servir de regle sur cette matiere ; car, si, suivant le langage des loix, les enfans son réputés maîtres des biens de leurs peres pendant la vie même de ceux-ci, *vivo quodammodo patre domini existimantur, instit. de hered. qualit. & differ.* ( ce qui tombe principalement sur la légitime, ) il en faut conclure que, la dot étant établie *ad sustinenda onera matrimonii, leg. pro oneribus, cod. de jur. dot.* le pere doit être contraint par l'autorité du magistrat, de doter sa fille dans les circonstances où la loi autorise son mariage, indépendamment de la volonté & du consentement du pere, & que cette dotation doit se faire à concurrence du montant de la légitime de la fille sur les biens paternels.

Voici comme s'explique sur cette question Fernand, *repet. in leg. in quartam, secund. præfat. art. 2. num. 11. hæc conclusio tamen quæ vult filiis in vita patris legitimam non deberi pluribus casibus, limitatur. Limitatur. 1<sup>o</sup>. & limitatur. 2<sup>o</sup>. Quando filia esset conjugio matura, quoniam pater officio judicis compellitur filiæ legitimam sive dotem constituere.*

Par arrêt de la troisieme chambre des enquêtes, rendu au rapport de Mr. de Caussade le 21. Juillet 1725. entre le Sr. Doumenc pere, & le sieur Charpentier & Doumenc ma-

riés, il fut jugé que le pere est tenu de doter sa fille quoique mariée contre sa volonté, & qu'elle eût d'ailleurs de quoi se doter elle-même ; il est vrai que dans l'espece de cet arrêt la fille soutenoit que son bien propre consistoit en peu de chose. Il y a des interpretes qui ont prétendu que le pere ne peut être contraint à doter sa fille que lorsqu'elle n'a pas de quoi se doter elle-même.

Il est certain que, selon le droit écrit, la fille mineure, qui n'a ni pere ni mere, peut se marier sans le consentement de ses curateurs & parens collatéraux ; les interpretes & entr'autres, Cujas, dont l'autorité est sans contredit la plus respectable pour ce qui concerne l'interprétation des loix romaines, décide par l'autorité de ces mêmes loix, dans la consultation 39. que le pere même dans son testament ne peut imposer cette loi à sa fille mineure, de se marier par le consentement de ses curateurs, & la raison qu'il en donne est *quia ad tutoris vel curatoris officium non pertinet nubat pupilla, an non.*

Les différens arrêts de ce Parlement confirment cette doctrine, de même que ceux du Parlement de Provence, qui se régit par le droit écrit. *Boniface, tom. 2. liv. 5. tit. 1. chap. 9.* en rapporte qui ont rejeté des oppositions formées par les collatéraux aux mariages de leurs parens, quoique deshonorans pour leur famille.

La discipline de l'Eglise Gallicane est conforme au droit civil sur ce point. Les canons 22. & 24. du quatrieme concile d'Orléans ; le canon 6. du troisieme concile de Paris, ne requierent pas le consentement des curateurs des mineurs, ou de leurs parens collatéraux ; ils se contentent d'exiger celui des peres & meres.

Toutefois, s'il y a quelque soupçon de subornation de la fille mineure, la Cour a coutume, sur l'opposition formée au mariage par le curateur & par les plus proches parens collatéraux, d'ordonner qu'avant dire droit, la fille demeurera cloîtrée pendant l'espace de trois mois dans un couvent que la Cour désigne à ce sujet, pour y délibérer sur le choix

qu'elle doit faire, interdisant à la fille toute fréquentation avec celui dont on soupçonne la subornation, après lequel délai, elle sera interrogée par un commissaire à ce député. C'est ainsi que la Cour prononça par son arrêt du 31. Août 1724. président Mr de Nupces, moi plaidant pour Jeanne-Françoise Sombres, fille âgée de dix-neuf ans, qui n'avoit ni pere ni mere, & Me. de Latournerie pour François Robert & Jean Bonecarrere, curateurs de cette fille, & les anciens tuteurs, appuyés d'une délibération des parens collatéraux de la mineure. Mr. Lemazuyer, procureur général, avoit conclu à ce qu'il fût passé outre à la célébration du mariage. Nonobstant l'opposition, le nommé Audibert, fils d'un chirurgien de Toulouse, étoit l'époux que cette mineure s'étoit destiné; cette fille exécuta l'arrêt, & ayant persisté dans sa volonté, le mariage fut célébré.

La Cour a coutume d'adjuger aux fiancés des dommages & intérêts par le refus des fiancées, quoique mineures, d'accomplir le mariage; & cela, quand même le fiancé n'auroit réellement souffert aucun dommage à cette occasion, le refus, étant réputé injurieux, donne lieu à ces dommages & intérêts; ainsi jugé à l'audience de la grand'chambre par arrêt prononcé par Mr. le premier président de Berrier le 27. Janvier 1711. en faveur d'un nommé Reday, contre la nommée Feitte, que la Cour condamna à 150. liv. de dommages envers Reday, dépens compensés, sauf l'expédition de l'arrêt, payable par ladite Feitte, plaidant pour elle Me. de Latournerie, & pour Reday, Me. d'Ozun.

Il faut observer que, quand le pere a autorisé par sa présence le contrat des fiançailles de sa fille, il doit être condamné solidairement avec elle aux dommages & intérêts; c'est ainsi que cet arrêt le jugea. Ordinairement les filles sont condamnées à de moindres dommages que les hommes; la fille mineure, qui a passé des articles sans l'autorisation d'un curateur, est également soumise à des dommages & intérêts, suivant l'arrêt du 17. Décembre 1709. prononcé à la grand'chambre, par Mr. de Riquet président, entre noble de Bel-

Liffen,

Livre IV. Chapitres LXVIII. & LXIX. 113  
liffen , & la demoifelle Delmas , âgée de 15. ans , fille d'un marchand de Perpignan , qui avoit contracté feule , & fans être affiftée d'aucun parent ni curateur , & qui fut condamnée à quinze cens livres de dommages , plaidans Mes. de Lardos & Cauffade.

A l'égard des dommages ftipulés par les parties dans les articles de mariage , en cas de dédit & de refus de paffer à la célébration de la part de l'une ou de l'autre , la Cour ne prononce pas toujours rigoureufement la condamnation de la même fomme qui a été fixée pour cela , & ces dommages & intérêts lui font arbitraires : ainfi , par arrêt prononcé par Mr. de Marmieffe à l'audience tournelle le 16. Mai 1714. la fomme de 6000. liv. ftipulée en cas de dédit entre Jean-Louis Lautier , & la demoifelle Devic , dans leurs articles de mariage , fut réduite à celle de 3000. liv. à laquelle Lautier fut condamné envers la fiancée avec dépens , plaidant pour la fille Me. de Lardos , & pour Lautier , Me. de Latournerie.

Dans l'efpece de cet arrêt les deux parties étoient en minorité , Lautier avoit contracté fous l'autorité de fon curateur , malgré fes parens , qui avoient formé oppofition à fon mariage ; fur le fondement qu'il étoit homme de condition , & riche ; au lieu que la fiancée étoit la fille d'un chirurgien , & pauvre d'ailleurs ; Lautier avoit perfifté un an , malgré l'oppofition de fes parens , à demander l'exécution des articles de mariage ; il changea tout-à-coup de volonté , & demanda la réfolution du contrat des fiançailles fur le fondement de la fubornation pratiquée à fon égard , établie par la différence de la condition & de la fortune des parties , qui rendoient le mariage peu forttable. La Cour cassa les articles de mariage , & avec la condamnation des dommages & intérêts dont on a parlé ; ordonna que ladite Devic reftitueroit les nipes qu'elle avoit reçues de Lautier , fur quoi elle feroit crue fur fon affertion.

¶ La matiere qui concerne le rapt de féduction eft fréquente dans le Palais ; mais la jurifprudence des Parlemens

114 *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
n'étoit point uniforme à cet égard, sur-tout sur la peine que ce crime mérite. L'art. 2. de la déclaration du 22. Novembre 1730. a dérogé à cette forme de prononcer dont a parlé notre auteur sur un autre chapitre, à l'égard du rapt de séduction violente. Ce Parlement condamnoit le prévenu à la peine de mort, dans pareil cas, avec cette restriction, *si mieux il n'aime épouser.* Cet article deuxième est ainsi conçu : *Voulons que ceux ou celles qui seront convaincus du rapt de séduction, c'est-à-dire, ainsi que l'énonce l'art. 1. par artifices, intrigues, ou autres mauvaises voies, des fils de famille, ou filles, ( même des veuves, ) mineurs de 25. ans, pour parvenir à un mariage sans le consentement des peres, meres, tuturs ou curateurs, & parens, sous la puissance desquels ils sont. Ceux-là, dis-je, soient condamnés à la peine de mort, sans qu'il puisse être ordonné qu'ils subiront cette peine, s'ils n'aiment mieux épouser la personne ravie, ni pareillement que les juges puissent permettre la célébration du mariage avant ou après la condamnation, pour exempter l'accusé de la peine prononcée par les ordonnances, ce qui aura lieu, quand même la personne ravie, & les pere & mere, tuteurs ou curateurs requerroient expressément le mariage.*

L'art. 3. renferme une exception à l'égard de la peine de mort portée par les précédens articles, c'est pour les personnes majeures ou mineures, qui se trouveront seulement coupables d'un commerce illicite ; l'article laisse à la prudence du juge, de prononcer telle condamnation qu'il appartiendra suivant l'exigeance du cas.

L'article premier marque une singuliere attention pour la punition de ce crime, puisqu'il enjoint aux procureurs généraux des Cours de Parlement & à leurs substituts d'agir de leur chef, pour que le procès soit fait & parfait, suivant la rigueur des ordonnances, aux personnes de l'un & de l'autre sexe qui en seront accusées.

Il résulte de la disposition de ces articles, que les filles peuvent se trouver coupables du rapt dont il s'agit à l'égard

Livre IV. Chapitres LXVIII. & LXIX. 115  
des garçons , en usant à leur égard d'artifices , intrigues , ou autres mauvaises voies , indépendamment de cette séduction qui ne leur est que trop ordinaire , & à laquelle elles ont coutume de parvenir par le secours des graces qu'elles affectent d'étaler aux yeux des jeunes gens , pour les jeter dans leurs filets , sur-tout si leur fortune est capable de remplir cette ambition , qui n'est que trop naturelle à leur sexe.

La peine de mort n'est infligée , par l'art. 1. que dans les circonstances du rapt de séduction des mineurs ; la fragilité de leur âge , & la perfidie qui se trouve dans l'abus que le séducteur artificieux en fait , mérite toute la rigueur , & la honte qu'entraîne après soi cette peine.

---

## C H A P I T R E L X X.

*De la constitution pour tous droits paternels & maternels.*

**L**A constitution faite par le pere , mariant sa fille après le décès de sa femme , pour tous droits paternels & maternels , *vago & affuso sermone* , doit être prise sur le patrimoine du pere , quoique le payement des droits maternels fût échu par la mort de la mere ; c'est ainsi que cette question fut jugée , selon la disposition de la loi *ult. cod. de dot. promiss.* par arrêt du 17. Juin 1719. rendu en la grand'-chambre , au rapport de Mr. Dupui , dans la cause de dame Izabeau de Pujol , épouse de Messire de Bon , premier président en la Cour des Comptes , Aides & Finances de Montpellier.

Mornac , sur cette loi , observe que la question doit être ainsi jugée dans les pays qui se régissent par le droit écrit : *Ut in patria* , dit-il , *juris scripti ex regula hujus legis tota dos à patre profecta censeri debeat , nihilque filie de bonis matris accedat , secus in regionibus moratis.* Dans le pays coutumier , où le mari entre en communauté de biens avec

116      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
la femme, la constitution seroit divisée sur les biens des deux conjoints.

Il y a un arrêt de la Cour contraire à celui du mois de Juin 1719. par lequel il fut jugé en la premiere chambre des enquêtes, au rapport de Mr. de Villespaffans, le 3. Septembre 1705. que la dot constituée par le pere, après la mort de la mere, tant du chef paternel que maternel, devoit être prise également sur les biens du pere & de la mere; les parties au procès étoient Me. Paul Lanusse, d'une part, & les créanciers de Dardés, constituant dot, de l'autre.

L'arrêt du 17. Juin 1719. est plus juidique, puisqu'il est conforme à la disposition littérale de la loi *ult. cod. de dotis promiss.* dont voici les termes: *Ubi autem ex rebus tam suis quàm maternis, ( c'est du pere constituant que la loi parle, ) vel aliis quæ non acquiruntur, vel ex suis debitis dixerit se fecisse hujusmodi liberalitates, tunc si quidem inopia tentus est ex illis videri rebus dotem, vel ante nuptias donationem esse datam quæ ad filios vel filias pertinent, si verò & ipse idoneam substantiam possidet in hoc casu, quasi de suo patrimonio dotem, vel ante nuptias donationem fecisse intelligatur.*

D'où il faut conclure que si les biens du pere peuvent supporter la constitution, c'est sur ces biens seuls qu'il faut la prendre dans l'espece de ces arrêts.

---

## C H A P I T R E L X X I.

*De la femme qui se remarie dans l'an du deuil; & si l'an est de douze mois accomplis.*

**L**A question qui a été décidée par cet arrêt ne pouvoit, à mon avis, former un conflit d'opinions & d'arrêts, si elle eût été envisagée du véritable côté, & on l'auroit jugée de même que cet arrêt l'a fait; mais comme on se détermine souvent à décider un point de droit selon les pré-

jugés de l'esprit, & qu'on ne regarde pas la chose de toutes ses faces, on risque de s'écarter de la bonne voie. Mr. Dolive, *liv. 3. chap. 32.* sur la fin, applaudit au préjugé rapporté par Mr. Maynard, qui dispensa une veuve d'accomplir les 12. mois de l'année de deuil; il dit à ce sujet que ce Parlement use d'indulgence envers les femmes, en ce qu'il prend le douzième mois de l'année de deuil commencé *pro completo*; en sorte que la femme n'est pas sujette aux peines de celles qui se remarient dans l'an de deuil; Mr. Cambolas est de même avis, *traité des peines des secondes noces, liv. 6. n. 13.*

La loi 2. *cod. de secund. nupt.* est bien formelle pour nous convaincre que les Empereurs n'ont pas cru devoir traiter favorablement les veuves dans ces circonstances, puisqu'en ajoutant deux mois au deuil des femmes, ils ont regardé cet espace comme fort court.

Le principal motif de la loi 2. dans la prorogation du délai, est l'honnêteté publique, les marques d'affection qu'une veuve doit à la mémoire de son mari, le peu de faveur que les femmes méritent parmi les chrétiens dans leurs secondes noces; dans cette vue on ne peut regarder le douzième mois commencé comme fini, parce qu'il faudroit pour cela regarder d'un autre œil que la loi, les secondes noces; c'est-à-dire, comme favorables, car jamais le jour, le mois, ou l'année commencée ne sont réputés accomplis que dans les choses de foi favorables. Or les secondes noces, loin d'être traitées favorablement par les Empereurs chrétiens, font perdre aux femmes plusieurs avantages qu'elles auroient conservé dans un état de viduité, (ainsi qu'on peut le recueillir des loix du *cod.* au titre de *second. nupt.*) ce n'est donc point en faveur de ces noces qu'il faut employer la maxime *in favorabilibus, annus incceptus pro completo habetur*: Maxime sur laquelle a pourtant appuié Dolive, en souscrivant à l'arrêt de Maynard, & il faut au contraire conclure, qu'en suivant l'esprit des loix du code & de la loi 2. il faut douze mois accomplis pour l'année du deuil; car, ainsi qu'on l'a déjà remarqué, les Empereurs regar-

dent l'espace de deux mois , qu'ils ont ajouté par cette loi aux dix mois des loix précédentes , comme un espace fort court , *parvum enim tempus post decem menses servandum adjicimus.*

Sur quoi il faut observer que , si les loix antérieures n'avoient point établi une espace d'une année pour le deuil , c'étoit parce qu'elles avoient jugé l'espace de dix mois depuis la mort du mari assez long pour empêcher le mélange du sang du défunt avec le second mari ; d'ailleurs les législateurs n'avoient garde de retarder le convol des femmes , & de prolonger l'année du deuil , puisque , dans la vue de repeupler l'Empire romain , épuisé par les guerres civiles , & de le rendre par-là florissant, ils ordonnoient les secondes nocces aux femmes au-dessus de 50. ans, sous des peines qu'on appelloit *pœne orbitatis.*

Les Empereurs chrétiens , animés par d'autres motifs, ayant jugé à propos de régler le temps des secondes nocces après l'année entière ; il n'a plus fallu consulter l'ancienne disposition du droit sur ce point , comme étant abrogé par de nouvelles loix ; ainsi il faut conclure qu'aux termes des nouvelles constitutions , & en suivant leur esprit , il faut que l'année du deuil soit accomplie , pour que la veuve puisse , sans encourir les peines de la loi , passer à de secondes nocces ; & par ces raisons, la disposition des arrêts de ce Parlement , rapportés par Larroche , *liv. 2. verbo Mariage, art. 27.* & par l'auteur de cette compilation , doit prévaloir , & mérite la préférence sur l'arrêt auquel Dolive applaudit , & sur la doctrine de Cambolas.

CHAPITRE LXXII.

*De la femme qui malverse dans l'an , ou après  
l'an du deuil.*

**S**elon la disposition des arrêts rapportés par Mr. Cambolas, *liv. 3. chap. 45.* la femme qui avoit malversé pendant son veuvage, étoit privable de la succession de ses enfans, qui étoit adjugée à leurs plus proches parens du premier lit; elle l'étoit encore de l'augment dotal & des avantages nuptiaux, quoiqu'elle eût épousé celui avec qui la malversation avoit été commise.

Les Arrêts rapportés par Mr. Larroche, *liv. 2. tit. 4. art. 16.* avoient introduit cette distinction; que si la malversation avoit été commise par la femme sous la foi d'un contrat de mariage béni ensuite, elle n'encouroit aucune de ces peines, qui n'avoient lieu que dans les circonstances où la femme avoit succombé sans promesse antécédente.

La dernière jurisprudence de la Cour a dérogé, non-seulement à ces anciens arrêts, mais à celui du 21. Février 1666. rapporté dans ce chapitre.

Il y a un arrêt du 7. Juin 1728. rendu au rapport de Mr. de Laroque, en faveur d'Anne Cavaille, épouse de Louis Fabre, contre Jean Matet, qui relaxe Anne Cavaille de la demande de Matet, tendante à ce qu'attendu sa malversation après l'année de deuil, & pendant son veuvage avec Louis Fabre, non précédée d'aucune promesse de mariage, elle soit déclarée indigne & déchue de son augment & de tous les avantages nuptiaux, procédant de Matet son premier mari, en faveur de Matet fils demandeur.

La question avoit été ainsi jugée par plusieurs arrêts antérieurs. 1°. Le 13. Juillet 1712. au rapport de Mr. de Bojat, après partage, compartiteur Mr. de Burta, en la cause de Ivole Ghonne, contre Bertrand Biscaye. 2°. Le 22. Août

1720. au rapport de Mr. de Lauriere , entre Marie Martin & Antoine Brun. 3°. Le 13. Août 1722. au rapport de Mr. de Pegueirolles , en faveur de la nommée Lagarde , contre les nommés Feit & Domerc.

Le motif de cette nouvelle jurisprudence est fondé sur ce que le mariage subséquent efface absolument la faute commise par la veuve , selon l'expression de la glose , *cap. tanta est vis , extra qui filii sint legitimi , in verbo Legitimi. Matrimonium omnia præcedentia purgat & sic proxima , sive etiam præcedens causa turpitudinis sublata est.*

La distinction de promesse de mariage antécédente à la malversation , n'est plus d'usage , par la raison que le mariage subséquent est une manifestation de la promesse verbale de l'homme , & qu'il suppose que la femme ne s'est livrée à la subornation , que sous la foi de cette promesse. Il n'y a d'ailleurs aucun texte de droit civil qui prive la femme de ses avantages nuptiaux pour avoir malversé , après l'an de deuil , avec celui qu'elle épouse ensuite.

¶ J'ai vu dans un traité sommaire sur les secondes noccs , qu'on a formé des leçons publiques , d'un professeur en droit françois , qu'il avoit imbu les étudiants ses disciples , que les arrêts que j'ai rapportés sur ce chapitre , des 7. Juin 1728 , 13. Juillet 1712. 22. Août 1720. 13. Août 1722. au sujet de la question décidée par ces arrêts , n'avoient point été recueillis avec exactitude & selon leur véritable dispositif ; mais que les disciples se tiennent sur cela , en garde contre la prévention naturelle qu'on a pour les maîtres ; mon observation passa sous les yeux d'un censeur exact , & plus attentif que tout autre , à la nouvelle jurisprudence de ce Parlement , que j'avois d'ailleurs recueillie de bonne main sur cette question : mais au fonds , la décision de ces arrêts , ne se trouve-t-elle pas justifiée , par le motif que j'ai déjà allégué , pris , de ce que le mariage subséquent couvre & efface toutes les taches de la malversation des conjoints antécédente à la célébration qui en est faite à la face de l'église , & emporte toutes les peines que la femme pourroit avoir encourues.

CHAPITRE LXXIII.

*De la femme qui se remarie , non petitis tutoribus , & si , étant excluse de la succession de ses enfans du premier lit , morts impuberes , les enfans du premier lit en sont pareillement exclus.*

**P**Ararrêt du 26. Août 1722. rendu en la deuxieme chambre des enquêtes , au rapport de Mr. de Courtois , confirmatif d'une sentence du Sénéchal de Montpellier , en faveur de demoiselle Marguerite Bibal , contre la dame de Blay , femme du sieur Comte , il fut jugé que ladite de Blay , femme en premieres noces du Sr. Bibal , qui avoit passé à de secondes noces , sans avoir fait pourvoir de tuteur à sa fille du premier lit , étoit déchuë de son augment dotal , de la succession de Jeanne Bibal sa fille , décédée depuis son second mariage , & de tous les avantages qu'elle avoit reçus par le testament de son mari , ce qui fut adjugé par l'arrêt à la demoiselle Marguerite Bibal , tante du premier mari , avec restitution de fruits des fonds jous par ladite de Blay , en vertu du testament de son mari , depuis l'instance introduite.

Il y avoit bien dans ce procès cette circonstance aggravante , que la veuve avoit malversé pendant sa viduité avec le sieur Comte , des œuvres duquel elle se trouva enceinte avant leur mariage ; mais la décision de l'arrêt fut rendue sur le fondement de la perfidie de cette femme , qui avoit convolé , *non petitis tutoribus* ; en quoi elle étoit d'autant plus coupable , qu'elle avoit reçu des marques d'une grande confiance de la part de son mari , puisque par son testament il l'avoit instituée héritière , sans qu'il parût qu'il l'eût chargée de fidéicommiss à l'égard de sa fille.

Il semble qu'il y a même motif d'exclure les enfans du second lit , de la succession de ceux du premier lit , morts impuberes , quand la mere , qui est privable de leur succession par

122      *Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
son convol, *non petitis tutoribus*, est décédé, que lorsqu'elle  
est encore vivante, par cette raison que la mere se voit revivre  
après sa mort, même dans la personne de ses enfans, &  
qu'elle est toujours punie en leur personne, soit qu'elle soit vi-  
vante ou décédée, suivant l'expression de la loi, *pene per filii  
corpus pater magis quàm filius periclitatur*, *instit. de noxal. ac-  
tion. §. final.*

On trouve un conflit d'arrêts & de décisions sur la ques-  
tion traitée dans ce chapitre ; Mr. Dolive, aux notes du *liv.*  
*3. chap. 6.* rapporte un arrêt du 9. Juin 1637. par lequel il fut  
jugé que l'exclusion de la succession du fils décédé impubere,  
étoit personnelle à la mere qui s'étoit remariée sans lui avoir  
fait pourvoir de tuteur, & que les enfans du second lit, com-  
me plus proches, devoient recueillir la succession & exclu-  
re les oncles paternels.

Mr. Cambolas, *liv. 5. chap. 31.* en rapporte un tout con-  
traire de l'année 1627. puisqu'il décide que, non-seulement  
la nommée Ducros mere, qui s'étoit remariée, *non petitis tu-  
toribus*, mais la Pulvarel, fille du second mariage, étoient  
privables de la succession de la fille du premier lit, décédée  
impubere, dont la succession fut adjugée à ses plus proches  
parens du côté paternel. Les raisons dont Cambolas appuie  
cet arrêt, me paroissent victorieuses.

Cet arrêt se trouve d'ailleurs soutenu par un arrêt du 8.  
Juin 1633. rapporté sur la fin du même chapitre ; & je croi  
que leur décision doit servir de regle, & qu'il est juste de pu-  
nir la faute de la mere dans la personne même des enfans is-  
sus d'un mariage dont la vue a fait oublier à cette mere le de-  
voir le plus essentiel de la piété maternelle. Je croi qu'il faut  
constamment décider que la succession des enfans du premier  
lit appartient aux parens paternels, lorsque la mere s'en est  
rendue indigne pour avoir convolé à des secondes noces sans  
leur avoir fait pourvoir de tuteur, & rendu le compte tute-  
laire, quoique Graverol sur Larroche, *liv. 2. verbo Maria-  
ge, art. 16.* ne donne l'exclusion à la mere que lorsque l'en-  
fant décédé a laissé des freres ou sœurs du premier lit ; car

Livre IV. Chapitre LXXIII. 123  
cette doctrine est contraire à celle de Mrs. de Cambolas &  
Catellan, & aux arrêts qu'ils rapportent, & à l'arrêt du 26.  
Août 1722. ci-dessus rapporté.

---

## CHAPITRE LXXVI.

*Si les enfans jouissent du droit d'insistance pour la dot de leur  
mere sur les biens de leur pere.*

**L**E droit d'insistance, accordé à la femme sur les biens du mari, est fondé sur le droit de gage & de retention que la femme a de ces mêmes biens, jusques à l'effectuel payement de sa dot; *jus dotis est inter cætera, ut eo nomine possit mulier bona mariti retinere, in quorum possessione reperitur eo tempore quo maritus moritur. Cum habeat illa jure pignoris obligata*; c'est la doctrine de Faber, *in suo cod. lib. 5. tit. 7. definit. 11.* Ce droit d'insistance se répand donc sur tous les biens du mari, & ne demeure pas restreint à la seule maison, comme l'a prétendu Despeyffes, sur le fondement que cette insistance n'étoit accordée à la femme que pour lui conserver la prééminence dans la maison du mari, dont il n'étoit pas convenable de la priver après sa mort; & de ce faux principe il a tiré cette conséquence, que la prééminence *in domo*, étant réservée à la femme, le droit d'insistance ne devoit point passer à ses enfans.

Il est sensible que le droit d'insistance doit être accordé à la femme indistinctement sur tous les biens de son mari, puisqu'en vertu de ses hypotheques elle s'en trouve saisie, *jure pignoris*, au temps de son décès, ce que, non-seulement Faber, mais d'autres interpretes, tiennent comme une maxime constante, entre autres, *Mynfinger, lib. 6. observat. 82.* en sorte que c'est une illusion de dire que la seule considération de la prééminence *in domo*, qu'il est convenable de conserver à la femme, a donné lieu à ce droit d'insistance.

La femme, ayant la retention des biens du mari jusques au

124      *Observations sur les Arrêts de Catellan ;*  
rembourfement de fes cas dotaux , tranfmet conféquemment le droit d'infiftance à fes enfans ; il n'y a pour s'en convaincre qu'à jeter les yeux fur la difpofition de Juftinien dans la loi *affiduis, cod. qui potior. in pignor. habeant.* par laquelle les enfans jouiffent de tous les privilèges annexés par cette conftitution à la dot de leurs meres ; & cette conftitution eft fondée fur la pureté des maximes du droit , felon lesquelles les droits & actions des peres & meres font dévolus aux enfans , *leg. 7. ff. de bon. damnat. leg. in fuis, ff. de fuis & legitim. hæred.* C'eft fur ces principes que j'eftime qu'il faut conftamment décider que les enfans doivent jouir du droit d'infiftance fur les biens de leur pere , de la même maniere que leur mere , qu'ils repréfentent , en jouiffoit ; c'eft-à-dire , *jure pignoris.*

Ce droit d'infiftance doit être reftreint en faveur des enfans , au feul cas où leur pere a inftitué un collatéral ou un étranger héritier , & la femme n'en doit pas jouir au préjudice des créanciers. En cas de faifie générale , on adjudgé feulement à la femme une provifion pendant procès fur les biens du mari.

---

## CHAPITRES LXXIX. & LXXX.

*Si lors que la quarte a été prohibée à la femme , chargée de rendre à fon fils , cette prohibition paffe au fils , chargé auffi de rendre.*

*Si la mere , prohibant à fon mari l'ufufruit des biens qu'elle laiffe à fes enfans , prive le pere de l'ufufruit de la légitime.*

**G**Uipape , au lieu cité par notre arrétiſte , après avoir dit que la prohibition de détraction de la quarte trébéliannique , faite au premier degré , doit être étendue aux degrés fuivans , par cette raifon que , *clauſula in principio, vel circa principium , institutionis adjecta , pertrahitur ad omnia capitula ſubſequentia* , ajoûte , s'il n'y a pas de raifon de conjecturer le contraire , *maximè quando nulla ſubeſt ratio quare ita ad ſe-*

*quentia non debeat referri* ; d'où il faut conclure que , quand l'institution héréditaire tombe sur la femme du testateur , ou sur quelque collatéral , avec prohibition de quarte trébélianique , si un enfant du testateur est substitué avec charge de rendre le fidéicommissaire , alors il y aura lieu de présumer que la prohibition n'a été faite qu'en faveur du fils héritier fidéicommissaire , pour lui conserver l'hérédité en son entier , mais que cette prohibition n'est pas faite pour lui ( si le cas y étoit , que par son décès le fidéicommissaire tombe sur l'autre substitué ) & qu'alors ses héritiers peuvent détruire la quarte , qui peut l'être de droit toutes les fois qu'elle ne se trouve point prohibée expressément.

J'estime néanmoins qu'il faut ici faire une distinction , fondée sur la présumée volonté du testateur , qui sert de règle à la décision de Guipape , & qui est presque toujours le guide , qu'il faut suivre dans les matieres de substitution ; sçavoir , qu'il y a lieu de présumer une répétition de clause prohibitive de détraction de quarte dans le fils même qui reçoit le fidéicommissaire des mains de la femme , à laquelle cette prohibition a été faite , quand le substitué à ce fils est un autre des enfans du testateur , appelé sous la qualification de mâle , parce que cette qualification dénote la volonté du testateur de conserver les biens en leur entier , *favore agnationis* , l'objet du substituant qui a fait la prohibition à la femme héritière grevée , ne pouvant être que de faire passer l'hérédité toute entière à sa descendance masculine , *conservandæ agnationis gratiâ* ; car les interpretes donnent à cette clause de *mâles* cette même interprétation. Mais si une fille du testateur est substituée au fils , ou à quelque parent collatéral , alors il y a lieu de conjecturer que la prohibition ne passe point à ce fils , & qu'elle n'a été faite à la femme héritière grevée , que dans la vue de conserver l'hérédité entière aux seuls mâles.

Pour ce qui concerne la question , si dans la prohibition d'usufruit , que fait la mere à son mari , des biens qu'elle laisse par testament à ses enfans , l'usufruit de la portion de leur légitime peut être compris , je ne vois pas que cette question

*Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
 puisse élever aucun doute, & qu'il ne faille constamment décider que l'usufruit de la légitime des enfans ne peut être prohibé au pere.

En effet, les termes de la nouvelle 117. établissent cette proposition d'une maniere, selon moi, bien claire & bien précise : *Postquam reliquerint filiis partem quæ lege debetur, quod reliquum est suæ substantiæ, &c.* Ce n'est donc que de ce qui excède de la légitime des enfans que l'usufruit peut être prohibé au pere; la raison en est sensible, la légitime n'est pas une libéralité de la mere, mais de la loi. La mere ne peut donc point imposer de condition à la légitime qui passe sur la tête du fils, telle que la loi la lui défere, & avec cet avantage pour le pere, qu'il en aura l'usufruit tant que le fils demeurera en sa puissance. Mr. Dolive, qui rapporte un arrêt conforme, liv. 3. chap. 38. traite cette question un peu au long; mais tout se réduit aux raisons dont je viens d'appuier ma décision, sans entrer dans une plus grande discussion de droit.

*Fin du quatrieme Livre.*

# LIVRE V.

## DES CONTRATS

---

### CHAPITRE PREMIER.

#### *Du Contrat d'Anticrefe.*

SI l'on suivoit la disposition des décrétales citées par l'auteur, ce ne seroit pas seulement l'excédent de l'intérêt légitime que le créancier, possesseur du fonds, devoit imputer au débiteur sur le fort principal, mais les fruits entiers perçus, déduites les dépenses : *si sortem suam, deduētis impensis de fructibus, jam perceperit absolute, possessionem restituat debitori, cap. 1. extra de usur.* ce que la glose confirme, en expliquant en quoi consistent les dépenses dont parle cette décrétale, qu'elle dit être celles qui sont absolument nécessaires, & qui ont été faites pour la perception des récoltes ; le *chap. 2. eod.* contient la même disposition.

Ces décrétales doivent être entendues, selon moi, du cas où le créancier a fait le prêt d'un argent qui se trouvoit oisif entre ses mains, & pour lequel il n'avoit aucun débouché ; car alors celui qui prête doit le faire gratuitement selon le précepte de l'évangile : *mutuum date nihil inde sperantes.* Si le créancier eût été dans les circonstances que les théologiens appellent *damnum emergens, vel lucrum cessans*, ou qu'il eût été subrogé au droit d'un créancier qui avoit un titre légitime de percevoir les intérêts du débiteur ; alors il auroit pu,

128 *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
sans risquer la censure des canons , percevoir les fruits du fonds à lui baillé en anticrefe , en représentation des intérêts légitimes , & jusques à concurrence , le surplus imputé sur le fort principal. *Glossa , in cap. conquestus 8. de usur. eod.*

Sur la question , si dans le contrat d'anticrefe , où les fruits du fonds , quels qu'ils soient , sont cédés au créancier en représentation de l'intérêt des sommes prêtées , j'estime qu'il faut suivre la distinction que donne Mornac sur la loi 11. §. *si anticrefis* , & la différence qu'il fait entre un fonds de terre , & une maison. A l'égard du fonds de terre , il dit après Dumoulin , que le créancier qui en a joui doit imputer sur le fort principal les fruits qu'il a perçus excédans l'intérêt légitime des sommes qui lui sont dues , ce qui n'a pas lieu pour la maison qui a été baillée par le débiteur au créancier en nantissement , sous ce pacte qu'il se feroit une compensation de l'intérêt avec l'habitation , parce qu'alors il n'y a rien d'usuraire de la part du créancier , mais un relâchement de la part du débiteur du véritable prix du louage.

Je croi que dans cette matiere il faut se régler , autant qu'il se peut , par l'esprit des ordonnances royaux , qui , en fixant le taux des intérêts , font bien entendre que l'imputation sur le fort principal , est juste toutes les fois qu'il conste que les fruits annuellement perçus excèdent notablement les intérêts légitimes.

C'est ce qui me détermine , en souscrivant à la doctrine de Mornac , de décider , que quand il paroît que le fonds de terre a produit beaucoup au-delà des intérêts légitimes , l'excédent doit être imputé par le créancier sur le fort principal ; car de quoi peut se plaindre le créancier , si on ordonne cette imputation , puisqu'on lui adjuge les intérêts légitimes des sommes pour lesquelles il a reçu le fonds en nantissement , & qu'il retire le capital des sommes prêtées ? Toutefois s'il paroïssoit que les fruits perçus annuellement n'excedent point considérablement le montant des intérêts légitimes , je croi qu'il faudroit faire une compensation absolue de ces fruits avec les intérêts , suivant la loi du contrat , parce qu'on ne  
peut

peut alors arguer le contrat , & le qualifier d'usuraire dans l'intention du créancier , ce qui n'a lieu que lorsqu'il a pris un fonds dont probablement & notoirement les fruits annuels excédoient de beaucoup le montant des intérêts légitimes , comme si , par exemple , il a pris en anticrese expresse un moulin qu'on a coutume de donner à ferme sous la rente annuelle de 200. liv. & que les intérêts de la somme prêtée n'aillent qu'à 150. liv. alors le créancier doit faire l'imputation de 50. liv. annuellement sur le sort principal ; parce qu'en prenant ce moulin il a dû se préparer à faire cette imputation par la connoissance qu'il avoit de son revenu certain & fixe. Que s'il a eu au contraire intention de faire une compensation pleine de la rente avec les intérêts , il est tombé dans le vice d'usure réprouvé par les constitutions canoniques , & par les ordonnances royales , & doit subir cette imputation.

C'est au juge à distinguer dans les différens cas qui se présentent , les contrats où cette stipulation de compensation expresse des fruits avec les intérêts légitimes est usuraire ; & quand il y a un juste soupçon de pactio usuraire de la part du créancier, fondé sur la connoissance probable qu'il avoit du revenu annuel du fonds, excédant considérablement le montant des intérêts ; alors le juge se conforme aux regles quand il prononce l'imputation.

On doit observer ici qu'il suffit que le contrat porte que le fonds a été baillé en anticrese , sans qu'il soit besoin d'ajouter que les fruits seront compensés avec les intérêts, par cette raison , qu'il suffit de désigner la chose sans y ajouter les effets qu'elle doit produire : or la loi 11. §. *anticresis* , ff. de pignor. & hypoth. ayant suffisamment établi la nature de ce contrat , & les effets qu'il doit produire , il est superflu d'en faire mention dans le contrat de bail.

Le créancier nanti du gage a droit de rétention jusques à ce qu'il soit payé des sommes qui lui sont dues par le débiteur en capital & intérêts , outre & par-dessus celle qui fait le sujet de l'engagement , & cela au préjudice du créancier mê-

130      *Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
me antérieur & par préférence, ainsi qu'il a été jugé en la  
troisième chambre des enquêtes le 14. Mai 1725. au rapport  
de Mr. l'abbé de Mariote, entre Jeanne Bailleffe, veuve de  
Simon Pellier, Pierre Bertrand, & Noel Monteil.

Cet Arrêt est fondé sur le titre du code, *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse*, & sur la doctrine de Cujas, *in parat. eod.* où il s'explique en ces termes: *tum id proponitur quod solum habet rubrica quasi præcipuum caput constitutionis eum qui pignus accepit ex causa certæ pecuniæ creditæ etiam id retinere posse opposita exceptione doli, ex causa alterius pecuniæ creditæ sine pignore, nudo chyrographo, quæ chirographaria dicitur, licet ejus nomine pignus acceptum non sit.*

---

## CHAPITRE II.

### *Du louage & reconduction tacite.*

**S**elon Faber, au lieu cité par l'arrétiste, fondé sur la loi 13. ff. *locati, h. ult.* il ne peut y avoir de reconduction tacite, lorsque le contrat de bail à louage est par écrit, mais seulement quand il est verbal; cette distinction n'est pas suivie, par la raison que Faber lui-même allègue, *in rationalibus, eod. loco, ff. locati, verbo Nisi in scriptis, &c.* que cette restriction *nisi in scriptis, &c.* est une addition que Tribonien, compilateur des loix, a faite à cette loi 13. ff. *locati*; ce qui ne sçauroit être révoqué en doute, puisque c'est Justinien qui introduisit cette nouvelle espece de contrats par écrit, inconnus à l'ancienne jurisprudence, & dans le temps d'Ulpien, auteur de cette loi 13.

Il n'y auroit presque jamais parmi nous de reconduction tacite, si elle ne devoit avoir lieu que lorsque le bail à loyer est verbal, puisque tous les baux à ferme des fonds de campagne ou à loyer des maisons, sont par écrit, la preuve par témoins ne pouvant être reçue au-delà de 100.

liv. suivant les ordonnances. Cependant la jurisprudence des arrêts autorise cette reconduction tacite dans le Royaume, suivant l'observation de Mornac sur cette loi 13. & l'arrêt même de la Cour du 21. Avril 1649. rapporté dans ce chapitre. Mais cet arrêt est contraire à la disposition de cette loi 13. en ce que la reconduction tacite d'une maison ne peut avoir lieu, suivant la décision du juriconsulte, que pour autant de temps que le locataire l'occupe après le bail expiré, *in urbanis prædiis prout quisque habitaverit.*

Sur quoi il faut observer que ces dernières paroles *nisi in scriptis, &c.* ne changent point le fonds de la disposition de la loi, par la raison que c'est une addition de Tribonien, ainsi que l'a fort judicieusement observé le président Faber.

Il faut constamment décider que la reconduction tacite pour les maisons n'a lieu que pour le temps qu'elles ont été habitées après le temps du bail à louage expiré. Ce que Mornac, sur ce paragraphe, observe en ajoutant que c'est la jurisprudence des arrêts, *perpetuum hunc judicandi morem servant judices ubi de luterianis ædibus agitur. Servetur & hoc ipsum in provinciis ubi etiam per singula quæque trimestria locationes fiunt*; mais cette règle doit être ainsi entendue selon le même interprète, que le locataire est toujours tenu de payer le semestre du louage, quoiqu'il ne l'ait que commencé, ou le trimestre, selon l'usage de Paris, ne pouvant être contraint au-delà, *totius enim trimestris pensio solvenda est, licet inquilinus tempus non impleat, amplius autem solvere non cogitur.* Bouvot, tom. 2. verbo Bail à ferme, quæst. 45. confirme cette décision, & ajoûte que la reconduction tacite est toujours conclue faite aux mêmes conditions du contrat de bail.

Les autres interprètes décident que le locataire n'est point tenu de payer par la reconduction tacite qu'au prorata du temps qu'il a continué d'habiter, *dicendum est*, dit Faber, *loco supra in rational. verbo In urbanis; dicendum est in id tempus quo habitaverit reconduxisse eum videri qui verius hujus loci sensus est ab Accursio. Barthol. & aliis interpreti-*

*bus magis receptus* ; l'usage a réglé parmi nous , selon Mor-nae , la reconduction tacite des maisons au semestre ou trimestre commencé ; mais cela n'est jamais porté à une année , par cette raison de différence que fait Faber, *loco supra*, entre la reconduction tacite du fonds de campagne, avec celle des maisons ; que dans le louage des maisons , les fruits que produit ce louage sont journaliers , à la différence de ceux des fonds de campagne qui sont annuels, *in prædio autem urbano fructus habitationis percipitur uniformiter, non tantùm qualibet anni parte , sed uno quoque die.*

De ce qui vient d'être observé , il faut nécessairement conclure que, soit que le bail à loyer d'une maison ait été originairement par écrit, ou verbal, peu importe à la reconduction tacite qui se fait après le bail expiré , laquelle ne peut jamais être portée au-delà du semestre du louage dans les lieux où il se règle par semestre , & du trimestre si c'est l'usage des lieux ; on peut ici observer que la reconduction tacite n'a jamais lieu en choses mobilières , suivant le même Faber, *loco supra*, sur le mot *in urbanis*.

### C H A P I T R E I I I.

#### *De l'incendie de la maison tenue à louage.*

**I**L falloit que dans l'espece de l'arrêt du premier Février, rendu contre Mathias , locataire de la maison du Sr. Montaigne, il fût prouvé que le locataire avoit donné lieu par sa mauvaise conduite , à cette émeute populaire qui occasionna l'incendie de la maison ; car sans cette circonstance, cette émeute excitée contre ce locataire , étoit une force majeure , à laquelle il ne pouvoit naturellement résister ; & un cas fortuit , qui devoit être supposé par le locateur de la maison, tout comme si elle avoit été incendiée par un coup de foudre ; car dans pareilles conjonctures le locataire , n'est pas tenu de la perte ou ruine du fonds baillé à louage , *vis major non debet*

*conduētori damnoſa eſſe. leg. 25. §. 4. ff. locat.*) que ſi cette même loi impute à faute au locataire du fonds l'entrepriſe commiſe par le voiſin d'en avoir coupé les arbres, c'eſt parce qu'elle préſume que le colone ou locataire du fonds, y a donné lieu par une inimitié conçue contre lui, qu'il avoit occasionnée; c'eſt ce que le jurisconſulte conjecture dans la loi 3. *ff. de offic. præſ. vigil.* lorsqu'il dit, *plerumque incendia fiunt culpâ inhabitantium*; mais quelle doit être cette faute du côté du locataire, pour ſe rendre coupable de l'incendie de la maiſon? Le ſentiment des interpretes, ou la regle ordinaire, eſt que, dans les contrats qui regardent l'intérêt des deux parties, on n'eſt garant & reſponſable que de ſon dol, & de ſa faute légère; mais nullement *de leviffima culpa. leg. contractus 23. ff. de reg. jur.* c'eſt ce que cette loi décide pour le louage: or comme la loi 5. déjà citée, *de offic. præſ. vigil.* ne renferme qu'une préſomption de droit, que l'incendie a été cauſée par le locataire, ce qui ſe manifeſte par le terme *plerumque*, il ſ'enſuit que le locataire doit être reçu à détruire cette préſomption, par la preuve du fait contraire; c'eſt-à-dire, que la maiſon a été incendiée ou par un cas purement fortuit, ou par le fait ou faute de tout autre que de ceux de la maiſon; car le locataire eſt ſans difficulté garant du fait de ſa femme & domeſtiques à cet égard.

Revenant à l'arrêt rendu contre Mathias, locataire & collecteur de tailles à Montpellier, il y a apparence qu'il faiſoit des exactions amendables & contraires aux ordres du Roi, ce qui ayant excité l'animofité du peuple, le porta à incendier cette maiſon; cette circonſtance a ſans doute échappé à la plume du compilateur; car ſi Mathias ſe fût tenu dans les bornes de ſon emploi de collecteur, & que cette ſeule qualité lui eût attiré la haine du peuple, cette émeute auroit paſſé à ſon égard, comme force majeure, à laquelle ne pouvant réſiſter, comme cas fortuit; ç'auroit été au locateur propriétaire de la maiſon d'en ſupporter l'incendie & la ruine; au ſurplus, la loi *ſi merces*, §. 4. ne parle que d'un locataire qui

*Observations sur les Arrêts de Catellan ,*  
 s'est attiré l'animosité de son voisin par sa faute , *culpa autem ipsius* : car si de gaieté de cœur , & par pure malice , le voisin vient à couper les arbres du fonds , le fermier n'en est pas tenu , & c'est à la preuve de ce fait que celui-ci doit être admis , tout comme du cas fortuit qui pourroit être arrivé ; & la preuve étant faite , il doit être relaxé de la demande du locateur , sauf à lui d'agir par les voies de droit contre celui qui a commis l'entreprise.

#### C H A P I T R E I V .

*De la vente faite par un billet privé , qui porte qu'il en sera passé contrat.*

**C**Est une question, si la vente d'une chose mobilière, faite par une courtière ou revendeuse à la toilette , qui exerce publiquement ce métier dans une ville , ( quoique non assermentée ) est nulle ; en sorte que celui qui se trouve le maître de la chose vendue , ait droit de l'évincer de l'acheteur , en offrant le prix de l'achat , quand ce maître ne se plaint point que le meuble lui a été volé.

Cette question fit la matière d'un partage en la troisième chambre des enquêtes dans cette espèce.

Le sieur Verchant , habitant de Montpellier , se retira dans une maison de campagne , crainte de la contagion en l'année 1721. Il laissa dans sa maison sa belle-fille , qui , par l'entremise d'une courtière publique de cette ville , vendit au Sr. Vieussens une tapisserie , un lit , & quelques chaises ; son mari étant alors aux îles de l'Amérique , elle & son mari étant décédés , Verchant revint à Montpellier , & fit assigner Vieussens en restitution de ces effets à lui vendus , avec offre de lui rembourser la somme de 200. liv. qui faisoit le prix de cette vente , prétendant que sa belle-fille n'avoit pu faire la vente de ces meubles qui appartenoient à son mari , dont il étoit héritier.

L'acheteur défendit à cette demande , en disant qu'il étoit

acheteur de bonne foi, que la vente lui ayant été faite par une courtiere publique de la ville, qui en trafiquoit journellement de semblables, cette vente ne pouvoit être attaquée.

Le procès porté à la troisieme chambre des enquêtes au rapport de Mr. l'abbé de Mariotte le 13. Mars 1724. il intervint partage, compartiteur Mr. de Caussade, voidé ensuite selon l'avis du rapporteur, qui fut d'avis d'autoriser cette vente & de la déclarer valablement faite.

La faveur du commerce de cette espece des ventes, fut le motif déterminant de cet arrêt; car à la rigueur, la vente auroit dû être déclarée nulle, & l'acheteur suffisamment dédommagé par la restitution du prix offert; les effets vendus appartenant au mari qui ne pouvoit avoir donné son consentement à cette vente, puisqu'il étoit aux isles américaines: mais on considéra que l'intérêt public, devant toujours prévaloir au particulier, on se trouvoit ici dans les circonstances de faire l'application de cette maxime, puisque l'intérêt public exigeoit que les ventes des meubles, négociées par les courtieres publiques, fussent autorisées; ces ventes étant une ressource pour la plûpart des familles indigentes & honteuses, sans quoi elles seroient exposées quelquefois à manquer du nécessaire.

## CHAPITRES V. & VI.

*Si l'acheteur à faculté de rachat peut être contraint d'imputer les fruits sur le capital.*

*De la clause qu'on ne pourra acheter qu'après certain temps du contrat pignoratif.*

*De la lésion d'outre - moitié du juste prix.*

**J**E croi que cette clause inferée dans le contrat de vente à faculté de rachat, que le vendeur ne pourra user du rachat qu'après un certain temps fixé par le contrat, est usuraire, &

qu'elle assujettit l'acquéreur à imputer sur les fruits perçus pendant sa jouissance, l'excédant des intérêts légitimes de la somme qui fait le prix de la vente, si ces circonstances se rencontrent & concourent ; sçavoir la modicité du prix de la vente d'un côté, & l'habitude de fénerer dans l'acheteur de l'autre, qui sont les marques de l'usure qui se commet par cette espee de courrat, selon la glose, sur le chapitre *conquestus, extra de usur.*

En effet, si le fonds produit à l'acheteur beaucoup au-delà de ce qu'il pouvoit raisonnablement prétendre, eu égard au prix de la vente, & que l'acheteur ait lié le vendeur par la clause dont on vient de parler, ne faut-il pas conclure que l'acheteur a entendu s'engraïsser par la jouissance du fonds, & retirer des intérêts excessifs de la somme qui fait le prix de la vente, jusqu'au temps du rachat, ce qui est usuraire ; sur-tout si cet acheteur est dans l'habitude de fénerer & d'exiger des intérêts illégitimes ; mais hors de ces circonstances ou autres semblables, qui font regarder le contrat comme pignoratif, cette clause ne rend pas le contrat usuraire ; mais elle est rejetée ; *vitiatur & non vitiat.* selon Ferr. sur la quest. 616. Guip.

La raison de cette décision, est que la lésion d'outre-moitié du juste prix n'a pas lieu dans la vente d'une hérédité, ou de tous les droits, noms & actions qui en dépendent, à l'effet de pouvoir faire rescinder cette vente par le bénéfice de la loi 2. *cod. rescind. vend.* La raison, dis-je, est prise de ce que, pouvant y avoir dans l'hérédité des dettes passives inconnues, à raison desquelles l'acquéreur ou acheteur de cette hérédité peut être recherché pendant les trente ans que dure l'action ; il seroit injuste que, s'étant exposé aux périls de cette recherche, on lui enlevât le profit qu'il a fait dans l'achat de cette hérédité, par cette raison de la loi que, *sicuti damnum hereditatis emptorem respicit, ita & lucrum, leg. 2. §. sicuti 9. ff. de hered. vel act. vendit.*

Cette maxime ou regle peut souffrir une exception ; sçavoir, quand l'acheteur de l'hérédité ne court aucun risque par le

pacte

acte opposé au contrat de vente , qu'en cas il ne trouve rien de liquide en l'hérédité , il ne payera point le prix convenu , alors il y a lieu de casser la vente de l'hérédité par la lésion d'outre-moitié du juste prix.

L'arrêt de la Cour , qui jugea que la lésion d'outre-moitié du juste prix n'avoit point lieu dans la vente de la coupe d'un bois , peut être appuyé d'un préjugé du Parlement de Dijon , antérieur de plus d'un siècle , & rendu dans la même espèce , il est rapporté par Bouvot , *tom. 2. verbo Vente, quest. 28.* où cet auteur, agitant cette question , si la lésion d'outre-moitié du juste prix peut faire rescinder la vente d'un bois ou des grains , la résout ainsi ; qu'en meubles il n'y a point de restitution , *quia vilis & abjecta possessio mobilium* , & il rapporte un arrêt du mois de Novembre 1583. Les arbres séparés du fonds , sont conséquemment réputés meubles , & ils ne sont réputés immeubles qu'autant qu'ils tiennent au fonds par les racines , & c'est alors qu'on peut dire qu'ils font partie du fonds.

On peut ici agiter quelques questions avec Fachin , *controvers. lib. 12. cap. 20. 23. & 24.* qui ont rapport à ce qui fait la matière de ce chapitre ; la première , si le bénéfice de la loi 2. *cod. de rescind. vendit.* a lieu dans la vente du fonds faite d'autorité de justice ; la seconde , si le fonds revient au vendeur libre des hypothèques ou servitudes imposées au fonds par l'acquéreur ; la troisième , si le vendeur reprend le fonds avec la restitution des fruits depuis la vente.

Sur la première question , Fachin , après avoir rapporté un conflit d'opinions , se range du côté de ceux qui tiennent que l'autorité même du juge qui a interposé son décret à la vente , n'empêche pas la rescision si la lésion d'outre-moitié du juste prix s'y rencontre.

La jurisprudence de ce Parlement avoit introduit une distinction , à la faveur de laquelle on auroit pu concilier les opinions différentes , & réduire la question à un point fixe.

Cette distinction est marquée par Larroche , liv. 2. des décrets , art. 60. si le décret émanoit d'un juge subalterne ,

&c qu'il y eût lésion d'outre-moitié du juste prix dans la vente judiciaire, alors, en prenant la voie de l'appel, & des lettres incidentes en rescision, fondées sur cette lésion d'outre-moitié, la vente judiciaire étoit rescindée, ce qui n'auroit pas lieu si le décret émanoit de la Cour.

Suivant l'observation de Ranchin & de Ferriere, sur la question 22. de *Guip.* depuis les formalités prescrites par l'édit des criées du Roi Henri II. quand les formalités ont été remplies, il n'y a plus lieu d'attaquer la vente judiciaire ou le décret par cette voie de lésion d'outre-moitié, de quelque autorité qu'il émane, soit d'un juge supérieur, soit d'un subalterne ; & c'est ainsi que les arrêts rapportés par *Louet*, lettre D, somm. 32. l'ont constamment jugé.

Il faut excepter toutefois, selon l'observation de Brodeau, *cod.* les décrets volontaires qui se font du consentement des parties, à l'effet seulement de purger les hypothèques, auxquels la lésion d'outre-moitié du juste prix a lieu ; il faut excepter encore les décrets forcés, rendus contre les mineurs ou l'église, dans lesquels il ne faut qu'une lésion considérable, c'est-à-dire, qui approche du quart ou du tiers de la juste valeur du fonds décrété pour opérer la rescision du décret, suivant la doctrine de *Ferriere* sur cette question de *Guip.*

Gravrol sur *Laroché*, titre des décrets, art. 51. observe que la loi 2. *cod. de rescind. vendit.* n'a pas lieu aux décrets, parce qu'ils ont une cause nécessaire, & qu'ils sont d'ailleurs appuyés de l'autorité publique, ce qui doit être entendu, selon la nouvelle jurisprudence des arrêts, des décrets forcés indistinctement, rendus ou par le juge supérieur ou par le subalterne, contre des personnes non privilégiées ; car la cause des mineurs & de l'église demeure exceptée de droit, ainsi qu'il a été observé.

Venant à la seconde & troisième quest. Fachin, *loco supra*, chap. 23. remarque sur la seconde, que les interpretes sont partagés, les uns soutenant avec Barthole que les hypothèques & servitudes contractées depuis la vente, subsistent malgré

la rescision du contrat, les autres avec Balde, que la rescision du contrat entraîne avec soi les hypothèques contractées *medio tempore*, qui demeurent éteintes, *Fachinæus* se range du côté de ces derniers, & je croi que son opinion doit prévaloir par cette raison, qu'il est de maxime que le contrat, étant résolu & annullé par l'autorité de la loi, *ex necessitate jur.* les hypothèques contractées depuis la vente & les servitudes, sont par-là anéanties, *leg. si res, ff. quibus mod. pign. vel hypoth. solvitur, leg. 4. §. sed Marcellus, ff. de in diem addiçt.*

La décision de *Fachin* peut être appuyée de l'autorité de *Dumoulin, in consuet. parif. §. 22. num. 45.* de *Maynard, liv. 3. chap. 69.* de *Ferr.* sur la quest. 575. de *Guip.*

Pour ce qui concerne la troisième question qui tombe sur la restitution des fruits, le même *Fachin, chap. 24.* la trouve difficile, *controversia*, dit-il, *est difficilis utrum venditione rescissa ex remedio, leg. 2. cod. de rescind. vendit. res venditori restituenda si simul cum fructibus ab emptore perceptis.*

Il y a en effet des grands argumens pour assujettir l'acquéreur du fonds à la restitution des fruits. 1°. La loi *cum autem, §. cum redhiberetur, & leg. Quod si nolit. in fin. ff. de edilit. edict.* où la vente étant rescindée par l'action redhibitoire, la restitution des fruits est ordonnée. 2°. La loi *videamus, ff. de usur.* par laquelle, toutes les fois que la restitution d'une chose est ordonnée par l'autorité de la loi, la restitution des fruits lui est accessoire; il y a encore plusieurs argumens pressans que cet interprete rapporte pour preuve de la difficulté qu'il trouve dans cette question; il la résout enfin en faveur de l'acquéreur du fonds, qu'il dit être dispensé de la restitution des fruits par plusieurs raisons qu'il allègue, dont la plus décisive me paroît celle que cet acquereur, étant possesseur de bonne foi, fait les fruits siens, suivant la loi *bonæ fidei, ff. de acquir. rer. domin.* Car on ne peut pas dire qu'il soit possesseur de mauvaise foi, sous prétexte qu'il auroit connu la lésion d'outre-moitié lors du contrat, puisque la

loi ne prohibe point les marchés avantageux que chacun tâche de faire dans les achats & dans les ventes, & que ce n'est que par équité qu'elle fait rentrer le vendeur lésé d'outre-moitié dans la possession du fonds par cette présomption de droit qu'il a fait la vente *necessitate coactus* ; ce que la modicité du prix donne lieu de croire.

Or dans ces circonstances, l'acheteur ayant un titre qui le constitue possesseur de bonne foi, ce seroit contre les regles de l'affujettir à une restitution des fruits.

## C H A P I T R E V I I.

*Si l'acheteur qui a sçu que la chose achetée n'appartenoit pas au vendeur, ou étoit obligé à un autre, peut demander la garantie.*

**I**L faut d'abord établir pour maxime, que dans le contrat de vente, la garantie est due de droit par le vendeur sans stipulation expresse, *leg. 6. cod. de evict.* & que cette garantie renferme deux choses, la restitution du prix d'un côté, & les dommages & intérêts de l'autre, *leg. evicta, ff. de eviction.*

Ces regles reçoivent une exception prise de la connoissance que l'acheteur a eue au temps de la vente, que le fonds n'appartenoit point au vendeur ; alors cet acheteur ne peut prétendre que la restitution du prix, quoiqu'il ait stipulé expressément la garantie ; c'est la décision de la loi troisième, *h. emptor. cod. commun. de legat.* dont la disposition doit être suivie, à mon avis, dans les différentes especes de ventes, quoique la loi soit dans le cas de la vente du fonds substitué, parce que la raison déterminante de sa décision est commune aux autres especes de ventes.

Il paroît en effet que l'Empereur Justinien, rempli des véritables maximes du droit, ne refuse à l'acheteur la pleine garantie qu'à cause de sa mauvaise foi, puisqu'il l'accorde à celui

qui est acquereur de bonne foi , *bonæ fidei procul dubio emptoribus integra jura, & nullo modo ex hac constitutione diminuta contra venditores habentibus* ; ce que la glose , *in verbo Integra jura* , explique de la pleine garantie.

Si la mauvaise foi de l'acquireur est une des raisons déterminantes de la loi ; cette raison doit être appliquée à toute espèce de vente , soit qu'elle tombe sur des biens substitués ou non ; car quoique la décision soit rendue dans cette loi sur une vente de biens substitués , cela se rencontre ainsi *ex contingentiâ facti* , comme disent les docteurs , mais la raison de la décision n'en est pas moins commune aux ventes des autres biens , qui n'appartiennent point au vendeur , & qui tombent dans les mains d'un acquireur de mauvaise foi.

On ne peut pas douter que les loix ne soient attentives à punir la mauvaise foi des acheteurs , puisque la loi *si fundum* , *cod. de evict.* refuse même la restitution du prix à l'acquireur de mauvaise foi , s'il n'a pas stipulé la garantie , quoique la pleine garantie soit de droit , acquise à l'acquireur sans stipulation.

Il y a un arrêt de la Cour , qui , suivant ces principes , refusa la pleine garantie à un acquireur de mauvaise foi , & qui ne lui adjugea que la simple restitution du prix ; il fut rendu au rapport de Mr. de Gaujac en la troisième chambre des enquêtes le 23. Janvier 1722. dans cette espèce.

Lestrade , bourgeois du lieu de Segun , avoit acheté de Jean Planté des fonds dotaux de sa femme , avec pleine connoissance qu'ils étoient dotaux ; le vendeur s'étoit obligé par le contrat à lui garantir la chose vendue , Planté pere émancipe Jean Planté son fils , après la mort de sa femme ; celui-ci fait instance contre Lestrade en délaissement des biens ayant appartenu à sa mere , dont il étoit héritier. Lestrade appelle en garantie son vendeur , qui fut relaxé de la pleine garantie & des dommages & intérêts demandés , & condamné à la simple restitution du prix de l'achat.

Il y a un arrêt contraire , rendu dans la même espèce d'une aliénation du fonds dotal , révoquée par la femme après la

142      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
mort de son mari, dans la cause de Pierre d'Ortet, & les héritiers de Luquet mari d Anne Colat : ces héritiers furent condamnés à la pleine garantie ; cet arrêt fut rendu au rapport de Mr l'abbé Castain le 26. Mars 1722.

Il faut se renfermer du côté de l'arrêt du 23. Janvier 1722. rendu au rapport de Mr. de Gaujac, non-seulement par les raisons dont je viens d'appuyer ma décision, mais encore parce que les docteurs, & notamment *Zoësius, ad tit. de evictio-nib. num. 21.* sont de cette opinion, que l'acquéreur de mauvaise foi ne peut dans aucun cas prétendre les dommages & intérêts.

---

## CHAPITRE VIII.

*Du droit de retour.*

*Si la renonciation faite à un legs est révoquée par la sur-  
venance d'enfans.*

**Q**uoique le retour de la dot ait lieu en faveur du donateur par le prédécès du donataire qui laisse même des enfans, si ces enfans viennent à mourir ensuite laissant le donateur avec leur propre pere en vie ; cette maxime cesse dans les lieux où par coutume locale le mari gagne la dot constituée à la femme par donation en contrat de mariage, à moins que le donateur n'ait spécialement réservé le retour : C'est ainsi que cela fut jugé par un arrêt de la Cour du 22. Avril 1664. rapporté par Albert, lettre D, sous le mot Dot, art. 14. Cambolas, liv. 1. chap. 5. num. 2. rapporte un arrêt du 19. Avril 1622. qui jugea que la dot faisoit retour au pere sans aucune diminution, & que le mari qui avoit survécu ses enfans, ne pouvoit même prétendre un droit légitime sur la dot, dans le cas où il n'y a point coutume locale de gain de dot en faveur du mari. Cet arrestographe fait mention au même lieu d'un arrêt, qui en cas de retour, assujettit les biens donnés, subsidiairement pour la répé-

tion de la dot & augment de la femme du donataire ; & c'est ce que nous apprend Mr. Maynard, *liv. 6. chap. 60.* l'ordonnance de Février 1731. n'a point dérogé à cette jurisprudence ; mais seulement à celle du retour *per supervenientiam liberorum* , ainsi que je l'ai observé ailleurs.

Je croi qu'on ne peut décider en thèse que la renonciation à un droit établi , soit une vraie donation , & qu'il faut démêler en cela quels sont les véritables motifs de la renonciation ; car si la renonciation n'est pas pure libéralité , & qu'on puisse conjecturer que quelque motif ou de récompense de services , ou d'extinction de procès , ou de compensation , lui ait donné lieu ; alors le retour ne doit point être accueilli , sur-tout en collatérale , où le retour n'ayant été introduit que par extension , mérite d'autant mieux d'être restreint.

La distinction établie par l'arrêt mentionné par l'auteur , entre la donation faite par le pere , & celle qui est faite par la mere à leur fille dans son second mariage , & qui fait retour au pere , quand elle ne laisse que des enfans du premier lit , & non à la mere ; cette distinction est fondée sur les vraies maximes , selon lesquelles le pere , est favorable sur ce point , *leg. jure succursum* , 6. ff. de jur. dot. puisqu'il est appelé au retour par la loi elle-même , au lieu que la mere n'en jouit que par extension ; en sorte que le retour se faisant en faveur de la mere contre la rigueur du droit , & par pure grace , il faut plutôt le restreindre que lui donner trop d'étendue.

Je croi que les arrêts qui ont décidé que les intérêts de la dot qui fait retour au pere ou à la mere constituans , ne sont dus que depuis l'instance , sont juridiques , parce que les intérêts des dots ne peuvent être régulièrement privilégiés dans la répétition qui s'en fait , qu'en la main de la femme ou des enfans qui la représentent , le privilege de la dot leur étant particulier , suivant la loi *affiduis* , *cod. qui potior. in pignor. habeant*. Et cela avec d'autant plus de raison , que c'est même un privilege singulier introduit par la jurisprudence de ce Par.

lement, & nullement sur la loi *affiduis*, d'allouer en faveur de la femme & des enfans qui la représentent, les intérêts de la dot au rang de la dot même.

On peut observer ici, 1°. Que quoiqu'il ait passé en maxime selon l'opinion de Martin, qui a prévalu sur celle de quelques autres interprètes, que l'existence des enfans fait cesser le retour de la dot en faveur du pere constituant. Il y a néanmoins un cas excepté de cette regle par la jurisprudence des arrêts de la Cour; sçavoir, lorsque le fils donataire est condamné pour crime & exécuté à mort, survivant son pere, & que ce fils laisse des enfans de son mariage, car en ce cas, *favore patris donatoris, & in odium fisci*, l'existence & survivance des enfans n'empêchent point l'effet du retour, suivant la remarque de Mr. Maynard, *liv. 2. chap. 91.* en ses arrêts, & l'arrêt rapporté par Charondas, en ses réponses, *liv. 6. chap. 114.* 2°. Que l'existence des enfans n'empêche pas le droit de retour si la dot a été constituée par un étranger qui a stipulé ce retour, suivant Cambolas au lieu déjà cité, *num. 3.*

3°. Que suivant l'observation de Graverol sur Larroche, *liv. 6. verbo Dot, art. 21.* quoique l'existence des enfans du fils donataire fasse cesser le retour en faveur du pere donateur, plusieurs docteurs l'entendent ainsi, quand tous les enfans survivent à l'aïeul, ou en tout cas pour la portion des survivans; mais non pour exclure le retour pour celle des prédécédés. Ce commentateur est du parti de ceux qui donnent tout aux enfans survivans, à l'exclusion de l'aïeul donateur; sur quoi il dit que ce Parlement a pris ce tempéramment entre ces deux opinions contraires, qui est d'ordonner le retour des portions des enfans prédécédés en faveur de l'aïeul, à la charge de les conserver aux survivans freres des défunts ses petits-fils, par une espece de fidéicommiss tacite, & il rapporte deux arrêts conformes. A l'égard du retour qui se fait des biens donnés libres de toute hypothèque contractée *medio tempore*, je rapporterai ici un arrêt de la Cour, qui ne sert qu'à confirmer cette maxime, puisqu'il est rendu dans des circonstances qui

sembloient

sembloient peu favorables au retour des biens , & qu'il adju-  
ge néanmoins ce retour.

Le Sr. Marquis d'Alez avoit fait les poursuites pour la pu-  
nition d'un crime commis par Bastide fils , donataire de son  
pere, il en demanda le payement sur les biens sujets au retour,  
fondé sur la faveur que mérite la poursuite d'un crime dans  
la punition duquel le public se trouve intéressé. Bastide pere  
s'opposa à cette demande , fondé sur les maximes qui adju-  
gent au pere le retour des biens donnés libres de toute hypo-  
theque contractée depuis la donation : La cause plaidée en  
l'audience tournelle le 13. Juillet 1712. Me. de Caumels  
plaidant pour le sieur d'Alez , il intervint arrêt sur les con-  
clusions de Mr. le procureur général , qui déclara les biens su-  
jets au retour , exempts de l'hypothèque du Sr. d'Alez.

## CHAPITRE IX.

### *De l'insinuation des donations.*

**L'**Art. 27. de l'ordonnance du mois de Février 1731.  
porte que, non-seulement les créanciers & tiers-acque-  
reurs du donateur pourront opposer le défaut d'insinuation ;  
mais encore les héritiers, donataires postérieurs, & légataires  
du donateur , & généralement tous ceux qui y auront intérêt,  
autres néanmoins que le donateur.

Cet article déroge à la jurisprudence de ce Parlement, sui-  
vant laquelle l'héritier du donateur ne pouvoit opposer le  
défaut d'insinuation , non plus que les légataires & donateurs  
postérieurs.

L'art. 26 autorise l'insinuation des donations au-delà mé-  
me des délais réglés par les anciennes ordonnances , même  
après le décès du donataire , pourvu que le donateur soit en-  
core vivant ; mais la donation ne peut avoir d'effet en ce cas ,  
que du jour de l'insinuation.

La raison pour laquelle les créanciers peuvent opposer le défaut d'insinuation, quoique la donation porte réelle tradition du fonds donné, & que le donataire en ait joui publiquement au vu & sçu des créanciers qui ont contracté avec le donateur, peut être prise de ce que l'insinuation, étant la seule voie légale établie par l'ordonnance, pour rendre les donations & substitutions notoires; le donataire doit s'imputer s'il n'a pas pris cette voie contre les créanciers. La connoissance qu'ils ont eue d'ailleurs de la donation ne pouvant leur nuire, puisque l'ordonnance qui a établi l'insinuation, n'en fait point mention; c'est la doctrine de Richard, traité des donations, tom. I. part. I. chap. 4. sect. 3. pag. 281.

Toutes les donations, à celles près qui sont faites dans les contrats de mariage en ligne directe, sont sujettes à la formalité de l'insinuation, suivant les articles 19. & 20. de cette même ordonnance.

La déclaration du 17. Novembre 1690. requeroit l'insinuation de toutes les donations sans distinction, & ce Parlement suivoit cette règle par ses nouveaux préjugés; en sorte que les donations en ligne directe, faites dans le contrat de mariage, étoient sujettes à l'insinuation.

La déclaration du Roi de l'année 1717. concernant l'insinuation des donations, porte que les insinuations faites aux bureaux établis à ce sujet, seront aussi valables que si elles avoient été faites aux justices royales. Les arrêts de ce Parlement le jugeoient de même: l'art. 23. de la nouvelle ordonnance a dérogé à cette déclaration, puisqu'il assujettit les donations d'immeubles réels, ou de ceux qui, sans être réels, ont une assiette selon les loix, coutumes ou usages des lieux, & ne suivent pas la personne du donateur à l'insinuation, sous peine de nullité devers le greffe des bailliages ou sénéchaussées royales, ou autre siège royal, ressortissant nuement au Parlement, tant du domicile du donateur que du lieu dans lequel les biens donnés sont situés ou ont leur assiette; & pour ce qui concerne les donations des choses mobilières,

l'insinuation doit en être faite seulement au siege royal du domicile du donateur ressortissant nuement au Parlement.

L'art. 26. de l'ordonnance déroge encore à la jurisprudence de ce Parlement, en ce qu'elle donne à l'insinuation faite dans les délais portés par l'ordonnance, un effet rétroactif au temps de la donation contre les créanciers du donateur, *intermediū temporis*. Cet article porte que *lorsque l'insinuation aura été faite dans les délais portés par les ordonnances, même après le décès du donateur ou du donataire, la donation aura son effet du jour de sa date à l'égard de toutes sortes de personnes.*

C'est une question si les biens de l'héritier grevé sont hypothéqués au fidéicommissaire, depuis le jour que cet héritier a été saisi de l'hérédité, soit à raison des dissipations que cet héritier a faites des biens substitués, soit par l'omission de faire insinuer la substitution, de même que les biens du tuteur sont affectés au pupille à *die aditæ tutelæ*; & si ce fidéicommissaire est préférable au créancier qui a contracté avec l'héritier grevé *medio tempore*, & pendant le temps de sa jouissance. Il y a un arrêt rendu en la troisième chambre des enquêtes, au mois d'Août 1723, au rapport de Mr. l'abbé de Mariotte, entre le Sr. Milhet notaire de Toulouse, Marie-Rose & Angélique Larroche, qui alloue par préférence le créancier au fidéicommissaire.

Le motif de cet arrêt fut, que par l'ordonnance de Moulins, renouvelée par la déclaration de 1712. les substitutions non insinuées ne peuvent être opposées aux créanciers.

La difficulté se tiroit pourtant de la déclaration même, qui rend les héritiers grevés responsables envers les fidéicommissaires du défaut d'insinuation; par où il semble que les biens de ces héritiers sont affectés au fidéicommissaire, depuis le jour qu'ils auroient dû faire cette insinuation; mais ce n'est là qu'une action de recours, qui donne seulement droit au fidéicommissaire de poursuivre une condamnation à ce sujet; en sorte qu'il ne peut avoir d'hypothèque que du jour de la condamnation, de même que pour les aliénations qui ont été

faites , quoiqu'il semble d'abord que les biens de l'aliénant devroient être hypothéqués au fidéicommissaire depuis le jour de l'aliénation, & qu'il devroit être préféré aux créanciers qui ont postérieurement contracté avec l'héritier grevé. Toutefois il faut décider le contraire , par la raison , que nulle loi n'a donné hypothèque au fidéicommissaire sur les biens de l'héritier grevé à ce sujet ; mais seulement une action personnelle *ex testamento* , suivant *Peregr. de fideicom. art. 45. num. 13.*

¶ Le même motif qui a déterminé nos ordonnances à établir l'insinuation des donations , a lieu à l'égard des substitutions ; c'est l'intérêt public qui exige pour la sûreté des créanciers & tiers-acquereurs , que les unes & les autres soient connues par une voie légale , qui est celle de l'insinuation & enrégistrement , & publication à l'audience : je m'arrêterai donc ici à parler de l'insinuation des substitutions , qui sont la matière de plusieurs questions traitées dans le second livre de cet ouvrage.

Les articles 18. & 19. du *tit. 2.* de l'ordonnance de 1747. concernant les substitutions , renouvellent la disposition des anciennes ordonnances , au sujet de l'insinuation , publication à l'audience , & enrégistrement des substitutions , ce qui doit être fait à la diligence des donataires , héritiers , légataires universels , ou particuliers , grevés de substitution ; la déclaration du 18. Janvier 1712. y étoit formelle : *voulons que conformément à l'art. 57. de l'ordonnance de Moulins , à la déclaration du 10. Juillet 1566. & à celle du 27. Novembre 1690. toutes les substitutions faites par actes entre vifs , ou par testament , soient publiées en jugement l'audience tenant , tant en la justice royale du domicile de celui qui les aura faites qu'en celle de la situation des biens substitués , & qu'elles soient enrégistrées en même-temps aux greffes desd. justices royales , à la diligence des héritiers soit institués , soit ab intestat , donataires ou légataires universels , ou même particuliers , lorsque leurs donations ou leurs legs , seront chargés de substitution : l'art. 19. de l'ordonnance de 1747. tit.*

2. a dérogé à cette déclaration en un point ; sçavoir , que la publication & l'enrégistrement des substitutions , doivent être faits sans distinction de personnes privilégiées ou non , aux baillaiges & sénéchaussées , ou autre siege royal , ressortissant nument aux Cours de Parlement , où aux Conseils souverains. La raison en est prise , sans doute de ce qu'il y a plus de sûreté , & plus d'authenticité dans la publication & enrégistrement qui se font dans les sieges ressortissans nument aux Cours supérieures , ( tels que sont les bailliages & sénéchaussées ) que dans les premiers sieges royaux , comme chatellenies , vigueries & autres de cette espèce , où les dépôts des greffes sont presque toujours flottans d'une main à l'autre , & où les audiences sont bien moins fréquentes , & les actes qu'on publie moins notoires : or il est de l'intérêt public , que les substitutions soient connues pour tenir en bride d'un côté les héritiers grevés , & les contenir au sujet des aliénations qu'ils auroient la facilité de faire , si les substitutions étoient ignorées , & pour éviter de l'autre cet écueil , qui ne seroit que trop fréquent pour ceux qui contracteroient de bonne foi avec un héritier grevé ( s'ils ignoroient le fidéicommiss ) d'être exposés à la perte de leur créance , l'art. 28. renouvelle la disposition de la déclaration de 1712. au sujet du temps dans lequel la publication & l'enrégistrement doivent être faits ; c'est dans les six mois , à compter du jour de l'acte qui les contiendra , lorsque les substitutions seront portées par un acte entre vifs , ou du jour du décès de celui qui les aura faites , lorsqu'elles seront contenues dans une disposition à cause de mort.

La substitution ainsi publiée , & enrégistrée aura son effet contre les créanciers & tiers-acquereurs , à compter du jour de sa date , si elle est entre vifs , ou du décès du testateur , si elle est contenue dans un testament ; d'où il faut conclure , qu'après lad. publication & enrégistrement , les aliénations des biens substitués faites par l'héritier grevé , par le fidéicommissaire de plein droit , sauf le recours des acquereurs contre l'héritier grevé , ou ses héritiers , à raison de la garantie telle

que de droit, si le cas y étoit : L'enrégistrement fait dans lefd. six mois a un effet rétroactif au temps de l'acte entre vifs ou du décès du substituante, ce qui renferme une marque bien sensible de la protection de l'ordonnance pour les fidéicommissaires ; car à la rigueur les créanciers seroient fondés à alléguer leur ignorance pour la substitution jusques au moment de l'insinuation, *ignorantia presumitur, leg. penult. cod. qui militare poss. \**

Avant la déclaration de 1712. ce Parlement, moins favorable aux créanciers & tiers-acquereurs, annulloit toutes les aliénations des biens substitués, & faisoit droit à la demande du fidéicommissaire en révocation deefd. aliénations, quoique la substitution n'eût pas été insinuée, ni enregistrée. Le terme de six mois dont j'ai parlé, n'est pourtant pas le terme fatal & absolu pour l'insinuation, il peut y être procédé après ce délai expiré ; mais en ce cas la substitution n'aura effet contre les créanciers & tiers-acquereurs, que du jour de l'insinuation & enregistrément : telle est la faveur des héritiers substitués, ou fidéicommissaires, qu'ils peuvent révoquer les aliénations, quand même ils se trouveroient héritiers purs & simples de celui qui a aliéné, c'est l'art. 31. de l'ordonnance de 1747. mais le substitué ne peut alors déposséder l'acquéreur, qu'après l'avoir remboursé du prix de l'aliénation, fraix & loyaux-coûts, étant seulement déchargé des dommages & intérêts qu'entraîne avec soi une garantie de droit, ou promise & stipulée suivant la loi *evicta*, ff. de *evict.* l'art. 32. confirme la disposition de la déclaration de 1712. en ce que cet article dénie aux mineurs, & autres qui jouissent de

\* Cette ignorance n'est pas présumée dans l'héritier grevé, & par cette raison, il est tenu à la pleine garantie envers l'acquéreur, qui ayant contracté avant l'insinuation de la substitution de bonne foi, & dans les six mois de sa date, peut répéter, non-seulement le prix de son acquisition contre l'héritier qui a fait l'aliénation, mais même prétendre des dommages & intérêts, leg. *evicta*, ff. de *eviction.*

leur privilège , la restitution en entier , contre le défaut d'insinuation , quand même les tuteurs & autres administrateurs, ou syndics des communautés se trouveroient insolvables ; & que par là , les mineurs ne pourroient exercer contre lesdits tuteurs le recours & garantie réservés par cet article. Ce qui montre que la cause des créanciers est encore plus protégée , & plus favorable que celle des mineurs , quoique d'ailleurs privilégiés. L'art. 34. a ensuivi encore la disposition de la déclaration de 1712. qu'en aucun cas le défaut d'insinuation ne pourra être opposé aux substitués par les héritiers légitimes universels , ou particuliers , donataires , & autres ; en sorte que ce défaut ne peut être pour les substitués une exclusion , ni leur être opposé : & en effet , l'insinuation n'a pas été établie pour donner plus de force à la substitution & fortifier le droit des substitués , mais seulement , ainsi que je l'ai déjà dit , pour l'intérêt des créanciers , & tiers-acquereurs : intérêt qui est tout public. L'art. 35. dénie toute possession des biens au substitué , s'il n'est muni d'une ordonnance du juge compétant , & s'il ne rapporte l'acte de publication & d'enregistrement du fidéicommiss. C'est là une précaution , pour les tiers-acquereurs.

Venant à la question , si le fidéicommissaire a une hypothèque légale sur les biens de l'héritier grevé à *die aditæ hæreditatis* du jour qu'il a pris possession du fidéicommiss , pour les aliénations ou dégradations desd. biens, ou si au contraire il n'a qu'une action personnelle , *ex testamento* contre celui qui a fait l'aliénation, ou ses héritiers. Cette question se trouva décidée par l'art. 17 du tit. 2. de l'ordonnance de 1747. contre l'opinion de Peregrinus : cet article porte que le substitué aura hypothèque sur les biens libres de celui qui aura fait des aliénations des biens substitués , tant pour les sommes capitales qui lui seront dues que pour les dépens , dommages & intérêts , à compter du jour que celui qui a fait lesdites aliénations a recueilli les biens substitués. L'article met le fidéicommissaire au niveau du pupille qui a hypothèque sur les biens du tuteur , du jour de la tutelle décernée , à *die aditæ*

152      *Observations sur les Arrêts de Catellan ,*  
*tutela* , ce qui paroît juste , les acquereurs , à qui la substitution est connue au moyen de l'insinuation , devant s'imputer d'avoir contracté avec un héritier qu'ils connoissoient n'être pas le maître incommutable des biens fonds qu'il aliénoit ; & c'est se conformer aux vues de l'auteur de la substitution , que de donner à ses substitués cette hypothèque sur les biens de l'héritier grevé , du jour qu'il a pris possession des biens , qui n'ont été mis en la main de cet héritier , que par une espece de dépôt , dont il doit s'acquitter avec fidélité ; & la dégradation du fonds étant une espece d'aliénation , il est sensible qu'en se conformant à l'esprit de l'ordonnance , il faut donner au fidéicommissaire la même hypothèque pour les dégradations que pour les aliénations , ce qui doit avoir pareillement lieu pour le remploi des sommes qu'il a laissé prescrire , *alienationis verbum etiam usucapionem continet , vix est ut non videatur alienare qui patitur usucapi.*

---

## C H A P I T R E   X I .

*Si la caution du débiteur envers le prêteur doit les intérêts suivant la coutume du domicile de la caution , ou suivant la coutume du lieu où le contrat de prêt est passé.*

**I**L est certain que la caution demeure assujettie aux loix du lieu où le contrat a été passé , à moins de clause expresse contraire : on trouve un arrêt du Parlement de Paris , en date du 26. Mars 1688. qui l'a ainsi jugé , dans l'espece d'une communauté de biens , entre mari & femme. Cet arrêt porte que la communauté sera réglée suivant la coutume du lieu où le contrat de mariage a été passé , & non suivant la coutume du domicile que le mari avoit lors de la dissolution du mariage ; il est rapporté aux additions *du somm.* 15. *des arrêts de Louet , lettre C , num. 12.* & il y a ici parité de raison. La fidéjussion est liée avec l'obligation principale

cipale & doit subir la même loi du contrat, qui se rapporte toujours non-seulement à la loi du lieu où il a été passé, *leg. semper 34. ff. de reg. jur.* mais au temps; en sorte que si au temps de l'exécution du contrat, les parties se trouvent domiciliées dans un pays régi par d'autres loix, il faut néanmoins suivre la coutume du lieu du contrat, tout devant se rapporter au temps & à l'époque du contrat même, & aux loix du lieu: *vide leg. unicam, in fine, de imponen. lucrat. descript.*

## C H A P I T R E X I I.

*Si la restitution du mineur dans une cause commune profite au majeur.*

**I**L faut distinguer ainsi avec Mornac & les interpretes dans cette question, si la restitution du mineur profite au majeur dans une cause commune, où il a été traité d'une chose divisible ou indivisible par sa nature; si elle est divisible, comme si c'est une hérédité commune entre le majeur & le mineur, la restitution du mineur ne profite point au majeur; si au contraire la chose ne peut tomber en partage, comme s'il a été traité d'une extinction de servitude commune à tous les deux, alors la restitution du mineur profite au majeur; c'est la doctrine de Mornac sur la loi *uniq. cod. si in commun. eademq. caus. in integr.*

## CHAPITRE XIII.

*Si le mineur peut être restitué lorsqu'il a ratifié après sa majorité.*

**J**E suis de cette opinion , que si le mineur devenu majeur paye l'entiere dette à laquelle il s'étoit obligé pendant sa minorité , il ne peut être restitué en entier par la raison que ce paiement est une ratification & une approbation suffisante de l'obligation déjà contractée. Et c'est la doctrine de *Faber, in rational. leg. denique, ff. de minor. ad h. scio etiam. Pecunia*, dit - il , *numeratur ad implendam stipulationem, leg. si ita fuero, h. 1. ff. de novat. Et ideo verum est impleri hoc casu perficique contractum post majorem etatem, leg. 9. h. sed quod prator ait quod metus causa, ac proinde amitti beneficium restitutionis quæ alioquin competeret*, & il appuie cette décision de plusieurs textes du droit. *Peregrinus sur le titre du cod. si major. fact. ratum habuer. num. 1.* tient la même doctrine , & répond aux argumens qu'on peut tirer de la loi 3. *h. scio, ff. de minor.*

Par la même raison, le mineur qui, devenu majeur, reçoit le paiement entier d'une obligation préjudiciable contractée en sa faveur pendant sa minorité, ne peut plus être restitué envers cette obligation. Autre chose seroit s'il n'avoit reçu que les intérêts, ou quelque partie du capital à compte depuis sa majorité, parce qu'alors l'obligation, n'étant point éteinte par la cancellation, on ne peut dire qu'il se soit départi du droit d'être relevé contre cette obligation par la voie légale ; ce qu'il a reçu du capital ne pouvant induire une ratification de l'obligation, puisque ce n'a été qu'en déduction, & qu'il est censé s'être tacitement réservé le bénéfice de la restitution, de-là qu'il n'a point absolument libéré le débiteur par la cancellation.

L'arrêt rapporté dans ce chapitre qui accorda le bénéfice de restitution au sieur de Pompignan, quoiqu'il eût reçu dans sa majorité la somme entière à laquelle, étant mineur, il avoit transigé sa légitime, est contraire à cette doctrine de Faber & de Peresius, & ne peut être appuié de la loi qui lui servit pourtant de fondement; par cette raison, que dans l'espece de cette loi le mineur qui s'étoit immiscé en l'hérédité paternelle n'avoit exigé, étant majeur, que quelque petite dette de cette hérédité, & n'avoit point confirmé par-là d'une manière pleine & entière *quod minor gesserat*, & c'est-ce qu'on ne peut pas dire du majeur qui cancelle par le paiement qu'il reçoit une obligation consentie en sa faveur pendant sa minorité; car il ratifie pleinement cette obligation, & se trouve dans les circonstances du paragraphe *si quis, leg. 3. de minor. eod.* & par conséquent exclus du bénéfice de restitution.

Il faut donc constamment décider que l'exécution pleine & entière de l'acte après la majorité, donne au mineur cette exclusion, & qu'elle équipolle à une ratification expresse: or une obligation n'est jamais mieux exécutée, que lorsque le créancier la cancelle par le paiement entier qu'il reçoit.

## CHAPITRE XIV.

*Si l'héritier du mineur peut demander cassation de la donation faite par le mineur, quoique le mineur devenu majeur ne se soit pas plaint.*

**I**L est sans difficulté que l'héritier du mineur peut demander de son chef la rescision des contrats, par lesquels son auteur a été lésé, quoique l'action n'ait point été préparée par le défunt, parce que régulièrement les actions rescisoires passent aux héritiers, quoique non préparées, *leg. 18. §. ult. ff.*

156      *Observations sur les Arrêts de Catellan ;*  
*de minor.* Il n'y a que l'action en rescision d'une donation inof-  
ficieuse qui ne passe point sans préparation *ad extraneos hære-*  
*des*, suivant la doctrine de *Duranti*, *quæst.* 30.

Il n'en est pas ainsi des créanciers, les actions rescisoires qui  
compétoient à leurs débiteurs, ne passent point sur leur tête  
sans préparation ; par cette raison, que quoique les créanciers  
exercent de plein droit les actions de leur débiteur, l'action  
rescisoire en demeure exceptée ; car cette action n'est jamais  
comprise dans une cession générale de droits, & a réguliè-  
rement besoin, pour pouvoir être exercée, d'un mandat spécial  
de celui qui l'a en main, selon la doctrine de *Louet & Bro-*  
*deau*, *lettre C*, *somm.* 12. & l'arrêt rapporté, *eod.*

---

## C H A P I T R E X V.

*Si le fils de famille qui cautionne pour son pere, peut  
être relevé.*

**L**E fils de famille qui est majeur de 25. ans, s'oblige va-  
lablement partoutte sorte de causes, excepté pour sim-  
ple prêt, reprobé par le Macédonien. *Filius familias ex om-*  
*nibus causis tanquam pater familias obligatur, & ob id agi*  
*cum eo tanquam cum patre familias potest, leg. 39. ff. de obli-*  
*gat. & action.*

Sur ce principe il peut valablement cautionner pour son  
pere, & s'obliger envers un autre solidairement avec lui,  
*obligatur in solidum*, dit la glose sur cette loi, *verbo Obli-*  
*gatur* ; ces maximes servirent de fondement à un arrêt qui  
fut rendu le 2. Juin 1729. en la premiere chambre des en-  
quêtes de ce Parlement, au rapport de Mr. de Raymond, dans  
un procès où j'avois écrit pour la demoiselle Catherine Fir-  
ton, épouse du Sr. Rey, marchand de Pontac en Béarn, con-  
tre Jean Fourcadelle, habitant de la Marque en Bigorre, par

cet arrêt Fourcadelle fut démis de sa demande en rescision de trois obligations par lui consenties étant majeur de 25. ans, solidairement avec son pere, sous la puissance duquel il étoit, en faveur de la demoiselle Fitton ; l'une de ces obligations étoit causée pour semence fournie par cette créancière au pere de Fourcadelle, pour ensemençer ses terres dans une année où elle alléguoit que la grêle avoit ravagé la récolte du bled. Ce fils fondoit ses moyens de restitution sur la révérence paternelle à laquelle il soutenoit n'avoir pu résister ; mais il fut décidé, suivant la doctrine de Mr. Cambolas, & l'arrêt qu'il rapporte, *liv. 2. chap. 12.* que ce n'étoit pas là un moyen pertinent de rescision des obligations. L'arrêt démit Fourcadelle de ses lettres en restitution. Dans cette affaire on adjugea les intérêts à cette créancière depuis la date des obligations, selon la coutume de Béarn, à laquelle les parties s'étoient soumises, quoique le débiteur soutint que les intérêts n'étoient point dus, selon les ordonnances & la jurisprudence des arrêts, pour simple prêt, que du jour de la demande judiciaire.

L'exception du *senatus-consulte macédonien*, ne peut avoir lieu que lorsqu'il s'agit d'un prêt d'argent comptant, ou de quelque marchandise vendue *in fraudem senatus-consulti* ; ce qui fut ainsi jugé au rapport de Mr. de St. Laurens, en la troisième chambre des enquêtes le 28. Août 1713. entre les demoiselles d'Agel d'une part, & Tremouille de l'autre, dans l'espece suivante.

Le sieur de Labourgade, étant mineur, & sous la puissance paternelle, prit des marchandises chez Tremouille pour s'habiller, revenant à la somme de 720. liv. Il en fit son billet à Tremouille ; celui-ci, après le décès de Labourgade, demanda paiement de cette somme aux demoiselles d'Agel, sœurs du défunt, & ses héritières *ab intestat*, elles opposerent à cette demande l'exception du *senatus-consulte macédonien*. Tremouille demandeur repoussa cette exception, en soutenant que ce n'étoit point le cas de ce *senatus-consulte*. 1<sup>o</sup>. Parce qu'on n'accusoit point le sieur Labourgade d'avoir donné dans au-

158      *Observations sur les Arrêts de Catellan* ,  
cune folle dépense, & d'être un dissipateur. 2°. Parce que, sui-  
vant le mémoire & le compte des marchandises vendues, il  
paroissoit qu'elles l'avoient été à juste prix ; & que d'ailleurs  
le marchand ne pouvoit être convaincu d'avoir livré sa mar-  
chandise *in fraudem senatus-consulti*. Sur ces raisons les de-  
moiselles d'Agel furent condamnées au paiement de cette  
somme de 720. liv avec dépens.

L'esprit du senatus-consulte a été d'arrêter le cours des  
folles dépenses des fils de famille, & de mettre les peres à  
l'abri des embûches qu'un fils dissipateur & endetté pourroit  
tendre à sa vie, dans la vue de devenir le maître de ses biens,  
pour s'acquitter des obligations qu'il pourroit avoir contrac-  
tées par des emprunts, c'est l'observation de la glose sur la loi  
*1. ff. de senatus-cons. macedon*. Ainsi, dès qu'il conste qu'il n'y  
a point de dissipation de la part du fils de famille, & que ses  
obligations ont une fin légitime, comme pour s'alimenter ou  
se vêtir, elles doivent être autorisées, puisque le fils de  
famille majeur est capable de toute sorte de contrats, *excepto  
macedoniano*.

---

## CHAPITRES XVI. & XVII.

*Si la mere qui s'oblige pour le paiement d'une somme, &  
des dommages & intérêts à quoi son fils est condamné &  
pour quoi il est détenu prisonnier, sans pouvoir faire cession  
des biens, peut être relevée par le velleïen.*

*Si le velleïen à lieu lorsque la femme renonce à son  
hypothèque.*

*Si la femme qui a cautionné doit se pourvoir dans les dix  
ans.*

**I**L paroît par le langage de l'arrestographe, que le motif  
de l'arrêt du 3. Février 1667. qui autorisa l'obligation ou

Le cautionnement de la mere pour le fils , est fondé sur ce que les condamnations pour lesquelles il étoit détenu lui fermoient la porte de la cession des biens : il faut donc restreindre le cautionnement de la mere pour le fils , au cas où il ne peut s'affranchir des contraintes personnelles par le remede de la cession de biens ; c'est-ce que j'ai déjà observé sur le *chap. 1.* du 4. *liv.* à l'égard de la femme qui s'oblige pour tirer son mari de prison.

C'est sur ce principe qu'une mere qui avoit cautionné pour son fils , fut relevée de son obligation ; j'avois écrit pour la mere ; l'arrêt est du 31. Mars 1729 , après partage porté de la deuxieme à la troisieme des enquêtes , au rapport de Mr. l'abbé Boyer , en faveur d'Antoinette Caussé , contre le sieur Folguiere , lieutenant de Rabastens ; le fils étoit prisonnier pour une dette , à raison de laquelle il pouvoit faire cession de biens.

Il faut néanmoins , selon moi , user ici des mêmes distinctions que j'ai marquées , *chap. 1. liv. 4.* à l'égard des personnes , en examinant si la voie de la cession des biens est pour elles une ressource trop rude & trop violente , ou non.

Il faut observer sur le chapitre 17. que si l'on pouvoit conjecturer que la renonciation de la femme à son hypothèque , est une couleur donnée à un cautionnement véritable auquel elle a été induite , comme si elle avoit renoncé en faveur des créanciers de son mari , sans intérêt personnel ; alors elle seroit relevée de cette renonciation , comme d'une obligation contractée pour son mari sans cause ; & c'est - ce qu'on peut recueillir de la remarque faite par Graverol sur *Mr. de Larroche , liv. 5. tit. 2. verbo Velleian. art. unig.* que les femmes sont si favorisées lorsqu'elles intercedent pour autrui , qu'on les relève des cessions qu'elles acceptent de la main de leurs créanciers en augmentation de leurs hypothèques sur les biens de leurs maris insolubles , pourvu qu'il paroisse tant - soit - peu qu'elles ont été induites à passer l'acte , parce qu'alors on considere la cession prise en augmen-

tation d'hypothèque, comme une précaution qui sent le dol, & une couleur donnée à un cautionnement véritable réprouvé par les loix.

Toutefois s'il n'y a pas lieu de conjecturer que la femme a été induite à prendre la cession des créanciers, & qu'il n'y ait aucun soupçon de cautionnement prêté pour son mari; alors le contrat subsiste, & la femme seroit irrécusable à se pourvoir en rescision *ope velleïani*, Graverol, *cod.* rapporte un arrêt de la Cour du 11. Septembre 1674. qui autorisa un contrat de cette espece.

Notre arrétiste observe, que quoique la renonciation de la femme soit jugée valable, néanmoins si dans le même contrat où elle a renoncé à une hypothèque, elle s'oblige pour un autre, tout l'acte sera emporté, selon que les juges en convinrent le 13. Mai 1653. en un procès où la question ne fut pas jugée à cause des circonstances.

La raison de cette décision peut être prise de cette maxime, que les contrats ne peuvent être entretenus pour une partie, & annullés pour l'autre, parce que toutes les clauses & stipulations composent un seul & même corps d'acte; en sorte qu'on ne peut les séparer sans une destruction entiere, selon l'observation de Brodeau sur Louet, lettre D, *somm.* 69. *num.* 3. fondée sur la loi *si ita*, *ff. de oper. libert. § leg.* 16. *de administ. tut. eod.*

Il faut encore observer que les lettres en rescision d'un contrat, doivent non-seulement être impétrées dans les dix années de l'ordonnance; mais signifiées avec assignation à la partie, *leg.* 6. *cod. de integr. restit. min.*

C'est une question qui donna lieu à un partage de sçavoir si une femme qui pendant le mariage s'oblige solidairement avec son mari, & qui deux années après son obligation, & le décès de son mari la ratifie par un autre acte, peut être relevée, *ope senatus-consulti velleïani*.

La Dame de Boileau, & le sieur Mercier son mari, s'étant obligés solidairement envers le sieur Pradenc pour la somme de 1250. liv. deux ans s'étant écoulés depuis cette obligation,

obligation, & le sieur Mercier étant décédé, la dame de Boileau ratifia son obligation par une seconde, qu'elle consentit en faveur du créancier. Se trouvant ensuite poursuivie pour le paiement, elle impétra des lettres pour être restituée envers les deux obligations *ope Velleïani*; la Cour, par son arrêt rendu au rapport de Mr. Charlari, en la deuxième des enquêtes, en l'année 1729. après partage, entérina les lettres en restitution, & relaxa la dame de Boileau de la demande du créancier.

La disposition de l'*auth. si qua mulier, cod. ad Velleïan.* donna sans doute lieu à ce partage. A s'en tenir au texte de cette loi, c'est à l'obligation que la femme contracte en faveur de son mari, qu'il en faudroit borner la décision; elle porte que pareille obligation ne peut être jamais soutenue par quelque ratification qu'en puisse faire ensuite la femme. *Si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro, aut scribat, & propriam substantiam, aut se ipsam obligatam faciat; jubemus hoc nullatenus valere, sive semel, sive multoties hujusmodi aliquid pro eadem re fiat, &c.* Mais la glose entrant dans l'esprit du législateur, applique sa décision aux obligations même que la femme contracte, comme caution du mari, & solidairement avec lui. *Imò loquitur in creditore pro quo intercessit; & ipsa consensit in publico instrumento, an sibi præjudicet queritur? Dicitur quod non.*

C'est sur ce principe que peut être appuyé l'arrêt qui vuida le partage en faveur de la femme, hors de ces circonstances, d'une obligation contractée par une femme solidairement avec son mari, *constante matrimonio*. Quand la femme majeure ratifie l'obligation après deux années de sa date par une seconde, elle ne peut plus être relevée *ope Velleïani*, suivant la loi 22. *cod. eod. tit.*

Il faut observer que la décision de l'*auth. si qua mulier* doit être appliquée indistinctement à toute espèce de ratification que la femme pourroit faire, soit pendant la vie, soit après le décès du mari, par la raison que cette loi, ne distinguant point les différens temps, ce n'est point à nous d'ad-

mettre des distinctions , y ayant même apparence que l'Empereur Justinien , soigneux de protéger la cause des femmes , a voulu les affranchir des obligations qu'elles pourroient contracter à l'occasion de la premiere , où l'on peut conjecturer que l'autorité maritale a agi , & cela pour arrêter le cours de cette espece d'obligations.

¶ Quand j'ai dit que toutes les clauses & stipulations composent un seul & même corps d'acte , en sorte qu'on ne peut les séparer sans une destruction entiere , cela doit être entendu , entre majeurs ; mais la maxime souffre un exception à l'égard du mineur qui a traité avec un majeur. Tel est son privilege de pouvoir être relevé des chefs d'un contrat à lui préjudiciable ; les autres chefs demeurent en leur entier , s'ils sont distincts & séparés , & font une classe à part , quoiqu'inserés dans le même contrat , *si cæteris speciebus non coherent* , leg. 29. §. *ex causa* , ff. *de minor*. Il y a liaison & connexité d'obligation , si le mineur stipule , par exemple , qu'il lui sera fourni cent écus pour faire telle chose , ou tel ouvrage ; & qu'ensuite poursuivant le payement de ces cent écus , il prétendit s'affranchir de son obligation , comme onéreuse , & contenant une lésion pour lui , il seroit irrecevable en sa demande des cent écus , s'il n'exécutoit point l'obligation qu'il s'étoit imposée , parce qu'il se rencontre là un lien indissoluble , & une obligation inséparable , *do ut facias* , & qu'on ne peut séparer la charge du profit , selon le langage des interpretes ; mais si au contraire les chefs d'un contrat se trouvent distincts & séparés , *ex cæteris speciebus non coherent* , il n'est pas douteux , que le mineur ne puisse demander la restitution en entier pour les chefs à lui préjudiciables , & l'exécution des autres chefs ; telle est la décision de la loi *scire debemus* , ff. *de verbor. obligat.* car chaque chef d'un contrat forme un corps séparé : *tot sunt stipulationes , quot corpora , quot summe , quot species* ; & sur ces maximes , le Parlement de Dijon rendit un arrêt rapporté par Bouvoz , tom. 2. lettre T. verbo *Transac-tion. quæst.* 2. en faveur de la dame de Montigni , contre le

seigneur comte de Savigni-Montfort son pere, dans cette espece; ce pere avoit constitué de son chef, à la dame de Montigni, alors mineure, certains biens en dot, moyennant quoi la fille avoit renoncé à ses biens maternels; elle demanda ensuite, d'être relevée de cette renonciation, & que le contrat de mariage fût exécuté pour le chef de la constitution dotale faite par son pere: celui-ci insista à la résolution du contrat pour le tout, sur le fondement, qu'on ne pouvoit en séparer les dispositions, & l'exécuter pour le chef de la constitution des biens paternels, qu'il n'avoit faite qu'en vue de la renonciation de sa fille aux biens maternels, que c'étoit là une condition *sine qua non*. Toutefois il fut débouté de sa demande, & condamné au paiement de la dot par lui constituée à la dame sa fille, & celle-ci fut restituée en entier, envers cette renonciation, comme contenant lésion. Il semble d'abord, que la constitution dotale étoit si fort liée avec la renonciation de la dame de Montigni, qu'elle ne pouvoit en être séparée, que cette constitution avoit été faite en vue de cette renonciation. Toutefois, c'étoient là deux chefs distincts & séparés; la constitution faite par le pere étoit un devoir pour lui, *paternum officium dotare filiam*. Les biens maternels formoient un autre chef & une classe à part, conséquemment la mineure devoit être relevée du chef à elle préjudiciable, qui étoit sa renonciation. L'autre chef, du contrat demeurant en son entier, & cette mineure se trouvoit dans l'espece de la loi, *scire debemus, de verbor. obligat.*

## C H A P I T R E   X X .

*Si le pacte commissoire a lieu dans les ventes.*

*De la clause apposée dans les constitutions des rentes, que l'acheteur de la rente pourra répéter le capital, faute de paiement pendant deux ans.*

*Si l'on peut purgare moram celeri præstatione.*

**L**E pacte commissoire apposé dans les ventes, est fondé sur la loi 2. ff. de leg. commiss. ce pacte est reconnu licite dans les ventes, tant en pays de droit écrit que coutumier; mais il est réprouvé dans les contrats d'engagement, comme captieux & onéreux au débiteur, qui peut toujours reprendre la chose baillée à titre d'engagement, en remboursant son créancier; *damnatur hæc pæctio in pignorbis & hypothecis ob captionem fragilis debitoris & asperitatem creditoris*: c'est le langage de Mornac, ff. de leg. commissor. & telle est la doctrine de Guip. quest. 6. & de Ferriere, *ibi*, qui ajoute (en rapportant un arrêt de ce Parlement) que ce pacte est illicite non-seulement dans l'engagement des fonds & des immeubles, mais des effets mobilières.

Suivant la rigueur du droit le pacte commissoire doit avoir son effet *hoc ipso*, que l'acheteur est en demeure, quoique non interpellé par le vendeur, *leg. si fundus 4, h. Marcellus ult. ff. de leg. commiss.* mais les Tribunaux supérieurs qui se reglent ordinairement sur des principes d'équité, ne suivent point rigoureusement cette disposition de la loi; *& si facile nihil mutandum fit ex solemnibus, tamen ubi æquitas evidens poscit subveniendum est*, dit la regle du droit; & sur ce principe ils reçoivent l'acheteur interpellé par le vendeur sur le paiement du prix de la vente, de purger la demeure dans un délai qui leur est arbitraire, selon la remarque de Louet,

lettre P, somm. 50. num. 2. ce qui est confirmé par *Mornac* sur la loi 21. ff. de constit. pecun.

Sur quoi il faut observer que la minorité n'est pas un moyen de restitution, & que le mineur qui n'a pas purgé la demeure ne peut être relevé de cette omission ou négligence, selon la doctrine de *Brodeau*, loco supra, num. 5.

De ce qui vient d'être dit, il faut conclure que le pacte commissoire en quelques termes qu'il soit conçu, n'est jamais réputé que comminatoire; enforte que pour constituer la partie en demeure, il faut nécessairement une interpellation judiciaire, après laquelle le juge donne *ex æquitate* un délai pour purger la demeure. Ce qui doit être ainsi pratiqué dans tous les contrats où il y a des clauses résolutoires par la convention des parties.

Toutefois si le pacte commissoire se trouve fait dans un engagement *ex intervallo*, il est valide, ainsi jugé au rapport de Mr. Courtois, en la deuxième des enquêtes, au mois de Mai 1722. dans l'espece d'un fonds donné en engagement pour certaine somme, avec pacte consigné dans un billet privé, fait ensuite par le débiteur qui avoit engagé son fonds, que s'il ne faisoit pas de son vivant le rachat des biens engagés, il vouloit que l'engagement passât en vente pure, & que ses héritiers n'y fussent plus reçus. L'arrêt démit l'héritier de la demande en délaissement du fonds.

Si le billet avoit été fait *incontinenti*, & le même jour du contrat, la Cour auroit rendu une décision contraire, parce qu'alors ce billet auroit fait partie du contrat même, suivant la maxime *quæ fiunt incontinenti inesse intelliguntur*, leg. juris gentium, §. quin imò, ff. de pact. ce que *Dumoulin* confirme in consuetud. Paris. §. 78. gloss. 1. num. 57. où il regarde les contrats passés le même jour sur la même affaire (quoique séparés de registre) comme ne faisant qu'un seul & même corps de contrat.

## C H A P I T R E X X I.

*Si la caution de la rente constituée peut contraindre le débiteur principal d'en payer le capital, tandis que la rente est payée.*

**J**E croi que le cessionnaire ne peut agir en garantie contre le cédant pour la restitution même du prix, soit qu'il ait renoncé ou non à la garantie, s'il ne s'est expressément réservé la restitution du prix de la somme cédée en cas d'insolvabilité du débiteur; ainsi, quand même dans l'espece de l'arrêt du 4. Mai 1678. il ne se seroit pas rencontré de la part de Teissiere une renonciation à la garantie, en faveur de Boërie son cédant; il auroit été également irrécevable à lui demander la restitution du prix, parce qu'il ne s'étoit réservé que la vérité de la dette, & que pour obtenir la restitution du prix, il auroit fallu que le cédant lui eût garanti la solvabilité du débiteur.

Je fonde cette décision sur les raisons suivantes; en premier lieu, sur ce que celui qui vend ou qui cede l'action qu'il a sur son débiteur n'est point tenu de sa solvabilité, *leg. Si nomen 4. ff. de hered. vel action. vendit.* en sorte qu'ayant reçu le prix de la cession, il ne peut être contraint à le restituer en cas d'insolvabilité du débiteur, par cette maxime que *repetitio nulla est ab eo qui suum recepit.* Pour l'affujettir & le condamner à cette restitution, il faudroit qu'il eût garanti au cessionnaire cette solvabilité, parce qu'alors la restitution du prix devient une suite de garantie, étant sensible que le cessionnaire n'a compté le prix de la cession que sur la foi de la garantie, & sur l'espoir du recours contre le cédant en cas d'insolvabilité du débiteur; c'est ce qu'on peut conclure de la loi citée, où le jurisconsulte n'affujettit le vendeur ou le cédant à la garantie de la solvabilité du débiteur, qu'autant qu'il l'a promise au cessionnaire.

En second lieu, il n'en est pas de la vente ou cession d'une hypothèque, comme de celle d'un fonds; dans la vente du

fonds la pleine garantie est due par la nature du contrat, *leg. 6. cod. de eviction.* par cette raison sans doute que l'acheteur ne met rien au hazard quand il se détermine à cette acquisition, qu'ainsi il doit être saisi du fonds, & en jouir paisiblement; que si au contraire le fonds lui est évincé, la restitution du prix doit lui être faite, en lui adjugeant des dommages & intérêts, parce que tout cela se trouve renfermé dans les conventions tacites des parties, & vient comme une suite du contrat de vente; il n'en est pas ainsi de l'acquisition d'une hypothèque, celui qui prend la cession s'expose au hazard de l'insolvabilité du débiteur, & voilà pourquoi la loi lui refuse la garantie & le recours contre le cédant.

---

## C H A P I T R E XXIII.

*De quel temps le donataire peut prendre sa donation.*

**P**AR l'article 15. de l'ordonnance du mois de Février 1731. il est porté qu'aucune donation entre-vifs ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au donateur dans le temps de la donation, l'art. 17. excepte de cette règle les donations faites en contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans, soit par des ascendans, soit par des collatéraux ou des étrangers.

Cet article ajoûte qu'à l'égard de ces donations il sera au choix du donataire de prendre les biens tels qu'ils se trouveront au jour du décès du donateur, en payant toutes les dettes & charges, même celles qui seroient postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens qui existoient dans le temps qu'elle aura été faite, en payant seulement les dettes & charges existantes audit temps.

Cet ordonnance ne donne que deux temps pour opter, & cette règle doit être suivie dans le cas même d'une donation faite par un pere dans son contrat de mariage au premier enfant qu'il élira, sans qu'on doive considérer le

temps de l'élection, ni s'y arrêter comme un troisième temps

La raison en est, qu'étant de maxime que dans toutes les stipulations dont l'effet est suspendu jusques à un certain temps, on regarde le temps du contrat, *leg. 18. ff. reg. jur.* le pere se trouvant une fois lié & obligé par le contrat de mariage à faire la restitution des biens à celui de ses enfans qu'il élira, l'élection faite dans la suite doit avoir un effet rétroactif au temps du contrat contenant la donation, l'élection ne faisant que mettre le sceau à la donation, & n'ajoutant rien à l'obligation déjà contractée par le pere en faveur des enfans à naître.

#### C H A P I T R E X X I V.

*Si un donataire, après avoir accepté la donation sous certaines charges & conditions, la peut répudier & s'en départir.*

*Si le donataire universel peut être convenu personnellement, & au-delà de la valeur des biens donnés.*

**L**E donataire universel, étant réputé comme un possesseur des biens à titre particulier (ainsi que je l'ai prouvé ailleurs) il s'ensuit qu'il n'est pas tenu de faire aucun inventaire pour empêcher la confusion de ses biens propres avec ceux du donateur, & qu'il est toujours reçu à répudier, & à se dépouiller des effets donnés pour mettre ses biens propres à l'abri de la recherche des créanciers du donateur. C'est ainsi que la question fut jugée en la distribution des biens de Voifins le 10. Septembre 1722. en la troisième des enquêtes au rapport de Mr. Malaret, entre le sieur d'Izarn seigneur de Cornus, & le sieur Jean Roubin. Dans l'espece de cet arrêt le donataire universel, qui se trouvoit chargé par la donation du paiement des dettes y énoncées, avoit fait diverses consignations aux créanciers indiqués; il avoit conséquemment fait acte de donataire par le paiement

des

des dettes, toutefois il fut reçu à répudier, quoiqu'il n'eût point fait d'inventaire.

L'ordonnance de 1731. art. 36. donne la faculté au donataire des biens présens & à venir de renoncer, si bon lui semble, à la donation, quoiqu'il l'ait acceptée avec cette condition de payer les légitimes des enfans du donateur : l'art. 18. veut que le donataire des biens présens, sous condition de payer indistinctement toutes les dettes & charges de la succession du donateur, même des légitimes indéfiniment, puisse renoncer à la donation ; ce qui doit être entendu des donations faites en contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans. Ces deux articles ne distinguent point à la vérité le cas où le donataire universel a fait inventaire, d'avec celui où il n'en a point fait ; mais outre que le défaut d'inventaire ne peut être un obstacle à la répudiation de la donation, suivant l'arrêt de ce Parlement déjà rapporté, c'est qu'il suffit que l'ordonnance ne soit point entrée dans aucune distinction à ce sujet, pour qu'il faille constamment décider que le donataire universel, soit des biens présens & à venir, est reçu à répudier, quoiqu'il n'ait point fait d'inventaire, & qu'il ait même fait acte de donataire en payant ou en exigeant des dettes de la succession.

## C H A P I T R E X X V.

*De la donation de tous les biens présens & à venir, sous la réserve de l'usufruit.*

**L**A nouvelle ordonnance, art. 16. porte, qu'en cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation des biens présens, ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés, ledit effet ou lad. somme ne seront point compris dans la donation, quand même le donateur seroit mort sans en avoir disposé, auquel cas led. effet ou ladite

170      *Observations sur les Arrêts de Catellan ,  
somme appartiendroient aux héritiers du donateur, nonobstant  
toutes clauses ou stipulations à ce contraires.*

L'article 18. contient une exception en faveur des donataires par contrat de mariage , conçue en ces termes ; *Et en cas que led. donateur par contrat de mariage se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présens , ou d'une somme fixe à prendre sur lesdits biens ; voulons que , s'il est mort sans en avoir disposé, led. effet ou lad. somme appartiennent au donataire ou à ses héritiers , Et soient censés compris dans lad. donation.*

Il faut ici observer , que suivant cette nouvelle ordonnance , conforme en cela au nouveau droit romain , la donation n'en est pas moins valable , quoiqu'absolument destituée de réserve de la part du donateur , soit qu'elle soit faite en contrat de mariage de tous les biens présens & à venir , ou des biens présens seulement hors du contrat de mariage.

---

## C H A P I T R E   X X V I .

*Si le mineur marchand peut être relevé.*

*Si le mineur peut recevoir valablement sans autorité de justice , les sommes qui lui ont été constituées , Et si le constituant peut être recherché faute d'emploi.*

*Des intérêts reçus par le mineur.*

**L**A question , si le mineur marchand peut être relevé pour fait dépendant de son commerce , avoit été jugée contre le mineur par les arrêts des différens Parlemens de ce Royaume , qui avoient à ce sujet dénié aux mineurs la restitution en entier ; mais cette question n'est plus susceptible de dispute depuis l'ordonnance de 1673. rendue pour le fait du commerce , puisque l'art. 6. du tit. 1. porte *que tous négocians Et marchands en gros Et en détail , comme aussi les banquiers , seront réputés majeurs pour le fait de leur commerce Et banque , sans qu'ils puissent être restitués sous prétexte de minorité.*

On peut ici observer qu'il y a plusieurs auteurs qui font de cette opinion, qu'un mineur non marchand, qui a tiré une lettre de change, peut être restitué en entier, tels que sont Lapeyrere, lettre L, *verbo* Lettre de Change, de l'impression de 1717. & Savari, dans son paraire 18. Toutefois le contraire a été jugé par arrêt du Parlement de Paris du 30. Août 1702. confirmé par un arrêt du Conseil du 12. Août 1704. rapportés dans la nouvelle édition de Bornier, *tom* 2, *pag.* 638. § 640.

La raison de ces arrêts est prise, de ce que celui qui tire une lettre de change avec remise de place en place, est réputé marchand pour ce fait, & que par l'art. 4. du tit. 34. de l'ordonnance de 1667. il peut être contraint par corps, sans que cet article fasse distinction de personnes ni d'âge. Toutefois si l'on établissoit que le mineur a tiré cette lettre de change par surprise, & par une ignorance crasse de la rigueur de la contrainte à laquelle il se soumettoit, je croi qu'il y auroit lieu de le décharger de la contrainte par corps, quand même la somme auroit tourné à son profit, sauf au créancier de pouvoir agir sur ses biens.

Le mineur, selon le droit canon, n'est point restituable en matiere bénéficiale; tous les actes qu'il passe concernant les bénéfices qu'il possède après 14. ans sont valables, & ne peuvent être impugnés sous prétexte de minorité & de lésion, suivant *le chap. final. de judiciis, in 6.* mais selon le droit établi en France, le mineur de 25. ans qui ne possède qu'un seul bénéfice, peut être restitué en entier envers la résignation qu'il en avoit faite, selon les autorités rapportées par Févret, de l'abus, *tom. 1. liv. 2. chap. 6. num. 16.* Cette décision est confirmée par la doctrine de Brodeau sur Louet, *lettre B, somm. 7. num. 4.* avec cette restriction néanmoins, que cela doit être entendu des mineurs qui sont au-dessous de 18. ans; car s'ils ont atteint 18. ou 20. ans, qu'ils aient résigné à des personnes non prohibées de droit, alors les résignations sont valables, & les mineurs irrecevables à demander la restitution en entier.

Les personnes prohibées de droit , sont les tuteurs , curateurs , précepteurs , & autres , dont on présume la subornation , & qui ont un ascendant naturel sur la volonté des mineurs ; Brodeau observe encore que dans l'espece des arrêts qui ont annullé des résignations faites par des mineurs de 25. ans , mais au-dessus de 18. il y avoit des preuves de mauvais artifices , ce qui est un moyen de restitution pour les majeurs même.

On peut ajouter que régulièrement les mineurs officiers , ne sont point restitués contre les actes qu'ils ont fait *ratione officii* , & qui concernent l'exercice d'une charge publique , dont ils sont pourvûs ; il en est autrement à l'égard des contrats qu'ils passent pour leurs affaires privées & domestiques ; sur quoy l'on peut voir Ferriere sur la *question* 88. *Guipape* , l'officier mineur n'est pas même relevé par lésion intervenue dans le contrat de vente de son office , selon l'arrêt rapporté par Dolive , *liv. 1. chap. 30.*

Pour ce qui concerne le contrat de mariage , il est certain qu'un mineur ne peut être restitué envers les clauses & conventions ordinaires de ces contrats , & qu'il est réputé majeur pour toutes les actions qui ont rapport au mariage , par cette raison de Brodeau sur Louet , lettre M , *somm. 9. num. 7. qu'ayant la capacité du mariage , il l'a pour toutes les conventions ordinaires qui en sont accessôires* ; mais si le mineur avoit consenti des obligations insolites , & qu'il se fût écarté de la voie que tient dans ces contrats un majeur raisonnable , je croi qu'il y auroit lieu à la restitution en entier par l'argument des contraires , pris de la loi 9. *cod. de integr. restit. minor. non videtur circumscriptus esse minor qui jure fit usus communi.*

Il faut ici observer que les femmes marchandes publiques ne peuvent être relevées des obligations , ou cautionnemens qu'elles consentent pour le fait de leur commerce , & que la Bourse peut les condamner avec contrainte par corps au paiement ; ce qui se trouve ainsi jugé par arrêt de la Cour , prononcé à l'audience par Mr. de Marmieff : président à mortier le 17. Juillet 1715. en faveur de Lizet boulanger , con-

tre la nommée Gleizes boulangere, qui revendoit le pain pris chez Lizet. Elle fut condamnée au paiement avec contrainte par corps par cet arrêt confirmatif du jugement de la Bourfe, plaidans pour ladite Gleize, Me. de la Tournerie, & pour Lizet, Me. Favier.

¶ C'est une maxime constante, que le mineur qui s'est marié avec le consentement de son pere est réputé majeur pour la reception de sa dot, & que sa minorité ne peut servir de prétexte au débiteur des cas dotaux, pour lui en refuser le paiement, & en cas même d'insolvabilité du mari, le débiteur est valablement libéré, la femme devant s'imputer le choix de cet époux sans qu'elle puisse s'aider du bénéfice de la restitution en entier, fût-elle mineure lors du mariage, *leg. cum mandata, ff. de minor.* Le consentement du pere ôte au mineur tout prétexte de restitution en entier. La femme mineure, se réglant par les loix communes à tous les mariages, ne peut être restituée, parce qu'alors elle n'est pas présumée lésée. La faveur des mariages est celle de livrer la dot au mari, à qui l'on a livré la femme, *leg. 2. ff. eod. ne fidejussor. vel mandat. Sc.* & par cette raison le mari ne peut être contraint par le débiteur des cas dotaux, qui veut se libérer, à lui donner caution. *Expilli, playdoier 2. rapporte un arrêt du Parlement de Grénoble du 15. Mai 1604. qui l'a ainsi jugé.*

L'insolvabilité du mari n'est pas un prétexte à la femme de recourir par la voie de garantie contre celui qui lui a payé la dot, parce que la femme doit s'imputer de n'avoir par agi pour la répétition de sa dot dès qu'elle a connu l'insolvabilité de son mari, ou de n'avoir pas engagé son pere à la répéter; c'est ainsi que le décide la *novelle 97. h. illud quoque, Sc. auth. quod locum, cod. de collat.* Si le mari n'est pas obligé de donner caution au débiteur des cas dotaux sur lequel il a été délégué pour son paiement, il ne l'est pas non-plus à l'égard de la restitution de la dot, le cas y échéant, arrêt du Parlement de Bourdeaux rapporté par Automne, *ad tit. cod. ne fidejuss. Sc.* en date du 9. Janvier 1751. la loi 1.

174      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
de ce titre abroge totalement l'usage de la fidéjussion pour  
la dot, & Jullinien, par la loi 2. *eod.* a encheri même par-  
dessus. Toutefois ( le cas d'insolvabilité échéant pendant  
le mariage au moyen d'une faisie générale des biens du mari )  
le beau-pere ni les autres débiteurs de la dot, ne peuvent  
être contraints par le mari au payement ; mais alors la dot  
doit être remise en main sure, pour les intérêts être employés  
à l'entretien de la famille. Quoique le mari ne soit pas  
obligé à bailler caution, s'il a promis d'employer la dot en  
achat de fonds ou d'héritages, pour assurer le montant, il  
peut être contraint d'exécuter sa promesse ; ainsi jugé dans  
la cause de Guillemette Panissier par arrêt du Parlement de  
Dijon du 29. Janvier 1610. rapporté par Bouvot, tom. 1.  
*in verbo Deniers dotaux, quest. 1.*

---

## CHAPITRE XXVII.

*Si un mineur peut être restitué envers sa reception dans une  
confrerie de pénitens.*

**I**L faut que l'établissement des corps & communautés soit  
autorisé des lettres patentes du Roi, sans cela ils ne peu-  
vent être considérés comme corps, & ne sont point habi-  
les à recevoir des legs pieux qui lui seroient faits ; c'est ce  
que la Cour a décidé par un arrêt du 30. Avril 1721. en  
la troisieme chambre des enquêtes, après trois partages por-  
tés de la grand'chambre en la premiere des enquêtes ; de la  
premiere en la seconde, & de celle-ci en la troisieme, où  
il fut vuide à l'avis de Mr. Deiga, contre Mr. l'abbé Tour-  
nier, qui avoit ouvert l'avis contraire à l'audience de la grand-  
chambre en faveur des filles du Bon-Pasteur, établies dans  
le faux-bourg Saint-Cyprien de Toulouse, contre le sieur  
de Michaëlis.

Le Sr. abbé Michaëlis fit un legs dans son testament, en

faveur des filles du Bon-Pasteur ; le Sr. de Michaëlis son héritier, leur ayant contesté ce legs devant le premier juge , Mr. le procureur général prenant leur fait & cause , évoqua l'instance en la grand'chambre.

Le sieur de Michaëlis insista aux fins de non-procéder , & demanda son renvoi devant le premier juge , sur le fondement que cette communauté , n'étant pas autorisée par des lettres patentes du Roi , ne pouvoit user du privilege accordé aux hôpitaux & communautés religieuses de porter leurs causes en la grand'chambre , & d'y plaider par le ministère de Mr. le procureur général , & que d'ailleurs cette communauté informe encore , ne pouvoit recevoir des legs pieux par le défaut de lettres patentes.

Les religieuses au contraire prétendirent que , quoique destituées de lettres patentes , elles n'étoient pas moins capables de recevoir des legs pieux , & qu'elles devoient avoir la même faveur que les hôpitaux , puisque leur maison étoit une retraite pour les pauvres filles qui vouloient se garantir de la contagion du commerce du monde , & qu'elles n'y vivoient que des charités qu'on vouloit bien leur faire. Nonobstant ces allégations spécieuses , on crut ne pouvoit se départir des loix communes , selon lesquelles une communauté n'est censée corps , & ne peut jouir des privileges qui peuvent lui être accordés , qu'autant que son institution se trouve confirmée par des lettres patentes du Roi ducement enrégistrées.

On peut voir l'article 8. de l'ordonnance de 1731. sur la matiere des donations.

¶ C'est avec raison que l'arrêt du 1. Février 1679. débouta Albenque de ses lettres en cassation de la reception en la confrerie des pénitens Bleus de Lavour. Un mineur n'est jamais restituable , lorsqu'il a agi comme un majeur raisonnable , & qui s'est réglé par le droit commun ; or c'est une loi dans ces confreries , & un usage d'y admettre non-seulement les adultes , mais même les impuberes , n'y étant pas question de vœux qui lient la personne. Toute la diffi-

176 *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
culté qui pourroit naître à cet égard , consisteroit à sçavoir ,  
si la confrerie , se trouvant destituée de lettres patentes pour  
autoriser son établissement, un confrere actionné pour le paye-  
ment de pareils droits , ne pourroit point exciper du défaut  
de lettres patentes ; ce faisant , demander son relaxe de la  
demande ? Je ne fais point de difficulté sur ce relaxe ; je me  
fonde sur l'édit de Louis XIV. du mois de Décembre 1666.  
renouvelé par l'édit du mois d'Août 1749. le premier ,  
( concernant l'établissement des monasteres , & communau-  
tés sans permission ) porte qu'à l'avenir il ne pourra être fait  
aucun établissement de colleges<sup>s</sup>, monasteres, communautés re-  
gulieres ou séculieres , même sous prétexte d'hospices , en aucu-  
nes villes , ou lieux du Royaume , par qui que ce soit , ou pour  
quelque cause & occasion que ce puisse être , sans permission  
expresse de sa majesté , par lettres patentes bien & duement en-  
régistrées dans les Cours de Parlement.

Sous le nom de communautés sont comprises sans doute ,  
les confreries des pénitens , & c'est ce que l'art. 1. de l'édit  
de 1749. met en évidence , renouvelant en tant que de be-  
soin les ordonnances des Rois nos prédécesseurs , voulons , qu'il  
ne puisse être fait aucun nouvel établissement de chapitre ,  
colleges , seminaires , maisons ou communautés religieuses ,  
même sous prétexte d'hospices , congrégations , confreries , hô-  
pitaux ou autres corps , & communautés , &c. si ce n'est en ver-  
tu de notre permission expresse , portée par nos lettres patentes ,  
enregistrées en nos Cours de Parlement , ou Conseils supérieurs ,  
chacun dans son ressort.

L'édit de 1666. déclare lesdits établissemens , destitués  
de lettres patentes , & les assèmlées qui seront faites du  
corps desd. communautés , illicites , & le corps incapable  
d'ester en jugement , de recevoir aucuns dons & legs de  
meubles , immeubles , & de tous autres effets civils.

L'art. 13. de l'édit de 1749. confirme cette disposition.  
Voulons , porte l'article , que tous ceux qui auront été faits ,  
( c'est des établissemens dont-il s'agit ) depuis les lettres pa-  
tentes en forme d'édit , du mois de Décembre 1666. ou dans

*les trente années précédentes , sans avoir été autorisés par lettres patentes bien & duement enrégistrées , soient déclarés nuls , comme aussi tous actes & dispositions faits en leur faveur.*

L'édit de 1666. déclare les communautés qui seront établies sans lettres patentes duement enrégistrées , indignes & incapables d'en obtenir ci-après , ( & pour montrer que ce n'est point là une déclaration comminatoire , ) l'ordonnance ajoute , *& si , par surprise , aucunes étoient obtenues , nous les déclarons nulles , & défendons à nos Cours de Parlement d'y avoir aucun égard.*

De tout ce-dessus il faut conclure , que le syndic des corps destitués de lettres-patentes n'ont aucune action en main pour ester en jugement au nom de leur corps , que leurs assemblées sont illicites & leurs délibérations nulles , & cassables.

## CHAPITRE XXVIII.

*De la loi Quoties , cod. de rei vind. & si la tradition qui se fait par la retention de l'usufruit , peut être considérée dans le cas de cette loi.*

*Si le fils de famille peut , sans le consentement de son pere , aliéner les biens que son pere lui a donnés , sous la réserve de l'usufruit dans le contrat de mariage de ce fils.*

*Si la décision de cette loi Quoties a lieu entre deux fermiers.*

**L**A loi *Quoties* , *cod. de rei vindicat.* peut ici donner lieu à quelques observations concernant la possession dans l'une & l'autre matiere civile & bénéficiale.

En premier lieu , c'est une regle , que la disposition de la loi *Quoties* n'a point lieu dans les donations & contrats passés par le prince ou princesse souverains ; car le premier

178 *Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
donataire est préférable au second, quoique celui-ci ait pris  
possession le premier; mais il faut que le don soit fait par  
lettres-patentes, & qu'il ait été vérifié par la chambre des  
Comptes, *Baquet, traité de deshérence, chap. 5.*

Cette même décision a lieu dans la collation des bénéfices;  
en sorte que si le Roi a conféré le même bénéfice à deux dif-  
férentes personnes, celui qui est en possession le premier n'a  
point d'avantage sur l'autre; on donne l'avantage & la pré-  
férence à celui dont la nomination est antérieure; que si les  
deux titres sont du même jour, & qu'on ne puisse fixer la  
priorité de l'un sur l'autre par l'heure qu'on a omise, alors  
on a recours au registre, & on donne la préférence au titre  
qui se trouve couché le premier dans l'ordre de l'écriture,  
*Mornac sur la loi Quoties.*

3°. Les donations faites à l'église ou aux pauvres, sont ex-  
ceptées de la disposition de la loi *Quoties*; & si l'église ou les  
pauvres sont antérieurs en date, quoique postérieurs en pos-  
session du fonds donné, ils sont préférables au donataire qui  
les a prévenus dans la possession, *idem Mornac.*

4°. Cette loi n'est point régulièrement d'usage en matière  
de collation de bénéfice, parce qu'on se règle en matière bé-  
néficiale, non par la possession, mais par la validité du titre.  
En sorte que dans le concours, par exemple, de deux pour-  
vûs par le même collateur, on donne la préférence au pré-  
mier, quoique le second l'ait prévenu dans la prise de posses-  
sion du bénéfice; la raison de cette décision est donnée par la  
glos. sur le chap. *si tibi absentis, de præb. in 6.* c'est que le  
collateur ecclésiastique, ne pouvant varier, il faut donner la  
préférence au premier titre qu'il a fait.

Or la possession, prise en conséquence du second titre n'é-  
tant pas canonique, puisqu'elle est destituée de titre valable,  
ne peut produire aucun effet, selon le chap. *1. de reg. jur.*  
*in 6.*

Suivant le chapitre *si à sede, de præbend. in 6.* lorsque deux  
différens clercs ont été nommés au même bénéfice le même  
jour, l'un par l'ordinaire, l'autre par le Pape ou son légat à

*latere*, sans qu'on puisse démêler quel des deux titres est le premier en date ; alors, suivant cette décrétale, on donne la préférence à celui qui se trouve en possession le premier. Mornac, sur la loi *Quoties*, rapporte un arrêt du Parlement de Paris du 11. Mars 1613. qui a adopté la disposition de cette décrétale ; ce même arrêt est rapporté par Brodeau sur Louet, *lettre V, somm.* 1. ce docte avocat plaida dans cette cause pour Me. Nicolas Colbert, contre Me. Nicolas Bernard ; & il observe que le Parlement ne s'arrêta pas seulement à la possession, mais à la faveur de la collation de l'ordinaire, à qui la préférence fut donnée sur la provision du Pape.

En effet, les meilleurs canonistes françois tiennent pour maxime, que dans le concours de ces deux provisions de la même date, sans prise de possession, celle de l'ordinaire doit l'emporter sur celle du Pape, par la disposition du fameux canon, *omnes basilicæ* du premier concile d'Orléans, & par les raisons touchées par Dumoulin, *in reg. de infirm. num.* 37. qui sont, que le collateur ordinaire, étant plus à portée pour connoître le mérite & la capacité de la personne que le Pape, sa provision doit avoir la préférence dans le doute qu'elle des deux a été expédiée la première, *in dubiis benigniora præferenda sunt* ; Mornac n'est pourtant point de cette opinion au lieu cité : *certi autem juris est*, dit-il, *potiorrem quidem esse collationem Pontificis, aut legari à latere, propter conferentis amplio rem prærogativam* ; mais cette opinion est réfutée par la note marginale, en ces termes : *imo præfertur is cui ab ordinario collatum est beneficium, licet prior in possessionem missus non fuerit.*

Il n'y a que la prise de possession qui puisse faire prévaloir la provision du Pape sur celle de l'évêque, quand elles sont du même jour & date : l'arrêt du mois de Mai 1599. dont fait mention Mornac dans la cause de Mussart, le prouve d'une manière bien convaincante, puisque si cet arrêt préféra le contendant de Mussart, ce ne fut que parce que ce dernier pourvû par l'évêque, avoit frauduleusement empêché l'autre de se mettre en possession du bénéfice.

Le chapitre *si à fede* n'a pas lieu dans le concours des provisions d'un même bénéfice , expédiées en même jour , l'une par l'évêque , l'autre par son grand-vicaire , le pourvû par l'évêque étant préférable , quoiqu'il ait pris possession le dernier ; c'est la disposition d'un arrêt du Parlement de Paris , du 14. Septembre 1564. rapporté par Chopin , *de sacra polit. lib. 1. tit. 6. num. 7.* La raison en est , que le chapitre *si à fede* , est une constitution faite pour régler le concours des provisions d'un même bénéfice entre le Pape & l'évêque , & qu'elle ne reçoit point d'extension aux pourvûs par l'évêque & par son grand-vicaire.

En effet , cette extension ne doit point être faite , parce qu'il y a disparité de raison entre ces différentes provisions. Les provisions du Pape & de l'évêque , concourant ensemble , *mutuo se concursu impediunt* , puisqu'elles émanent de deux collateurs d'un égal pouvoir ; ainsi il faut que la possession détermine le droit , & donne la préférence à l'un des pourvûs sur l'autre ; au lieu que la collation des bénéfices , étant de la juridiction volontaire de l'évêque , tous les actes du grand-vicaire , dans cette même juridiction , sont subordonnés à ceux de l'évêque , qui peut rectifier les jugemens rendus par son vicaire ; conséquemment dans le concours des provisions dont il s'agit , celle de l'évêque doit prévaloir.

¶ Il est certain que le fils de famille ne peut aliéner le bien aventif dont il a la propriété par le droit nouveau , l'usufruit demeurant réservé au pere , si le pere ne consent à cette aliénation : *leg. cum oportet 6. cod. de bonis quæ liberis* ; car quelque favorable que soit cette constitution de l'Empereur Justinien aux fils de famille , auxquels il a bien voulu accorder la propriété d'un bien que la rigueur des loix anciennes avoit laissé entre les mains du pere *jure patriæ potestatis* ; toutefois il faut conclure de cette loi , que le fils non émancipé n'a pas la faculté d'aliéner ce même bien. *Nulla modo audeat filius familias , vel filia , vel deinceps persona vetare eum cujus in potestate sunt easdem res tenere , aut quomodo voluerit gubernare.* La possession , le maniement , le gou-

vernement restent au pouvoir du pere ; d'où il faut conclure que ce même bien ne peut sortir de sa main, par l'aliénation qu'en pourroit faire le fils propriétaire ; & c'est ce qu'on peut conclure de l'arrêt du 23. Février 1667. puisqu'il renferme un interlocutoire qui sert de préjugé pour la décision , en admettant Guirbal à justifier l'émancipation de Gasc fils avant l'échange de 1643. d'où il faut conclure , qu'étant sous la puissance paternelle , Gasc avoit les mains liées pour bailler par échange les deux arpens de terre sur lequel l'usufruit demeurait réservé au pere : mais comme l'interlocutoire contient cette alternative , *ou que la piece de deux arpens avoit été donné par Gasc pere à son fils dans son contrat de mariage* , il s'ensuit que le fils , étant sous la puissance du pere , peut faire l'aliénation du fonds , si la donation lui en a été faite par son contrat de mariage , sans réserve de l'usufruit de la part du pere.

Livre V. Chapitres XXIX. XXXI & XXXII.

*Si celui qui prête une somme pour payer un créancier de celui qui emprunte , avec subrogation , est valablement subrogé lorsque ce paiement n'est fait à ce créancier que le lendemain , & qu'il n'a pas de déclaration d'emploi.*

*Si celui qui paye un créancier de ses deniers acquiert l'hipothèque de ce créancier sans subrogation.*

*De l'acheteur qui paye les créanciers du vendeur , ou les lods de son acquisition , sans subrogation.*

*Si le cessionnaire entre dans l'hipothèque du cédant sans subrogation.*

*Si le privilege personnel passe au cessionnaire.*

**L**A loi *si ventri , h. eorum* , ff. de rebus auct. judic. possidend. est fondée sur une présomption de paiement fait par le débiteur à son créancier des mêmes deniers qu'il a emprunté pour satisfaire à ce paiement ; & cette présomption , qui est *juris & de jure* , suffit pour acquiescer à celui qui

2 fait le prêt, la subrogation au droit & privilege de ce créancier, pourvu que le payement soit relatif à l'emprunt, c'est-à-dire, fait dans un court espace de temps, entre l'emprunt & le payement : *quod quidem potest benignè dici, si modo non post aliquod intervallum id factum sit.* C'est par équité que la loi subroge celui qui a fait le prêt au droit du créancier privilégié, parce qu'elle suppose par la brièveté du temps qui s'est écoulé que le débiteur a fait le payement suivant la convention verbale d'entre lui & le créancier qui a fourni l'argent, sçavoir, qu'il seroit employé, sans divertissement, au fuid. payement; c'est ainsi que l'observe Dupérier dans ses questions notables, liv. 3. chap. 4. Mais, suivant sa doctrine, le payement doit être incontinent & sans aucun retardement: il me semble qu'en suivant l'esprit du jurisconsulte Upien, cet espace de temps qu'il n'a pas déterminé, doit être mesuré par rapport à la distance du domicile du créancier, ou du lieu où l'argent a été compté; de façon que le débiteur puisse avoir le temps d'arriver au même lieu sans se divertir à d'autres actes; & c'est ainsi qu'il faut entendre cette restriction de la loi, *si modo non post aliquod intervallum.* C'est à la prudence du juge à régler cet intervalle.

Au surplus, pour établir la présomption dont j'ai parlé, la loi ne requiert point que le payement soit fait en mêmes especes, ni devant le même notaire. A l'égard de la circonstance qui se rencontre dans l'espece de l'arrêt du 2. Mai 1678. prise de la subrogation faite par Pascal débiteur, en faveur de Ferrand; à l'hypothèque de Moinier, elle n'étoit point nécessaire pour acquérir à Ferrand l'hypothèque privilégiée, parce que la loi *si ventri* accordoit à Ferrand cette subrogation, de-là que ses deniers étoient parvenus sans divertissement à Moinier créancier, ainsi que l'observe Mr. Dolive, liv. 4. chap. 15. sur la loi *si ventri*; car cette loi est dans l'espece d'un tiers, qui, n'étant pas déjà créancier, prête ses deniers pour acquitter une obligation personnelle privilégiée; auquel cas la subrogation spéciale n'est point nécessaire, mais seulement lorsqu'il s'agit d'acquérir le droit du

créancier hypothécaire ; c'est la doctrine de Cujas , *observat. lib. 18. cap. ult.* La raison en est prise de ce que la subrogation dont parle le jurisconsulte dans le paragraphe *eorum*, est un bénéfice de la loi ; au lieu que l'hypothèque n'est pas un bénéfice , mais l'effet de la stipulation d'entre le débiteur & le créancier ; en sorte que l'hypothèque n'est point transmise sans cession ; au lieu que le privilège de l'obligation personnelle l'est suivant la loi 2. *in personalibus* , ff. de *cessione bonor.*

Le créancier postérieur entre en la place du premier , même sans nulle subrogation à son hypothèque , si l'antérieur est payé de ses deniers ; *leg. secundus 22. cod. de pign. & hypoth. & leg. 1. & 5. qui potior. in pign. habeant.* Mais cette subrogation n'a pas lieu en faveur d'un tiers , qui n'étoit pas déjà créancier du même débiteur lors du prêt qu'il lui a fait ; car dans ce cas , il faut une subrogation spéciale , *Dolive, en ses arrêts, liv. 4. ch. 14.* Or la subrogation spéciale peut être faite non-seulement par le débiteur qui reçoit le paiement & les deniers pour être comptés à son créancier , mais encore par le créancier lors de ce paiement , *leg. Aristo. 3. ff. quæ res pignor. vel hypoth. leg. prior, 3. à Titio, qui potior in pign. hab. eod.* La subrogation du débiteur seul opere son effet , quoique faite en l'absence du créancier , & sans son intervention dans le contrat. Outre le cas marqué par la loi *si ventri* , où le tiers entre en la place du créancier , sans subrogation spéciale , il y a celui où ce tiers a acheté du débiteur la chose hypothéquée au créancier , qui a reçu son paiement des deniers de ce tiers-acquereur , & du prix de cette vente ; car alors la subrogation se fait *potestate legis, d. leg. Aristo. & leg. si potiores 3. de his qui in prior. creant.* La loi présumant qu'il y a eu pacte tacite , entre le débiteur qui vend & l'acheteur , sçavoir , que celui-ci , succedera au droit du créancier hypothécaire , au moyen du paiement qui lui sera fait ; car la vente dépouillant ce débiteur de la chose qu'il avoit spécialement hypothéquée , ce débiteur est censé avoir plus aisément consenti à l'hypothèque d'un fonds qui

184      *Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
fort de sa main en faveur de l'acquéreur, & à la subrogation  
au droit de l'ancien créancier, qu'à assujettir ce même fonds  
dont il conserveroit la propriété, à une nouvelle hypothèque;  
& dans ce dernier cas, il faudroit, de la part de ce débiteur  
possesseur du fonds, une subrogation spéciale en faveur de  
ce tiers, ou étranger. A l'égard de la cession des droits do-  
taux, faite par une femme à un tiers, je croi que son privi-  
lege passeroit tout entier au cessionnaire, si l'action avoit été  
préparée par la femme, quoiqu'il n'y eût point de garantie  
spéciale promise de sa part, l'action une fois intentée par ce-  
lui à qui elle est personnelle, étant transmissible de plein droit  
à ses successeurs ou cessionnaires, même étrangers; *leg. 6. pos-  
thumus, §. 4. quis instituta, ff. de inoff. testam. & Dupe-  
rier, liv. 2. quest. 12.*

---

## C H A P I T R E   X X X .

*Si les intérêts courent sans interpellation en faveur de celui qui  
est subrogé au précaire du vendeur.*

**I**L faut observer sur la loi *emptor. 27. ff. de novat.* que  
dans l'espece de cette loi, il y avoit novation de la dette,  
& qu'il ne restoit plus qu'une obligation nouvelle qui ne por-  
toit point d'intérêt, à cause qu'il n'y étoit point stipulé: *Cur-  
sus usurarum*, dit Barthele sur cette loi, *ex stipulatione proce-  
dens, in stipulatione novante non intelligitur repetitus.* Le créan-  
cier délégué ne pouvoit donc prétendre l'intérêt sur son dé-  
biteur; mais dès qu'il y a subrogation, le créancier subrogé,  
entrant en la place du subrogeant, les intérêts lui sont dus.  
Ainsi, c'est avec fondement que l'arrêt rapporté dans ce cha-  
pitre, adjugea les intérêts au Sr. Blancone, subrogé au pré-  
caire sur la maison vendue.

CHAPITRES.

CHAPITRES XXXIII. & XXXIV.

*Si une barque est un meuble.*

*Si les meubles peuvent être suivis par hypothèque.*

*Si la déclaration d'une feintise d'une quittance publique, peut faire revivre la première obligation.*

Cette maxime généralement reçue en France, que les meubles n'ont point de suite par hypothèque, lorsqu'ils sont hors de la main du débiteur, doit être ainsi entendue; que le créancier qui n'a qu'une hypothèque générale sur les biens de son débiteur, ne peut point exercer cette hypothèque sur les meubles que le débiteur a aliénés par la vente, ni rechercher à ce sujet l'acheteur. Mais si au contraire le créancier a une hypothèque spéciale sur les choses mobilières, comme s'il les a vendues lui-même, & qu'il n'ait point été payé du prix convenu; alors cette maxime cesse, & le créancier a droit de suite de ces mêmes meubles contre le tiers-acheteur; c'est la distinction marquée par Expilli, *plaidoyé* 10. qu'il fonde sur l'autorité de plusieurs docteurs françois, tels que sont Chassanée, le président Boyer, & Rebuffé.

Sur quoi il faut observer que cette suite ne peut être accordée au vendeur des meubles, que dans les circonstances qu'il n'est point payé du prix qu'il devoit recevoir lors de la tradition des choses vendues, par cette raison que la chose vendue, n'étant point acquise à l'acheteur que par le paiement du prix, le vendeur en retient le domaine civil jusqu'à l'effectuel paiement, en sorte qu'il peut la suivre comme si elle étoit dans les mains du tiers-acheteur; ce qu'il ne pourroit faire si en délivrant la chose il s'étoit contenté d'une assurance qu'il lui eût donné à ce sujet, ou de quelque gage, parce qu'alors il se seroit entièrement dépouillé du domaine & de la propriété de la chose: *venditæ verò res & traditæ, non*

*Observations sur les Arrêts de Catellan ,  
aliter emptori acquiruntur, quàm si is venditori pretium sol-  
verit, aut alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut  
pignore dato. insit. ad h. venditæ res, de rerum divis. Et acquir.  
ip[s]ar. domin.*

Les arrêts rapportés par Brodeau sur Louet, lettre P, *somm.* 19. num. 3. & 4. ont décidé que le vendeur des meubles ne peut les vendiquer des mains du tiers-acheteur de bonne foi, quand ce vendeur a donné terme au premier acheteur, ou qu'il s'est contenté des suretés qu'il lui a données pour cela, & qu'il ne peut avoir de privilege sur ses meubles, que lors qu'étant dans les mains de ce premier acheteur, les créanciers en poursuivent la vente judiciaire ; ces arrêts sont conformes aux regles.

On peut ici toucher une question, si le bétail & autres choses mobilières, vendues en pleine foire, ont suite par hypothèque dans les mains de l'acheteur.

Selon le préjugé rapporté par Larroche, *liv. 1. tit. 3. art. 3. en ses arrêts*, les choses vendues en foire ou marché public ne peuvent être vendiquées de l'acheteur ; mais je croi qu'il faut entendre cette décision de la coutume de Toulouse, selon laquelle l'acheteur ne peut être recherché à l'occasion de l'achat fait en foire ou marché public ; & c'est ce que Larroche lui-même a observé, *liv. 2. tit. 7. art. uniq.*

Graverol remarque sur l'arrêt rapporté par Larroche, *liv. 1.* que selon l'usage, l'acheteur est contraint de restituer la chose vendue en foire ou marché public, si le propriétaire le rembourse du prix qu'il a compté. La faveur des foires, jointe à la bonne foi de l'acheteur, a sans doute donné lieu à cette pratique : Mais si l'acheteur est soupçonné de mauvaise foi dans l'achat de la chose, comme s'il l'a prise des mains d'un vendeur inconnu & passant, il ne peut prétendre de restitution du prix, & il est assujetti à rendre la chose ( si elle est évincée par le véritable maître, ) quoiqu'il en ait fait l'achat en foire ou marché public, suivant l'arrêt de la Cour du 7. Mai 1625. rapporté par Cambolas, *liv. 2. chap. 5. num. 2.* Ce qui est conforme à la décision de la loi 2. & 5. *cod. de furt.*

¶ *servo corrupt.* La décision de ces loix reçoit son application dans la coutume même de Toulouse, selon la remarque de Larroche, liv. 2. tit. 7. faite en ces termes, autre chose seroit de celui qui acheteroit *ab ignoto* & *transeunte*, *propter suspicionem criminis.*

Quoique le vendeur ne soit point une personne inconnue & passante, la restitution de la chose n'en doit pas moins être faite sans espoir de répétition du prix, si l'acheteur a eu un juste sujet de soupçonner le vendeur de vol; c'est la disposition de la loi *In civilem 2. cod. de furt.* & c'est ce que le juge doit déterminer lui-même sur les circonstances qui accompagnent la vente, comme, par exemple, si l'on a acheté d'un domestique de la vaisselle d'argent, ou de toute autre personne de condition vile & abjecte, sur qui le soupçon de vol peut tomber, par les apparences qu'il y a que cette vaisselle n'appartient point au vendeur.

Il faut observer sur la question décidée par l'arrêt du 22. Août 1678. rapporté dans le chap. 34. que si la déclaration de la feintise étoit absolument relative à la quittance; c'est-à-dire, qu'elle eût été faite le même jour, elle détruiroit la quittance; en sorte que l'obligation n'auroit jamais été éteinte, & cela par cette maxime que les contrats passés le même jour, entre mêmes Parties, pour la même affaire, sont censés former un seul & même corps d'acte, quoique séparés & insérés en différens registres, *leg. juris gentium, §. quin imo, ff. de pact. & leg. pacta, de contrah. vendit. eod. Dumoulin, in consuet. Paris. §. 78. gloss. 1. num. 78.*

Si la quittance avec la déclaration forment un seul & même contrat, il en faut conclure qu'il n'y a jamais eu de cancellation de l'obligation, puisque la déclaration de feintise y porte un obstacle invincible.

## C H A P I T R E   X X X V .

*Des intérêts des réparations, des lods & ventes, & de la plus-value du fonds évincé.*

C'est une maxime dans ce Parlement, qu'on n'ordonne point la distraction des fruits produits par les réparations en faveur du possesseur évincé qui les a faites, mais qu'on lui adjuge avec le capital, les intérêts de ces réparations. Ainsi la liquidation des fruits, dont la restitution doit se faire par le possesseur du fonds, n'est point diminuée par la déduction des fruits que peuvent avoir rendu ces réparations, on fait la liquidation sur le total des fruits, sur lesquels on impute le montant des réparations & des intérêts; ainsi jugé le 13. Juin 1724. au rapport de Mr. l'abbé Castain, en la troisième chambre de enquêtes, entre le sieur Trebos frere & sœur, & le sieur de Solier.

La raison de cette décision est prise de ce que les réparations font partie du fonds, & qu'elles sont confondues avec le fonds même dès qu'elles sont faites, enforte qu'elles ne doivent point en être séparées; d'où il faut conclure que les fruits en étant pareillement confondus avec ceux du fonds, il faut les confondre dans la liquidation, & n'en point faire de distraction.

Il faut ici observer que le possesseur du fonds a droit de retention jusqu'à l'effectuel remboursement des réparations utiles & nécessaires qu'il y a faites, selon la doctrine de *Guip. quest. 169.* & cette retention a lieu, quoique ces réparations ne soient pas liquides, ainsi qu'il fut jugé par le même arrêt du 13. Juin 1724. conformément à l'art. 9. du titre de l'exécution des jugemens, de l'ordonnance de 1667.

CHAPITRE XXXVI.

*Si les alimens fournis par une mere, par une aïeule, ou par un ami, peuvent être demandés.*

C'Est une obligation indispensable pour la mere de nourrir ses enfans, quand ils n'ont pas dequoi se nourrir eux-mêmes par le défaut des biens paternels, suivant la disposition de l'auth. *Si pater causam, cod. divort. facto apud quem liber.* &c. l'aïeule est dans la même obligation, selon les interpretes, quand les biens de la mere sont insuffisans; mais si les enfans, après la dissolution du mariage, arrivée par la mort du pere, sont nourris par la mere ou l'aïeule qui a administré leur tutelle, c'est une question agitée par le jurisconsulte dans la loi *Nesennius Apollinaris 34. ff. de negot. gestis*, si l'aïeule peut répéter ces alimens; le jurisconsulte, après avoir discuté la question, la résout en faveur de l'aïeule, & conclut qu'elle ou ses héritiers peuvent répéter ces alimens, sur-tout si l'aïeule a pris soin de charger son livre journal de la dépense & nourriture fournies: *Igitur in re facti facilius putabo aviam vel hæredes ejus audiendos, si reputare velint alimenta. Maximè si etiam in ratione impensarum ea retulisse aviam apparebit.*

Sur quoi il faut remarquer que le jurisconsulte ne se détermine point à cette décision, par la circonstance de ce fait, que l'aïeule avoit chargé son journal domestique de la dépense fournie; car cette circonstance ne sert simplement qu'à fortifier sa décision, mais n'est point déterminante, *maximè si etiam*, &c. d'où il faut conclure que, quand même l'aïeule n'auroit point marqué sa volonté de répéter la nourriture par le soin qu'elle prit de l'insérer par articles dans son journal, elle auroit eu le même droit de répétition, par la raison que l'aïeule n'étoit pas présumée avoir voulu faire une libéralité à son petit-fils, en lui fournissant cette dépense, mais le nourrir des fonds pupillaires qu'elle ad-

190      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
ministroit; c'est l'observation de Faber, *in rational.* sur cette loi *Nesennius, verbo In re facti*; *jam enim diximus*, dit-il *non videri avium donandi animo alimenta nepoti suo impuberi præstitisse, sed potius est rerum ipsius administratione quam habebat.*

Sur ce principe il faut constamment décider que la mere qui fournit la nourriture à son fils impubere après la dissolution du mariage, est toujours fondée à en demander le paiement sur les biens du pupille dont elle a l'administration, si ce n'est dans le cas où le pupille n'a pas de quoi se nourrir des biens paternels ou avenir, car alors elle seroit irrecevable à demander le paiement de sa nourriture & entretenement, suivant la loi *alimenta, cod. de negot. gest. alimenta quæ filiis tuis præstitisti, tibi reddi non justa ratione postulas, cum id, exigente maternâ pietate, feceris.* Le terme d'*exigente* dénote le devoir de la mere d'alimenter son fils dans le cas de nécessité: cette loi doit donc être appliquée, non à la nourriture fournie comme pure libéralité, mais par un devoir attaché à la qualité de mere, *exigente maternâ pietate*; cette loi est donc bien différente dans son espece de la loi *Nesennius*, où l'aïeule est censé avoir fourni à la nourriture de son fils dans l'espoir & dans la vue que cette nourriture lui seroit allouée dans le compte de son administration.

On peut tirer cette conséquence par argument de la loi *Nesennius*, que toutes les fois qu'un particulier est débiteur ou comptable de celui qu'il a nourri chez lui pendant un espace de temps notable, & qui excède les bornes d'une hospitalité exercée, ou d'une visite ordinaire; alors il est censé avoir fourni cette nourriture par compensation, & dans la vue de faire une imputation sur la dette, & qu'il n'est pas même nécessaire que ce débiteur fasse des protestations à ce sujet, ni qu'il charge son livre journal de cet article de dépense, les protestations étant alors une précaution surabondante.

Mais dans les circonstances où celui qui a fourni la dépense

se, n'est ni comptable, ni obligé par devoir d'alimenter l'autre; la question doit être décidée par des conjectures qu'on tire des précautions qu'a prises celui qui a fourni à l'entretien, en couchant sur son livre journal tout ce qui concerne cet article. Et c'est ce qu'on peut recueillir de la loi *Nesennius* & de la doctrine de Faber, *eodem*, où cet interprète observe que ce n'est pas alors le livre journal qui prouve la vérité de la dette, mais la vérité de l'intention de celui qui a fourni la nourriture, *rationum autem inspectio prodest, ad sumendam conjecturam voluntatis*. Or comme on ne présume jamais la donation même *inter conjunctas personas*, selon le même Faber, il faut nécessairement conjecturer que cette précaution de coucher la dépense dans le livre journal, n'a d'autre objet que de constater la preuve de l'intention de celui qui l'a faite pour son parent ou pour son ami. Car les protestations ne servent ici qu'à manifester la vérité d'une démarche équivoque, je veux dire, qu'étant difficile de démêler si celui qui a fourni les alimens a eu intention d'en faire une pure libéralité, ou au contraire de se former une créance; ces protestations fixent le doute, & conservent en même-temps le droit de celui qui en a sagement usé. *In iis quæ alia atque alia mente fieri possunt, protestatio semper prodest, ad animi motum declarandum, ideoque conservant jus protestantis ne ledatur ex eo actu, ex quo alioqui ledere-tur; Faber. eod. in verbo Sic etiam protestata.*

Pour ce qui concerne la nourriture fournie au fils par le pere, après la dissolution du mariage, arrivée par la mort de la mere, il ne peut régulièrement appeller à son secours la décision de la loi *Nesennius*; car quoiqu'il soit administrateur légitime de ses enfans non émancipés, & que par l'événement il leur fût comptable *ratione administrationis* pour les dissipations qu'il pourroit avoir faites de leurs biens maternels ou adventifs; il ne s'ensuit pas que, le cas échéant de la restitution de ces mêmes biens, il pût imputer aux enfans le montant de leur nourriture & entretien, parce que le pere ayant de droit l'usufruit de leurs biens, est obligé de les alimenter.

Il en seroit autrement, si les enfans, après avoir été émancipés, avoient été nourris par leur pere, qui demeureroit leur reliquataire à raison de cette même administration par la clôture de son compte : alors je croi que les enfans seroient tenus d'imputer la nourriture sur le reliqua, à moins que dans ces mêmes circonstances, les enfans n'eussent prêté leur ministère journalier au pere, ce qui est une exception marquée par Faber sur la loi *Si paterno affectu*, *cod. de negot. gest.*

Quant aux fraix exposés par le pere pour les études & l'éducation de son fils, Mornac observe, sur la loi *Nesennius*, que Balde & Barthole sont de cette opinion, que si le fils a des biens propres, *et aliunde quàm à patre*, le pere peut répéter sur lui, ou imputer sur sa légitime ces dépenses. Dans ces circonstances il faut, selon moi, user de la distinction de la loi *Si paterno affectu*, & démêler si le pere a fourni à cette dépense par un pur motif d'affection & de libéralité pour son fils, ou au contraire, dans l'intention d'en obtenir le remboursement sur ses biens propres, ce qu'on peut découvrir, s'il a usé des précautions marquées dans la loi *Nesennius*.

Il y a un arrêt rendu en la seconde chambre des enquêtes, entre François Gelis & Bardou, le 19. Février 1718. après partage vuïdé en la troisieme, au rapport de Mr. l'abbé de Palarin, compartiteur Mr. de Resseguier, qui a jugé que le pere, ayant joui des fruits d'un bien aventif d'un de ses enfans, procédant de la succession *ab intestat* d'un de ses freres, peut compenser cette jouissance avec la nourriture qu'il a fournie à cet enfant, & à concurrence.

Le motif de cet arrêt est pris de la présomption de la loi 34. déjà citée, selon laquelle on est censé se libérer plutôt que de donner ; mais dans l'espece de cet arrêt il se trouve une circonstance qui, selon moi, devoit faire rendre une décision contraire, en rejetant la compensation demandée. Cette circonstance étoit, que la fille, dont le pere avoit joui le bien aventif, avoit travaillé sous lui à son profit, de son métier de tailleur, sans en tirer aucune retribution, consé-

quemment

quemment le pere avoit dû nourrir sa fille, & ne pouvoit être dispensé de lui faire compte des fruits de son bien sans mettre en ligne de compte cette nourriture.

CHAPITRES XXXVII. & XXXVIII.

*De la donation de la moitié de tous les biens présents & à venir, francs & quittes.*

*De la donation de la moitié des biens présents & à venir, franche & quitte de toutes charges; en quoi qu'elles puissent consister.*

*De la donation de la moitié des biens, en payant la moitié des charges.*

**I**L faut prendre garde ici de ne pas confondre les donations qui se font d'une quote-part des biens, comme de la moitié ou du tiers, avec celles d'une chose particulière, comme d'une maison ou d'un champ.

Dans cette dernière espèce de donations, le donataire n'est jamais tenu de contribuer, ni aux dettes du donateur, ni aux charges de l'hérédité, *leg. æris alieni, cod. de donat.* à moins que la donation ne fût inofficiuse, & qu'elle n'absorbât une partie des légitimes des enfans; auquel cas elle seroit retranchée, à concurrence de ce qui manqueroit pour parfaire la légitime.

Les donations de la première espèce ne sont affranchies du paiement des dettes du donateur, que lorsqu'elles renferment cette clause, *francs & quittes*; le donataire qui prend la donation au temps du décès du testateur, n'étant alors obligé que de contribuer au paiement des dettes créées depuis la donation pour l'augmentation des biens donnés & à concurrence, par la raison touchée par Mr. Maynard, *liv. 2. chap. 93. non sunt ferendi qui lucrum quidem amplectuntur. Onus autem ei annexum, contemnunt, leg. unic. §. pro secundo. in fin. cod. de caduc. tollend.*

Il est juste en effet que , les réparations ou acquisitions faites par le donateur , augmentant la totalité des biens , le donataire qui en retire l'émolument pour sa quote-part contribue au *pronata* au paiement de la dette contractée à ce sujet , le donateur ayant pour cela même l'action de *in rem verso* contre son donataire.

Sur ce principe , il semble que les biens , ayant été donnés *francs & quittes* , le donataire ne doit point contribuer aux fraix de la dernière maladie , puisque l'effet que doit produire cette clause , ne peut être autre que d'affranchir absolument le donataire de toute charge & dette , ne devant y avoir d'exception que pour la dette dont on a parlé , parce qu'elle est censée exceptée dans l'intention des parties par la jurisprudence de ce Parlement : si la donation d'une quote de biens présents & à venir est faite sans mention de dettes ni de charges , alors le donataire doit tremper pour sa part au paiement des dettes contractées par le donateur jusques au temps de la donation , s'il prend les biens de sa date ; si au contraire il opte de prendre ces mêmes biens au temps du décès du donateur , il doit contribuer aux payemens des dettes contractées jusques à ce décès ; mais dans l'un & dans l'autre cas , ce donataire est exempt de tremper au paiement des légitimes , fraix funéraires & legs ; qu'on rejette sur les biens réservés , suivant l'arrêt rapporté par Mr. Cambolas , *liv. 2. chap. 9.* en date du 14. Décembre 1594.

La raison de cette décision est prise , de ce que le donateur n'ayant pu donner au préjudice de ses créanciers , *leg. mulier , ff. de jur. dot. cum bona non dicantur nisi deducto œre alieno , leg. subsignatum , h. bona , ff. de verbor. signif.* le donataire en acceptant la donation , demeure obligé de droit au paiement des dettes , à concurrence de la quote-part des choses données ; mais il est affranchi de contribuer aux charges s'il n'y a mention expresse à ce sujet.

L'ordonnance du mois de Février 1731. *art. 17.* a dérogé sur ce point aux arrêts de ce Parlement , en statuant que le donataire d'une quote de biens présents & à avenir par contrat

Livre V. Chapitres XXXVI I. & XXXVIII. 195  
de mariage, est tenu indistinctement au paiement des dettes  
& charges existentes au temps du décès du donateur, s'il  
opte de prendre la donation de ce temps; *que s'il prend la  
donation au temps qu'elle a été faite, il ne contribuera qu'aux  
dettes & charges qui existoient alors.*

Suivant l'article 15. *aucune donation entre-vifs ne pourra  
comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au dona-  
teur dans le temps de la donation, si ce n'est dans le cas du con-  
trat de mariage du donataire; & l'article suivant porte que les  
donations des biens présens seront déclarées nulles, lorsqu'elles  
seront faites à condition de payer les dettes & charges de la suc-  
cession du donateur, en tout ou en partie, ou autres dettes &  
charges que celles qui existoient lors de la donation.*

Mais si la donation est faite d'une partie des biens présens,  
sans mention de dettes ni de charges, je croi qu'en se réglant  
par la décision de l'arrêt rapporté par Mr. Cambolas, *loco su-  
pra*, le donataire ne doit alors tremper qu'au paiement des  
dettes au prorata de la portion des biens donnés, & qu'il doit  
être affranchi d'entrer dans les charges qui tombent principa-  
lement sur le paiement des légitimes, suivant la jurispruden-  
ce observée avant l'ordonnance de 1751. ce qui doit avoir  
d'autant plus lieu dans la simple donation des biens présens,  
que la légitime, n'étant régulièrement due aux enfans qu'a-  
près le décès du pere donateur, le paiement ne peut regarder  
le donataire des biens présens, s'il n'y a clause expresse.

Mais si la donation renferme la totalité des biens présens  
& à venir, le donataire est tenu indéfiniment de payer les lé-  
gitimes des enfans du donateur, soit qu'il en ait été chargé  
nommément par la donation, soit que cette charge n'y ait pas  
été exprimée; c'est la disposition de l'article 36.

La raison peut en être prise de ce que le donataire uni-  
versel des biens présens & à venir *est loco hæredis*, pour ce  
qui concerne les actions actives & passives de l'hérédité, &  
qu'ainsi il est juste qu'il demeure assujetti de plein droit au  
paiement des légitimes qui sont regardées comme une dette  
que le pere a contractée avec ses enfans en leur donnant le jour.

Pour ce qui concerne les fraix funéraires , comme l'ordonnance n'en fait point mention expresse , il faut s'en tenir à la jurisprudence de ce Parlement qui en rejette la charge sur les arrêts rapportés par notre arrétiste , *liv. 2. chap. 16.* & ce ne feroit qu'en cas de répudiation ou d'insuffisance de cette réserve , que les biens donnés pourroient être assujettis à ce payement.

Le payement des legs doit encore regarder cet héritier , par la raison que c'est là une pure libéralité du défunt , qui ne doit point diminuer la donation déjà faite. Larroche , *liv. 6. tit. 40. art. 1.* rapporte un arrêt de ce Parlement , du dernier Juillet 1588. qui déchargea le donataire de la moitié des biens présens & à venir de tremper au payement des legs.

L'arrêt du 17. Août 1695. rendu au rapport de Mr. de Burta , en la cause de Blancheri , est contraire à l'arrêt rapporté par Mr. Cambolas , *liv. 2. chap. 9.* rendu dans l'affaire d'Aveluc , & aux deux arrêts compris dans le chap. 16. du second livre de cette compilation , rendus en conformité de celui d'Aveluc ; & c'est du côté de ces derniers arrêts qu'il faut se ranger.

## C H A P I T R E X X X I X.

*Depuis quel temps le cédant doit garantir le cessionnaire des dépens.*

**C** Est une question , si la cession faite sur un débiteur qui a une compensation à opposer au créancier cédant pour partie de la dette , peut être résolue à la réquisition du cessionnaire par cela seul que toute la somme ne se trouve point due ; & si au contraire le cédant peut contraindre le cessionnaire à garder la cession en lui faisant compte de ce qui doit être compensé. Cette même question forma un partage en la troisième chambre des enquêtes , au rapport de Mr. de Pe-

gueirolles, compartiteur Mr. de Vic, le 3. Juin 1711. dans la cause de Choifiti & Pafcou.

L'avis du rapporteur fut que la cession devoit substituer, à la charge par le cédant de faire compte au cessionnaire de la somme due en compensation ; l'avis du compartiteur fut au contraire de résoudre la cession, par la raison prise de la loi *tutor*, §. *curator*, ff. *de minor.* qui prononce la résolution de la vente d'un fonds qui se trouve évincé en partie.

Le rapporteur fondeoit au contraire son avis, sur la loi 23. ff. *de heredit. vel action. vendit.* §. 1. qui assujettit le créancier à restituer au débiteur ce qu'il a touché par compensation, autrement de la créance cédée. Il passa à ce dernier avis en la premiere chambre des enquêtes où le partage fut porté.

Cet avis prévalut avec juste raison, puisqu'il suffit au cessionnaire d'être pleinement indemnisé par le cédant à raison de la compensation opposée par le débiteur. Nulle loi n'ayant dans cette espece prononcé la résolution de la cession, & la loi 23. de *hered. vendit*, faisant assez comprendre que c'est tout ce que le cessionnaire peut prétendre.

La loi *tutor* ne peut faire obstacle à cette décision, parce qu'elle s'applique à la vente d'un fonds qui est évincé en partie ; & si cette loi en prononce la résolution, c'est par ce motif que l'acheteur *aliàs non esset empturus*, ce qui ne se rencontre point dans la cession d'une dette qui se trouve écorcée par une compensation, puisqu'il suffit au cessionnaire que le cédant l'indemnisé à ce sujet, n'y ayant point de parité à faire de la vente d'un fonds à la cession d'une dette, puisque le fonds doit être joui tel qu'il a été vendu, & qu'il importe à l'acheteur qu'il ne soit point déprétié par un partage que l'éviction entraîne.

## CHAPITRE XL.

*Si le créancier qui a reçu son payement des mains & deniers de l'acquéreur de son débiteur, & qui a subrogé à son hypothèque, peut être contraint à rendre les deniers reçus, la chose acquise ayant été évincée.*

**L**A raison pour laquelle le créancier qui a reçu son payement de l'acquéreur du fonds hypothéqué, n'est tenu d'aucune garantie, ni même de la restitution des deniers envers cet acquéreur, est prise de ce que celui-ci doit s'imputer l'événement de cette éviction dont il a pris sur soi le risque, puisque l'action en garantie ne peut être dirigée que contre le maître incommutable du fonds qui l'a aliéné *jure domini*; garantie qui est de droit, suivant les autorités rapportées par Larroche en ses arrêts, *verbo Eviction*, art. 1. au lieu que cette garantie n'est jamais due, ni la restitution des deniers au cessionnaire qui a acquis le droit d'un créancier jouissant du fonds *jure pignoris*, & à titre d'hypothèque, le cédant n'étant tenu dans ce dernier cas, envers le cessionnaire, que de lui garantir la priorité d'hypothèque à tout autre créancier, ainsi que l'observe *Mr. Dolive*, liv. 4. chap. 26. La raison qu'il en donne est que le fait de celui qui subroge à son hypothèque *jure creditoris*, n'est pas de faire que la chose hypothéquée soit des biens de son débiteur; mais que lui qui subroge, soit créancier, & que son hypothèque soit antérieure, vu que par le droit, il n'y a que le premier créancier qui soit personne légitime pour vendre le gage *jure creditoris*, leg. 2. cod. si antiquior cred. pignus vendid. Et il y a cette différence, continue le même auteur, entre le créancier qui vend le gage, en subrogeant à son hypothèque, & celui qui vend sa dette, *cessione nominis*, par la cession qu'il fait de son droit, que ce dernier, *non tenetur prestare debitorem solvendo esse, sed tantum debitum esse*; & telle est la décision

de la loi *si nomen*, ff. de *hered. & act. vendit.* à moins que ce cédant n'ait promis & garanti la solvabilité du débiteur délégué ; auquel cas il est tenu de cette garantie, discussion préalablement faite du débiteur délégué par le cessionnaire.

Au surplus, le plus solide motif des arrêts des 24. Janvier 1663. & 11. Janvier 1675. se prend du texte de la loi *ex empto*, h. *sententiam Juliani*, ff. de *action. empti. Sententiam Juliani verissimam esse arbitror*, dit Ulpien, *in pignori-bus quoque, nam si jure creditoris vendiderit, deinde hac fue-rint evicta, non tenetur, nec ad pretium restituendum ex emp-to actione creditor, hoc enim multis constitutionibus effectum est.*

## CHAPITRE XLI.

*De l'éviction de la chose vendue par des cohéritiers, avec promesse de garantie pour la portion héréditaire.*

**L**E créancier d'une hérédité peut agir hypothécairement contre un des cohéritiers pour toute la dette, & faire son exécution sur la part qui lui est échue dans le partage de l'hérédité, sauf le recours de ce cohéritier contre ses cohéritiers ; mais ce créancier ne peut agir par action personnelle contre le cohéritier pour sa part & portion ; c'est la doctrine de *Mornac* sur la loi 65. ff. de *eviction*. D'où il faut conclure que les cohéritiers ne sont jamais tenus que pour leur part & portion, dans les stipulations concernant les choses héréditaires, parce que l'obligation qu'ils contractent est personnelle, & qu'il n'y a de solidité que pour l'action hypothécaire ou réelle que le créancier de l'hérédité a sur tous les fonds qui en dépendent, *quia indivisa est causa pignoris*. En sorte que le cohéritier qui abandonne au créancier sa part & portion, est d'abord déchargé de la solidité, & le créancier est forcé de tourner ses exécutions contre les cohéritiers pour obtenir payement de la dette. Que si après

*Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
la division d'action & la discussion des autres cohéritiers, il se trouve que les biens de l'hérédité ne sont point suffisans pour procurer le paiement au créancier de ce qui lui est dû ; alors il peut faire ses exécutions sur les biens propres de chacun des cohéritiers pour la part & portion qu'ils ont en l'hérédité, si ces cohéritiers ont fait confusion de biens par défaut d'inventaire. Car si l'inventaire veilloit pour eux, ils en feroient quittes en abandonnant les biens de l'hérédité au créancier.

L'action du créancier étant personnelle contre les cohéritiers, & n'ayant d'action solidaire que sur le fonds qui lui est hypothéqué, il en faut conclure qu'en cas d'insolvabilité d'un des cohéritiers discuté, le cohéritier n'est point assujetti à la garantie, & en est quitte en payant sa part & portion, les cohéritiers n'étant garans les uns des autres qu'à raison de la chose héréditaire qu'ils possèdent, ou dont ils disposent conjointement, *leg. si familiae, cod. familiae Erisc.* ce qu'il faut néanmoins entendre, lorsque le cohéritier qui a payé n'a pas pris cession des droits du créancier ; car s'il avoit pris la cession des droits, il pourroit exercer l'action solidaire contre chacun de ses cohéritiers, sa portion déduite.

## C H A P I T R E   X L I I.

*Si on peut intenter l'action de garantie avant l'éviction réelle.*

**L**orsqu'il se trouve du dol personnel du côté du vendeur, l'acheteur, avant le trouble même & la demande en éviction du fonds, qu'il justifie n'appartenir point au vendeur, peut demander la cassation de la vente ; car il suffit qu'il y ait un trouble à craindre. C'est ainsi que cette question fut jugée le 7. Juillet 1713. en la troisième chambre des enquêtes.

enquêtes. Ce même arrêt juge encore que le fils mineur non émancipé, peut exercer le retrait lignager pendant la vie du pere, du fonds qu'il a vendu, & qui fait retour au fils par droit de lignage.

L'arrêt fut rendu dans l'espece suivante. Cartier pere vendit un jardin & une grange dont son fils pouvoit demander le retrait lignager; celui-ci qui étoit mineur & sous la puissance du pere, forma sa demande en retrait contre l'acquireur, qui consentit à la résolution de la vente; peu de temps après, Cartier pere vendit ce même fonds au Sr. Dumont medecin de Bagneres; la vente étant faite, il lui fut signifié une demande en délaissement de la part de Cartier fils, ce qui donna lieu au sieur Dumont de demander la restitution des deniers à Cartier pere; alors le fils desavoua la demande, comme faite à son insçu. Cartier pere, après ce desaveu, soutint que Dumont n'étoit pas fondé en sa demande en résolution de la vente & restitution du prix, attendu le desaveu fait par son fils, & l'acquiescement même qu'il avoit donné depuis à cette vente; à quoi Dumont répondoit que le fils, pouvant être relevé par sa minorité, quand même il ne seroit point troublé actuellement dans la jouissance des biens, il suffisoit, pour donner lieu à la résolution de la vente, qu'il eût à craindre d'un côté l'éviction du fonds, & qu'il y eût d'ailleurs de la part du vendeur un dol pratiqué, qui demeureroit établi par la connoissance qu'il avoit que le fonds appartenoit à son fils, nonobstant laquelle il avoit sa pris ici la bonne foi de l'acheteur, dont la loi *servus 30. §. si sciens, ff. de action. empti*, autorisoit la demande. Cet arrêt cassa le contrat, & condamna Cartier pere à la restitution du prix de la vente.

Quand le vendeur est dans la bonne foi lors de la vente, l'acquireur ne peut, avant le trouble, former de demande en résolution du contrat & en garantie, ainsi que l'observe *Barthole* sur cette loi, *§. si sciens*.

## CHAPITRE XLIII.

Depuis quel temps commence l'action en contre-garantie & répétition du prix.

**L**A garantie renferme deux actions réellement distinctes, l'action d'assistance en cause qui compete au garanti contre le garant, & l'action en pleine garantie. La première peut être intentée *mot à question*, & d'abord après la demande formée contre le garanti, *leg. si plus, s. mota, ff. de evict.* l'ordonnance de 1667. tit. 8. art. 3. donne huitaine pour faire appeler le garant du jour de la signification de l'exploit du demandeur originaire, si le garanti se trouve domicilié dans la distance de dix lieues, & s'il est hors de cette distance, le délai est augmenté d'un jour pour dix lieues.

La seconde action ne compete au garanti qu'après le jugement exécuté, qui l'a condamné au délaissement de la chose vendue, *leg. 57. cod. de evict.* ce qui se pratique ainsi parmi nous, suivant l'observation de Mornac sur cette loi, *ut quæcumque lata sit sententia, res nihilominus dici evicta non debeat, nisi executio sententiæ secuta fuerit, & possessio emptori ablata, dicimus*, si le garanti n'est réellement & par effet dépossédé. D'où il faut nécessairement conclure que la prescription de la demande en contre-garantie ne court contre celui à qui elle est due, que depuis le jour qu'il a été dépossédé, parce que jusques-là il n'a pas été en demeure, & que la prescription ne court que *contra desides homines, & sui juris contempores, leg. final. cod. de ann. except.* Ainsi l'arrêt qui a jugé que la prescription ne couroit que du jour du délaissement du fonds, est plus juridique que l'autre.

L'art. 6. du tit. de l'ordonnance déjà citée, prouve bien

fenfiblement que la garantie renferme les deux actions dont j'ai parlé, puifqu'il réfèrve au garanti de pouvoir pourfuivre le garant après le jugement de la demande principale ; ce qui s'entend du jugement exécuté, avant lequel nulle prefcription ne court contre celui qui eft évincé pour la garantie de droit ou pleine garantie.

## CHAPITRE XLIV.

*Si le contrat de ferme eft révoqué par la vente des fruits.*

**P**AR arrêt du 23. Avril 1729. rendu au rapport de Mr. de Lafont-Vedelly, entre Jean Sicard libraire, relieur dans l'enclos du palais de Touloufe, demoifelle Louife de Rouzaut & Jean Claria ; il a été jugé que la vente des fruits d'une maifon ne rompt pas le louage, mais qu'elle produit feulement cet effet, de mettre l'acheteur au lieu & place du propriétaire ; en forte que le locataire ne peut être expulsé par l'acheteur des fruits, fous prétexte de la vente qui lui en a été faite, le locataire n'étant tenu à autre chofe qu'à payer les loyers à l'acheteur des fruits, de la même manière qu'il les auroit payés au proprétaire ; la queftion avoit été ainfi jugée en la première chambre des enquêtes en l'année 1725.

Faber, *in fuo cod. tit. de locato* 42. *definit.* 19. dit que la vente des fruits rompt le louage, de même que la vente du fonds ; mais il ne rapporte point d'arrêt qui l'ait ainfi jugé, ni de texte de droit. Notre arreffographe ne donne d'autre fondement à l'arrêt qu'il rapporte, que la maxime, que toute vente emporte le bail à louage ; mais cette maxime doit être entendue de la vente du fonds qui rompt le bail, à moins d'une réfèrve expreffè dans le contrat de vente, *leg. fi merces* 25. *§. 1. ff. de locati.*

Faber a avancé cette propofition fur cette fauffe maxime, que toute vente emporte le bail à louage ; mais la queftion

ayant été examinée de près, on ne trouva point de texte dans le droit qui pût autoriser cette maxime ; ce qui donna lieu aux juges qui rendirent l'arrêt du 33. Avril 1729. de prononcer ainsi qu'on vient de le rapporter. A quoi ils se déterminèrent avec d'autant plus de raison que ces ventes de fruits sont presque toujours suspectes de collusion, entre le vendeur & l'acheteur, pour déplacer le locataire, & sont ordinairement le fruit de l'avarice du propriétaire, qui ne fait cette démarche que parce que l'acheteur des fruits lui fait de plus grands avantages & un meilleur parti que le locataire n'avoit fait.

## C H A P I T R E X L V

*Du notaire qui retient un acte sans connoître les parties.*

**P**AR arrêt du 17. Juin 1711 rendu en la premiere chambre des enquêtes, au rapport de Mr. d'Azemar, entre François Lagentie & Barbe Serede ; il a été jugé qu'un contrat dressé & écrit de la main du notaire, signé par les parties & les témoins, & non par le notaire, étoit un acte public. Dans l'espece de cet arrêt le notaire interpellé de signer l'acte le refusa, & Barbe Serede, qui étoit une des parties, & qui n'avoit point signé l'acte, comme illittérée, s'inscrivit en faux contre l'acte, prétendant n'y avoir pas été présente, & que l'acte se trouvoit d'ailleurs faux dans son contenu. Les soutènements faits, & les moyens de faux remis, Barbe Serede demanda qu'ils fussent déclarés admissibles, & qu'il fût procédé par experts à la vérification de la piece impugnée de faux, & d'être reçue à prouver par témoins les faits qu'elle avoit mis en avant dans ses moyens de faux.

Sur cette demande, y ayant eu partage, le rapporteur étant d'avis de joindre le tout à l'instance principale, Mr. d'Aiga compariteur, d'admettre la preuve par témoins nu-

méraires que Barbe Sreede ne fût point présente à cet acte. Le partage porté en la troisième chambre des enquêtes, il fut vuide suivant l'avis de Mr. d'Aiga.

CHAPITRES XLVI. & XLVII.

*Si on peut emporter une transaction par de nouveaux actes.*

*De la transaction signée sans voir.*

*Si la mere héritière de son fils, peut demander la cassation de la vente d'un fonds, qu'elle a fait comme administreresse, sans autorité de justice.*

*Si l'héritier du vendeur peut de son chef vendiquer la chose vendue.*

**I**L est équitable de recevoir une partie qui a signé une transaction rendue sur la médiation d'amis commus, sans en sçavoir la teneur, à réclamer contre cet acte, & à prouver ce fait par les témoins numéraires. Je croi même que la preuve n'en seroit pas moins admissible, quoique l'acte portât qu'il a été lu & récité aux parties, parce que c'est là une clause de style de tous les contrats, de même que celle apposée aux testamens, que le testateur étoit en son bon sens, mémoire & entendement, qui n'empêche pas la preuve du fait contraire; Boniface en ces arrêts, tom. 4. pag. 477. confirme cette décision, qu'une transaction signée par les parties, sans en sçavoir la teneur, ne peut les lier, & qu'on peut en être relevé.

Il faut faire cette distinction sur l'arrêt du 18. Juillet 1622. que si la mere, qui a fait la vente du fonds de son fils en qualité de tutrice, sans autorité de justice, a obligé ses biens propres pour l'exécution des contrats, elle ne peut revenir dans la suite contre cette vente du chef de son fils, dont elle est héritière, par la raison que, quoique le procureur qui a contracté au nom du mandant, ne soit pas

206      *Observations sur les Arrêts de Catellan ,*  
régulièrement obligé personnellement , s'il a néanmoins pro-  
mis de son chef de faire tenir & valoir le contrat , il de-  
meure obligé après son administration finie. *Procurator qui*  
*pro evictione prædiorum , quæ vendidit , fidem suam adstrin-*  
*xit , & si negotia gerere desierit , obligationis tamen onere*  
*prætoris auxilio non levabitur. leg. procurator 67. ff. de procu-*  
*rat. & deffensor.*

J'estime que dans l'espece de l'arrêt , l'acquéreur évincé  
du fonds à lui vendu , ne pouvoit prétendre la pleine ga-  
rantie contre le fils héritier du pere vendeur , mais la seule  
restitution du prix , par la raison qu'il étoit acquereur de  
mauvaise foi , puisque le contrat lui donnoit la pleine con-  
noissance que le fonds n'appartenoit point au vendeur , mais  
à sa femme. Or dans ces circonstances , l'acquéreur ne pou-  
voit prétendre que la simple restitution du prix , quoique  
la garantie eût été spécialement promise ; c'est la disposition  
de la loi 3. *cod. commun. de legat. §. emptor* , & la décision  
de l'arrêt du 23. Juin 1722. rapporté *supra* , chap. 7. de  
ce livre.

---

## CHAPITRE XLIX.

*De celui de plusieurs coobligés solidairement qui paye l'entiere*  
*dette au créancier , quel recours il a contre les autres coobli-*  
*gés , & de la portion des insolubles.*

*De plusieurs cautions solidaires.*

*De la caution de plusieurs coobligés solidairement.*

*De la solidité ou division pour le payement des épices d'un*  
*rappor en matiere criminelle.*

**I**L est essentiel de faire ici une distinction , sans laquelle ceux  
qui n'ont point une connoissance exacte du droit civil  
pourroient tomber dans l'erreur.

Les obligations solidaires peuvent être de deux sortes ; le  
créancier peut stipuler simplement la solidité de ses débiteurs ,

ou joindre à la clause de solidité la renonciation au bénéfice de discussion, division & d'ordre d'action : s'il a simplement stipulé la solidité, il n'a droit d'agir contre les coobligés que pour la part d'un chacun, & tout l'avantage que lui donne la clause solidaire, est de pouvoir recourir contre le coobligé en cas d'insolvabilité de l'autre ; c'est la disposition de la nouvelle 99. Les coobligés négocians sont exceptés de la disposition de cette loi, & le créancier qui a contracté avec eux pour fait de leur commerce, peut agir contre un seul, en laissant les autres à l'écart, quoiqu'il n'ait point stipulé de renonciation de leur part au bénéfice de division d'action & de discussion ; Charondas, *respons. liv. 2. chap. 69.* rapporte un arrêt qui l'a ainsi jugé.

Il faut ici observer que pour que l'insolvabilité du coobligé soit constatée, à l'effet de pouvoir donner droit au créancier d'agir contre l'autre débiteur solidaire ; il faut que ce créancier discute non-seulement ce coobligé, mais qu'il fasse vider la distribution des ses biens, suivant les arrêts rapportés par Graverol sur Larroche, *liv. 6. verbo Cautions, art. 4.*

Si le créancier a stipulé des corréés ou coobligés une renonciation au bénéfice de division, alors il peut agir *recta* sur l'un deux, sans son recours, & c'est de cette espèce d'obligation solidaire qu'il faut entendre la doctrine de notre arrellographe, & les arrêts qu'il rapporte dans ce chapitre : Je croi avec lui que, pour que le coobligé qui a fait le payement en seul au créancier commun, puisse agir solidairement ; c'est-à-dire, sans division d'action contre les autres, il faut qu'il soit muni d'une subrogation de la part du créancier, & qu'il ait pris cession de lui dans l'acte même de payement ; c'est ce qu'on peut recueillir de la loi *Modestinus, ff. de solut.* sans cela il ne peut agir contre les autres coobligés, que pour la part d'un chacun.

C'est une maxime constante que les condamnations en matière criminelle, qui tiennent lieu de peine aux condamnés, peuvent être exécutées sans division d'action contre

celui des corréés , que le demandeur en excès veut choisir : mais j'estime que ce corréé , ayant payé l'entière dette ou condamnation , & pris subrogation spéciale de l'action du demandeur en excès , peut agir solidairement contre les autres condamnés , de la même manière que son cédant , suivant la loi *Modestinus* déjà citée ; en sorte que dans les circonstances des épices payées par un des corréés , pour un rapport en matière criminelle , au demandeur en excès , qui avoit fait expédier l'arrêt , si ce corréé a pris subrogation du créancier commun dans l'acte du remboursement de ces épices , il ne peut sans contredit agir contre ses complices solidairement , sans qu'il soit tenu de diviser son action contre chacun d'eux , pour la portion qui le compete , sa portion déduite.

## C H A P I T R E L.

*Si celui des trois coobligés solidairement , qui n'a rien reçu du prêt , doit tremper à la perte qui arrive par l'insolvabilité d'un des autres.*

*Si cette perte doit être réglée sur les autres coobligés également , ou à proportion de ce que chacun a reçu.*

**L** Arrêt du 26. Mars 1664. relaxe avec fondement Duprat de la garantie demandée par Confort ; en effet , Duprat ne pouvoit être envisagé , ni comme associé avec Confort & Dalens dans l'obligation solidaire par eux consentie en faveur du Sr. Blancard , ni comme coobligé quant au d. Confort & Dalens ; puisque le relief qui lui avoit été fait par ceux-ci , le mettoit à l'abri de toute recherche de leur part , non par cette raison que le relief eût éteint l'obligation , mais parce qu'il n'y avoit jamais eu d'obligation qui liât Duprat envers Confort & Dalens. Le relief étant fait incontinent & devant le même notaire , avoit mis cette obligation

gation au néant, ou pour mieux dire, avoit opéré cet effet; qu'elle n'avoit jamais existé, ce qui résulte de la loi *juris gentium*, *h. quin imò, ff. de pactis*. D'où il faut conclure que ce relief étant fait *ex continenti*, étoit réputé un seul & même contrat avec celui qui renfermoit l'obligation solidaire; de façon que ce relief étant fait *ex continenti*, étoit réputé un seul & même contrat avec celui qui renfermoit l'obligation solidaire, c'étoit là, une vraie déclaration de la part de Confort & Dalens, qu'il n'y avoit jamais eu à leur égard du côté de Duprat d'obligation contractée, *sed hoc ita accipiendum est*, dit la loi, *ut siquidem ex continenti pacta subsecuta sunt*.

Au surplus, dans l'espece proposée par l'auteur, si trois coobligés solidairement en la somme de 600. liv. déclarent entre eux, devant le même notaire, & témoins, que l'un a reçu 300. liv. & chacun des deux 150. liv. & que l'un d'eux, qui a reçu 150. liv. devenue insolvable, sçavoir, si la portion de cet insolvable doit être supportée également par les deux autres, ou bien à proportion de ce que chacun d'eux a reçu des 600. liv. le tiers pour celui qui a reçu 150. liv. & les deux tiers pour celui qui a reçu 300. liv. L'auteur a cru qu'ils doivent supporter cette perte à proportion de ce que chacun a reçu des 600. liv. & cela par cette raison, que l'obligation solidaire renferme entre les coobligés une espece de société, dans laquelle il est des regles d'observer l'égalité, *nisi aliud convenerit*, ce que je crois véritable, par cette autre raison, prise de la regle du droit, *secundum naturam est commoda cujusque rei sequi quem sequuntur incommoda*, *leg. 10. ff. de reg. jur.* D'où il faut conclure que celui qui a profité de 300. liv. doit entrer dans la perte arrivée par l'insolvabilité dont il s'agit au *prorata* de cette somme, n'étant pas juste que le coobligé qui n'a retiré que 150. liv. supportât par égales parts, cette insolvabilité, ce qui doit même avoir lieu entre associés pour fait de marchandises; car, quoique les associés marchands puissent être convenus solidairement par le créancier, suivant Louet.

*Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
 & Brodeau, lettre J, somm. 13. & la doctrine de Mor-  
 nac, sur la loi 27. ff. pro socio, toutefois l'action se divise  
 entre eux au prorata de la portion que chacun a dans la socié-  
 té, & l'insolvabilité de l'un d'eux, ( qui est survenue ) est  
 supportée par les autres au prorata de la part que chacun a  
 dans la société, *secundùm naturam est commoda cujusque rei*  
*eum sequi quem sequuntur incommoda.*

---

## C H A P I T R E S L I I & L I I I.

*Du paiement fait par le débiteur de diverses sommes, sans  
 dire in quam causam.*

**L'**Arrêt du 23. Avril 1698. rapporté dans le chapitre 52.  
 trouve son fondement dans la loi 4. & 5. ff. de solut.  
 & liberat. La loi 4. décide que la présomption est, que le  
 débiteur a entendu se libérer de ce qu'il devoit sous caution-  
 nement préférablement à la dette contractée sans cautionne-  
 ment : *potius*, dit le jurisconsulte, *quod satisfato quam*  
*quod sine satisfatione debeo.* Il est encore décidé dans la loi  
 5. §. ult. que quand le créancier reçoit un paiement de son  
 débiteur en déduction, conçu en ces termes, *sur le capital*  
*& intérêts*, il faut commencer par faire l'imputation de la  
 somme sur les intérêts dus, & ensuite sur le capital, ce qui  
 doit avoir d'autant plus lieu, quand le créancier a simple-  
 ment reçu la somme en déduction, sans énoncer, *sur le ca-*  
*pital & intérêts.*

Je ferois difficulté sur la décision de l'arrêt du 7. Septem-  
 bre 1663. en ce qu'il juge que le créancier, sur qui la saisie a  
 été faite, peut choisir plusieurs années après le paiement fait  
 par son débiteur, en vertu d'un banniment, la somme sur la-  
 quelle l'imputation doit être faite. Il semble que l'imputation  
 dans l'espece de cet arrêt devoit être faite en faveur du débi-  
 teur *in duriolem causam*, suivant la loi 3. ff. de solut. & libe-  
 rat. par la raison, que le créancier avoit tacitement contenti

par son silence à cette imputation , & par son défaut de choix & de protestation lors du paiement, qu'il n'est pas censé avoir ignoré , puisque le débiteur des sommes bannies , n'en fait ordinairement la délivrance que par la force d'un jugement poursuivi par le bannir-faisant , sur l'assignation donnée au faisi , pour voir ordonner la délivrance des sommes faïsses. Or dans ces circonstances son silence doit être pris pour un acquiescement , à ce que l'imputation soit faite *in duriorem causam* , suivant la regle ; avec d'autant plus de raison , qu'il est à présumer que si le faisi eût voulu lors du paiement faire l'imputation à son choix , son débiteur , qui délivroit la somme bannie , auroit lui-même usé du droit de préférence que la loi lui donne , en faisant l'imputation sur la somme qu'il auroit trouvé à propos de choisir.

Pour ce qui concerne la question diversement décidée par les arrêts rapportés dans le chap. 53. je me rangerois volontiers du côté des arrêts du 22. Novembre 1670. & 3. Avril 1660. qui ont décidé que le paiement devoit être premierement impuré sur les droits paternels , parce que ces arrêts me paroissent conformes à la disposition expresse de la loi.

En effet , le pere se trouvant débiteur des sommes constituées à sa fille , sous des différens titres , de son chef , & du chef maternel pour les sommes dotales de la mere , dont ses biens étoient chargés , en faisant le paiement d'une partie de la constitution dotale sans énoncer *in quam causam* ; le pere est présumé avoir entendu se libérer plutôt de ce qu'il doit de son chef pour la constitution dotale , que de ce qu'il doit du chef de sa femme , à raison de quoi il doit être considéré comme fidéjusseur ou caution. Or la loi décidant formellement que le débiteur est censé vouloir plutôt se libérer de ce qu'il doit de son chef , que de ce qu'il doit comme caution , quand il n'y a rien d'énoncé à ce sujet , *leg. cum ex pluribus 97. eod. tit.* il faut nécessairement conclure , que le pere a plutôt entendu que l'imputation se fît sur les droits paternels dont il étoit débiteur de son chef , qu sur les droits

212      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
maternels pour lesquels il s'étoit seulement rendu responsable  
ou caution.

A quoi l'on peut ajouter que cette même loi n'ordonne l'imputation sur la plus ancienne obligation, que dans les circonstances où il ne se trouve point d'imputation plus avantageuse à faire en faveur du débiteur, *si nihil eorum interveniat, vetustior contractus ante solvetur*. Dans l'espece de ces arrêts l'imputation, pouvant être faite sur ce que le pere devoit de son chef pour les droits constitués en dot, c'étoit à cela qu'il falloit l'appliquer, en suivant la présumée volonté du débiteur qui avoit fait le payement.

---

## CHAPITRE LV.

### *De l'acceptation de la donation.*

L'Ordonnance du Roi donnée à Versailles au mois de Février 1731. enrégistrée dans ce Parlement le 14. Juillet de la même année, contient plusieurs articles sur l'acceptation des donations, dont l'application doit être faite aux questions traitées dans ce chapitre.

L'article 5. confirme d'un côté la décision de l'arrêt du 14. Mai 1697. il déroge de l'autre à celle de l'arrêt du 28. Août 1699. puisque cet article porte *que les donations entre-vifs, même celles qui seront faites en faveur de l'église, ou pour causes pies, ne pourront engager le donateur, ni produire aucun effet que du jour qu'elles auront été acceptées par le donataire ou par son procureur général ou spécial, dont la procuracion demeurera annexée à la minute de la donation; & en cas ladite donation eût été acceptée par une personne qui auroit déclaré se porter fort pour le donataire absent, lad. donation n'aura effet que du jour de la ratification expresse, que ledit donataire en aura faite par acte passé pardevant notaire, duquel acte il restera minute, avec défense à tous notaires & tabellions d'accepter les donations comme stipulans pour les donataires absents, à peine de nullité desdites stipulations.*

L'article 10. confirme encore la jurisprudence de ce Parlement, que les donations faites par quelque personne que ce soit en contrat de mariage aux enfans à naître, ne peuvent être attaquées ni déclarées nulles par défaut d'acceptation.

L'article dispense même les conjoints de cette acceptation pour les donations qui leur sont faites en contemplation du mariage.

Le motif de cette dispense peut être fondé, sur ce que dans ces circonstances l'acceptation devient expresse par la consommation du mariage, selon l'arrêt rapporté par Louet, lettre D, somm. 5.

J'observerai ici, que quoique l'acceptation soit de l'essence de la donation, & une solemnité intrinseque, dont le défaut rend l'acte nul, suivant le langage des docteurs françois; cette acceptation peut néanmoins être faite séparément du contrat de donation pendant tout le cours de la vie du donateur & du donataire.

A l'égard d'une donation faite par la mere à un de ses enfans en bas-âge ( ainsi que dans l'espece de l'arrêt du 8. Avril 1699. comme l'ordonnance, art. 7. exige que les donations faites aux mineurs de 25. ans soient par eux acceptées par leurs tuteurs ou curateurs ) il paroît indispensable que la donation faite par la mere à son fils mineur, soit acceptée par le curateur du mineur, s'il s'en trouve pourvû lors de la donation, ou par un curateur dont il faut le faire pourvoir *ad hoc*.

Quand la donation se trouve faite en faveur du donataire, & de ses enfans qui en naîtront, elle vaut au profit des enfans par la seule acceptation du donataire leur pere, encore qu'elle ne soit pas faite par contrat de mariage, & que les donateurs soient des collatéraux ou des étrangers. Telle est la disposition de l'art. 11. de l'ordonnance.

Suivant l'art. 8. l'acceptation des donations en faveur des hôpitaux, ou pour des fondations pieuses, pourra être faite par les administrateurs des hôpitaux, & par les curés & marguilliers pour ces dernières.

L'article 9. exige que les femmes mariées , quoique séparées en biens de leurs maris par la sentence ou arrêt , soient par eux autorisées dans l'acceptation des donations qui leur seront faites , ou à leur refus , par justice , à moins qu'il ne s'agisse d'une donation faite à la femme pour lui tenir lieu de paraphernal.

## C H A P I T R E    L V I I .

### *De l'acceptation non numeratæ pecuniæ.*

**M**Ornac sur la loi 3. *cod. de non numer. pecun.* observe que l'usage est dans ce Royaume, que c'est au débiteur, & nullement au créancier , à prouver que l'argent n'a pas été par lui reçu , ce qui doit être entendu , quand le contrat ne porte point de réelle numération ; car s'il y a réelle numération , le débiteur n'a d'autre voie que celle de l'inscription en faux. *Rebuffe , in tractat. de chirographor. recognit. art. 2. n. 68.* tient cette même doctrine , que suivant l'usage de la France , c'est au débiteur à prouver le défaut de numération , même dans les deux premières années du contrat d'obligation , la présomption étant pour le créancier qui a devers lui la reconnoissance du débiteur. *Godefroy , sur la loi in contractibus , cod. tit.* confirme cette doctrine.

Le créancier n'est donc jamais tenu de faire preuve de la réelle numération. Ce qui peut être confirmé par un arrêt de la Cour rapporté par Mr. Cambolas , liv. 4. chap. 50. du 27. Février 1628. par lequel Dominique Laus , qui avoit reconnu par contrat, avoir reçu de Deaux la quantité de 350. sétiers de bled pour trafiquer , ayant cinq mois après formé instance contre Deaux , & soutenu qu'il n'avoit point reçu le bled , mais avoir fait sa reconnoissance sur la parole de Deaux , que ce bled lui seroit délivré , fut reçu à prouver plusieurs faits allégués à ce sujet.

A l'égard du temps fixé pour proposer cette exception ,

Mornac sur la loi *in contract. eod. tit.* le restreint aux dix années fixées par l'ordonnance de Louis XII. pour attaquer par la voie de la rescision toute espece de contrat, quoique Papon ( selon que l'observe Cambolas ) ait tenu dans le second de ses Notaires, que cette exception duroit trente ans.

Mornac remaque encore au même lieu, que nous ne suivons point en France la disposition de la loi *in contractibus*, en ce qu'elle rejette toute délation de serment au-delà du terme fixé pour proposer l'exception *pecuniæ non numeratæ*, étant d'usage de déférer ce serment, *postulante adversario*, au-delà même du temps que dure cette exception; c'est-à-dire, après les deux années prescrites par cette loi. Quand l'exception *pecuniæ non numeratæ*, est portée par voie d'action, & que celui qui est créancier poursuit son débiteur pour le paiement de la dette, le serment ne peut être déféré sur la feintise du paiement, & sur le fait de la reprise de la somme nombrée après la réelle numération, que dans les dix années du contrat portant réelle numération, parce que c'est le terme prescrit par l'ordonnance, pour se pourvoir en rescision des contrats. Il en seroit autrement si le serment étoit déféré par voie d'exception sur la feintise de la numération, & sur la reprise de la somme, auquel cas il pourroit l'être pendant 30. ans par la maxime, *quæ sunt temporalia ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum.*

Pour autoriser la première proposition, je rapporterai ici un arrêt de la Cour, rendu le 31. Mai 1713. au rapport de Mr. Maniban de Casaubon, en faveur de Jean-Jacques d'Armaignac de Lavedan de Horgues, contre demoiselle Jeanne d'Armaignac sa fille, & Raymond son gendre.

Il s'agissoit dans ce procès de la somme de 5500. liv. qui avoit été constituée par Jean-Jacques d'Armaignac à sa fille dans son contrat de mariage, qui portoit réelle numération. Dupont, mari de la demoiselle d'Armaignac, après avoir retiré cette somme, l'avoit rendue à son beau-pere. Dix ans après le contrat de mariage, il fit instance pour le paiement

de cette somme contre le pere constituant, & demanda qu'il fût tenu de se purger par serment décisoire sur ce fait, qu'il avoit retiré la somme nombrée, dont il demeroit encore débiteur; le constituant fut relaxé de la demande en serment par fin de non-revoir, prise du laps de dix années, qui, suivant l'ordonnance, est le terme fatal après lequel on ne peut plus agir en rescision du contrat, ni opposer l'exception *pecunie non numerate*.

Lapreuve par témoins peut être ordonnée pour une somme excédant cent liv. dans la juridiction consulaire. Ainsi jugé à l'audience de la grand'chambre, prononçant Mr. de Bertier premier président le 27. Janvier 1718. en faveur du Sr. Marguerit, banquier de Toulouse, entre Seves : plaidant pour le Sr. Marguerit, Me. d'Astruc, & pour Seves, Me. de Lardos.

La Bourse de Toulouse avoit admis le Sr. Marguerit à la preuve par témoins, du fait d'une convention verbale d'entre Seves & lui, concernant une somme de douze mille liv. de quoi Seves ayant été appellant en la Cour, il fut débouté de son appel.

Cet arrêt est fondé sur l'exception marquée par l'art. 2. du tit. 20. de l'ordonnance de 1667. qui, en renouvelant l'art. 54. de l'ordonnance de Moulins, qui exclut la preuve par témoins pour une somme excédant 100. liv. déclare qu'il ne fera rien innové pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges & consuls des marchands.

Sur cette matiere de preuves, il a été décidé qu'on ne peut tirer la preuve d'un fait de la bouche d'un médiateur, qui s'est mêlé de concilier, & d'accommoder deux personnes qui étoient en procès; c'est ainsi que la chose fut jugée à l'audience de la grand'chambre, président Mr. Bertier, plaidans Mes. de Montaudier pour le Sr. de Boissi de St. Jean, médiateur, & Me. de Lardos pour Me. Labat.

Dans l'espece de cet arrêt le Sr. de Boissi avoit fait l'office de médiateur, entre deux prêtres qui avoient procès en la Cour pour un bénéfice, Me. Labat un des contendans, fit ap-  
pelier

peller incidemment led. Sr. de Boissi dans cette instance, & donna requête pour demander qu'il fût tenu de répondre catégoriquement sur certain fait qui lui avoit été confié, comme médiateur, le Sr. de Boissi donna requête en opposition, & demanda son relaxe par fin de non-recevoir, fondé sur ce qu'un médiateur ne pouvoit être forcé à découvrir un fait de la médiation qui lui avoit été confié, & que ce seroit trahir la foi du dépôt que de l'obliger à le reveler. La Cour, ayant égard à l'opposition, le relaxa de la demande de Labat.

Je croi qu'il faut rendre la même décision à l'égard de l'avocat, qui ne peut être forcé de porter témoignage contre son client pour un fait qui est entré dans la défense de la cause qui lui a été confiée.

La loi *mandatis*, ff. de test. me paroît décisive pour ce point : *mandatis cavetur, ut præfides attendant ne patroni in causa, cui patrocinium præstiterunt testimonium dicant.* Papon liv. 9. tit. 1. art. 21. rapporte un arrêt conforme. Robert en ses arrêts, liv. 2. chap. 15. rapporte un arrêt contraire ; mais comme il est fondé sur l'opinion seule de Barthele, in leg. *deferre*, ff. de jur. fisci, & que cette loi ne parle que d'un agent ou procureur *ad negotia*, qui peut être ouï sur des faits concernant l'administration qu'il a eue, quoique secrets, cet arrêt ne peut être tiré à conséquence, non-plus que celui rapporté par Guip. *quest.* 45. qui est dans l'espece d'un homme d'affaires.

Ce seroit choquer la délicatesse du noble ministère qu'exerce l'avocat, & le dégrader, pour-ainsi-dire, que de l'assujettir à trahir la foi du dépôt qui lui a été confié par son client ; & c'est par cette raison que les juges dispensèrent Herennius de porter témoignage contre Marius, dont il avoit défendu la cause ainsi que le rapporte Plutarque dans sa vie) & que Caron, au rapport de Gell. liv. 5. chap. 13. disoit que jamais homme d'honneur ne porta témoignage contre son client.

Par arrêt rendu le 19. Mai 1730. au rapport de Mr. de

218 *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
Comere, entre le syndic des habitans de St. Pons, & le syndic du chapitre de la même Ville, les chefs des questions suivantes ont été ainsi décidés sur cette même matiere de preuves, 1°. Qu'on doit être déchargé de la remise des actes communs à sa partie sur le serment décisoire, comme on ne les détient ni par dol, ni par fraude.

Mais s'il est prouvé qu'on a eu en main les actes dont il s'agit, sans qu'il y ait également ou perte prouvés, il est permis à la partie adverse d'en prendre telles inductions que de droit; si au contraire il n'est pas prouvé que les actes aient été en la main de celui qui dénie de les avoir, on ne permet pas à l'autre partie d'en tirer des inductions.

Par le même arrêt il a été jugé que les chapitres chargés par arrêt d'un serment décisoire, ne doivent pas procurer le serment des chanoines absens, & qu'il n'est pas nécessaire que les chanoines assemblés pour délibérer sur le fait du serment, jurent chacun en particulier; suffisant que l'assemblée donne pouvoir à un député de jurer au nom du chapitre.

Cette même forme de serment doit être observée par les corps des communautés laïques, & il suffit sans doute que le conseil politique donne pouvoir par délibération à un député ou syndic, de jurer sur le fait dont il s'agit, sans que chaque délibérant soit tenu de jurer lors de la délibération sur le même fait.

---

## C H A P I T R E L V I I I.

*Si de quatre vendeurs solidaires sous faculté de rachat, un seul peut recouvrer la santé.*

**I**L y a un arrêt contraire à celui qui est rapporté dans ce chapitre, par lequel il fut jugé que le titre, *etiam ob chirographariam pecuniam*, n'a pas lieu à l'égard de l'a-

cheteur sous faculté de rachat ; par la raison que cet acheteur ne tient pas la chose , *jure pignoris* , mais à titre d'achat , qui est translatif de propriété ; en sorte que la vente ayant été faite sous faculté de rachat , l'hypothèque que l'acheteur a acquise sur la chose n'est pas un obstacle au retrait , ne lui donnant point droit de retention comme dans l'engagement. L'arrêt est du mois d'Août 1721. au rapport de Mr. Larroque , en la seconde chambre des enquêtes , il fut rendu après partage vuïdé en la troisieme , compartiteur Mr. de Courtois.

Je croi qu'il faut se ranger du côté de cet arrêt ; par la raison que la loi ne parle que de la retention du gage , & qu'elle doit être restreinte à ce dont elle a voulu disposer. Cujas , & les autres interpretes du droit , ne lui ayant point donné d'exrenfion à la chose vendue sous faculté de rachat , parce que cette espece de vente doit être considérée comme un titre incommutable , le rachat ne pouvant être exercé que pendant 30. ans , au lieu que celui qui tient le fonds en engagement demeure toujours créancier , & peut augmenter sa créance & ses droits sur la chose , tant que l'engagement subsiste.

## CHAPITRE LIX.

*Des réparations faites par le fermier sans le sçu du propriétaire.*

**L**A rente due en bled doit être payée en espece pour l'année courante , sinon au plus haut prix que le bled a valu dans l'année , quoique le jour du payement ait été fixé par le contrat ; mais pour les arrérages de la rente , le débiteur ne peut être contraint d'en faire le payement qu'au même prix que le bled valoit au prix de la destinée solution. C'est ainsi que cette question fut jugée en la troisieme chambre des en-

quêtes, après partage vuïdé en la premiere, rapporteur Mr. de Larroque-Céré, compariteur Mr. d'Asséfat, le 4. Juin 1714. dans l'espece suivante.

Un particulier fit bail à ferme d'un certain fonds à un autre, sous la rente de douze sacs de grain, payable à la fête de St. Barthelemi de l'année 1708. ces douze sacs de bled valoient au temps de la destinée solution, environ 80. liv. Le fermier fut en demeure de faire le payement de cette rente, ce qui donna lieu au propriétaire de l'ajourner pour ce payement le 8. Mai 1709.

Le seizieme de ce même mois, le fermier consentit une obligation en faveur de l'autre, de la somme de 450. liv. à quoi revenoient alors ces 12. sacs de bled. La rigueur de l'hyver de l'année 1709. en ayant considérablement augmenté le prix, le fermier se pourvut ensuite en cassation de cette obligation, sur ce prétexte qu'elle étoit usuraire, ne pouvant être contraint, selon la loi, de faire le payement de cette rente, qu'au prix que le grain valoît lors de la destinée solution, & à la fête de la Magdelaine 1708.

Le propriétaire prétendit au contraire, que, pouvant exiger le prix de la ferme en espece, il avoit droit à défaut d'espece, de s'en faire payer le montant, selon la valeur des grains au temps de sa demande, le fermier devant s'imputer sa demeure.

Cette question ayant formé un partage en la troisieme chambre des enquêtes, fut vuïdé en la premiere, où il passa tout d'une voix à démettre le fermier de sa demande en cassation de l'obligation.

La loi *vinum* 22. ff. *de rebus credit.* sembloit favoriser la demande du fermier, puisque le jurisconsulte Julien décide, que quand il y a un temps fixé pour le payement d'une espece qu'on doit rendre, il faut se régler par le prix qu'elle valoît dans ce même temps, Sabinus répondit, *si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset,* & il ajoûte que s'il n'y a pas de temps fixé, c'est au prix qu'elle se trouve valoir au temps de la demande. Mais la Cour appliqua la

disposition de cette loi, non à la rente de l'année qui a couru, à raison de laquelle le fermier est en demeure ; mais aux arrérages dus des années précédentes, par la raison qu'on suppose que le propriétaire économe qui a fixé le temps du paiement à la récolte, ne vend pas son bled au temps de la récolte, l'abondance & la nécessité de vendre pour le paiement des charges, lui donnant alors un prix médiocre ; au lieu que ce prix augmente dans le cours de l'année, après l'épuisement qui s'est fait par les premières ventes, ce qui donnant lieu au bon économe de renvoyer à ce temps plus favorable la vente de son bled, il ne seroit pas juste de le priver de cet avantage, en l'obligeant de recevoir le prix du bled courant lors de la récolte, temps de la destinée solution.

¶ La date de l'arrêt, le nom du rapporteur, & celui de la chambre où il a été rendu, ont échappé à la plume de l'éditeur ; on ne doit pourtant pas le révoquer en doute, l'exactitude de notre auteur à rédiger fidèlement ce qui s'est passé sous ses yeux, étant connue du public : j'observerai donc par cet arrêt que la circonstance de l'ordre allégué par les fermiers de la part du chapitre, concernant la construction de cette grange, fut déterminante pour les juges qui interloquerent, en ordonnant la preuve de ce fait ; car si les fermiers avoient simplement articulé la nécessité ou l'utilité de construire cette grange pour l'exploitation de la ferme, il n'eût été question que de faire la preuve de ce fait ; quand même ils auroient agi sans l'ordre du chapitre, & à son insçu : car ces fermiers, ayant procédé en ce fait *ut negotiorum gestores*, auroient dû répéter le montant des réparations nécessaires, utiles, & permanentes, *Guip. ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato qui alienis rebus gerendis se obtulerit, ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerint etiam ignorantes, obligantur* ; c'est la décision de l'Empereur. *instit. de obligat. quæ quasi ex contractu nasc. § lege 2. ff. de negot. gestis* Or la preuve étant faite des réparations utiles & nécessaires, le chapitre auroit été condamné au paiement

222      *Observations sur les Arrêts de Catellan ;*  
envers les fermiers. Tel est même le privilège du possesseur  
du fonds, qui a fait ces réparations, d'en avoir la rétention  
jusques à son effectuel remboursement, suivant *Ferr. in quest.*  
169. *Guipape, & Papon*, liv. II. tit. 9. art. 1. en ses  
*arrêts.*

---

## CHAPITRES LX. & LXI.

*De l'argent du jeu.*  
*Des gageures.*

**L**A doctrine de notre arrétiste, sur les obligations con-  
tractées pour argent du jeu, doit être entendue avec  
les modifications qui lui sont propres, & qui se trouvent fon-  
dées sur les distinctions marquées par la loi, & par les ar-  
rêts des Cours. Pour cela il faut observer que les titres de *alea-*  
*tor.* du digeste & du code, regardent proprement les jeux  
de hazard, comme sont les jeux des dez ou des cartes, &  
autres de cette espèce, prohibés par les ordonnances de nos  
Rois ; mais que les jeux d'exercice où l'adresse & la scien-  
ce dominant sur le hazard, sont exceptés de la prohibi-  
tion de la loi : C'est ce qu'on peut recueillir de la doctrine  
de *Mornac*, & des arrêts qu'il rapporte sur la loi 2. ff. de  
*aleator.*

On y voit un arrét du Parlement de Paris, en date du 6.  
Mai 1603. qui condamna un particulier de payer vingt-sept  
écus d'or, qui lui avoient été gagnés au jeu de paume. Ce  
qui est conforme à la disposition de cette loi 2. ff. de *alea-*  
*tor.* où les jeux propres à exercer l'adresse & la vertu du corps  
sont autorisés. Les romains étoient fort attentifs à favoriser  
les exercices qui pouvoient tenir les citoyens en haleine pour  
la guerre, ainsi qu'il résulte de cette loi ; mais ils ne l'étoient  
pas moins à bannir, & à écarter de la république, ce qui pou-  
voit nourrir la mollesse & donner lieu à la tromperie ; &

voilà pourquoi les loix ont proferit les jeux de hazard.

On ne ſçauroit trop s'approcher de l'eſprit & du goût romain ſur cela. Je croi donc qu'en ſe réglant là-deſſus, il faut reprouver les jeux où le hazard domine indiftinctement, entre toutes ſortes de perſonnes, de quelle qualité qu'elles puiſſent être ; enforte qu'il y a lieu de déclarer nulles les obligations qui pourroient avoir été conſenties à ce ſujet.

J'ai vu rendre un arrêt en la premiere chambre des enquétes, au rapport de Mr. Bonnemain au mois de Mars 1727. qui l'a ainſi jugé dans la cauſe du ſieur de Beſſon, capitaine au régiment de Limouſin, non parent ; contre le ſieur de Pouzaire, ancien lieutenant général de la Maréchauffée de cette province de Languedoc, mon beau-pere.

Le ſieur de Beſſon demandoit au ſieur Pouzaire le payement de pluſieurs ſommes qu'il avoit fournies à ſon fils, pour l'entretenir au régiment dans le poſte de cadet, qui eſt proprement le noviciat de la profeſſion militaire ; il réſultoit des actes du procès, que le Sr. Pouzaire avoit prié ce capitaine, parent de ſon fils, de lui fournir ce qui lui ſeroit néceſſaire, par-deſſus la ſomme de 300. liv. de penſion, que ce pere faiſoit annuellement à ſon fils, dans le rôle des fournitures qui ſe montoient à près de 900. liv. il ſe trouva un article d'une ſomme de 200. liv. que le capitaine avoit payée, pour argent perdu au jeu des cartes par ce cadet, avec des jeunes officiers du régiment.

La Cour en allouant au capitaine la plus grande partie des ſommes fournies, rejetta l'article concernant le jeu. Malgré la représentation du capitaine, que les officiers ſe régloient à ce ſujet par des loix ſingulieres ; en forte que ce ſeroit ſe dégrader parmi eux, que de contester le payement d'un argent perdu au jeu ; ce qui, ſelon lui, devoit autorifer le prêt qu'il avoit fait à ce cadet, pour ſe libérer de l'obligation par lui conſentie.

A l'égard des jeux d'exercice, je croi qu'on peut toujours

224      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
autoriser les obligations qui en procedent dans les gentils-  
hommes, faisant profession d'armes, ou dans les officiers ;  
& cela, par la même raison qui sert de fondement aux or-  
donnances, qui leur permettent la chasse dans les domaines  
du Roi ; sçavoir, qu'ils se rendent propres par ces différens  
exercices au métier de la guerre, parce que le corps s'en-  
durcit par-là au travail, & l'esprit en devient plus actif &  
plus vigilant ; ce qui est aussi le fruit des jeux d'exercice ;  
comme sont les jeux de paume, de mail, les courses de bague,  
& autres de cette espece. Mais je ne voudrois point étend-  
re cette décision aux personnes d'une profession opposée,  
& qui ne sont pas destinées par leur état aux fonctions mi-  
litaires ; quoique la loi 2. déjà citée ne fasse point de dis-  
tinction là-dessus. Ce qui provient sans doute de ce que  
chaque citoyen romain étoit destiné par cette qualité à por-  
ter les armes pour la défense de la république ; au lieu  
qu'en France nous avons des troupes réglées, auxquelles les  
exercices du corps conviennent singulierement ; il faut par  
conséquent restreindre à ces mêmes troupes la disposition  
de cette loi, ainsi qu'aux gentilshommes faisant profession  
d'armes.

    Pour ce qui concerne la matiere des gageures, il faut  
constamment décider que les obligations contractées à cette  
occasion, sont valables, lorsque le sujet qui leur a donné lieu  
n'est point contre les bonnes mœurs ou l'honnêteté publique :  
ces obligations sont autorisées par le droit civil & canoni-  
que, par l'opinion des interpretes, & par l'usage de tous les  
siècles, sur quoi sont fondés les arrêts qui les ont déclarées  
licites ; cette question est amplement traitée par Expilli,  
plaidoyé 4. où il rapporte un arrêt de Grenoble, conforme  
à sa décision. On peut voir encore *Mornac* sur la loi *si rem,*  
*q. si quis sponsionis, de præcr. verb.* où cet interprete re-  
marque qu'il faut dans les gageures une consignation réél-  
le, *per depositum annulli.* Loiseau, *du déguerpissement, liv.*  
*4. chap. 3. num. 13* donne pour maxime qu'en France la jus-  
tice contentieuse, n'autorise point d'autres gageures que celles  
qui

*qui se font par consignation, le mot gager emportant avec soi qu'il y ait une consignation réelle.*

Cette consignation se faisoit chez les romains par le dépôt de leur bague, ce qui étoit d'usage même en France; & cette bague tenoit lieu d'arrhes de la convention faite, selon la remarque de *Mornac*. Dans l'espece de l'arrêt rapporté par *Expilli*, la consignation du prix avoit été faite. Dans celle de l'arrêt mentionné dans ce chapitre, il ne se trouve point de consignation, mais simplement un touchement de main des deux parties, en signe de la gageure; ce qui montre que la Cour ne s'attacha point à suivre scrupuleusement cette pratique de consigner, mais à la convention des parties. Toutefois si l'on parie de l'argent monnoyé, la consignation est essentielle selon moi, & si c'est une chose qui ne soit point aprétiée encore, comme étoit dans l'espece de l'arrêt de la Cour le montant de la récolte d'une part, & de la dîme de l'autre, il paroît indispensable de déposer quelque piece d'argent pour arrhes de la convention, à la place de l'anneau ou bague qu'on avoit courume de donner autrefois pour cela, puisque cette formalité est essentielle pour valider la gageure, suivant nos interpretes françois.

## C H A P I T R E L X I I.

### *Du renouvellement de la caution.*

**J**E croi l'avis de ceux qui vouloient condamner le débiteur de la rente constituée à bailler de nouvelles cautions, conforme aux véritables maximes; & cet avis devoit, selon moi, faire tomber la balance du partage qui fut formé, sur la question agitée dans ce chapitre. La date de l'arrêt contraire, qui fut rendu en vuidant ce partage, a échappé à la plume de l'arrétiste; mais il n'en est pas moins digne de créance, par l'exaétitude scrupuleuse avec laquelle son recueuil a été dressé & mis au jour.

Les raisons sur lesquelles je me fonde , sont 1°. Que , suivant la loi 4 , ff. *ut in possess. legat. &c.* s'il arrive que la caution donnée par le débiteur au créancier , devienne insolvable par quelque revers de fortune , *inopinatae fortunæ impetu* , il est équitable de donner au créancier une nouvelle caution , sans que la loi prenne soin de distinguer les différentes espèces de créances , ce qui ôte tout prétexte de distinction , suivant les maximes.

2°. Que loin que le créancier de la rente constituée soit moins favorable en ce point , que celui d'une simple obligation à jour , il mérite au contraire qu'on lui donne les mêmes sûretés d'un nouveau cautionnement , par les raisons alléguées par Louet , lettre S , *somm. 13. num. 3.* qui sont que , selon plusieurs docteurs , on desire plus de sûreté en la rente pour le créancier , qu'en la simple obligation , parce que la rente peut aller à longues années , ce qui n'a pas lieu dans la simple obligation qui a un temps limité pour la cancellation , & Louet lui-même conclut que dans tous les cas , il est raisonnable que le créancier soit assuré ; cette doctrine mérite d'autant mieux d'être accueillie dans le ressort de la Cour , qu'il y a moins de sûreté qu'ailleurs , pour les créanciers des rentes constituées , par le privilège de priorité d'hypothèque , qu'on accorde à la femme sur les créanciers du mari , suivant la loi *assiduis* , ce qui rend toutes les rentes constituées chancelantes , le créancier étant continuellement exposé à la surprise de son débiteur , qui contracte furtivement un mariage , & passe ensuite à la célébration , avec dispense de deux bans ; enforté que presque personne n'en peut être informé , ni prendre la précaution de dénoncer d'hypothèque , sur-tout le créancier qui se trouve dans quelque éloignement du domicile des mariés.

3°. Que le préjugé rapporté par Robert , n'est d'aucun secours pour favoriser la décision contraire , que le débiteur de la rente constituée est dispensé de bailler une nouvelle caution , en cas d'insolvabilité survenue de la première , y ayant bien de la différence de l'espèce de cet arrêt , avec celle

de celui-ci, puisque dans celle-là le créancier avoit trois débiteurs solidaires, & sans division d'action ; enforte que deux étant devenus insolubles, il lui restoit le troisieme pour la sureté de sa dette, & c'est pour cela même que lors de l'obligation il avoit pris cette précaution de les faire obliger solidairement, & un seul pour le tout, pour se mettre à l'abri du risque de l'insolvabilité qui pourroit survenir de quelqu'un d'eux, ce qui étoit sans doute un obstacle, suivant la loi troisieme déjà citée, à la demande qu'il formoit contre ce débiteur solidaire, de renforcer l'obligation par de nouvelles assurances. Au lieu que dans l'espece de notre arrêt le créancier n'ayant pris la caution que pour fortifier l'obligation du débiteur principal, dont il suspec-toit la solvabilité, on se trouvoit dans le cas marqué par la loi quatrieme déjà citée de renforcement de la caution par son insolvabilité survenue depuis le cautionnement.

Dans l'espece de l'arrêt rapporté par Robert, le créancier n'avoit point exigé de caution de ses trois débiteurs, mais s'étoit contenté de leur obligation solidaire qu'il avoit reconnue suffisante, il étoit donc irrecevable à demander après-coup un cautionnement.

### CHAPITRE LXIII.

*Si le successeur au bénéfice en conséquence d'une résignation in favorem, est tenu d'exécuter le contrat de bail à ferme pour le temps qui reste.*

**L**E successeur au bénéfice n'est pas régulièrement tenu d'entretenir les baux à ferme passés par son prédécesseur, par la raison qu'il tient son droit, non de son prédécesseur, mais du collateur ordinaire du bénéfice ; *Faber in suo cod. lib. 4. tit. 42. definit. 19.* rapporte un arrêt qui l'a ainsi jugé sur ce fondement.

Il n'en est pas ainsi du successeur au bénéfice par résigna-

tion *in sui favorem* , la plus saine partie des docteurs françois , du nombre desquels est Mornac, sur la loi *Si quis*, §. 1. ff. locat. ont tenu pour maxime constante , qu'il est obligé d'entretenir les baux à ferme passés par le résignant , & cette opinion a été adoptée par les différens arrêts de ce Parlement. Ainsi on peut regarder la décision comme un point de jurisprudence. Ce n'est pas qu'il n'y ait plusieurs canonistes ou docteurs étrangers qui tiennent l'opinion contraire , & que le bail à ferme est résolu par la résignation même *in favorem*; par cette raison que le résignataire ne tient pas son droit du résignant, mais du Pape qui en admettant la résignation, confère le bénéfice. Mais comme nous tenons pour principe en France , que le Pape ne peut sans abus refuser d'admettre une résignation *in favorem* , il s'ensuit de ce principe , que nous donnons plus à la résignation que les ultramontains , & que la regardant comme le principal titre du successeur au bénéfice , nous lui donnons la force de pouvoir le lier & l'obliger de la même manière qu'une donation universelle oblige le donataire , à raison de tous les contrats passés par le donateur , parce qu'il est *loco hæredis*. Il faut en dire de même des baux à ferme passés par les copermutans , parce que la permutation n'est autre chose qu'une résignation respective entre les mains de l'ordinaire.

On peut ici toucher deux questions qui ont rapport à celle qui fait la matière de ce chapitre , sçavoir si après la dissolution du mariage par mort , la femme est obligée d'entretenir le bail à ferme , de ses biens passés par son mari en qualité de maître des biens dotaux , de même que le substitué , le bail à ferme passé par l'héritier grevé de la main duquel il tient le fidéicommis.

Le doute peut être pris de la loi 9. *Si quis domum* , §. *hic subjungit* , ff. locat. conduët. où le jurisconsulte décide que l'héritier de l'usufruitier n'est pas tenu d'entretenir le bail à ferme de son auteur , par la raison , que le fermier a dû prévoir le cas de mort de l'usufruitier , qui alloit le dépouiller de tout droit sur les biens , *quia hoc evenire posse prospicere*

*débit*, ce qui semble devoir être appliqué au mari, & à l'héritier grevé, qui ne sont dans le fonds que simples usufructiers des biens, puis qu'ils ne peuvent le transmettre à leurs héritiers.

Les docteurs sont partagés à l'égard du mari, les uns ayant tenu que la femme n'est point obligée d'entretenir le bail à ferme des biens dotaux passé par son mari, les autres au contraire qu'elle y étoit obligée. Ranchin, *in quæst.* 480. Guip. est de cette opinion, que la femme ne peut expulser le fermier, il fonde sur la loi *filio familias*, *h. si vir, ff. soluto matrim.* & sur l'autorité d'Aufrer. *in decis. Capell. Tolos.* 420. C'est encore la décision d'Alexandre sur ce paragraphe. Cujas sur cette loi est d'avis contraire, par cette raison que sa disposition doit demeurer restreinte au cas du divorce, dont la loi parle; cas qui n'a pas dû être prévu par le fermier, *quia casum adversamque fortunam spectare neque civile, neque naturale est. Leg. inter stipulantem* 83. *h. sacram. ff. de verbor. obligat.* ce qu'on ne peut pas dire du cas de mort qui est toujours certain.

Je me range du côté de ceux qui tiennent que la femme est obligée d'entretenir le bail à ferme, par les raisons suivantes, 1°. Qu'il n'en est pas du mari comme d'un simple usufruitier, le mari étant réputé maître des biens dotaux; (en sorte qu'il peut déléguer les dettes dotales pour le paiement des siennes propres) il faut convenir qu'on le regarde sur le pied de véritable maître des biens dotaux, & que dans cette vue les baux à ferme qu'il passe *constante matrimonio*, doivent être entretenus par la veuve.

2°. Qu'il n'y a point de différence entre le cas du divorce dont parle la loi, d'avec celui de mort, quant à la dissolution du mariage; le divorce opérant le même effet de séparation de biens & de corps; qu'ainsi la décision de la loi reçoit son application au cas de mort par identité de raison, sans qu'il serve d'alléguer que le cas de divorce n'a pas dû être prévu par le fermier, ainsi que le cas de mort; car le divorce étant fréquent chez les Romains, ce cas tomboit na-

230      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
turellement dans la pensée des contractans tout comme l'autre, & on avoit lieu de le regarder même comme plus prochain que la mort du mari, puisqu'il dépendoit de sa volonté qui pouvoit s'y porter à chaque instant de sa vie.

Je croi donc que la femme est obligée d'entretenir les baux à ferme passés par son mari, selon l'usage & les regles ordinaires des lieux; en sorte qu'en suivant la disposition du paragraphe *si vir in quinquennio*, si la femme après la dissolution du mariage veut expulser le fermier, elle est tenue de l'indemniser pleinement en lui remboursant tous les dommages & intérêts qu'il peut souffrir à cette occasion. Automne sur la loi *si filio familias*, cite des arrêts qui ont jugé que la veuve devoit entretenir le bail passé par son mari.

Pour ce qui concerne l'héritier substitué, j'estime qu'il ne peut expulser le fermier qui a bail de l'héritier grevé en le dédommageant même, par cette raison que l'héritier grevé est réputé dans le droit *sicut hæres & dominus*, & que la substitution pouvant devenir caduque par le prédécès du substitué, le fermier qui a contracté n'a pas dû envisager le substitué comme un successeur certain, *leg. substitutio, ff. de acquir. rer. domin.*

On peut observer ici que le pupille & le mineur sont tenus d'entretenir les baux à ferme de leur tuteur ou curateur, suivant la doctrine de Ranchin *loco supra*. Ce qui se trouve ainsi jugé par les arrêts rapportés par Mornac sur la loi *minoribus 2, cod. si tutor vel curat. intervenerit*, & par Chopin sur la coutume de Paris, *lib. 2, tit. 7, num. 18*; mais il faut que les baux à ferme passés par les tuteurs & curateurs ne soient point à longues années, & par anticipation, ou à vil prix, ce qui les rendroit suspects de fraude de la part des tuteurs & curateurs.

C H A P I T R E L X I V .

*De la cause impulsive ou finale.*

**S**I la question décidée par l'arrêt du 19 Janvier 1646, eût été jugée sur les termes seuls de la donation, elle auroit sans doute tourné à l'avantage du donataire; en sorte que l'héritier auroit été condamné au délaissement des biens donnés purement, & sans cette condition, que Vergnes donataire seroit tenu de se faire promouvoir à l'ordre de prêtrise dans trois ans. Mais les circonstances qui accompagnerent cette donation, ou pour mieux dire les actes faits en conséquence par le donataire, comme la publication de la donation à l'instar d'un titre clérical, devoient être, selon moi, la véritable raison de décider que Vergnes seroit tenu de se faire prêtre, s'il vouloit jouir de l'effet de la donation.

A se régler par les termes dont la donation étoit conçue, la prêtrise ne pouvoit être regardée comme cause finale, par deux raisons; la première, que le donateur n'imposoit point à Vergnes la nécessité de se faire prêtre; la seconde, que le motif de l'indigence du donataire étoit entré dans la démarche du donateur.

La loi 2. §. 7. *de donat.* explique bien clairement ce que c'est que cause finale, où cause impulsive. Le jurisconsulte appelle cause finale de la donation, la condition sans laquelle la donation n'auroit point été faite; en sorte qu'il faut nécessairement remplir cette condition pour jouir de l'effet de la donation, comme par exemple: je donne dix écus à Mœvius, sous cette condition qu'il achetera un tel champ, sans quoi je n'aurois pas fait le don; c'est la cause finale. Il appelle cause impulsive ce qui ne détermine point la donation, mais qui a rapport à un dessein déjà conçu par le donataire, comme si s'étant déjà proposé l'achat de ce champ, le donateur lui donne ces dix écus pour l'exécuter; dans le

232      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
premier cas, si le donataire ne fait point l'achat, il y a lieu à la répétition de la chose donnée; dans le second, il n'y a pas lieu, par cette raison que *causa magis donationis, quàm conditio dandæ pecuniæ existimari debet.*

C'est dans ce dernier cas que se trouvoit Vergnes, puisqu'il étoit déterminé sur le dessein déjà conçu par Vergnes de se faire Prêtre, dont il avoit eu quelque connoissance; mais n'étant pas dit que la donation lui étoit faite sous cette condition qu'il se feroit prêtre, la prétrise ne pouvoit être considérée comme la cause finale, mais simplement impulsive, dans lesquelles conjonctures il y avoit lieu de faire subsister la donation indépendamment de la prétrise de Vergnes. A quoi se joignoit l'autre motif pris de l'indigence de Vergnes, énoncé par le donateur, qui établissoit d'autant mieux que la prétrise n'avoit été que la cause impulsive de la donation. Mais la démarche du donataire de faire publier comme titre clérical cette donation, fit voir qu'il ne l'avoit acceptée que sous la condition de prétrise qu'il s'imposoit à lui-même, & comme cette condition étoit conforme aux vues & à la pensée du donateur, la prétrise devint pour lui une condition *sine qua non*, de manière qu'on crut avec fondement que Vergnes n'étoit plus libre de se faire prêtre ou non, s'il vouloit jouir du fruit de sa donation.

La loi 2. §. 7. qui vient d'être citée, est la règle qu'il faut suivre pour distinguer dans les différens cas la cause finale, d'avec la cause impulsive des donations.

---

## CHAPITRE LXV.

*Si le mineur peut être restitué envers la première restitution.*

**J**E ferois difficulté sur la décision de l'arrêt rapporté dans ce chapitre. Et je croirois que la restitution en entier auroit

auroit dû être refusée aux freres donataires, & cela sur le fondement du paragraphe *Scævola* de la loi 24. ff. de minor. qui reçoit, selon moi, son application à l'espece de cet arrêt.

Il résulte du fait de ce procès, que le second donataire, ayant accepté la donation sur la répudiation des premiers donataires, vendit du fonds des biens donnés pour la somme de 1700 liv. & qu'il ajouta à cette somme de ses propres deniers, celle qui manquoit pour parfaire la dotation de la donatrice qui devoit faire sa profession dans le convent de Ste. Ursule.

Cela posé, ce second donataire se trouvoit dans les circonstances marquées par cette loi, dans lesquelles le jurifconsulte refuse la restitution en entier au mineur, contre la répudiation qu'il a faite de l'hérédité qui lui a paru onéreuse. Ces circonstances sont *si jam distracta hæreditate, & negotiis finitis ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat*. Le second donataire avoit déjà rempli ici la principale charge de cette hérédité, qui consistoit au payement de la somme de 3500 liv. de la dotation de la religieuse, & en cela même il étoit d'autant plus digne de faveur, qu'il avoit procuré, aux dépens de son propre fonds, un établissement de la donatrice, qui pouvoit être regardé comme la cause finale de la donation.

Le donataire devoit donc être envisagé comme un homme qui avoit par ses soins fini l'affaire principale de l'hérédité, qui lui avoit été déferée sous ces conditions, non par le seul secours des fonds de l'hérédité, mais par les ressources qu'il s'étoit ménagées dans les siens propres; & voilà ce qui devoit d'autant mieux exclure les premiers donataires de leur demande en restitution, selon la remarque de *Faber, in rationalib. tit. de minorib.* sur ce paragraphe *Scævola, in verbo Si verò jam distracta*, où il observe qu'après que celui qui a accepté l'hérédité répudiée par le mineur, à fini les affaires de l'hérédité, par le secours de la vente des effets héréditaires, accompagnées de ses soins & de sa négociation, le mineur ne peut être restitué contre la répudiation. *Ratio deci-*

234      *Observations sur les Arrêts de Catellan ;*  
*dendi, dit-il, prærium rei venditæ, non tam ex re ipsa, quàm*  
*ex negotiatione percipitur. Ergo post distractas res hæreditarias,*  
*finitaque negotia, non debet audiri minor, si velit venire ad*  
*pecuniam partam laboribus substituti.*

Ici le second donataire avoit non-seulement donné ses soins & sa négociation à la vente du fonds de l'hérédité ; mais il avoit fourni la plus grande partie de la somme nécessaire pour l'établissement de la donatrice de ses propres deniers. Et en cela sa cause étoit d'autant plus favorable que les premiers donataires s'étoient rendus indignes de la libéralité de la donatrice, en se déchargeant par leur répudiation du soin de son établissement, & l'exposant par-là au danger de manquer à une vocation si digne d'être secondée.

Il est bien sensible que la donatrice fut pénétrée de reconnaissance à l'égard du second donataire, puisqu'elle prit soin de confirmer la veille de sa profession l'acte de donation. Circonstance qui devoit être encore un motif d'exclusion pour la demande des premiers donataires, & qui prouvoit qu'ils abusoient de l'énonciation de la donatrice, & du narré qu'elle avoit fait de leur donation dans la seconde, en voulant insinuer que cette seconde n'avoit été faite qu'à cause de leur répudiation.

Pour ce qui concerne la question mise en thèse, si le mineur peut être restitué envers la première restitution, j'estime qu'il doit être restitué selon la disposition expresse de la loi 9. *ait Prætor, s. restitutus*, cité par l'auteur, sans que la loi dernière au code, *q. ult. cod. de bon. quæ liber. puisse faire obstacle*, par la raison alléguée par Faber, sur ce paragraphe *restitutus*, que le motif de cette loi qui dénie la restitution au fils mineur, envers la première restitution sur l'acceptation de l'hérédité paternelle, est pris du respect que le fils doit à la dernière disposition de son père, dont le mépris le rend pour toujours privable de recueillir le fruit de cette hérédité. *Respondeo, dit Faber, specialem illius constitutionis rationem esse, propter auctoritatem consilii & judicii paterni, cujus fructu æquum est in perpetuum privari si-*

*lium qui semel temerè illud aspernatus est* ; doctrine qui est conforme à celle d'Accurse.

Il faut donc restreindre la décision de cette loi à la personne du fils mineur , & à l'hérédité paternelle , dont il n'est pas permis de se jouer.

De ce qui vient d'être observé , il conste que le paragraphe *restitutus* qui est la règle , a deux exceptions ; la première se trouve dans l'espece du paragraphe *Scævola* ; & la seconde dans la loi *ult. cod. de bon. quæ liber.*

C'est par ces distinctions qu'on doit démêler l'embarras dans lequel ces différentes loix peuvent jeter l'esprit , sur la question qui fait la matière de ce chapitre. Le paragraphe *restitutus* est pour thèse , la loi *ult. cod. de bon.* est pour l'hypothèse , de même que le paragraphe *Scævola* , & la loi dernière , *cod. de jur. deliberandi.*

## C H A P I T R E L X V I.

*Si le donataire & le légataire peuvent demander de garantie. S'il y a lieu de garantie entre les cohéritiers.*

**L**A donation envisagée comme simple libéralité n'assujettit point le donateur à aucune espece de garantie envers son donataire. *Leg. donari, ff. de reg. jur. & leg. liberalitatis, ff. de usuris.* Mais quand elle se trouve rémunératoire, la garantie est due en cas d'éviction de la chose donnée. *Leg. Aquilius, ff. de donat.* parce qu'alors ce n'est pas tant donation que payement d'une dette contractée par le donateur. La garantie est encore due quand elle a été promise expressément dans le contrat qui la renferme ; c'est la doctrine de Mr. Larroche en son recueil d'arrêts, *liv. 6, verbo Donations, tit. 40. art. 15.* Mais s'il n'y a aucune garantie stipulée, elle n'est point due, la donation fût-elle faite en contrat de mariage , & en faveur , dont il y auroit des enfans procréés. Graverol sur Larroche au lieu cité , fait men-

236      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
tion d'un arrêt de ce Parlement, du 22 Avril 1662 qui l'a  
ainsi jugé au rapport de M. de Catellan. Toutefois s'il consiste  
que la cause finale de la donation ait été le mariage qui la  
renferme, c'est-à-dire, que la donation ait été la condition *si-*  
*ne qua non*, & sans laquelle donation le mariage n'eût point  
été contracté, & qui en a été l'appas, alors la garantie est due,  
suivant la distinction qu'en fait Albert dans son recueil d'ar-  
rêts, *in verbo Donation*, art. 9, fondée sur l'autorité d'un  
arrêt de ce Parlement du 9 Février 1660, en la cause de  
Turlé, Chanoine de Carcassonne, & d'Alibert & Ber-  
trand, où il y avoit, dit Albert, cela de remarquable, que  
le donateur avoit enjoint, par un testament postérieur à  
la donation, à tous ses héritiers de ne rien demander pour  
cause d'éviction; mais il fut jugé que cela n'étoit relatif qu'aux  
choses divisées dans le testament, mais non à ce qui étoit  
contenu en la donation, il paroît juste d'accorder la garan-  
tie au donataire dans l'espece de ce dernier arrêt, parce qu'il  
est sensible qu'il ne s'est engagé au mariage que sur la foi  
d'une donation qui devoit lui fournir de quoi en soutenir les  
charges, & dans ces circonstances le donateur s'est tacite-  
ment assujetti à cette garantie. Pour ce qui concerne la ques-  
tion touchée par notre auteur, & dont Duperier a fait le sujet  
d'une de ses questions dans son livre deuxième, sçavoir, s'il  
y a lieu à la garantie entre cohéritiers quand le testateur a  
fait lui-même le partage? cette question a souffert un conflit  
d'opinions parmi les interpretes, les uns ayant tenu pour  
l'affirmative, & que le cohéritier évincé de sa portion de-  
voit être garant pour ses conjoints; les autres qu'il n'y avoit  
pas lieu à la garantie quand les portions héréditaires avoient  
été assignées par le testateur, à la différence du partage fait  
par le juge ou par l'arbitre, qui emporte toujours cette ga-  
rantie en faveur du cohéritier évincé. Duperier a penché du  
côté des interpretes qui ont décidé pour la garantie, & cela  
par des raisons qui lui ont paru spécieuses. La décision de  
cette question controversée dépend, selon moi, de cette  
distinction, si c'est un pere testateur qui a fait plusieurs co-

héritiers, soit par égales ou inégales portions, ayant institué, par exemple, un de ses enfans en la moitié, & les deux autres en un quart chacun, ce qui forme *totum assen* dont parle le Justinien, *ad h. hæreditas, instit. de hæred. instit.* un héritage étant divisé, *in duodecim uncias quæ assis appellatione continentur.* On doit présumer alors que les cohéritiers se doivent mutuellement la garantie, pour la portion qui les compete, à moins qu'on ne puisse conjecturer le contraire de la disposition du testateur. La raison en est, que quoique régulièrement la garantie n'ait pas lieu dans les prélegs. *Leg. cum pater, h. evictis, ff. de legat. 2.* toutefois, si les légataires sont liés par le sang au testateur, la garantie leur est due par l'héritier, *leg. cum alienam, cod. de legat.* ce qui est fondé sur une conjecture de prédilection du testateur. Si au contraire les cohéritiers sont étrangers au testateur, & qu'il ne consiste pas de sa volonté expresse pour cette garantie, je crois qu'elle ne compete point au cohéritier évincé de la portion. Les autres portions forment alors *totum assen*, & l'on ne peut pas dire dans ce cas, que le testateur soit mort, *partim testatus, partim intestatus* : car le paragraphe ci-dessus a décidé le contraire en ces termes : *Et si unum tantum quis ex semisse, verbi gratiâ, hæredem scripserit, totus as in semisse erit.* A l'égard du partage qui est fait par le juge ou l'arbitre, s'il entraîne nécessairement cette garantie entre cohéritiers, c'est que ce partage, *habet vim permutationis*, comme l'observe *Peregrinus, de fideicom. art. 52 num. 72*, qui cite la Loi *quod ergo, de legat 1.* Or les copermutans se doivent de plein droit, une garantie respective, ce qui n'a pas lieu entre des cohéritiers étrangers au testateur.

## CHAPITRE LXVII.

*Si l'héritier du mineur peut être restitué envers le paiement qui lui a été fait d'une somme qu'il a employé à un office , tombe ensuite aux parties casuelles.*

L'Héritier du mineur n'a pas plus de privilege que le mineur même , pour le fait de la restitution en entier : or le mineur ne peut être restitué au sujet des faits qui regardent ou qui ont rapport à la charge ou office dont il est pourvû ; telle est l'observation de *Mr. Dolive* , liv. 4. chap. 15. & la décision d'un arrêt du Parlement de Bourdeaux , dont fait mention *Mr. Maynard* , liv. 3. chap. 40. Boniface , en ses arrêts de Provence , tom. 1. part. 1. tit. 8. chap. 1. rapporte un arrêt du 13 Mai 1652 , qui a jugé que le mineur n'est pas restituable ( quoique lésé ) dans l'achat d'un office , après avoir eu ses provisions. Je ferois quelque difficulté à l'égard de l'achat ; car il ne s'agit point là , des faits qui peuvent regarder l'office dont le mineur exerce les fonctions , pour lesquels il ne peut s'aider de son privilege , étant à cet égard réputé majeur ; mais d'une acquisition souvent faite légèrement , & sans meure réflexion ; & dans ce cas , se trouvant lésé , il semble mériter la restitution en entier. *Charondas* , *respons. liv. 3. ch. 30.* dit qu'il a vu juger par arrêt du Parlement de Paris , de la Noel 1574 , qu'un mineur , étant Notaire , ne pouvoit être relevé de sa promesse sous couleur de sa minorité , étant réputé majeur par l'office qu'il exerçoit ; c'est encore la doctrine de Mornac , sur la loi 1. ff. de minor. mais Dolive , au lieu cité , nous apprend que c'est-là , une jurisprudence des Parlemens dont le siege est au-delà de la Loire , mais qu'elle n'est pas suivie dans le ressort de ce Parlement , où l'officier mineur de 25 ans est restitué en entier dans tous les cas où il est lésé , excepté , pour les faits qui concernent son office depuis qu'il en a été pourvû. Il ne

s'agit donc , que de ces mêmes faits , relatifs à un office que le mineur exerce : mais dans l'espece de l'arrêt du Parlement de Provence , ci-dessus énoncé , il n'est pas question de pareils faits ; il s'y agit seulement d'une restitution déniée au mineur à raison de l'achat de son office , après l'obtention des provisions. Or les provisions seules ne font pas l'officier , c'est l'installation ; il n'est donc pas exclus de la restitution en entier que pour les actes postérieurs à cette installation , qui ont rapport à son office & à l'exercice des fonctions qui en dépendent , suivant la doctrine de Mr. Dolive , & les conséquences qui en résultent.

## C H A P I T R E L X I X.

*De la restitution des fruits du fonds du mineur , vendu sine decreto.*

**J**E croi que l'acquireur du fonds du mineur *sine decreto*, le mineur ayant fait la vente sous l'autorité de son curateur , & la vente étant ensuite cassée , cet acquireur seroit tenu de la restitution des fruits envers le mineur. Je fonde ma décision sur l'observation de la glose *in verbo Si non bona fide* , de la loi 2. *Cod. si quis ignorans* , &c. que l'acquireur est présumé être de mauvaise foi , s'il a erré dans le droit.

Or de-là que l'acquireur avoit contracté avec le mineur , sans prendre les précautions requises par la loi , qui ne permet pas l'aliénation des biens du mineur *sine decreto* ; il s'ensuit que l'acquireur seroit constitué en mauvaise foi , lorsque l'achat est fait d'un mineur , sans l'autorisation d'un curateur , & qu'on ne peut prouver que l'acheteur connut sa minorité ; la loi présume *ex æquitate* , que cet acheteur l'a cru majeur , & le dispense de la restitution des fruits ; en sorte que pour détruire cette présomption , il faut que le mineur qui rentre dans le fonds , prouve que l'acheteur connoissoit sa minori-

*Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
 té, & qu'il étoit par-là constitué en mauvaise foi : sans quoi  
 le mineur ne peut prétendre cette restitution des fruits, si  
 non bona fide fuisset, qui emit constiterit, leg. 2. cod. si quis  
 ignorans, &c.

Il est sensible que cette loi se détermine à rejeter la preuve de la mauvaise foi sur le mineur, par un motif d'équité en faveur de l'acheteur & du commerce des ventes & achats qu'il est de l'intérêt public de soutenir ; car dans la rigueur du droit, l'acheteur des biens d'un mineur devoit être censé dans la mauvaise foi, & pour détruire cette présomption, ce seroit à lui à prouver qu'il a eu juste sujet de le croire majeur, par quelque circonstance qui accompagnoit la vente.

En effet c'est une regle constante, que celui qui contracte doit être pleinement instruit de la qualité de celui avec lequel il traite, qui cum alio contrahit, vel est, vel esse debet non ignarus conditionis ejus, leg. 19. qui cum alio, & ibi gloss. ff. de reg. jur. paria enim sunt scire, aut scire debere, & tam in culpa est qui scivit, quam qui scire debuit, leg. Quod te, & ibi gloss. ff. si certum petatur.

Cela posé, l'acheteur paroît n'être pas excusable, d'alléguer son ignorance sur la minorité du vendeur ; & il semble que pour l'en punir, il mériteroit d'être assujéti à la restitution des fruits, comme présumé acquereur de mauvaise foi.

Toutefois il faut décider le contraire, sur le fondement de la loi 2. si quis ignorans, & le décharger de cette restitution de fruits, si l'on ne prouve sa mauvaise foi au temps de l'achat, par la connoissance qu'il auroit eue de la minorité du vendeur. C'est ainsi que cette question avoit été jugée par arrêt de la Cour le 13 Mars 1583, au rapport de M. Catel, selon que nous l'apprend M. Duranti, dans sa question 64. num. 5.

## C H A P I T R E L X X .

*De la regle , que les intérêts sont bornés à doubler la somme capitale.*

**L**Es intérêts des sommes adjudgées à la veuve pour bagues ou joyaux , ne peuvent excéder le double : c'est ainsi que cette question fut jugée au rapport de M. de Barta, en la premiere des Enquêtes le 18 Mars 1702 , entre le sieur Gabriel de Moreton d'Angerés , sieur du Main , & la Dame Marguerite de Pelier , veuve dudit sieur d'Angerés.

La raison en est , qu'alors la femme *certat de lucro captando* , que ces bagues & joyaux étant un pur don du mari , il n'est pas juste d'accorder à la femme sur ce point le même privilege que pour sa dot. Je croi qu'il en faut dire de même de l'augment dotal ou donation *propter nuptias* , & décider que les intérêts qui ont couru depuis la demande, ne doivent point excéder le double , ce privilege devant être réservé pour la dot seule.

Il faut ici observer que quand les intérêts ne sont dus que depuis l'interpellation judiciaire , il en faut nécessairement former la demande par l'exploit introductif d'instance ; sans quoi la Cour ne les adjuge que depuis la condamnation intervenue sur le capital : ainsi jugé en la grand'chambre le 17 Août 1724 , au rapport de M. l'Abbé de Tournier , en faveur de Tournier contre Baillere.

Par arrêt du 22 Mai 1715 , rendu en la troisieme chambre des Enquêtes , au rapport de M. de Saint Laurens , entre Robert & Claire Fabre ; il a été jugé que les intérêts ne sont pas dus du jour du commandement fait au débiteur , en exécution des lettres de rigueur ; mais seulement depuis l'assignation. Cet arrêt fait bien voir que la Cour ne traite pas favorablement la demande des intérêts , puisqu'à la rigueur il semble qu'ils seroient dus depuis le commandement de pa-

yer, qui est une demande rigoureuse, faite par le créancier, qui constitue le débiteur en demeure; or les intérêts qui ne sont pas dus par la nature du prêt, sont adjugés *propter moram debitoris*, & cette demeure s'établit par la demande judiciaire du créancier; la seule assignation étant regardée comme demande cet arrêt, il faut conclure qu'un simple commandement de payer non suivi, n'interrompt point le cours de la prescription.

Il faut observer sur cette matière d'intérêts, qu'ils ne sont jamais dus, ni des dépens d'un procès, ni d'une somme provenant d'une liquidation de fruits, quoique compris dans un arrêt ou dans une transaction, ils forment un capital; c'est ainsi que la Cour le juge constamment par ses arrêts: la raison en est que l'intérêt ne peut de sa nature produire d'intérêt.

¶ J'ai dit sur la fin de mon observation, que l'intérêt ne peut de sa nature produire intérêt; il y a pourtant des cas où l'intérêt peut légitimement produire un intérêt. 1°. Lorsque les intérêts sont entrés en surdite dans un décret. 2°. Lorsque la caution demande le remboursement des intérêts qu'il a payés pour le débiteur principal, alors l'intérêt porte intérêt depuis la demande judiciaire. 3°. Lorsqu'ils sont ablotés avec le capital dans un reliqua de tutelle, le reliqua porte alors intérêt depuis la cloture du compte; c'est l'observation de Graverol sur Larroche, *liv. 6. tit. 55. verbo Intérêts, art. 3.* où ce commentateur ajoute que c'est une erreur de croire qu'avant la cloture du compte, & pendant le cours d'une administration, les tuteurs dussent être chargés de l'intérêt de l'intérêt. On trouve dans le journal du Palais, *part. 10. pag. 230.* un arrêt du Parlement de Paris du 18 Janvier 1686, par lequel il fut dit que l'adjudication par décret d'une terre devoit payer l'intérêt de l'intérêt aux créanciers utilement colloqués, à commencer du jour qu'il avoit pris possession.

Lapeyrere, en ses décif. somm. *verbo Intérêts, num. 68,* estime que, quoique dans le ressort du Parlement de Bour-

deux on n'adjudge point d'intérêt de l'exécutoire des dépens, toutefois si les dépens sont convertis en obligation, ils peuvent produire intérêt, par la raison, qu'ils forment dès-lors, un capital; mais tant que les dépens ne perdent point leur nature, & qu'ils demeurent dus, ils ne peuvent produire intérêt, quoique liquides par arrêt, & compris dans un exécutoire; c'est ainsi que le jugea le Parlement de Dijon, par arrêt rapporté par *Bouyot, tom. 1. verbo Intérêts, quest. 1*, & la raison qu'il en donne, est que par l'ordonnance d'Orléans, art. 6, l'intérêt n'est point dû, si-non par obligation ou cédulés avérées; or l'exécutoire des dépens n'est, dit-il, ni cédulés ni obligation, & *in odium usurarum*, l'ordonnance ne doit être étendue lors de ses termes; mais les dépens perdant leur qualité, & étant payés au créancier, peuvent former en sa main un capital, qui lui produise intérêt dans les cas autorisés par nos ordonnances, ou par la jurisprudence des arrêts.

Quant aux arrérages des rentes constituées, les arrêts du Parlement de Paris ont défendu de faire entrer en une rente constituée les arrérages d'une autre rente plus ancienne; de façon que le même débiteur ne peut être contraint au paiement de cette nouvelle rente, formée des arrérages de l'ancienne. On peut voir là-dessus, les curieuses recherches de *Brodeau sur Louet, lettre R, somm. 55*, qui au même lieu, remarque que les arrérages des douaires, pensions, fermes, fruits d'héritage, loyers des maisons, & autres pareilles redevances, peuvent être convertis en constitution de rente, & produire intérêt, par la raison qu'ils forment un capital ou sont principal, par le contrat de constitution de rente. Et *Brodeau* rapporte là-dessus les préjugés du Parlement de Paris. Un capital formé d'une liquidation d'intérêts, légitimement dus, la liquidation faite ou par condamnation, ou par arrêté d'entre le créancier & le débiteur, peut produire intérêt, parce que les intérêts ont perdu leur nature, depuis que le capital est ainsi formé; en sorte que si les intérêts de ce nouveau capital ont été payés volontairement au créancier, ils

244      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
ne peuvent être répétés par le débiteur, quoiqu'il n'y eût aucune demande formée en justice dudit capital & intérêts; car suivant la jurisprudence de ce Parlement *usura soluta non repetuntur*, si ce n'est pour l'excédant de l'intérêt réglé par les ordonnances, qui auroit été pris par le créancier, qui, étant alors usuraire, pourroit être répété.

---

## CHAPITRE LXXI.

### *De la cession prise pour compenser.*

**L**es loix *per diversas* & *ab Anastasio*, *cod. mandati*, ont paru si conformes à l'équité, qu'elles ont été favorablement accueuillies par les différents Parlemens du Royaume, quoique leur jurisprudence ne soit point uniforme, les uns ayant apporté des restrictions, & des modifications à la disposition de ces loix, les autres leur ayant donné toute l'étendue que leur sens peut mériter.

La loi *per diversas*, qui est de l'Empereur Anastase, & que Justinien confirme avec éloge, détermine que le cessionnaire d'une dette qui fait la matiere d'un procès, ne peut prétendre ni répéter sur le débiteur que la somme précise, qu'il a comptée au créancier en prenant de lui la cession. Le motif de la loi est tout-à-fait juste, comme le remarque Justinien, *in leg. ab Anastasio justissima constitutio conscripta est*. En effet, rien n'est plus odieux que cette espece de cessionnaires, qui, sans aucun intérêt antérieur à la cession, recherchent l'acquisition d'une action contre un débiteur, souvent accablé de dettes, & toujours à plaindre par sa seule qualité de débiteur. Voyons donc quelle est la jurisprudence des Cours du Royaume sur ces loix.

Le Parlement de Paris comprend sous la disposition de ces loix, toute dette sur laquelle il y a procès intenté, & dont on fait cession, *Charondas, respons. liv. 7. ch. 54.* Louet & Brodeau, *lettre C, somm. 13*, & *Chenu sur Papon, liv.*

12, tit. 1, art. 1, attestent que c'est la jurisprudence du Parlement, & rapportent des arrêts conformes.

En sorte que toutes les fois qu'une action est intentée au sujet d'une dette, par où la chose tombe en litige, (quoique la dette soit liquide par elle-même, & le droit certain,) si cette action est cédée à un tiers, il ne peut répéter sur le débiteur, que ce qu'il a précisément déboursé dans l'acquisition de cette action : Voilà la véritable disposition de ces arrêts ; le Parlement de Dijon le juge de même, comme le rapporte *Bouvot, tom. 1, part. 3, sous le mot Dette.*

Le Parlement de Bourdeaux a restreint la disposition de ces loix aux seules dettes illiquides, & dont le droit n'est pas certain ; mais pour les droits certains & liquides, le cessionnaire peut les répéter entiers sur le débiteur ; cette jurisprudence est attestée aux notes sur Lapeyrere, lettre C, n°. 6. & au n°. 7, il y est rapporté des arrêts de préjugé.

La loi *per diversas*, n'admet point cette distinction, entre les droits certains & liquides, & ceux qui ne le sont pas ; elle fait mention en général des droits acquis, au moyen desquels on peut exercer une vexation dans un procès intenté à ce sujet, *comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare, hocq. modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere* ; il est vrai que l'Empereur y suppose qu'on n'a pas coutume de céder à un tiers un droit certain, & qu'on l'exerce ordinairement soi-même, *cum certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant jura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle.* Mais il ne s'enfuit pas de cette supposition que si le droit est certain, le cessionnaire ne doit également subir la disposition de la loi, puisqu'il y a même raison d'un cas à l'autre, & que dans tous les deux, la raison déterminante de la loi subsiste ; qui est d'empêcher l'achat des actions qui font la matiere d'un procès, & les vexations qui se commettent à ce sujet, & c'est ce que la loi déclare en ces termes : *per hanc itaque legem, jubemus in posterum hujusmodi conamen inhiberi. Nec enim*

246      *Observations sur les Arrêts de Catellan ,  
dubium est redemptores litium alienarum videri eos esse , qui  
tales cessiones in se confici cupiunt.*

La loi regarde donc cette espece de cessionnaires comme de vrais acheteurs de procès , *redemptores litium alienarum* , & en ce sens elle réproûve toutes les acquisitions d'actions qui peuvent être faites à ce sujet contre un débiteur , & les restreint précisément à la somme déboursée *ad ipsam tantummodo salutarum pecuniarum quantitatem* : ainsi, que la cession soit faite pour droit certain ou illiquide , si elle se rencontre d'ailleurs dans les circonstances marquées par la loi , elle est également soumise à sa décision , puisque ( comme on l'a remarqué ) la raison décisive de la loi subsiste dans les deux cas.

C'est cette même raison qui a réglé la jurisprudence de la Cour en cette matiere. Les arrêts qui ont été rendus ont donné à la loi *per diversas* une extension conforme à son vrai sens. Me. Albert , lettre C , sous le mot *Cession de droit* , art. 6 , rapporte des arrêts du 23 Février 1640 , du 14 Février 1647 , dont le premier rendu contre les Chartreux , a jugé que la seule affectation d'acquiescer un droit , marquée par la précipitation du cessionnaire à intenter procès là-dessus , le faisoit tomber dans le cas des loix *per diversas* & *ab Anastasio*. Le second , rendu contre un payfan , qui ne pouvoit être soupçonné dans la cession qu'il avoit prise d'un décret , que d'avoir voulu faire une acquisition à sa bienséance , sans intention de chicanne ni de vexation ; par lequel arrêt le débiteur , qui risquoit sa ruine par cette cession , fut reçu à rembourser ce payfan cessionnaire du prix de l'achat de l'action ; & le même compilateur observe que toutes les fois que les juges remarquent que telles cessions ont été recherchées par quelqu'un *vexandi causa* , sur-tout quand c'est *contra miserabiles personas* , en matiere de décret , les Cours ne les souffrent pas ; & c'est ce qui fait , selon lui , la différence des arrêts , dont la décision dépend des circonstances particulieres qui accompagnent ces cessions.

Ainsi, quoique la chose cédée soit liquide, si l'on peut con-

jecturer que la cession a été prise *vexandi animo* ; le cessionnaire est dans le cas des loix citées, selon la jurisprudence de la Cour, quoiqu'il n'y eût point de procès intenté à ce sujet, ce qui est à la vérité une extension des loix citées ; mais conforme néanmoins à leur esprit.

Il faut ici observer qu'on n'a pas besoin d'impêtrer des lettres en cassation des cessions, & qu'on y est recevable, même après dix ans, sur la simple demande, ainsi qu'il a été jugé par arrêt du 20 Mai 1724. au rapport de Mr. de Lombrail, en la grand'chambre, en faveur de la dame de Chaunel, épouse de Me. Astruc, professeur en medecine de Montpellier, contre le sieur Puech, qui opposoit une fin de non-recevoir, fondée sur ce que la dame d'Astruc ne s'étoit pas pourvue dans les dix années de l'ordonnance, concernant la rescision des contrats.

## C H A P I T R E L X X I I .

*De la lésion intervenue dans une division a'hérédité, ou dans une transaction.*

**L**A raison pour laquelle, dans le partage de l'hérédité paternelle, le frere lésé d'un quart peut revenir contre la division, peut être prise de la doctrine de Ferriere sur la quest. 289. *Guip.* que les freres doivent être égaux en toutes choses dans le partage de l'hérédité : *nam fratres*, dit-il, *per omnia in divisionibus faciendis æquales esse debent*. C'est pour cela que pour approcher de cette égalité, il suffit que la lésion soit du quart de ce qui devoit tomber en partage, pour en demander la rescision : *si enim notabilis inveniatur lesio nempe ad quartam, vel ut loquitur*, du quart au tout, l'on peut agir à nouveau partage, & avoir lettres à cet effet : c'est le langage de Mornac sur le paragraphe dernier de la loi 20. *ff. familiæ Erisc.* Mais il faut venir dans les dix ans du jour du partage, & se pourvoir contre, par lettres, suivant

248      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
la doctrine de Charond. *responf. liv. 6. chap. 3.*

Il y a des docteurs qui ont tenu que quand le partage avoit été fait par sort, il ne pouvoit être attaqué par la voie de la lésion même énorme, Fachin. *controvers. lib. 8. cap. 36. fait mention du conflit d'opinions qu'il y a là-dessus. Toutefois il a passé dans la pratique qu'il suffit que la lésion soit d'un quart dans le partage par sort, réglé même par une transaction, pour qu'on puisse en réclamer, Charondas loco supra, & Mor-nac.*

Pour ce qui concerne les transactions entre majeurs, elles ne peuvent être rescindées sous prétexte de lésion quelle qu'elle puisse être, suivant la disposition de la loi 78. *§. ult. ff. ad Trebell.* à quoi se trouve conforme l'ordonnance de Charles IX. donnée à Fontenebleau au mois d'Avril 1560. qui porte par exprès que nul ne fera reçu à imputer les transactions passées sans dol ou force, sous prétexte de lésion d'outre-moitié du juste prix, ou autre plus grande quelconque, & ce qu'on appelle *dolus re ipsa.*



*LIVRE VI.*  
DES SAISIES, DECRETS  
ET ALLOCATIONS.

---

CHAPITRE PREMIER.

*Du droit d'offrir.*

**P**AR la disposition du droit romain, & la décision de l'Empereur Alexandre, *in leg. I. cod. si antiquior credit. pign. vendid.* Le second créancier a droit d'offrir au premier qui se trouve nanti de la part du débiteur de la chose hypothéquée à tous les deux, les sommes qui lui sont dues, & le premier créancier ne peut refuser l'offre, & se trouve contraint de délaisser la possession du fonds.

C'est sur le fondement de cette loi, que ce Parlement admet à ce droit d'offrir le second créancier, après la vente même judiciaire faite au premier, & qu'elle le condamne à faire le désistement du fonds sujet à l'hypothèque, en recevant tout ce qui lui est dû en capital, intérêts & dépens, ce qui est conforme à la doctrine de Mr. Duranti, *quest. 51. n. 2.* qu'il justifie par des raisons de droit très-solides.

Mais ce droit d'offrir n'a lieu, que lorsque le second créancier ne peut avoir de prise sur d'autres biens du débiteur, & que l'adjudication par décret les absorbe & emporte totalement. Duranti, *cod. loco.*

Ce droit est fondé sur des motifs d'équité, & sur cette règle *concedendum est facile uni quod alteri non nocet.* Le se-

cond créancier en effet trouve d'un côté, dans cette offre acceptée, la sûreté de sa créance, & le premier créancier est de l'autre pleinement indemnisé de tout ce qu'il peut prétendre sur les biens de son débiteur.

Ce droit est même restreint par la loi aux créanciers hypothécaires, les chirographaires n'en pouvant user, *leg. 10. cod. qui potior. in pign. habeant.*

Par l'ancien droit les créanciers postérieurs ne pouvoient poursuivre la vente judiciaire du fonds hypothéqué, c'étoit un privilège réservé au premier créancier, *leg. C. quæ 15. §. qui res suas, ff. de pignor. leg. 8. diversis, cod. qui potior. in pign. habeant.* Et cela même donna lieu au droit d'offrir, que les loix accorderent aux créanciers postérieurs par un motif d'équité, & pour la conservation de leurs hypothèques.

Suivant la pratique de ce Royaume, il est permis à tous créanciers de poursuivre la vente judiciaire des biens de leur débiteur, quoique le premier créancier en ait été nanti par engagement; & voilà ce qui a donné lieu à Loyseau de dire, *liv. 3. chap. 8. num. 66. des offices*, que le droit d'offrir n'est point reçu en France. Mais par la jurisprudence de ce Parlement, il subsiste dans les cas marqués dans ce chapitre.

Il semble même qu'il faudroit recevoir l'offre du créancier perdant, contre le créancier antérieur après l'expédition du décret & mise en possession pendant les dix années, quoiqu'il eût été appelé dans l'instance de décret, & cela par ce même motif d'équité qui a introduit le droit d'offrir, le créancier décrété se trouvant pleinement dédommagé, n'a pas lieu de se plaindre s'il est dépossédé, & le créancier perdant trouve dans la reprise des biens décrétés une ressource de dédommagement; d'ailleurs il peut arriver que pendant l'instance de décret, le créancier appelé n'a pas eu de l'argent comptant pour faire une offre réelle au créancier privilégié, auquel cas il seroit dur pour lui d'être exclus de ce droit, & de ne pouvoir profiter de la grace que la loi lui accorde, tant que le premier créancier jouit des biens du débi-

teur comme créancier, & par un titre qui n'est pas incommutable, puisqu'il peut être dépossédé par la voie du rabatement, & que pendant tout le temps accordé pour ce rabatement le décrétiste ne jouit proprement des biens que *jure pignoris*, & comme créancier.

La prescription contre le droit d'offrir, ne court point pendant l'instance en rabatement de décret, poursuivie par celui à qui ce droit est accordé, en sorte qu'on ne comprend point dans les dix ans accordés pour exercer ce droit d'offrir depuis la mise en possession, le temps qui s'est écoulé durant le cours de la demande en rabatement, par cette raison qu'on ne peut imputer de négligence à celui qui n'a cessé d'agir, suivant la décision de la loi 16. *cod. de inoff. de testam.* & la doctrine des interpretes, *ead.*

Ce droit d'agir ne compete même au créancier, qu'après la discussion par lui préalablement faite des biens de son débiteur non compris au décret, & en cas d'insuffisance de ces mêmes biens. Ces deux questions furent ainsi décidées en la troisième chambre des enquêtes le 19 Août 1720 au rapport de Mr. Gaillard, entre Catherine Rudavel de Montpellier, & Fournier.

Le droit d'offrir n'ayant été introduit que pour favoriser le second créancier perdant, il doit cesser dès que ce créancier peut avoir prise sur d'autres biens du débiteur non compris au décret.

Quand un des créanciers alloués meurt pendant l'instance de la poursuite du décret, & que le procureur du décédé dénonce son décès au créancier poursuivant le décret, il suffit que ce créancier poursuive la reprise de l'instance avec l'héritier, & les curateurs décernés aux biens du décédé, sans que ce créancier poursuivant soit tenu de reprendre cette même instance avec tous les autres créanciers de la distribution, & de faire à ce sujet des sommations à chacun de leurs procureurs.

C'est ainsi que la Cour l'a jugé par un arrêt rendu en la troisième chambre des enquêtes au rapport de Mr. l'Abbé de

Mariote le 14 Juillet 1714. en faveur du syndic des religieuses de la Visitation du St. Esprit, contre les créanciers de la distribution des biens de François Cornet.

Les créanciers oppoioient pour nullité de décret expédié à ce syndic, le défaut de reprise d'instance avec eux, & des sommations faites à leurs procureurs, & demandoient que les surdités fussent réouvertes, mais leur demande fut rejetée.

C'est un point de jurisprudence de ce Parlement, qu'après dix ans écoulés de la mise en possession, le décrétiste n'est tenu de remettre d'autre piece de la procédure que le décret & mise en possession dûement signifiés, & que le discuté qui attaque le décret par la voie de nullité (ce qui est permis pendant 30 ans) doit faire foi lui-même par la remise des pieces, des nullités intervenues au décret; il y a un arrêt de la troisieme chambre des enquêtes qui l'a ainsi jugé au rapport de Mr. l'abbé de Mariote, en date du 20 Novembre 1715. entre Jean Eldin, & Estienne Leyris, ce qui est conforme à la doctrine de Graverol sur Larroche, *liv. 2. tit. des décrets, art. 67.* ce même arrêt jugea que l'enchere surabondante couvre les défauts, & nullités des criées.

CHAPITRES II. & IV.

*Si la moitié des terres complantées en vigne baillée au colone pour ses travaux, peut-être distraite de la saisie générale.*

*Si les terres hermes baillées en emphytéose en peuvent être distraites en payant rente.*

*De la subrogation précaire.*

*Si celui des deniers duquel le vendeur d'un fonds a été payé du prix, & qui jouit du précaire, jouit du privilege contre le vendeur.*

*De plusieurs subrogés au même précaire ou à la même hypothèque*

*De l'allocation des intérêts du prix de la vente d'un fonds sur les autres biens du discuté.*

**D**Ans l'espece de l'arrêt du 12 Juillet 1664, le colone doit être envisagé comme celui qui par son travail ou par son argent a contribué à la conservation ou réparation du fonds du débiteur saisi; & qui est toujours préférable sur ce même fonds, & dans la vente qui en est faite aux créanciers de ce débiteur, quelque privilégiés qu'ils soient, *leg. Lucius 6. in princip. ff. qui potior. in pign. habeant. & leg. Interdum 5. eod.* & à ces textes du droit sont conformes les arrêts rapportés par Charondas en ses réponses. liv. 2. ch. 79. Maynard, liv. 2. chap. 47. *idem Charond. en ses Observat. verbo Hypotheques.* Or ce colone ayant complanté cette vigne, lui avoit donné l'être, ainsi que le maçon qui a construit une maison, & la moitié du fonds acquis à ce colone lui représentoit le prix d'un travail employé à l'utilité des créanciers même, puisqu'il avoit enrichi le fonds du débiteur; ensorte que cette moitié de vigne étant le prix de ce travail, le colone ne pouvoit être exposé à aucune espece de recherche ni d'éviction par cette maxime, *repetitio nulla est, ab eo qui suam recepit.*

Quant au bail emphytéotique on ne présume pas qu'il y eût aucune collusion pratiquée au préjudice des créanciers. Les circonstances, qui accompagnoient ce bail, prouvoient au contraire que tout s'étoit passé de bonne foi, & suivant les loix ordinaires de cette espece de bail, c'est ce qui déterminâ les juges à laisser subsister le bail du fonds; ce faisant, que l'emphytéote en auroit le domaine utile, & les créanciers la directe, comme exerçans le droit de leur débiteur. Dans une allocation de créanciers, celui qui a prêté ses deniers est préférable à tous autres créanciers sur le prix provenant de la vente séparée de ce fonds; mais il faut pour cela, qu'il y ait une stipulation d'hypothèque spéciale du fonds acheté, en faveur de celui qui a fourni ses deniers pour l'achat, & la clause insérée dans le contrat, & que tout cela concoure dans la vente; autrement le créancier de qui les deniers ont été comptés, n'a d'autre hypothèque qu'à raison de son contrat sans privilege. Que si c'est par un contrat séparé que la numération a été faite, sans stipulation de précaire, cela ne préjudicie point à l'hypothèque des créanciers antérieurs sur ledit fonds vendu; c'est ainsi que le décide *Bouvot, tom. 2. verbo Hypothèque, quest. 16.* qui cite *Louet & Brodeau, lettre H, somm. 21.* & en effet, *Louet, eod. n<sup>o</sup>. 1.* dit qu'il faut une stipulation du créancier que la chose acquise de ses deniers lui demeureroit obligée suivant la décision de la loi *Licet, cod. qui potior. in pign. hab. § de la loi Quoties 3. de pign. eod.* *Louet* ajoûte que c'est l'opinion de *Barthole, in leg. Interdum, qui potior. in pign.* suivie au Palais, que, *si ex mea pecunia res empta* sans aucune expression, il n'y a aucun privilege par la loi vulgaire, *quod ex mea pecunia paratum meum non est. Leg. Si ex aliena, cod. de rei vindicat.* mais pour avoir privilege, *inter hypothecarios creditores*, il faut que, *in ipsa rei traditione, in ipso contractu emptionis intervenerit conventio*, & que la clause du précaire y soit énoncée. Les arrêts se sont conformés à cette décision, *Louet, ibid.*

Il me semble que dans l'espece de l'arrêt rendu en la premiere chambre des enquêtes en l'année 1694. dans la distri-

bution de Gontard les deux subrogés par le créancier au même précaire, devoient être alloués par concours au fol la livre; non-seulement pour les intérêts, mais même pour le capital, selon la disposition de la loi 7. *in princip. ff. qui portior. in pign.* L'obligation étant éteinte par le fait de deux personnes qui ont prêté leurs deniers, ils doivent venir par concours, l'un n'étant pas plus privilégié que l'autre sur les biens du débiteur; ce qui est bien différent du cas où le créancier n'a reçu que partie de son paiement des deniers d'un tiers, qu'il a subrogé à sa place pour cette partie, le reste de la dette résidant sur la tête de ce même créancier; car alors si le subrogé ne vient point en concours sur les biens du débiteur avec le subrogeant c'est par la raison, que celui-ci, n'a pas entendu le préjudicier en faisant la subrogation, ni réculer son hypothèque.

## C H A P I T R E V.

*De l'allocation des intérêts, des réparations & des lods & ventes, payés par l'acquéreur.  
Des intérêts du quanti minoris.*

**L**A cause des réparations nécessaires, utiles & permanentes, est encore plus favorable que celle du précaire, puisque suivant l'arrêt du Parlement de Paris de l'année 1597 rapporté par *Charondas en ses Observations, sous le mot Hypothèque*, un maçon pour semblables réparations faites à une maison, fut préféré sur la vente de cette maison à celui qui avoit la subrogation au précaire du vendeur. Il faut donc donner le même privilège dans la distribution des biens du propriétaire de cette maison, à celui qui a fourni aux fraix de ces réparations, s'il a la subrogation du maçon ou architecte, & l'allouer sur la vente séparée par privilège au précaire pour le capital & intérêts, puisqu'il est de maxime qu'on ne sépare point ici les intérêts du capital, & qu'ils

marchent au même rang, ainsi que ceux du précaire.

Je croi qu'il faut décider avec Duperier, que le vendeur ne doit point les intérêts du *quanti minoris* à l'acheteur depuis le jour qu'il a reçu le prix, par les raisons qu'il a lui-même très-doctement employées, qui sont que les loix n'ont jamais donné à l'acheteur que le *quanti minoris*, sans parler des intérêts, ni expressément, ni tacitement, & que les intérêts ne peuvent être dus à l'acheteur, puisqu'il n'a été privé d'aucun fruit, ni d'aucune commodité de la chose vendue depuis le temps de la vente jusques à l'éviction de la directe, le vendeur ne pouvant être en demeure qu'après que l'acheteur l'a fait assigner en condamnation du *quanti minoris*, & pour demander l'indemnité.

A quoi l'on peut ajouter que par la jurisprudence moderne de la Cour, cette indemnité étant renvoyée à l'estimation d'experts, est illiquide & indéterminée jusques au moment de la liquidation qui en est faite, & ne peut conséquemment produire des intérêts depuis le jour que le vendeur a reçu le prix, parce que le capital n'est formé que par cette liquidation, & que le débiteur n'est en demeure que depuis la demande judiciaire; ce fut avec juste raison que la doctrine de Duperier l'emporta dans le partage qui fut formé sur cette question lors de l'arrêt de l'année 1695.

Il y a un arrêt de ce Parlement rendu au rapport de Mr. de Progean le 5 Septembre 1690. entre Nogaro, Dufour, & le syndic du college de Ste. Catherine, qui a décidé en thèse, qu'il n'est point dû d'intérêts du *quanti minoris*, par la raison que l'acquéreur d'un fonds vendu allodial, & qui néanmoins se trouve sujet à une censive, n'a point de titre pour les prétendre, la demande en étant faite *conditione indebiti*, & comme ayant payé du fonds plus qu'il ne valoit. Les intérêts ne lui sont point dus, puisque l'*indebitum* non plus que le *mutuum* n'en produit point; mais d'ailleurs il doit suffire à cet acquereur que le vendeur soit condamné à le dédommager de tous les lods, ventes, arrérages, & dépens, jusques au jour qu'il est payé du *quanti minoris*.

Quoiqu'il

Quoiqu'il soit d'usage d'allouer les intérêts au même rang que le capital dans la vente séparée d'un fonds, néanmoins si le prix de cette vente est insuffisant pour le paiement du capital & des intérêts, le créancier ne peut au préjudice des autres, prétendre la même allocation sur les autres biens du discuté, & il ne doit pour les intérêts qui lui restent dus, être rangé sur ces mêmes biens qu'après les capitaux. La règle qui permet au créancier l'imputation *prius in usuras*, ne pouvant avoir lieu qu'entre le débiteur & le créancier, mais nullement au préjudice des autres créanciers d'une distribution; c'est ainsi que la question fut jugée le 26 Mars 1693, au rapport de Mr. de Projean après partage porté de la première des enquêtes à la seconde, compartiteur Mr. de Boutaric dans la distribution générale de Moïse Vesi.

## CHAPITRE VI.

*Des intérêts des arrérages de rente liquidés par le fermier, ou par le seigneur, & de la restitution des fruits liquidée à une somme.*

**S**elon le droit romain, les intérêts des fermages sont dus, depuis que le fermier se trouve en demeure d'en faire le paiement, *leg. 54. ff. locati conduct.* Mais par la jurisprudence des arrêts de ce Parlement, l'intérêt n'est adjugé que depuis l'interpellation judiciaire.

Il en est autrement d'une restitution de fruits, puisque les intérêts n'en sont point dus même depuis la demande judiciaire, ainsi qu'il fut jugé en la troisième chambre des enquêtes le 10 Septembre 1715. au rapport de Mr. l'Abbé Mariote, entre Pierre Delas, & Pierre Nodon; cet arrêt ne sert qu'à confirmer celui dont fait mention notre arrêtiste, rendu au rapport de Mr. de Cassagnau, & dont il ne rapporte point la date.

## CHAPITRES IX. &amp; X.

*De l'allocation des tailles & des rentes , & des dépens faits pour en avoir le payement.*

*De l'allocation du prix d'une ferme.*

**I**L y a un privilege des tailles , qui est restreint à celles des trois dernières années , c'est celui de pouvoir agir par exécution parée , & d'user de saisie en vertu du livre d'imposition sans condamnation préalable; mais après les trois années le collecteur ( à qui des arrérages sont dus ) est obligé de prendre la voie de l'assignation contre le cottisé , & de poursuivre la condamnation en vertu de laquelle il peut faire saisir & faire ordonner la vente séparée du fonds sujet à la taille , pour être payé par préférence à tous créanciers antérieurs du débiteur ; c'est la jurisprudence des Parlemens , & des Cours des Aides.

Le collecteur a seul ce privilege ; car si un tiers avoit prêté de l'argent au cottisé pour le payement de sa taille , ( quoiqu'il constât que les deniers y ont été employés , & qu'il eût subrogation de celui qui a fait l'emprunt , ce qui suffit régulièrement pour avoir la subrogation au droit du créancier suivant la disposition du droit, *leg. si ventri , ff. de rebus auctorit. &c.* ) ce tiers n'auroit pourtant point de privilege sur le fonds , mais seulement une action personnelle contre le débiteur cottisé.

Pour jouir du privilege du collecteur , il faut avoir de lui une subrogation expresse à son droit, *leg. 3. si cum pecuniam , & ult. cod. de privileg. fisc.*

C'est ce qu'a observé le docte Mr. Cujas , *observat. lib. 18. cap. ult.* où il distingue les droits qui competent au fisc *in actionibus personalibus* , d'avec les droits réels ou hypothécaires , tels que sont les tailles. Dans les premiers , il ne faut point d'autre subrogation que celle qui compete *tacito*

*intellectu*, par le paiement qui se trouve fait des mêmes deniers empruntés pour cela, suivant la loi *si ventri* déjà citée. Dans les seconds, il faut une subrogation expresse, suivant *la loi ult. § 3. de privileg. fisci.*

Quoique le collecteur doive être payé en capital & dépens, par préférence à tous créanciers sur le fonds sujet à la taille, il n'a pourtant pas droit de demander les intérêts des tailles, qui ne sont jamais alloués *propter moram debitoris.*

C'est une règle des contrats, que l'hypothèque se prend du jour & date de l'obligation; *in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*, leg. 18. s. *si filius familias*, ff. de reg. jur. Les parties se lient alors mutuellement les unes envers les autres; enforte que toutes leurs stipulations conditionnelles, ou termoyées ont un effet rétroactif, & remontent au temps du contrat, leg. 78. ff. de verbor. obligat. Ainsi il ne peut être révoqué en doute, que le propriétaire d'un fonds n'ait hypothèque sur les biens du fermier du jour & date du contrat de bail à ferme, quoique la ferme n'ait commencé qu'un an après; mais on peut douter si cette hypothèque doit remonter au temps du contrat pour tous les arrérages des rentes, & si, au préjudice des créanciers intermédiaires, & qui ont contracté avec le fermier, (la première année de son bail, par exemple,) le propriétaire doit être alloué dans la distribution des biens du fermier, par préférence pour les arrérages dont il est débiteur, postérieurement aux obligations qu'il a contractées.

J'ai déjà observé que le collecteur n'a jamais droit de demander les intérêts des tailles; par la raison que les sujets du Roi sont assez chargés par cette imposition, sans les surcharger par le paiement des intérêts; toutefois si le débiteur de la taille consent à l'égard du collecteur un contrat de constitution de rente, en paiement du montant de la taille, ce débiteur est assujetti au paiement de cette rente, & ne peut s'aider de la maxime, que les tailles ne produisant point d'intérêt, le capital qui fait le fonds de la rente consti-

tuée , ne peut produire des fruits qui tiennent lieu d'intérêts ; c'est ainsi que la question fut jugée en la premiere chambre des enquêtes le 28 Février 1695. au rapport de Mr. de Resseguier , après partage porté en la deuxieme , compartiteur Mr. l'Abbé Tournier , dans la cause d'Antoine Prévot , & de Mathieu Pagés.

Dans l'espece de cet arrêt , Matthieu Pagés étoit demandeur en cassation du contrat de constitution de rente au dernier vingt par lui consenti , en faveur de Prévot , pour la somme de 300 liv. de tailles qu'il lui devoit en qualité de collecteur ; l'arrêt confirma le contrat , & condamna Pagés au paiement de la rente constituée.

Pour ce qui concerne les dépens exposés par le seigneur directe , pour la poursuite de la condamnation de la censive ou arrérages dus ; il y a un arrêt de ce Parlement rendu après partage porté de la troisieme chambre des enquêtes , & vuïdé en la premiere au rapport de Mr. de Cazes , compartiteur Mr. de Ferrand-Castillon , en date du 30 Juillet 1707. par lequel il fut jugé que les dépens dont il s'agit n'avoient point le privilege de la rente ou censive , d'être alloués au même rang , sur la vente séparée du fonds : il y avoit à la vérité cette circonstance , que c'étoit le fermier du seigneur qui avoit fait la poursuite ; mais elle ne me paroît point décisive , parce que les arrêts qui ont accordé au seigneur ce privilege d'être alloué par préférence à tous créanciers , non-seulement pour les arrérages dus , mais pour les dépens des condamnations obtenues , ne se sont déterminés que sur le privilege du seigneur sur le fonds qui est réel , & conséquemment transmissible à son fermier.

Cet arrêt du 30 Juillet 1707. paroît plus conforme à cette équité , qui doit servir de regle aux jugemens des tribunaux supérieurs , que celui du 21 Avril 1667.

En effet , de donner cette préférence au seigneur directe pour des dépens qui sont accidentels , & que les créanciers intermédiaires de l'emphitéote n'ont pu prévoir , c'est porter atteinte aux droits des créanciers , & à la faveur du commer-

ce des contrats si protégé par les loix : c'est déranger l'ordre des hypotheques établi par la loi , & étendre au seigneur directe un privilege réservé pour les deniers royaux.

## C H A P I T R E   X I .

*Si les créanciers antérieurs peuvent agir contre les postérieurs qui ont été payés par l'héritier sous bénéfice d'inventaire.*

**L**A loi dernière, *h. sin vero creditores, cod. de jur. delib.* citée par l'auteur, est décisive, pour autoriser la disposition de l'arrêt du 6 Avril 1663. Cette loi ne peut être entendue du cas où les créanciers antérieurs sont mis en possession des biens de leur débiteur, puisqu'il résulte de son texte que les héritiers sous bénéfice d'inventaire, avoient donné aux créanciers postérieurs des biens de l'hérédité en paiement de leurs hypotheques. *Sin vero hæredes res hæreditarias, pro debito dederint in solidum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint, liceat aliis creditoribus qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire; & à posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem, vel per conditionem ex leg. nisi voluerint debitum eis offerre.*

Il faut ici observer, que le créancier qui a reçu de la main du débiteur la chose à lui hypothéquée, & à d'autres créanciers, ne peut la posséder que *jure pignoris*, mais non à titre de propriété; c'est ce qu'on peut recueillir de la loi 1. *cod. si antiquior. credit. pignor. vendit.* où l'Empereur décide, que tant que le premier créancier se trouve nanti, ou par vente faite par le débiteur, ou par autre titre de la chose hypothéquée, le second créancier a droit de le déposséder, en lui offrant ce qui lui est dû; & c'est ce qu'il ne peut faire à l'égard du tiers-acquereur, à qui le premier créancier l'a vendue en vertu du pacte appolé à l'obligation, par la raison, que cet acquereur la possède *jure proprietatis*, qui est un titre

*Observations sur les Arrêts de Catellan*, incommutable, au lieu que le titre du créancier n'est qu'un simple gage ou nantissement, tant qu'il y a d'autres créanciers hypothécaires, qui peuvent lui évincer la chose, en offrant, ainsi qu'il leur est permis, & par la loi *Si antiquior*, & par la loi *ult. cod. de jur. deliber.*

De ces maximes, il faut conclure que les créanciers postérieurs, qui au préjudice des antérieurs, ont reçu des mains de l'héritier bénéficiaire des sommes ou des fonds en payemens, peuvent en être évincés pendant 30 ans, & que ce n'est point le cas de prescrire l'hypothèque dans les dix années, puisqu'il faut être pour cela tiers-acquereur, & possesseur du fonds sujet à cette hypothèque *jure proprietatis*.

## CHAPITRES XII. & XIII.

### *Des rabatements du décret.*

C'Est un point de jurisprudence de ce Parlement, que le rabatement de décret est personnel au discuté, & qu'il ne peut être transmis, ni par cession ni par donation; outre les arrêts rapportés dans ce chapitre, on en trouve dans Graverol sur Larroche, *liv. 2. tit. des décrets, art. 1. §. 14.*

Pour ce qui concerne les enfans, il a été jugé par arrêt d'audience du 6 Juillet 1720, plaidans Mes. d'Alstruc & Favier dans la cause du sieur Charanton de Montpellier, contre Tandon fils, que le fils émancipé ne peut *vivente patre* demander le rabatement de décret de ses biens.

C'est encore un point de jurisprudence, que quand le décret émane d'une Cour supérieure, l'action en rabatement ne dure que dix ans du jour de la mise en possession, & 20 ans, au lieu de 30 qu'elle duroit, s'il émane d'un juge subalterne; c'est ainsi que la question fut jugée le 16 Juillet 1718. dans la cause de Savin & Bonioli, plaidans Mes. de Montaudier & Alstruc, & le 7 Septembre 1720. pour la dame de Chaunel, épouse de Me. Alstruc, professeur en mé-

Livre VI. Chapitres XII. & XIII. 263  
décine de la faculté de Montpellier, plaidans Mes. d'Astruc  
& Boubée.

Il y a une exception à faire pour les décrets qui émanent des Cours supérieures sur le fait des tailles, l'action en rabatement dure 30 ans, suivant l'observation de Graverol, *loco supra*, & de *Philippi*, art. 173. en ses arrêts; mais la restitution des fruits n'est point due, *Philippi*, eod.

Le temps ordinaire du rabatement court irrévocablement contre les pupilles & mineurs, à l'exemple de celui du retrait lignager; la raison en est, que le rabatement est une pure grace, & que par le droit du Code, le terme fatal de ce rabatement étoit deux années, au lieu que par la jurisprudence des arrêts, ce temps étant porté beaucoup au-delà, les pupilles & les mineurs n'ont point à se plaindre si le délai court utilement contr'eux.

Albert, lettre D, *in verbo Décret*, rapporte un arrêt d'audience de la Cour du mois de Janvier 1626, par lequel il fut décidé qu'on ne peut être reçu dans les dix années même au rabatement contre un tiers-acquereur des biens décrétés.

L'arrestographe ne rapporte point le motif de cet arrêt, il peut être fondé sur ce que le tiers-acquereur ne possède point les biens *jure pignoris*, ainsi que le décrétiste, mais à titre incommutable de propriété; qu'ainsi le décret étant dénaturé par cette aliénation, le discuté n'a plus la même action de rabatement, qui se dirige contre l'adjudicataire. Toutefois il seroit aisé d'anéantir le rabatement, & d'en éteindre absolument l'action par cette voie oblique, en faisant passer collusoirement les biens décrétés en la main d'un tiers, d'abord après la mise en possession. Mais d'ailleurs le tiers-acquereur, ne pouvant ignorer la qualité de décrétiste du vendeur, a pu prévoir le rabatement, & doit s'imputer s'il a fait une acquisition qui pût lui manquer par cette voie. En sorte que je croi que le rabatement doit avoir lieu contre le tiers-acquereur.

Il y a deux arrêts de ce Parlement qui l'ont ainsi jugé, le

premier en date du 23 Mars 1724, rendu en la grand'-chambre, plaidans Me. d'Astruc pour le sieur Laval décrétiste, & Me. David pour le sieur Bancal demandeur en rabatement; Laval fut condamné à délaisser à ce demandeur tous les biens compris au décret, même deux pieces par lui vendues, quoiqu'il eût donné sa requête pour en imputer la valeur.

Le second arrêt fut rendu le 20 Mai 1724. au rapport de Mr. de Lombrail, en faveur de la dame de Chaunel, épouse de Me. Astruc, professeur en médecine de Montpellier, contre le sieur Puech décrétiste du bien de ladite dame; Puech qui en avoit aliéné partie, fut condamné à en procurer le délaissement.

Il y a un arrêt de la troisieme chambre des enquêtes, rendu à l'audience le 13 Février 1720. plaidans Mes. d'Astruc & Favier, qui refusa à Catherine Radavel, créanciers pour sa légitime de Claude son pere, le rabatement du décret de ses biens contre Fournier décrétiste, sur ce fondement que le décret avoit été poursuivi sur la tête d'Henri Radavel son frere, & non sur celle de Claude Radavel, leur pere commun; l'arrêt réserva seulement à cette fille légitimataire le droit d'offrir.

Cet arrêt peut être fondé sur cette maxime, que *mutatio-  
ne personæ, natura rei mutatur*: le décret poursuivi contre le frere avoit dénaturé la chose; enforte que ce n'étoit plus le bien du pere, sur lequel la fille auroit été fondée en sa demande en rabatement *jure filiationis*, le droit d'offrir lui fut réservé, comme il l'auroit été à tout autre créancier perdant.

Il faut observer ici, que le juge du lieu où le principal saisi, & le principal manoir du débiteur discuté se trouvent, peut adjuger le décret sur d'autres biens du débiteur, saisis par le même exploit, quoique situés dans une autre juridiction; ainsi qu'il fut jugé le 13 Septembre 1720. en la deuxieme chambre des enquêtes, au rapport de Mr. de Lacarri, après partage vuide en la troisieme, selon l'avis de Mr.

Comere compartiteur, le rapporteur fondeoit l'avis contraire, sur ce que le juge n'a d'empire que sur les biens situés dans sa juridiction, ce qui doit assujettir le créancier à poursuivre deux différens décrets, lorsque les biens du discuté se trouvent situés dans deux différentes juridictions : A quoi il fut répondu, que ce seroit & trop embarrassant & trop dispendieux pour les parties, s'il falloit ainsi multiplier les décrets, pour une même somme due par un seul & même débiteur, & que c'étoit pour cela même, que les arrêts du Parlement de Paris avoient décidé que le juge du principal manoir du débiteur, & où la plus grande partie de ses biens fonds se trouvoit, pouvoit adjudger le décret sur ses autres biens situés dans une différente juridiction, & cet avis prévalut.

Celui qui a été reçu au rabatement de décret, est obligé de faire les avances des fraix de la liquidation des sommes qu'il doit rembourser au décretiste avant de le déposséder; ainsi jugé en la troisieme chambre des enquêtes le 6 Juin 1725. au rapport de Mr. de Caussade, entre Maillac & Aldebert.

Le motif de cet arrêt peut être pris de ce que le décretiste étant en possession en vertu d'un titre légitime, & le rabatement étant une pure grace, il ne seroit pas juste qu'il fit les avances d'une pareille liquidation; mais au contraire le demandeur en rabatement, qui peut se procurer la réintégration dans les biens, dont le décretiste ne peut être dépossédé qu'après le remboursement de tout ce qui lui est dû.

Un héritier substitué, quoique descendant, ne peut être reçu au rabatement, parce que ce seroit d'une trop dangereuse conséquence d'étendre cette grace jusqu'aux substitués, qui à la troisieme & quatrieme génération pourroient sur ce fondement troubler le repos d'une possession légitime, & renverser par cette voie la fortune d'une famille; ce fut le motif d'un arrêt de la Cour, rendu au rapport de Mr. d'Auvergne le 27 Août 1696. dans la cause de Jean de Renard substitué aux biens de Bernard son aïeul.

¶ J'ai déjà dit dans les observations, que c'étoit un point

266      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
de jurisprudence de ce Parlement, que quand le décret émane  
d'une Cour supérieure, l'action en rabatement ne dure que  
10 ans du jour de la mise en possession, & 20 ans, au lieu  
de 30 qu'elle duroit, si le décret émane d'un juge subalter-  
ne, & j'ai rapporté deux arrêts conformes. L'art. 12 de la  
déclaration du 16 Janvier 1736, portant reglement pour  
le Languedoc sur les adjudications par décret, a dérogé à  
cette jurisprudence. L'article est ainsi conçu, *le délai pour  
former la demande en rabatement de décret sera de 10 ans, soit  
que le décret ait été interposé en l'une de nosdites Cours, ( c'est  
du Parlement & de la Cour des Aydes du Languedoc, ) où qu'il  
ait été adjugé dans une juridiction inférieure. Mais ce délai  
ne court que du jour de la mise en possession faite dans les for-  
mes, c'est l'article 13.* Il court contre les pupilles & les mi-  
neurs, sauf leur recours ( *s'il y échoit* ) contre leurs tuteurs  
ou curateurs, art. 14. Ce recours doit être entendu s'il y a de  
la part des tuteurs une négligence telle que la loi détermine  
pour les rendre responsables du dommage que le pupille a  
pu souffrir. Cet article 14 est plus rigoureux pour les pupil-  
les & mineurs, que l'article 8, qui ayant déterminé que l'ap-  
pel des jugemens, rendus sur le fait des adjudications par  
décret, ne pourra être reçu que pendant 10 années, à com-  
pter du jour de la signification desdits jugemens, à la partie  
faïste, exceptés de cette disposition, les pupilles & les mi-  
neurs. La raison de différence est prise, sans doute, de ce  
que le rabatement est une pure grace accordée indistincte-  
ment aux majeurs & aux mineurs, au lieu que les appels des  
jugemens sont réputés des actes judiciaires, dans lesquels les  
pupilles & mineurs conservent ordinairement les privilèges  
attachés à la minorité. Les demandes en rabatement de dé-  
cret, ne pourront être formées qu'en la Cour, & en la Cour  
des Aydes de Montpellier, chacune pour les matieres qui les  
concernent, & ce, encore que les décrets aient été interpo-  
sés par les juges inférieurs; c'est l'article 15. Le rabatement  
de décret étant une pure grace, il a paru convenable qu'el-  
le émanât de l'autorité royale qui est la vraie source de tou-

tes les graces distribuées aux sujets de quelque condition qu'ils soient.

L'article 11 a confirmé la jurisprudence de ce Parlement, suivant laquelle le rabatement étoit déclaré personnel au discuté, & transmissible seulement à ses enfans & descendans après le décès du pere. Cet article porte que les propriétaires des biens décrétés ou leurs enfans & descendans pourront seuls se pourvoir en rabatement de décret. On peut voir tout ce qui est déclaré à cet égard dans les autres articles dont je n'ai point inséré ici la disposition; l'article 11 a dérogé à la disposition de l'arrêt du 27 Août 1696, par lequel, il fut jugé qu'un héritier substitué ( quoique descendant du discuté ) ne pouvoit être reçu au rabatement; l'article a cru devoir étendre cette grace, non-seulement à ceux du premier degré, mais même aux descendans du discuté, ce qui renferme sans doute ceux qui se trouveront substitués aux biens adjugés par décret, & dont la cause a paru aussi favorable que celle des enfans. L'auteur observe sur le même sujet, chap. 13, que le fils peut user du rabatement ( quoiqu'il ne soit point héritier du pere ) & cela par la seule qualité de fils. L'article 11 n'a point dérogé à cette maxime, puisqu'il parle des enfans & des descendans en termes vagues & généraux; ensorte que, soit qu'on les envisage comme héritiers, comme substitués, ou comme liés seulement au discuté par le sang, ils sont admissibles au rabatement suivant l'article 11.

## C H A P I T R E S   X I V . &amp;   X V .

*Si les enfans peuvent jouir de la dot de leur mere prédécédée , pendant la vie du pere dont les biens sont en distribution. Si on peut faire cession des biens d'une amende pécuniaire , ex causa delicti.*

**J**E croi avec notre auteur que , *patre vergente ad inopiam* , & ses biens étant en distribution , les enfans doivent être saisis de la dot de leur mere qu'ils représentent , aux conditions marquées par la loi *Ubi adhuc* , *cod. de jur. dot.* Je me fonde sur la disposition de la loi *Affiduis* , *cod. qui potior. in pign.* qui donne aux enfans le même privilege qu'à leur mere , à raison de sa dot.

Cette décision ne peut avoir lieu dans la coutume de Toulouse , par la raison qui sert de fondement à l'arrêt rapporté par Mr. Cambolas , *liv. 3. chap. 36.* que par cette coutume , le mari gagne la dot entierement , & que les enfans issus du mariage , n'y ont absolument aucun droit pendant sa vie ; enforte que par leur prédécès , il ne gagne rien ; ce qui fait que ses créanciers ayant droit d'exercer ses actions , peuvent comprendre cette dot dans la saisie générale de ses biens , pour les fruits en provenant , faire fonds au payement des créanciers pendant la vie du pere ; sauf distraction de cette dot en faveur des enfans qui sont survivans au pere , qui doit la leur conserver.

Je croi que cette décision est conforme à l'esprit de cette coutume , qui envisage principalement l'intérêt du mari dans la constitution de la dot , *ut de ea suam possit facere voluntatem* , comme il est porté , *tit. de dotibus* , §. 2. & 3. d'où je conclus qu'il faut le regarder comme le vrai propriétaire de cette dot , pendant la vie même des enfans communs , la coutume devant être suivie littéralement & interprétée *stricto modo* , & donnant cette propriété au mari , *liberis*

*existentibus vel non ; ainsi que l'observe Cambolas, loco supra.*

C'est une maxime constante , que quelque favorable que soit la demande en cession de biens , elle n'est point accueillie , lorsqu'il s'agit d'affranchir de la contrainte au corps , celui qui s'y trouve sujet par quelque condamnation , tenant lieu de peine , ou qui est coupable du dol personnel ; & cela par cette raison , que ce secours n'est donné qu'à l'infortune , *leg. 8. cod. qui bon. ceder. poss.* & que les loix n'ont garde de protéger le dol , & de dispenser un coupable d'une peine qu'il a justement encourue.

De ce principe , il faut conclure que celui qui se trouve condamné à une amende , ou à des dommages & intérêts tenans lieu de peine , ne peut être reçu au bénéfice de la cession des biens , & la Cour juge constamment qu'en matiere de condamnation pour tous dépens , dommages & intérêts , rendue , par exemple , en matiere d'excès commis , le condamné ne peut s'affranchir de la contrainte par le secours de la cession de biens ; & ainsi des autres cas qui tombent dans la matiere criminelle.

Il n'en est pas ainsi des condamnations de dommages en matiere civile ; & quand il est question d'un simple dédommagement accordé à une partie , à l'occasion d'une perte soufferte , & à laquelle celui qui est condamné a donné lieu , ni pour des dépens obtenus par une condamnation ; alors le débiteur est toujours reçu à la cession de biens. J'ai rapporté les arrêts de ce Parlement , rendus sur cette matiere , dans un précédent chapitre.

## CHAPITRE XVIII.

*De la péremption des saisies d'héritage.*

**C**Est l'usage de ce Parlement , que les clamours , lettres de rigueur , les committimus , & les commandemens de payer périment dans un an ; quoique les saisies & les assignations subsistent pendant trois années.

L'exception de péremption doit être opposée *in limine litis*, autrement elle se couvre par les contestations volontaires; ainsi qu'il fut jugé par arrêt du 13 Septembre 1691, au rapport de Mr. de Celez, dans la cause de Catherine Mervie, & de Vergnes.

Dans cette espece Vergnes oppoisoit à Catherine Mervie que l'appel qu'elle avoit interjetté en la Cour se trouvoit périmé, puisqu'il s'étoit écoulé trois ans depuis l'intimation justes aux nouvelles poursuites: on n'eut point d'égard à cette exception, parce qu'elle n'avoit point été opposée *in limine litis*, & qu'il y avoit déjà un arrêt qui appointoit à mettre les exploits de saisie & encans, sans que Vergnes eût excipé de la péremption alors acquise.

## C H A P I T R E   X X.

*Quand est-ce que la discussion est nécessaire.*

**S**Uivant la nouvelle 99. les obligations solidaires ne produisent d'autre avantage au créancier, que de pouvoir agir par voie de recours contre le coobligé en cas d'insolvabilité de l'autre, & cette insolvabilité doit être préalablement établie par la discussion entiere de ses biens.

La clause seule de solidité n'opere donc point cet effet, que le créancier puisse agir contre un seul pour le tout, s'il n'y a une renonciation de la part des coobligés au bénéfice de discussion & de division d'action, introduit en leur faveur, cette renonciation ne peut être faite par équipollent, ainsi que l'arrêt de la Cour le jugea; ce qui est fondé sur la maxime prise de la loi *Nominatim, ff. de leg. 3. non refert quid ex æquipollentibus fiat.* La clause sans division ni discussion devant opérer le même effet que la renonciation des coobligés à cette discussion.

La raison déterminante de l'arrêt du 6 Mai 1668. peut être prise de cette maxime, que l'hypothèque étant indivisible, assujettit tous les biens du débiteur, & qu'elle se trouve *rota*

*in toto, & tota in qualibet parte rei*, suivant la doctrine de Louet après Dumoulin, *lettre H, somm. 20.* enforte que le créancier peut faire son exécution indistinctement sur la chose léguée qui fait partie de l'hérédité, & sur le corps de l'hérédité même.

Il n'en est pas ainsi des légitimaires, par la raison qu'ils n'ont point d'hypothèque sur les biens du testateur, mais une simple action pour demander leur droit de légitime, & cette action doit être dirigée contre l'héritier obligé au paiement de ce droit tant qu'il soutient la qualité d'héritier; que s'il vient à répudier, & que les biens ne fussent point pour remplir les légitimes, alors les légataires sont obligés de se réduire & d'expédier leurs droits aux droits légitimaires, en réduisant leurs legs jusques au montant de la légitime, qui est toujours privilégiée sur les simples legs, *leg. Papinianus, §. quarto ff. de inoff. testam.*

On peut observer ici avec Graverol sur Larroche, *liv. 6 verbo Eviction, art. 3.* que le dernier acquereur est toujours à découvert, le tiers-possesseur qui se trouve exécuté par le créancier, étant recevable à faire rejeter la saisie sur les autres biens du débiteur en dernier lieu aliénés, suivant un arrêt de la Cour qu'il rapporte. Mais s'il y a des biens extans du débiteur, le créancier ne peut exécuter le tiers-possesseur qui indique ces mêmes biens, & cette indication est toujours accueillie à condition par le tiers-possesseur d'en être garant envers le créancier, *auth. de fidejussor. §. sed neque, cod. de pignor.*

## C H A P I T R E X X I.

*De l'intérêt de vente des marchandises. Des intérêts dus entre associés. Qu'est-ce qu'interpellation, ou instance.*

**L'**Arrêt du 7 Août 1662. qui adjugea les intérêts du prix des marchandises vendues depuis l'introduction de l'instance, est non-seulement contraire à la doctrine de Mr. Do-

live , mais à la disposition de deux arrêts de la Cour qui sont rapportés dans la nouvelle addition du chap. 20 , liv. 4. qui ont jugé que les intérêts ne courent que depuis la condamnation.

Les arrêts du Parlement de Paris rapportés par Louet , lettre I. somm. 8. & ceux du Parlement de Provence recueillis par Boniface , tom. 2 , part. 2 , liv. 4, tit. 4, chap. 5 , ont adjugé ces intérêts depuis l'instance ; je croi cette jurisprudence plus conforme à l'esprit de l'ordonnance d'Orléans , art. 60. qui donne les intérêts requis par le créancier pour sommes à lui dues par cédulés , ou obligations depuis l'ajournement en cause , & cela par cette raison que les intérêts sont dus *propter moram debitoris* ; or la demeure est toujours établie , dès qu'il y a une demande suivant la regle du droit , *ibi nulla mora fieri intelligitur , ubi nulla petitio est* , Guimaudet , des usures & des contrats pignoratifs , liv. 3 , chap. 7 , n°. 4, dit en propres termes , *que le vendeur qui a livré la chose vendue , est fondé à demander les usures du jour que l'acquéreur est en demeure de payer le prix de la vendition , non seulement si la chose vendue produit des fruits , mais aussi si elle est stérile , suivant la doctrine de Balde , Salicet , & Paul de Castro.*

Mr. Dolive pour motif des arrêts qu'il rapporte , allegue que la différence des décisions rendues entre la vente des marchandises , & celle des grains au sujet des intérêts , procede de la différence qui se trouve entre les obligations descendantes de la vente des grains ou des vins , & celles causées pour vente de marchandises. Dans les dernieres , le Parlement considère le demandeur comme un marchand accoutumé de surfaire les étoffes qu'il baille par crédit , & non pas comme un créancier qui a réellement compté l'argent contenu en l'obligation , au lieu que le droit romain ayant singulièrement protégé les ventes des grains , auxquelles il fait produire intérêt sur une simple convention ; c'est se conformer à l'esprit des loix que d'adjuger les intérêts de cette espece de vente depuis la demande.

Cette

Cette différence a quelque chose de spécieux , mais elle n'est pas déterminante, quand il seroit vrai que les marchands sont accoutumés à surfaire le prix des étoffes , ils ne feroient en cela rien de prohibé par la loi , qui permet au contraire au vendeur & à l'acheteur de tirer le meilleur parti qu'ils peuvent du marché qu'ils font ensemble. Il n'y a de condamné dans le contrat de vente , que l'on nomme contrat de bonne foi , que le dol personnel que le vendeur auroit pratiqué pour faciliter le débit de sa marchandise , en la livrant , par exemple , pour être d'une qualité qui lui donne un prix plus considérable , au lieu qu'elle se trouve d'une qualité beaucoup inférieure , & conséquemment d'un moindre prix.

Au surplus , l'ordonnance d'Orléans , n'ayant point admis de distinction entre les dettes contenues dans les cédulés ou obligations , & fait de différence d'où elles procedent , il paroît conforme à son esprit & à sa disposition , d'adjuger indistinctement les intérêts de tous les capitaux depuis la demande judiciaire.

En matiere de société , les intérêts courent sans interpellation en faveur des associés , quand l'un d'eux jouit d'un profit commun à la société ; c'est la disposition du droit , *in leg. socium 60. in princ. ff. pro socio , & leg. 1. ff. de usur.*

La demande même de ces intérêts ne choque point le droit canon , & se trouve licite , suivant l'observation de Mornac sur cette loi 60 , parce qu'alors ce n'est pas tant intérêt que dédommagement qu'on adjuge à l'associé qui a fait des avances pour la société , n'étant pas juste que ses associés tirent un profit d'un argent qu'il a avancé pour eux sans le dédommager à ce sujet , *nemo enim ex aliena jactura locupletari debet.*

## CHAPITRE XXII.

*Des dommages & intérêts stipulés.*

**I**L faut distinguer sur cette matière d'allocation de dommages & intérêts, les différentes clauses en vertu desquelles ils peuvent être dus ou demandés. C'est ce qui est nécessaire pour concilier les deux arrêts rapportés par Mr. Cambolas, liv. 1, chap. 19, qui paroissent se choquer dans leur disposition, & la doctrine de Mr. Maynard, liv. 7, ch. 71, avec les arrêts rapportés dans ce chapitre.

La stipulation de dommages & intérêts ainsi conçue, à peine de tous dépens, dommages & intérêts, est proprement comminatoire; & comme elle ne contient rien de liquide ni de certain, on ne peut donner de rang ni d'allocation à ces dommages & intérêts dans la distribution de celui qui s'y est soumis.

Il n'en est pas ainsi de la stipulation de dommages & intérêts liquidés par contrat, il faut lui donner un effet en allouant ces dommages & intérêts, mais d'une manière différente.

Le Parlement de Paris, ainsi que l'observe Maynard, *loco supra*, est dans cette pratique d'allouer ces dommages & intérêts au même rang que le principal, & c'est qui demeure établi par les différens arrêts rapportés par Brodeau sur Louet, lettre D, *somm.* 42; suivant la jurisprudence de la Cour, ces dommages ne sont alloués qu'en dernier rang, & comme simples intérêts après tous les capitaux, ainsi que l'observe Maynard, & qu'il a été jugé par l'arrêt du dernier Janvier 1690, rapporté par Cambolas, liv. 1, chap. 14.

Lorsque ces dommages & intérêts sont dus ou stipulés dans un contrat de vente, & qu'ils viennent en exécution de ce même contrat à raison de l'éviction du fonds, alors ils ont le même rang que le principal, par cette raison que, faisant

partie du contrat même , ils n'en peuvent être séparés , & doivent suivre le rang du principal. Ils font partie du contrat , parce que l'éviction de laquelle le vendeur est tenu , renferme non-seulement la restitution du prix , mais encore les dommages & intérêts , suivant la loi *Eviçta*, ff. de eviçtion.

C'est sur ce principe qu'on peut fonder l'arrêt du 17 Mai 1622 , rapporté par Cambolas, *loco supra* , qui alloua pareils dommages & intérêts du jour du contrat.

J'observerai ici qu'une somme adjudgée par transaction pour tenir lieu de dommages & intérêts , porte intérêt depuis l'interpellation judiciaire , ainsi qu'il fut jugé en faveur de la nommée Barriere de Montpellier , contre Me. Fizes Conseiller en la Cour des Aydes de cette Ville, le 20 Juillet 1695 , au rapport de Mr. de Rouffi.

Dans l'espece de cet arrêt , Mr. Fizes avoit transigé le 15 Octobre 1689 , avec ladite Barriere sur le fait du commerce illicite qu'il y avoit eu entre eux pendant l'espace de douze ou quatorze années , d'où il étoit provenu deux enfans mâles ; par la transaction , Barriere se départit de toutes ses prétentions tant civiles que criminelles , pour la somme de quatre mille livres , à laquelle furent liquidés les dommages & intérêts prétendus par Barriere.

Me. Fizes se pourvut en cassation de cette transaction , l'affaire portée en la Cour par appel de la sentence du Sénéchal de Montpellier , qui avoit entériné ses lettres en rescision , la transaction fut confirmée , & Me. Fizes condamné au paiement des intérêts de cette somme de 4000 liv. depuis l'introduction de l'instance.

La décision de cet arrêt paroît contraire à la loi 24, ff. ad municipal. Mais elle ne l'est pourtant pas , car cette loi parle d'un administrateur des biens d'autrui , qui étant poursuivi à raison de son administration , se trouve condamné à la restitution de quelque effet ; auquel cas il ne peut être contraint au paiement des dommages & intérêts depuis la demande , & cela par un motif d'humanité & d'équité , qui ne permet point de rendre une administration aussi onéreuse , en imposant

276      *Observations sur les Arrêts de Catellan ,*  
fant à l'administrateur la nécessité du paiement des domma-  
ges & intérêts avec le capital , au lieu que dans l'espece de  
cet arrêt les dommages & intérêts tiennent lieu de peine à  
l'obligé , & font le paiement d'une dette qu'il a contractée  
avec celle qu'il avoit abusée.

---

### C H A P I T R E   X X I I I .

*Si les gages & émolumens des Professeurs dans les Universi-  
fités , & les Officiers royaux , & les revenus des Ecclésiasti-  
ques peuvent être saisis.*

**M**ornac sur la loi 5, *spem præmiorum, cod. quæ res pign.*  
*obligari poss.* observe que cette loi qui déclare l'espoir  
du prix réservé aux athletes pour la victoire, exempt de toute  
hypothèque , & qui en cela paroît contraire à la loi *Com-  
modis, ff. de re judic.* doit être conciliée par la loi *Stipendia,*  
*cod. de execut. rei judicat.* qui défend de faire des exécutions  
sur la solde de l'homme de guerre, s'il a d'autres biens exé-  
cutoriables , d'où Mornac conclut avec la glose, que quand  
le débiteur n'a pas d'autres biens, on peut saisir cette solde  
en lui laissant toutefois de quoi s'entretenir , & il tire un ar-  
gument de l'homme de guerre à l'avocat , & à l'ecclésiasti-  
que , & dit sur la loi 6, *de re judic.* qu'on peut saisir le pé-  
cule *quasi-castrense* de l'un & de l'autre , *deducto scilicet ne  
egeant* ; il ajoûte sur la loi 5, *quæ res pignor.* que Cujas a  
concilié la contrariété apparente des loix *spem præmiorum* &  
*commodis* déjà citées , par cette distinction que l'espoir de la  
récompense réservée pour l'athlete , ne peut être hypothéqué  
par aucune paction ou convention particulière , parce que sa  
vertu en seroit ralentie , mais que le prix peut-être saisi en  
exécution d'une condamnation rendue contre lui. Ce qui doit  
toujours être entendu en lui laissant de quoi s'entretenir.

Ces décisions doivent servir de règle dans la matiere des  
exécutions, qui peuvent être faites sur les pécules des avo-

cas, puisqu'ils jouissent des privilèges attribués à la milice armée, & qu'ils combattent sous les étendards de la justice & des loix qui font régner la paix dans le cœur de l'état, & assurent le repos & la félicité des citoyens; c'est ce que les Empereurs ont exprimé d'une façon bien énergique dans la loi 14, *cod. de advocat. diversor. judicior.* il y a plusieurs textes du droit, & entre autres la loi *ult. cod. de inoff. testam.* qui communiquent aux avocats & professeurs des sciences le privilège des militaires. Ainsi ce n'est point faire violence aux loix que j'ai citées, & qu'on emploie dans la matière qui fait le sujet de ce chapitre, que de leur donner de l'extension aux professeurs, puisqu'il y a parité de raison, & que la loi elle-même nous enseigne alors à faire ces extensions, *leg. illud, ff. ad leg. Aquil.*

Les interprètes, en suivant l'esprit des loix, ont compris les gens d'église dans le même privilège, parce qu'ils sont militaires sous les étendards glorieux de la croix, comme consacrés par état au service des autels.

De ces principes, il faut conclure que le privilège des uns & des autres, ne va pas jusques à mettre absolument à l'abri des exécutions de leurs créanciers les gages, pécules, & fruits des bénéfices, mais que n'ayant d'autres biens exécutoires, les créanciers peuvent faire saisir l'excédent de ce qui leur est nécessaire pour leur entretien honnête.

C'est ce que les ordonnances royales & les arrêts ont décidé en faveur des ecclésiastiques. L'ordonnance de Blois, art. 57, à laquelle il n'a pas dérogé par celle de 1667, *défend d'exécuter les ecclésiastiques en leurs vivres.*

Les arrêts de la Cour rapportés par Mr. Maynard, liv. 1, de ses questions, chap. 15, & Larroche, liv. 2, tit. des décrets, art. 21, ont décidé que les distributions manuelles des prébendés, & qui se font à la sortie du chœur ne pouvoient être saisies, parce qu'elles sont destinées pour leur entretien journalier, & par cette même raison, on ne peut saisir les émolumens des professeurs, ni le casuel ou oblations des curés: mais on peut exécuter les gros fruits des prében-

*Observations sur les Arrêts de Catellan ,*  
des & bénéfices , au-delà de ce qui est nécessaire pour l'entretien du bénéficiaire , ce que les arrêts de la Cour rapportés par Graverol , *loco supra* , ont réglé à 200 liv. annuellement.

Cette taxe est arbitraire , & dépend à mon avis , de la qualité des bénéficiaires , & du rang qu'ils tiennent dans l'église ; mais je croi qu'en suivant l'esprit des loix & des ordonnances , il faut indispensablement leur laisser de quoi vivre avec décence , l'intérêt public de l'église , qui l'exige ainsi , devant prévaloir sur l'intérêt particulier du créancier.

De ces maximes , je conclus encore que si les professeurs n'avoient absolument d'autres revenus que les gages royaux attribués à leur chaire , on ne pourroit les saisir que pour l'excédent de leur entretien honnête , ce qu'il faut décider avec d'autant plus de raison pour le pécule des avocats , que c'est d'eux que la loi parle dans le parallèle qu'elle fait des deux milices , *leg. 14, cod. advocat. diversor. judicior.*

## CHAPITRE XXIV.

*Des fraix des funérailles de l'héritier chargé de rendre , & s'ils peuvent être pris sur les biens substitués.*

**J**E croi qu'il faut se ranger constamment du côté de l'arrêt , qui a décidé que les fraix funéraires de l'héritier grevé descendant du testateur , devoient être pris subsidiairement sur les biens substitués ; voici les raisons sur lesquelles je fonde mon opinion , elles me paroissent décisives.

Il n'est pas nouveau dans le droit , qu'on décide une question par argument , & c'est ce qu'il faut nécessairement pratiquer , quand la loi elle-même n'a point rendu de décision précise pour le cas qui fait la matiere du procès. Ainsi , quoique la question qui se trouve diversément décidée , par les arrêts rapportés dans ce chapitre , ne puisse l'être par un texte formel des loix ; l'on peut néanmoins en fixer la décision

par argument pris de la loi & de la doctrine des interpretes , adoptée par les arrêts.

Il faut d'abord établir pour principe , que les fraix funéraires sont si privilégiés par eux-mêmes , qu'ils dévancent toutes les dettes dans la distribution des biens du défunt , *leg. 45 , de religios. & sumpt. funer.* & que par l'auth. *res que , cod. commun. de legat.* les biens substitués sont subsidiairement affectés pour la restitution de la dot de l'héritier grevé descendant du testateur , à défaut des biens libres , & pour la donation à cause des nœces , quoique pure libéralité.

La faveur de la descendance , a seule donné lieu à cette authentique , & celle des dots n'y est point entrée , puisque ce privilege est restreint aux seuls descendants , ce qui ne seroit point ainsi , si la faveur de la créance de la dot , ou de la donation *propter nuptias* , y avoient eu quelque part , puisque la même raison auroit milité pour la dot & donation de survie de la femme de l'étranger , que de celle du descendant.

Cela posé , que cette authentique a uniquement envisagé les avantages que peut retirer un descendant des mariages qu'elle lui procure par la sûreté que l'épouse trouve dans la disposition de cette loi pour la répétition de ses cas d'aux ; ne faut-il pas conclure qu'en suivant l'esprit de cette loi , il faut accorder pour le moins le même privilege aux fraix funéraires de l'héritier descendant du testateur qu'à la dot de sa femme , sur laquelle ces fraix funéraires sont privilégiés eux-mêmes , dans le cas de distribution des biens du mari , & que c'est ici qu'il faut appliquer la maxime , *si vinc vincentem te* , à *fortiori vincam te* , avec d'autant plus de raison que cette authentique donne ce même avantage à la femme pour la donation de survie , dans laquelle *certat tantum de lucro captando*.

Les interpretes ont tiré de l'esprit de cette même authentique les motifs de décider , que les biens substitués devoient , à défaut des biens libres , contribuer à la rançon de l'héritier

280 *Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
 grevé, & à le délivrer de la contrainte : *Verissima est opinio, quia omnes rationes in dotibus consideratæ, locum habent in causa captivitatis, quod si detineretur captivus, pro ære alieno, aut pro deiccto. Communis conclusio est, alienari non posse, quia culpa sua in captivitatem incidit, ideo non est ei subveniendum;* c'est le langage de Peregr. art. 40. n. 90. 91. de fideicomm.

Si les biens substitués sont subsidiairement obligés pour tirer de la captivité l'héritier grevé descendant du testateur, ne faut-il pas convenir qu'ils doivent l'être, à raison de la dette la plus privilégiée & la plus protégée par les loix ? c'est celle qui regarde les fraix funéraires : ne faut-il pas, en interprétant la volonté du testateur, selon les regles ordinaires de l'interprétation, que les loix elles-mêmes nous ont prescrites, conjecturer de sa piété & de son amour pour sa descendance, qu'il a entendu affecter les biens substitués, au paiement d'une dette par lui contractée à l'égard de ses enfans, dès le moment qui leur donna le jour, qui est celle de leur sépulture, dont le devoir a toujours été si sacré & si inviolable chez toutes les nations ?

## CHAPITRE XXV.

### *Des fraix des funérailles de la femme.*

**J**E croi avec l'auteur, que l'usufruit de l'hérédité doit supporter le paiement des fraix funéraires, par cette raison que ces fraix sont une vraie dette de l'hérédité. *Leg. Papinianus, §. quartam, ff. de inoff. testam.* Or avant que l'héritier puisse jouir des biens, il faut procéder au paiement des dettes, *quia non sunt bona, nisi deducto ære alieno.* L'usufruit ne tombe par conséquent que sur les biens qui restent, par où il supporte nécessairement ces fraix funéraires. Fachin, lib. 4, cap. 19. Grassus, §. legatum, quæst. 35. Ferr. in quæst. 541. Guip.

Le motif de décider de la loi *Cum in fundo*, est pris de ce que

que dans cette espece il ne restoit rien au mari du bien de sa femme après son décès, ni en propriété, ni en usufruit; sur quoi la glose observe, *in verbo Mulieri*, que si le mari eût fait quelque gain sur la dot par le prédécès de sa femme, il auroit été tenu de contribuer à ces fraix au *prorata*, *alioquid si de dote aliquid lucraretur conferre cogeretur*. Ce qui fut ainsi jugé par arrêt du 10 Septembre 1691, au rapport de Mr. Delong dans la cause de Delsieu, & Marguerite Auriole, pour les fraix funéraires de Marie Auriole, épouse de Delsieu.

C H A P I T R E   X X V I I .

*De la clause, qu'en cas de prédécès du mari la femme sera nourrie & entretenue sur les biens, suivant leur portée.*

Q Uand la nourriture & entretenement de la femme après le décès du mari se trouvent fixés par le contrat de mariage à une somme certaine, elle a sans difficulté hypothèque sur ses biens depuis ce contrat, & doit être préférée aux créanciers postérieurs; c'est ce qu'on peut recueillir de la doctrine du président Faber, *in suo cod. lib. 8, tit. 36, definit. 10*: *non enim*, dit-il, *ex eo die tantum quo conditio evenit, sed à tempore contracti matrimonii, jus mulieri questum esse visum est, etiam in præjudicium tertii qui medio tempore contraxerat.*

Si la femme ne fut allouée ici, qu'après tous les créanciers du mari postérieurs au contrat de mariage: ce fut par cette raison ( qui n'a pas été touchée par l'arrétiste ) que la nourriture stipulée dans ce contrat, n'avoit rien de limité, & qu'elle devoit être mesurée par la valeur & la portée des biens du mari; ce qui se rapportant au temps de son décès, ne pouvoit faire aucun obstacle aux créanciers intermédiaires.

## C H A P I T R E XXVIII.

*De la préférence de plusieurs saisies de meubles , & de plusieurs saisies de sommes dues au débiteur.*

**D** Epuis l'arrêt du 20 Février 1681 , qui décida qu'entre les saisies ou arrestations des sommes dues au débiteur , la préférence doit être réglée par la priorité de l'hypothèque , & non par la date des saisies , il a été rendu deux arrêts contraires , qui ont fait revivre l'ancienne jurisprudence , en donnant la préférence au premier bannir-faisant sur le second , quoiqu'antérieur en hypothèque.

Le premier de ces arrêts est du 4 Juillet 1691 , au rapport de Mr. de Ferrand , en faveur du sieur Dejean , créancier du sieur Bernard de Vins , contre le syndic de l'hôpital de Cordes , créancier antérieur en hypothèque du même débiteur ; mais postérieur en banniment. Le motif de cet arrêt fut pris de cette maxime , que dans les saisies particulieres on n'a point d'égard à la priorité d'hypothèque , mais à la priorité des saisies , comme pour récompenser la diligence du créancier.

Le second arrêt fut rendu le 7 Septembre 1706 , au rapport de Mr. de Villespassans , sur l'appel d'un jugement de Messieurs des requêtes , dans la cause de Viguiet Marchand , contre le receveur de l'ordre de Malthe.

Ces arrêts sont conformes à la doctrine des interpretes , qui donnent dans un concours la préférence à celui qui a prévenu , & qui a marqué plus de diligence ; c'est l'observation de Brodeau sur Louet , lettre M , somm. 10 , n<sup>o</sup>. 4 , qu'il appuie d'un grand nombre d'autorités. *Mornac* sur la loi 1 , *cod. qui potior. in pign. habeant* , observe aussi que dans ce même concours , on considère la priorité *in ipso etiam momento , seu puncto temporis*.

¶ Ce Parlement a rendu un arrêt conforme aux deux que

J'ai déjà rapportés sur la matiere des concours des saisies ou banniments , & fut rendu en la troisiemë chambre des enquêtes , le 16 Juillet 1732 , au rapport de M. Blanc , après partage , compartiteur M. Malaret , en faveur du sieur Robin de Graveson de Montpellier , contre le sieur Dubois. L'arrêt donne le privilege au premier bannir-faisant ; quoique postérieur en l'hypothèque , ce qui a lieu pour les saisies particulieres. Il en seroit autrement si la saisie devenoit générale , les exécutions seroient rangées par l'ordre & le privilege des hypothèques. J'ajoute sur cette matiere la doctrine de Loyseau , *des offices* , liv. 4. ch. 8. n. 75. pour justifier la décision des arrêts du 21. Février 1681. & 7. Septembre 1706 , que j'ai déjà cités. Il décide qu'en saisie de meubles , il faut ordonner la délivrance par la date des saisies ou arrêts faits de la part des créanciers qui se trouvent en concours ; ce qui doit être entendu des saisies particulieres.

## CHAPITRE XXX.

*Si les intérêts d'une dette de communauté , qui ont couru depuis l'indication faite par la communauté sur un bien tenant , doivent être alloués en même rang que le capital , & avant le précaire , & autres privileges.*

L'Arrêt qui alloua le créancier indiqué par la communauté avant le précaire , sur la vente séparée du fonds , pour le capital & intérêts qui avoient couru depuis l'indication , peut être fondé sur deux maximes ; la premiere , que le fonds vendu , ne pouvant passer entre les mains de l'acquéreur , que *cum suo onere* , & avec les charges réelles qui étoient les dettes de communauté , le vendeur lui-même se trouvoit débiteur à ce sujet , lorsqu'il fit la vente du fonds ; & qu'ainsi il ne pouvoit faire valoir à l'égard du créancier indiqué le privilege du précaire.

La seconde , que les intérêts sont toujours alloués au rang

284      *Observations sur les Arrêts de Catellan ,*  
du capital , sur la vente séparée du fonds , & avant tous les créanciers de l'acquéreur en faveur du précaire , suivant la jurisprudence de la Cour , attestée par M. Dolive , *liv. 4. ch. 21.* & cela par cette raison que le privilège du vendeur est réel , & suit la chose vendue. Enforte que dans ces circonstances on ne sépare point le fonds des fruits qu'il produit , à la place desquels les intérêts se trouvent substitués.

Le créancier indiqué doit jouir du même avantage , puisque son droit est réel , & qu'il affecte les fonds en quelques mains qu'il passe , que ce soit à titre lucratif ou onéreux.

---

## C H A P I T R E   X X X I .

*De l'allocation du prix des choses dérobées , & des dommages , intérêts & amendes.*

**Q**Uoi qu'en ayent dit ceux dont parle notre auteur , qu'en France il n'y a point d'hypothèque que par contrat ou condamnation , nos auteurs françois reconnoissent trois sortes d'hypothèques , la légale , la conventionnelle , & celle du judicat : la première émane de l'autorité de la loi ou de l'ordonnance ; la deuxième , de la convention des parties , constatée par contrat ou par aveu devant un juge revêtu d'un caractère public , d'une convention privée , & la troisième , d'une condamnation.

Je croi que le maître de la chose dérobée a une hypothèque légale pour la restitution du vol , du jour de la plainte suivie d'une information & d'un décret contre le voleur. Je fonde ma décision sur l'article premier du titre 17. de l'ordonnance de 1670. si le décret de prise de corps ne peut être exécuté contre l'accusé , il en sera fait perquisition , & ses biens seront saisis & annotés , sans que pour raison de ce il soit obtenu aucun jugement. La saisie des biens suppose ici l'hypothèque acquise à l'accusateur depuis sa plainte qui a donné lieu au décret de prise de corps , & il n'a pas besoin de condam-

nation pour cela ; il y a donc une hypothèque légale , en vertu de laquelle on peut user de saisie , outre la conventionnelle & celle du judicat. Mais à l'égard des dommages & intérêts , auxquels le voleur pourroit être condamné , comme c'est là une condamnation accidentelle & arbitraire aux juges , j'estime que l'hypothèque du demandeur en excès ne doit se prendre que du jour de la condamnation , les créanciers de l'accusé , qui ont contracté depuis la plainte , n'ayant pu prévoir pareille condamnation.

Rien n'est plus intéressant pour le public que la punition des voleurs , le larcin commence par dépouiller la personne , & par une suite de crime , attente à sa vie ; ce qui fait le comble de son malheur. La réparation civile , & la restitution de la chose volée , n'est pas la seule peine que doit subir le voleur , elle ne seroit pas capable d'arrêter le cours de l'entreprise , il a fallu des peines corporelles , & celle de mort même , pour jeter la crainte dans le cœur , & pour expier le crime commis.

La déclaration du quatrieme Mars 1724 , concernant les voleurs , établit plusieurs peines , qui ne sont point arbitraires aux juges , aux fins de punir les différentes especes de larcin. 1°. Par l'article 1. le Roi veut que ceux & celles qui à l'avenir seront convaincus de vol & de larcin faits dans les églises , ensemble leurs complices ou suppôts , ne puissent être punis de moindre peine que , sçavoir , *les hommes , de celle des galeres à temps ou à perpétuité , & les femmes , d'être flétries d'une marque en forme de la lettre V , & enfermées à temps ou pour leur vie dans des maisons de force , le tout sans préjudice de la peine de mort , s'il y échoit , suivant l'exigence des cas.* A l'égard du vol domestique , il doit être puni de mort , suivant l'art. 2. qui ne distingue point la nature , ni la mesure du vol ; & comme c'est là une perfidie & une trahison de la part du domestique envers le maître , dont la vie est journellement en proie à l'entreprise de ce voleur , la peine de mort a paru seule capable de le contenir dans les bornes de la fidélité due aux maîtres.

Les vols ou domestiques, ou commis dans les églises demeurant exceptés; ceux ou celles qui se trouveront convaincus de vol, pour la première fois, ne pourront être condamnés à moindre peine que celle du fouet, & d'être flétris d'une marque en forme de la lettre V, sans préjudice de plus grande peine, si le cas y étoit, suivant l'exigence des cas, ce qui s'entend des circonstances qui peuvent aggraver ce premier larcin, & dont l'article laisse aux juges de faire l'application: c'est l'article 3. La récidive assujettit le voleur à la peine des galères à temps ou à perpétuité, les femmes à être de nouveau flétries d'un double W, & enfermées à temps pour leur vie dans les maisons de force, sans préjudice de la peine de mort, s'il y étoit: c'est l'art. 4. Ceux qui seront condamnés aux galères à temps ou à perpétuité pour quelque crime que ce soit, seront flétris avant que d'y être conduits, des trois lettres. GAL. pour, en cas de récidive en crime qui mérite peine afflictive, être punis de mort: c'est l'art. 5.

## C H A P I T R E   X X X I I .

*Si on peut faire cession des biens pour des sommes pour lesquelles le créancier a poursuivi des condamnations.*

**C'**Est une maxime constante, que pour être exclus du bénéfice de la cession des biens, il faut se trouver dans le cas du dol, ou être contraint par une dette qui tienne lieu de peine, & qui procède d'une condamnation rendue en matière de délit. On ne suit plus la jurisprudence dont parle Mr. Maynard, liv. 4. ch. 17. *Post rem judicatam, ad cessionis miserabile remedium, debitorem confugere non posse.*

C'est ce qu'a observé M. Dolive dans la nouvelle addition du ch. 31. du liv. 1. & Albert, lett. C, verbo Cession de biens, puisque la Cour a plusieurs fois accueilli la demande en cession de biens, pour condamnation de dépens descendans

même d'un procès criminel ; j'en ai rapporté les arrêts sur un autre chapitre. En quoi elle se conforme à la doctrine de Mornac , & aux arrêts du Parlement de Paris , dont ce grand avocat fait mention sur la rubrique du code , *tit. qui bon. cedere poss.* Le motif de cette décision est , comme l'observe Mornac , *quia expensarum condemnatio mere semper civilis est.*

On peut encore être reçu à cette cession pour le fonds de la condamnation en matiere civile , à moins qu'il n'y eût du dol personnel de la part du demandeur en cession , pratiqué dans le cours de la procédure , qui donnât lieu de lui refuser ce bénéfice que la loi n'accorde qu'à l'infortune , & qu'elle dénie toujours à la fraude : *Nemo enim ex suo delicto conditionem suam meliorem facere potest. leg. non fraudantur, ff. de reg. jur.*

Il y a plusieurs cas où la cession de biens n'est pas reçue par la jurisprudence des arrêts , *Albert, lett. C, verbo Cession des biens, en son recueil* , a eu soin d'en recueillir une partie ; mais dans tous ces cas , le motif de décider est pris d'un juste soupçon de dol personnel du côté du débiteur. Dumoulin, *in consuetud. Borbon. art. 68.* fait aussi mention des cas où la cession de biens n'est point admise.

Il faut observer sur cette matiere , que si le débiteur sur le choix à lui déferé par les créanciers ou d'un repi , ou de la cession de biens , s'est déterminé pour le repi , il ne peut ensuite recourir à la cession de biens ; c'est la doctrine de Cujas , & de Mornac adoptée par un arrêt du Parlement de Paris que ce dernier rapporte , *loco supra, in leg. ult. d. tit. en date du 8. Février 1611.*

## C H A P I T R E   X X X I V .

*Si le décrétiste ou adjudicataire peut demander sa garantie à celui qui avoit vendu le fonds comme noble & allodial à son débiteur , lorsque le fonds se trouve être sujet à rente.*

**I**L faut décider en these que l'action appelée *quanti minoris* , qui compete à l'acheteur , à raison du fonds vendu allodial , & qui se trouve assujetti au cens , n'a pas lieu dans les ventes qui sont faites par interposition de décret ; la raison en est que la garantie n'est due régulièrement , qu'à raison d'un contrat qui a été passé volontairement & librement , mais non dans les ventes judiciaires , dans lesquelles on ne contracte qu'avec le juge ; à moins que dans ce dernier cas , le fonds ne fût évincé au décrétiste par le vrai propriétaire ou par un créancier hypothécaire , *vel jure domini* , *vel jure hypothecæ*. Ces raisons servirent de fondement à l'Arrêt du 11 Septembre 1635 , rapporté par M. Dolive en ses arrêts , liv. 4. ch. 25. Notre auteur a convenu de cette maxime ; mais il observe qu'elle n'a pas lieu dans l'espece de l'arrêt du mois de Mars 1669 , qu'il rapporte , dont la principale raison & la premiere différence de ces deux arrêts fut , que dans celui du mois de Septembre 1635 , la garantie est refusée au décrétiste contre le débiteur , qui n'avoit point pactisé ni contracté avec lui , au lieu que dans l'espece de l'arrêt du mois de Mars 1669. si la garantie est accordée au décrétiste , c'est contre le vendeur de son débiteur , qui en étoit tenu à raison de la vente ; enforte que le décrétiste en exerçant les actions de son débiteur , étoit fondé en cette garantie contre le vendeur ; ce qui me paroît juste , par cette autre raison , que dans ces circonstances , la garantie est inhérente au fonds adjudgé par décret , enforte que le décrétiste en doit jouir avec cette indemnité , & ce dédommagement , qui est une suite de la garantie due par le vendeur du débiteur discuté.

Il convient d'observer ici que le *quantum minoris* doit être renvoyé à experts, & qu'il se règle eu égard à ce que le fonds vaut au temps de l'éviction, & qu'il a été déclaré sujet à la rente ou censive, & non par rapport à sa valeur au temps du contrat. *Vide* Lapeyrere, 3. *édit. lettre C, n. 45.* & l'arrêt du 29 Janvier 1670 y rapporté.

CHAPITRE XXXV.

*De l'allocation des arrérages des rentes constituées.*

**Q**uoique les arrérages des rentes constituées liquidés par transaction ou par sentence, forment un capital depuis le jour de la liquidation. Toutefois ils ne peuvent produire d'intérêt, par la raison que ces arrérages tiennent toujours la nature de fruits & d'intérêts annuels; c'est la disposition de la loi 15. ff. de *usur.* suivant laquelle la question fut décidée par arrêt rendu en la première chambre des enquêtes après partage porté à la seconde, rapporteur M. d'Orbessan, compartiteur M. de Burta en l'année 1694, ainsi que je l'ai trouvé dans un recueil d'arrêts très-exact d'un conseiller de ce Parlement, qui servoit alors dans la première chambre des enquêtes.

Il en est de même des dépens liquidés, le capital qui en est formé ne peut jamais produire d'intérêt, ni servir de matière pour former un contrat d'antichrèse, le créancier pouvant être contraint à la restitution des fruits du fonds qui lui a été donné sous ce titre, suivant un arrêt de la grand'chambre, rendu au rapport de M. Boiffet en l'année 1694, énoncé dans le recueil dont je viens de parler.

## C H A P I T R E   X X X V I I .

*Du privilege des opposans au sceau sur le prix des offices.*

**I**L y a un arrêt rendu à l'audience de la grand'chambre le 10 Mars 1691, qui ordonne la reception d'un officier du Parlement pourvû d'un office de conseiller, nonobstant les oppositions au sceau, sans l'obliger à satisfaire préalablement le créancier opposant, ou à consigner la somme due.

Mr. Tiffaut acheta de Mr. de Lairac, tuteur des enfans de Mr. de Lopital, l'office de conseiller au Parlement dudit sieur de Lopital; il y eut de la part des créanciers de celui-ci, des oppositions au sceau, & ensuite à l'installation dudit sieur de Tiffaut. Les opposans prétendoient qu'il ne pouvoit être reçu, sans avoir du moins préalablement consigné le montant de la dette selon l'usage du Parlement; le sieur de Tiffaut prétendit au contraire qu'il n'étoit obligé qu'à satisfaire aux indications à lui faites dans le contrat de vente. Les créanciers opposans n'y trouvoient point leur compte, parce que l'ordre des hypotheques n'étoit point gardé dans ces indications; l'affaire plaidée à l'audience, la Cour ordonna par son arrêt que le contrat de vente seroit exécuté aux périls, risques & fortune du sieur de Tiffaut & de Lairac, & que moyennant ce le sieur de Tiffaut seroit reçu sans préalable consignation.

Par l'édit donné à Versailles en Février 1683. enregistré dans ce Parlement le 4. Juin suivant, il est porté que les créanciers opposans au sceau & à l'expédition des provisions des offices, seront préférés à tous autres créanciers non opposans, quoique privilégiés, & même à ceux qui avoient fait saisir réellement les offices, & seroient opposans à la saisie réelle qui en aura été faite.

Entre les opposans créanciers au sceau, les privilégiés seront les premiers payés sur le prix de l'office, & après les

priviliégés , les hypothécaires feront colloqués sur le surplus du prix , selon l'ordre , priorité ou postériorité des hypothèques ; & s'il en reste quelque chose après qu'ils auront entièrement été payés , la distribution s'en fera par contribution entre les créanciers chirographaires opposans au sceau.

¶ L'usage a introduit deux sortes d'oppositions sur l'expédition des provisions des offices , l'une au titre , parce qu'elle tend uniquement à empêcher l'expédition des provisions , & l'autre a été nommée opposition pour deniers ou sceau , par la raison qu'elle n'a pour but que de conserver à ceux qui la forment les mêmes droits sur le prix de l'office qu'ils avoient sur l'office même ; c'est ce qui résulte de la déclaration du Roi du 29 Août 1738 , concernant les oppositions au titre. L'article 1. porte *que les oppositions au titre des offices pourront être formées par tous ceux à qui la propriété de l'office appartiendra en tout ou en partie , ou qui auront droit d'obliger le titulaire ou le propriétaire , à leur céder ladite propriété , ou d'empêcher qu'il n'en soit disposé au profit d'un autre , ce qui aura lieu , quoique ledit droit ne fût pas encore ouvert ou échu dans le temps de l'opposition.*

Lorsqu'il y a de la part des créanciers une saisie réelle de l'office , ou un abandon à eux fait de la part du débiteur dudit office , conjointement ou séparément avec d'autres biens de leur débiteur , lesdits créanciers ou les syndics par eux nommés pourront former opposition au titre dudit office , pour empêcher qu'il ne soit vendu à leur préjudice & sans leur consentement ; c'est l'art. 6. Mais si l'office n'avoit point été abandonné par le débiteur à ses créanciers , ni par eux saisi , & qu'il fût vendu , les créanciers ne pourroient alors former qu'une opposition au sceau , & les provisions ne seroient expédiées à l'acquéreur de l'office , qu'à la charge de cette opposition. A l'égard de l'opposition au titre , il faut qu'elle soit vidée avant que les provisions de l'office puissent être scellées ; c'est par un arrêt du Conseil , que cette opposition doit être vidée. Suivant l'art. 20. l'opposition au titre n'a d'effet que pendant six mois , après lesquels il sera passé outre au

292      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
fceau des provisions de l'office, ce qui s'entend, s'il n'en a  
été formé une nouvelle avant l'expiration desdits six mois,  
auquel cas, suivant l'art. 22. l'opposition aura son effet jus-  
ques à ce que l'instance en main levée ait été jugée définitive-  
ment, pourvu que la demande en main levée ait été dénon-  
cée à un garde des rolles, avant l'expiration desdits six mois.  
Selon l'art. 18. celui qui fera appelé à la substitution de la  
propriété d'un office pourra former opposition au titre, pour  
empêcher qu'il ne soit vendu à vil prix au préjudice de ladite  
substitution; mais cette opposition se fait alors aux périls,  
risques & fortune du substitué. La forme qui doit être ob-  
servée dans cette matiere, est prescrite par les différens ar-  
ticles de la déclaraion; elle n'a rien d'intéressant, que pour  
la procédure qui doit se faire au Conseil, & qui n'est ici d'au-  
cun usage.

*Fin du sixieme Livre.*



# LIVRE VII.

## DES PRESCRIPTIONS.

### CHAPITRE PREMIER.

*De la prescription des crimes.*

*De la mort naturelle du prévenu dans la prévention.*

ON ne peut révoquer en doute, après la disposition si formelle de l'article 35 de l'édit de 1679, que le crime de duel ne soit imprescriptible ; cet article porte que s'il y a eu plainte, ou condamnation, ou exécution par effigie contre le coupable de duel, le crime ne pourra être éteint par mort, ni par aucune prescription de 20 & 30 ans, ni par aucune autre. D'où il faut conclure, que s'il n'y a point eu de plainte, on ne peut en intenter l'accusation après le laps de 20 ans, qui efface toute espèce de crime.

Le duel seul avoit fait en France l'exception de la loi *quærela*, avant l'édit de 1679, suivant la remarque de Brodeau sur Louet, *lettre C, somm. 47, num. 5*, qui fait mention de la déclaration de Louis XIII. du 14 Mars 1613, vérifiée au Parlement de Paris le 18 du même mois, portant *que les coupables & complices de ce crime, ou leurs veuves & héritiers ne pourront prétendre extinction du crime par le laps de 20 ans ni autre temps.*

Il faut observer sur la prescription des crimes, que comme elle est en soi favorable, le dernier jour de la 20 ou 30<sup>e</sup>. année commencé est réputé fini ; en sorte que le coupable étant

294 *Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
 constitué prisonnier, par exemple, à l'entrée ou au commen-  
 cement du dernier jour, peut exciper de la prescription, ce  
 qui n'a pas lieu en matière de prescription civile, comme  
 d'une dette où le dernier jour doit être accompli. La raison  
 de différence est prise, de ce que cette dernière prescription  
 est odieuse selon la qualification de la loi *ult. cod. de annal.*  
*except.* au lieu que la prescription des crimes a toujours été  
 regardée comme favorable; ainsi qu'on peut le recueillir du  
 langage de l'orateur romain en son oraison *pro Muræna. ho-*  
*mines defensionem malunt quàm accusationem, & in capitiis*  
*periculo, etiam alienissimis favent.*

La demande en dommages & intérêts, comme accessoire  
 du délit, se trouve emportée, non-seulement par la mort du  
 prévenu arrivée durant le cours de l'instance criminelle, mais  
 même après la condamnation & pendant l'appel, suivant la  
 doctrine de Mornac sur le titre du *cod. si reus vel acc. mort.*  
 la raison est qu'en matière criminelle l'appel *extinguit judi-*  
*catum.*

Quoique l'action en dommages & intérêts comme acces-  
 soire de la peine due au crime, soit prescrite par le laps de  
 20 ans (ainsi que l'action criminelle, suivant la jurispuden-  
 ce des arrêts,) il n'en est pas de même de l'action qui com-  
 pete pour la restitution des choses dérobées; car quoique l'ac-  
 tion criminelle se trouve prescrite par ce laps de temps, on  
 peut, malgré cette prescription, agir pour la restitution du  
 vol; c'est ainsi que la question fut jugée en la seconde cham-  
 bre des enquêtes le 13 Août 1691, au rapport de Mr. de  
 Marmiesse, entre Jean Luquel, & Bertrand de Carcassonne.

Le motif de cet arrêt fut pris de la disposition des loix,  
 qui veulent que quoique le crime de vol soit éteint quant à  
 la peine, il y ait lieu à la restitution des choses dérobées. *Ac-*  
*tionones ex delictis descendentes, adversus hæredes dantur quate-*  
*nus ad eos pervenit, leg. in hæredem, ff. de dolo malo, quia*  
*turpia lucra hæredibus extorquenda sunt licet crimina, id est,*  
*accusationes extinguantur, leg. 5, in princip. ff. de calumn.*

L'action en restitution du vol n'est pas proprement acces-

soire de l'action pénale , puisqu'on a le choix de l'une ou de l'autre , & qu'on peut laisser la criminelle & prendre la civile.

¶ J'ai déjà dit que le crime de duel est imprescriptible s'il y a eu des poursuites commencées. Le seul attentat de ceux qui se sont portés à le commettre , caractérise ce crime , quoiqu'ils n'aient point été tués dans le combat. L'auteur a pourtant avancé , que l'exception à la règle , que tout crime est prescriptible par le laps de 20 ans , tomboit sur les crimes de leze-majesté divine & humaine , sur les homicides d'eux-mêmes , & sur ceux qui ont été tués dans les duels ou dans la rébellion à justice. L'ordonnance de 1670 , tit. 22 , art. 1 , qui fait mention des cas dans lesquels le procès doit être fait à la mémoire du défunt , n'exige pas pour caractériser le duel , que le coupable ait été tué dans l'action ; elle restreint au contraire cette circonstance au seul cas de rébellion à justice , avec force ouverte dans la rencontre de laquelle il aura été tué.

Rien n'est plus intéressant pour l'ordre public , que la punition des duels , le seul attentat mérite toute la rigueur des ordonnances , puisque ce crime est réputé de leze-majesté humaine , d'où il résulte que le seul attentat suffit , dépouillé de toute autre circonstance , *leg. quisquis , cod. ad leg. Julianam majestatis*. L'on peut voir à cet égard les édits de nos Rois qui ont paru depuis Henri IV , & sur-tout ceux qui émanent de Louis XIV , des années 1643 , 1653 , 1679 , qui demeurent confirmés par l'édit du 15 Février de l'année 1723 , en l'article 1.

Venant aux autres crimes dont parle l'auteur , & qui sont compris dans l'article 1. de l'ordonnance de 1670 ; & commençant par celui de leze-majesté divine ou humaine ; j'observerai que le crime de leze-majesté divine est celui qui se commet contre Dieu même , comme est , par exemple , le sacrilège , l'apostasie , l'hérésie , le blasphème. Le crime de leze-majesté humaine a plusieurs chefs ; le premier est l'attentat commis sur la personne sacrée du Souverain , *leg. 5 ,*

296 *Observations sur les Arrêts de Catellan ,*  
*cod. ad leg. Juliam majest.* cette loi le punit de mort ; mais  
 par la police de ce Royaume , la peine est la dislocation des  
 membres par quatre chevaux , & autres , suivant les circon-  
 stances plus ou moins aggravantes. L'assassin d'Henri IV ,  
 fut tiré à quatre chevaux. L'ordonnance de François I. de  
 Villiers-Cotterets du mois d'Août 1549 , art. 1 , étend la  
 peine due à ce crime , à l'attentat commis sur la personne des  
 enfans de France. Ce crime se commet encore par le traité  
 fait par le sujet , avec les ennemis de l'état pour trahir le Sou-  
 verain & ses provinces ; & si celui , qui en est accusé , vient  
 à décéder , on procede contre sa mémoire , ou son cadavre ,  
 s'il est encore extant , de la même maniere qu'en l'attentat  
 commis sur le Roi ou sur sa postérité. On en voit un exem-  
 ple dans l'histoire d'Henri IV. Nicolas Lhoste , natif d'Or-  
 léans , commis de Mr. de Villeroy , secrétaire d'état , fut  
 convaincu d'avoir trahi le Roi , en donnant avis au Roi  
 d'Espagne de toutes les délibérations qui se prenoient au  
 Conseil d'état , & le prix de cette trahison fut une pension  
 de cent écus par mois , & un présent de douze mille écus  
 de la part du Roi d'Espagne. Ce traître se trouvant poursuivi  
 par le prévôt de Meaux , se noya dans la riviere de Marne ;  
 son corps ayant été tiré de l'eau , le procès fut instruit avec  
 un curateur. Lhoste fut déclaré atteint & convaincu du cri-  
 me de leze-majesté au premier chef , pour les trahisons par  
 lui commises contre le Roi & son état ; pour réparation de  
 quoi , il fut ordonné que son corps seroit traîné sur une claie  
 en la place de Greve ; de-là sur un échafaud tiré à quatre che-  
 vaux , & ses quartiers mis sur quatre roues aux quatre prin-  
 cipales avenues de Paris ; l'arrêt ayant été prononcé au cura-  
 teur , fut exécuté sur le cadavre.

L'homicide de soi-même , le duel , la rébellion à justice  
 avec force ouverte , sont réputés par nos auteurs françois ,  
 crimes de leze-majesté au second chef. L'homicide de soi-  
 même peut procéder de diverses causes , ou par un ennui de  
 la vie , ou pour se dérober à la punition d'un crime qu'on a  
 commis ; dans le premier cas , les loix romaines n'infligeoient

aucune

aucune peine, au coupable; dans le second, c'étoit la confiscation des biens, *toto tit. ff. de bon. cor. qui mortem sibi*. L'ordonnance de 1670 ne fait point cette distinction; par cette raison sans doute, qu'il n'est jamais permis à un chrétien de se donner la mort sous quelque prétexte que ce puisse être. La raison pour laquelle l'homicide volontaire de soi-même est réputé crime de leze-majesté, est, que notre vie appartient à l'état, que c'est en violer les droits, que d'en trancher le cours par une mort précipitée & volontaire; car c'est là, une espèce d'attentat contre la patrie & le Souverain, *nemo dominus est membrorum suorum*.

Il s'observe qu'à la diligence du procureur du Roi, ou fiscal, on informe de la vie, mœurs, & état du défunt pour constater le fait de sa folie & de son état; que si dans la chaleur d'une fièvre chaude, ou par un trait d'une folie habituelle un homme s'est donné la mort, il n'y a nulle peine à infliger. Et dans le cas, par exemple, où accablée de misère & d'indigence, une personne se feroit pendue ou étranglée, les juges se portent à adoucir la peine, & se contentent d'ordonner qu'elle sera privée de la sépulture en terre sainte, conformément au canon *quicumque* 23, *quest.* 8, & aux préjugés sur ce rendu. Que si au contraire, la personne s'est donnée une mort purement volontaire, & sans pareils accidens, la peine ordinaire est, ( outre la privation de la sépulture en terre sainte ) que le cadavre sera attaché au derrière d'une charete, & trainé sur une claie la tête en bas, & la face contre terre, par les rues de la ville où l'exécution se fait, jusques à la place publique, où le cadavre est ensuite pendu à une potence pour y demeurer pendant 24 heures; les biens du défunt demeurant confisqués au profit du Roi, ou du haut-justicier, voyez *Guenois dans ses notes, sur la pratique d'Imbert, liv. 3, chap. 22*, où il rapporte les arrêts qui ont prononcé cette peine.

## C H A P I T R E II.

*Si le donataire ou le légataire prescrit l'hypothèque des créanciers antérieurs par dix ans.*

C'Est une décision formelle de la loi , que le donataire particulier prescrit contre les créanciers l'hypothèque , à laquelle le fonds donné se trouve assujetti par une possession paisible , & non interrompue de dix ans. *Leg. 2 , cod. si adversus creditor. præsc. opponat.* Il ne reste au créancier après ce laps de temps qu'une action personnelle contre le donateur son débiteur, *ubi autem creditori longi temporis præscriptio objicitur , personalis actio adversus debitorem salva ei competit , leg. 1 , in fin. eod.*

Il en est autrement du donataire universel , il ne peut prescrire l'hypothèque par la possession paisible de dix ans , parce qu'étant réputé *loco hæredis* , il est regardé comme successeur , & non comme tiers-acquereur ; ainsi qu'il fut jugé au rapport de Mr. de Cezes le 10 Septembre 1695 , entre Gillet d'une part , & Perquet de l'autre.

La donation du fonds faite par le pere au fils , non émancipé dans son contrat de mariage , doit se régler par la même disposition. 1<sup>o</sup>. Parce que la loi n'a point excepté cette espece de donation. 2<sup>o</sup>. Parce que les donations entre-vifs faites par le pere à son fils non émancipé en faveur de mariage , sont autorisées par la jurisprudence des arrêts ; en sorte qu'à cet égard on ne peut regarder la personne du fils comme confondue avec celle du pere , mais au contraire réellement distincte , & conséquemment la possession des biens donnés séparée de celle , que le pere retient de ses autres biens.

D'ailleurs les contrats de mariage étant de notoriété publique , les créanciers hypothécaires ne peuvent alléguer d'ignorance , sur le fait de la possession du fils donataire con-

cernant les biens donnés, & ils doivent s'imputer, si pour conserver leur droit ils n'ont point usé de dénonciation d'hypothèque à l'acquéreur avant l'achat, ce qui auroit sans doute constitué cet acquéreur en mauvaise foi, & fait obstacle à la prescription par l'argument de la loi *si fundum*, *cod. de rei vindicat.* qui établit d'une manière bien précise l'avantage que produit la dénonciation de propriété faite par le véritable maître, à l'acheteur avant l'achat du fonds vendu à *non domino*, qui consiste à lui assurer avec la restitution du fonds, celle des fruits perçus par cet acheteur de mauvaise foi; d'où l'on doit tirer un argument pour la dénonciation d'hypothèque, dont peuvent user envers le donataire les créanciers du donateur avant la donation. Le tiers-possesseur qui veut s'aider de la prescription de 10 ans, doit avoir commencé sa possession, non-seulement avec titre, mais encore avec bonne foi; car s'il y a eu connoissance de l'hypothèque du créancier lors de la tradition de la chose, il ne peut appeler cette possession à son secours, *leg. 48, ff. de acquir. rerum domin. & leg. unic. de usucap. transform.* mais si durant le cours de sa possession, ce tiers-acquéreur a connoissance de l'hypothèque, avant même les dix premières années accomplies, il ne laisse pas de prescrire, par la raison qu'en matière civile il suffit pour prescrire par cette possession appelée *longi temporis* d'être constitué en bonne foi au commencement.

Le tiers-possesseur ne peut opposer à l'église qui a hypothèque sur le fonds, d'autre prescription que celle de 40 ans suivant l'*auth. quas actiones*, *cod. de sacrosanct. eccles.* & le sommaire de Salycet sur cette loi, *hodie ubi contra privatum haberet locum præscriptio 10, 20, vel 30 annorum, gaudet ecclesia spatio 40 annorum.*

## C H A P I T R E III.

*De la prescription de la faculté de rachat.*

**L**A faculté de rachat *toties quoties* apposée dans le contrat de vente est restreinte à 30 ans, suivant la jurisprudence de ce Parlement attestée par Mr. Maynard, liv. 4, chap. 53 ; c'est encore celle du Parlement de Paris, suivant Louet & Brodeau, lettre P, somm. 21.

La raison de cette décision peut être tirée de la doctrine de Faber *in suo cod. lib. 7, tit. 13, definit. 3*, que les actions perpétuelles sont bornées par le droit civil au laps de 30 ans, qui est la prescription *longissimi temporis*. *Atqui etiam, dit-il, perpetua jura perpetuæq; actiones longissimi temporis præscriptione excluduntur.*

Mais si le vendeur a stipulé qu'il pourroit exercer ce rachat au-delà même de 30 années, & dans un temps marqué, cette clause doit opérer son effet, suivant la remarque du même auteur qui continue ainsi. *Nec videtur in mala fide esse emptor, qui jure communi utitur, nisi expressim convenerit, ut jus illud ultra trigessimum, adeoque quadragesimum & aliud quantumcumque tempus extendatur.*

La raison qu'il en donne, est, qu'il est permis de stipuler tout ce qui n'est pas contre le droit public ou les bonnes mœurs, suivant la loi *juris gentium 7, h. ait prætor, ff. de pact. & leg. contractus, de reg. jur. eod.* Or cette convention n'a rien en soi que de licite.

Venant à l'arrêt du 27 Avril 1662, l'auteur ne rapporte aucun des motifs de décider; cet arrêt même paroît contraire aux maximes établies en matière de retrait conventionnel, selon lesquelles le vendeur étant censé avoir vendu *necessitate coactus*, mérite d'être traité favorablement dans le retrait, & il semble qu'il doive lui suffire d'avoir fait instance dans la trentième année, sans être tenu d'avoir encore réellement

consigné le prix , parce qu'il est de maxime que l'assignation interrompt le cours de la prescription. J'ai appris d'un avocat de ce Parlement très-exact dans ses recueils , qu'au mois de Juillet 1721 , il fut jugé en la premiere des enquêtes , après partage vidé en la seconde , qu'il suffisoit d'avoir donné l'assignation dans la trentieme année.

L'action en retrait conventionnel peut être intentée de la part du vendeur , ou de ses héritiers , contre tous possesseurs du fonds , parce qu'elle est *in rem scripta* , suivant la doctrine de Dumoulin , *in consuetud. Paris, tit. 1 des fiefs, §. 23, in verbo Droit de relief, num. 16.* Papon en ses arrêts , liv. 12 , tit. 3 , art. 14 , observe que le fonds étant affecté à cette faculté , *res transiit cum sua causa* , & n'a pu être vendu sans cette charge & condition résolutoire ; & il rapporte un arrêt du Parlement de Bourdeaux , qui l'a ainsi jugé.

Mais c'est une question , si les fruits du fonds étant pendans & prêts à être cueillis au temps du rachat , le retrayant a droit de les percevoir , comme faisant alors partie du fonds , en remboursant l'acquéreur des fraix des cultures , & de la semence jettée sur le fonds , ou si au contraire ces fruits doivent être partagés entre le retrayant & l'acquéreur , qui doit jouir des fruits à proportion du temps que le vendeur a joui lui-même de ses deniers , *argumento leg. usuræ, ff. de usur.*

Peregrinus , *de fideicom. art. 49, n<sup>o</sup>. 98* , estime ce partage juste , & dit l'avoir vu ainsi juger sur l'opinion de plusieurs docteurs , parmi lesquels il range Tiraqueau qui est françois ; toutefois les arrêts de ce Parlement , conformes en ce point à ceux du Parlement de Paris , dont fait mention Charondas , *respons. liv. 5, chap. 33* , ont décidé que les entiers fruits pendans par les racines , appartoient au retrayant , en remboursant le possesseur de tout ce qu'il peut prétendre à ce sujet , s'il n'y a pacté ou convention sur ce contraire. Mr. Maynard , liv. 2 , chap. 31 , rapporte un arrêt du mois de Septembre 1584 , qui l'a ainsi jugé.

Ces deux préjugés ont été rendus sur des motifs diffé-

302      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
rens, de ceux qui ont servi à la décision contraire des inter-  
pretes : ces motifs peuvent être fondés sur ce que la présom-  
ption étant que la vente à faculté de rachat se fait ordinaire-  
ment avec lésion du côté du vendeur, l'acheteur ne perd  
rien, quoiqu'on lui enleve les entiers fruits pendans, sans lui  
faire part de la récolte, en représentation des intérêts du prix  
de l'achat, dont le vendeur a joui jusqu'au temps du ra-  
chat, au lieu que les interpretes avoient estimé juste & équi-  
table d'adjuger à l'acquéreur une portion de ces mêmes  
fruits, en représentation de l'intérêt du prix, dont le vendeur  
avoit joui jusqu'au moment du rachat, & au *pro rata* du temps  
de cette jouissance. C'est par la chose jugée qu'il faut régler  
la décision de cette question : j'ajouterai ici que la restitution  
des fruits n'est adjugée au rétrayant, que depuis la consi-  
gnation valable du prix du rachat, suivant la jurisprudence  
de ce Parlement.

---

#### C H A P I T R E   I V .

*Si la prescription court contre le substitué pendant la vie de  
l'héritier, & avant l'événement du cas de la substitution.*

**D**epuis que ce Parlement se conforme à la déclaration  
du 18 Janvier 1712, concernant l'insinuation des  
substitutions, la plupart des questions traitées dans ce cha-  
pitre sont devenues oiseuses ; car si la substitution se trouve  
insinuée, elle est par-là notoire, & le substitué n'a pas be-  
soin d'user d'aucune dénonciation au possesseur ou acquereur  
du fonds, pour conserver ses droits sur les biens aliénés ; si  
au contraire elle n'a point été insinuée, le tiers-acquéreur n'a  
rien à craindre du côté de l'éviction, quelque dénonciation  
qui lui fût faite de la part du substitué, parce que l'insinua-  
tion étant la seule voie légale pour rendre la substitution no-  
toire, l'acquéreur n'est point obligé de déférer à une dénon-  
ciation, & ne peut être constitué par-là en mauvaise foi, sui-

vant la doctrine de *Richard*, traité des donations, tom. 1, part. 1, chap. 4, sect. 3, pag. 281, & la seule ressource qui reste au substitué, est la voie du recours contre l'héritier de l'héritier grevé, à raison de l'aliénation du fonds substitué, *leg. fin. §. sin autem, cod. comm. de legat.* de même que pour la négligence d'avoir laissé prescrire une dette active de l'hérédité, *leg. mulier. 22. §. sed enim, ff. ad Trebell.*

Mais en supposant la substitution duement insinuée, & par conséquent établie sur des fondemens solides, la prescription des dettes héréditaires court utilement contre le substitué, avant même l'ouverture de la substitution, suivant le paragraphe *si temporalis actio* de la loi 70, *ff. ad Trebell.* La raison de la loi est prise de ce que le débiteur pouvant se libérer en payant à l'héritier grevé la somme due, *leg. ante restitutam 104, ff. de solution.* il peut conséquemment prescrire, *prescribens solventi similis est.* Et c'est par cette raison qu'on ne peut appliquer dans ce cas la maxime *contra non valentem agere, non currit prescriptio.*

¶ J'avois déjà dit que l'insinuation étoit la seule voie légale pour rendre les substitutions notoires, ainsi que les donations, ce qui ne pouvoit être suppléé par équipollent, ni par toute autre connoissance qu'on pourroit avoir d'ailleurs; cette maxime se trouve autorisée par l'art. 33 du titre 2 de l'ordonnance de 1747, concernant les substitutions. *Le défaut de publication, porte l'article, & d'enregistrement, ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connoissance que les créanciers ou tiers-acquereurs pourroient avoir eue de la substitution par d'autres voies que celle de la publication & de l'enregistrement, voulons que le présent article soit observé, à peine de nullité.* D'où il faut conclure que le substitué ne peut tirer avantage contre le créancier ou tiers-acquereur de la présence de celui-ci comme témoin dans le contrat de mariage ou testament contenant substitution, non pas même d'une notification faite par exploit à sa requête au tiers-acquereur, de l'acte contenant substitution, ce qui sembleroit devoir constituer l'acquereur en mauvaise foi. Cet article 33 est de ri-

## C H A P I T R E VI.

*Si la prescription d'une dette , dont le débiteur a chargé son  
 acheteur de faire le payement , court au profit du premier  
 débiteur ou de l'acheteur qui s'est chargé de payer.*

**S**I dans l'espece de l'arrêt du mois de Janvier 1666 , la délégation faite par Salleles , eût été acceptée par Henry , il n'y a pas de doute que la prescription n'eût couru au profit de Dordet débiteur des sommes déléguées , & cela , parce que l'acceptation d'Henry auroit fait une novation de dette , & que l'obligation consentie en 1628 , en sa faveur par Salleles auroit demeuré éteinte , celle de Dordet ayant pris sa place ; *nam interventus novæ personæ , nova nascitur obligatio & prima tollitur translata in posteriorem , instit. quibus mod. tollit. ad h. præterea.* Or Henry ayant laissé prescrire l'obligation , la prescription ne pouvoit tourner qu'au profit de Dordet.

La délégation n'ayant pas été acceptée , ni tacitement , ni expressément par Henry , il n'y avoit point de novation de dette ; n'y ayant point de novation , l'ancienne obligation de l'année 1628 , n'auroit pu être prescrite qu'en faveur de Salleles seul débiteur d'Henry , parce que celui-ci n'ayant point eu de connoissance de l'indication faite par Salleles , & ne connoissant d'autre débiteur que lui , ne pouvoit avoir laissé prescrire l'obligation qu'en sa faveur ; ainsi , vainement Dordet auroit prétendu profiter de cette prescription.

Dans cette hypothese , Salleles ayant acquis par le relâchement tacite d'Henry son créancier , & par la prescription la somme dont il lui étoit débiteur , pouvoit contraindre Dordet à lui payer cette même somme , parce que celui-ci n'en étoit point libéré , suivant la convention des parties , & qu'il devoit

devoit s'imputer de n'avoir point fait accepter la délégation à Henry, ou du moins d'avoir omis de la lui notifier par acte public ; car sans cela la délégation n'étoit point parfaite, & son obligation subsistoit en faveur de Salleles ; en sorte que les créanciers de celui-ci auroient pu valablement user de bannimens sur cette même somme.

C'étoit-là, selon moi, la raison qui devoit déterminer la décision de cet arrêt ; car de dire que la prescription avoit été interrompue en faveur d'Henry créancier de Salleles, par l'aveu de la dette fait par celui-ci dans le contrat, contenant délégation, il me semble que cette allégation ne pouvoit être un motif de décision, que dans les circonstances où Henry auroit été partie dans le même contrat, & que l'aveu de Salleles auroit été fait avec lui.

Quoiqu'il soit de maxime que la prescription est interrompue *minima agnitione debiti*. Cela s'entend entre le créancier & le débiteur, mais non avec un tiers ; en sorte qu'on pouvoit regarder cet aveu de Salleles, *ut res inter alios acta* quant à Henry.

D'ailleurs, étant de maxime que *nemo alteri stipulari potest nisi sua intersit*, il auroit fallu que Salleles eût été intéressé personnellement dans cet aveu de la dette, pour qu'il eût pu profiter à Henry, à l'insçu duquel il étoit fait. Or loin que Salleles fût intéressé dans cet aveu, il avoit intérêt au contraire de garder le silence sur ce point, puisque ce silence laissoit à la prescription qui devoit le libérer, son cours libre.

## CHAPITRE VII.

*Si l'héritier qui répudie, ou l'héritier chargé de rendre, peuvent retenir les dettes passives prescrites pendant leur jouissance.*

**I**L y a cette différence à faire entre la prescription des dettes passives de l'hérédité, qui a commencé pendant la

vie du testateur substituant ; & celle du fonds de cette même hérédité , que la prescription des dettes passives , s'étant accomplie sur la tête de l'héritier grevé , lui acquiert irrévocablement ces mêmes dettes ; en sorte que les héritiers peuvent les répéter sur le fidéicommissaire , au lieu qu'à l'égard des fonds prescrits , ils sont acquis à l'hérédité , & nullement à l'héritier grevé.

La raison de cette différence est prise , de ce qu'en maxime celui qui a laissé prescrire une dette héréditaire , est censé avoir reçu le paiement des mains de l'héritier grevé sur la tête duquel la prescription s'est accomplie *prescribens solventi similis est*. Or l'héritier étant censé avoir fait ce paiement , a conséquemment droit de répétition des mêmes sommes sur le fidéicommissaire , le cas échéant de l'ouverture de la substitution.

Il n'en est pas de même , selon Peregr. *de fideicom. art. 10, num. 11* , des fonds héréditaires , que le testateur avoit commencé de prescrire avant son décès , la prescription qui s'accomplit sur la tête de l'héritier grevé , acquiert ces fonds à l'hérédité , & au fidéicommissaire , à qui la restitution en est faite : *res , dit-il , per hæredes bona fide uscaptæ , ex persona defuncti , veniunt in judicio familiæ Erciscundæ , & quia in petitione hæreditatis fideicommissaria veniunt quæque , quomodo tenta , & possessa per defunctum tempore suæ vitæ & mortis*.

Il en est autrement des dettes passives de l'hérédité & des actions , soit que la prescription ait commencé de courir du vivant du testateur , soit après sa mort , comme celle des simples legs ; l'héritier grevé qui en a prescrit le paiement peut le répéter.

*Duperier* , liv. 3 ; chap. 20 , n'est pas de ce sentiment , il croit que la maxime employée par les docteurs , *prescribens solventi similis* , est faite pour le débiteur qui se trouve libéré par le secours de la prescription , mais non pas pour en conclure que l'héritier grevé , sur la tête duquel cette prescription s'est accomplie , ait le même droit après avoir prescrit

la dette , que s'il l'avoit acquittée de son propre argent. Il ne rapporte pour appuyer son opinion que cette raison de convenance , que si cela étoit , il s'ensuivroit qu'un mari , qui par la négligence d'un créancier de sa femme auroit prescrit une dette , en pourroit demander le payement à sa femme , & la déduire sur les droits dotaux ; le cas de restitution de la dot arrivant.

Mais ce docte décisionnaire n'a point fait réflexion , qu'il y a cette différence entre l'héritier grevé & le mari ; que le premier n'est pas simple administrateur ou usufruitier des biens , étant au contraire réputé par le droit *heres & dominus* , la substitution pouvant devenir caduque par le prédécès du fidéicommissaire , & que conséquemment il peut acquérir par le secours de la prescription , ce que le testateur qu'il représente auroit acquis lui-même , au lieu que le mari n'est dans le fonds que simple usufruitier & administrateur des biens dotaux , n'en étant réputé le maître pendant le mariage que *subtilitate legum* , *leg. in rebus* , *cod. de jur. dot.* ce qui fait que la prescription des sommes dotales , ne peut courir en sa faveur , mais de sa femme.

L'auteur pose pour maxime que l'héritier grevé peut répéter sur le fidéicommissaire les légitimes prescrites pendant sa jouissance , & il rapporte un arrêt du 8 Juillet 1696 , qui le jugea de même.

Cet arrêt est fondé sur cette règle , *prescribens solventi similis* ; mais suivant la doctrine des interpretes , & la décision des arrêts du Parlement de Grenoble , les légitimes prescrites sont l'exception de cette règle , & sont acquises à l'hérédité dont elles sont une portion *jure quodam accrescendi* , & nullement à la personne de l'héritier grevé , sur la tête duquel la prescription s'en est accomplie ; & je croi cette décision fondée sur la pureté des maximes du droit , dans les circonstances où la légitime doit être expédiée en corps héréditaire , & non en argent.

Me. de Ferriere célèbre avocat de ce Parlement , & dont l'autorité y est d'un grand poids , traite cette question sur

308      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
Guip. quest. 303, si la légitime est acquise par prescription  
à l'héritier grevé, ou à l'hérédité, & il la réfout contre l'hé-  
ritier.

Les raisons sur lesquelles il fonde sa décision me paroif-  
sent concluantes, après avoir touché la raison de douter,  
prise de cette regle, que *qui paritur usucapi videtur alienare  
in favorem hæredis*, *Leg. Alienationis*, ff. de verbor. signif.  
il répond, *contrarium tamen verius est; nam legitima nihil  
aliud est quàm tertia pars patrimonii vel bonorum, quasi non  
petatur à liberis, vel in totum, vel pro parte accrescere debet  
toti patrimonio, ita ut hæres qui non solvit legitimam eam ca-  
piat jure accrescendi ob negligentiam non petentis. Quod au-  
tem hæres capit jure accrescendi non retinet; sed restituere de-  
bet fideicommissario*, *Leg. Si totam*, ff. de acq. hæred. nam  
*portio patroni accrescit non personæ, sed rei*, *Leg. 1. cod.  
quando non petent. part.*

A quoi l'on peut ajouter que la demande des légitimes est  
plus réelle que personnelle, puis qu'elle tend à un partage  
des biens fonds entre l'héritier & les légitimaires, qui ont  
droit de se faire expédier leur quote-part de tous les biens;  
qu'ainsi l'accroissement des portions abandonnées se fait de  
plein droit à la chose, ou pour mieux dire, que l'abandon  
de ces portions est un vrai relâchement que les légitimaires  
ont fait de leur portion héréditaire à la masse de l'hérédité,  
de laquelle ils n'ont pas voulu la séparer, d'où il faut con-  
clure que l'héritier grevé ne peut répéter sur le fidéicom-  
missaire ces portions héréditaires. A la différence des dettes  
passives de l'hérédité purement personnelles, qui étant ré-  
putées meubles de leur nature, ne peuvent accroître à l'hé-  
rédité par l'abandon des créanciers, & dont l'héritier grevé  
est censé avoir fait le paiement en argent comptant, sui-  
vant la maxime *præscribens solventi similis est*.

Feniere n'est pas le seul de cette opinion, *Peregr. art. 35.  
de fideicom. Cancer. variar. resolut. part. 1. cap. 3. de legiti-  
ma, n°. 8. Duperier, liv. 3. chap. 20.* ont tenu la même  
opinion.

Les arrêts du Parlement de Grénoble , rapportés par Rabot en sa note , sur la *quest.* 303. *Guip.* & par *Expilli* en ses arrêts , chap. 234. l'ont ainsi jugé.

Il est vrai que Ferr. *loco supra* , rapporte un arrêt de ce Parlement du 2. Avril 1597. qui jugea que l'héritier grevé pouvoit répéter sur le fidéicommissaire les légitimes par lui prescrites ; mais ce docteur combat cette décision avec avantage , & l'on ne voit point de raison qui puisse autoriser ce préjugé.

Sur quoi j'observerai que Graverol sur Larroche , *liv.* 6. *verbo* Légitime , *art.* 11. peut être repris de ce qu'il a avancé , que les arrêts rapportés par Maynard , *liv.* 4. *chap.* 24. & *liv.* 5. *chap.* 56. étoient conformes à celui dont Ferr. a fait mention , & que tel étoit l'usage de ce Parlement , que les légitimes prescrites étoient acquises à l'héritier grevé , puisque les arrêts de Maynard sont dans l'espece des renonciations faites par les enfans , ou aux successions de leur pere ou mere , ou au supplément des légitimes ; renonciations , qui étant faites en faveur de la personne qui les a acceptées , tournent sans difficulté à son avantage ou de ses héritiers. Ce qui est bien différent de l'abandon tacite qu'un légitimaire fait de son droit de légitime , par la prescription à laquelle son inaction a donné lieu , puis qu'il ne fait autre chose que laisser dans la masse de l'hérédité une portion qu'il avoit pu en séparer.

Que si au contraire il avoit renoncé à partie de sa légitime , ou à la légitime entiere par un contrat passé avec l'héritier grevé , alors celui-ci pourroit répéter sur le fidéicommissaire cette légitime , parce qu'il l'auroit acquise par son fait & par son industrie ; telle est la distinction judicieuse de Ferriere , *loco supra*.

## CHAPITRE VIII.

*Si l'associé peut prescrire contre son associé.*

**L**A raison qui empêche le seigneur par indivis d'un fonds de prescrire contre le cosseigneur par aucun laps de temps que ce puisse être , est prise de ce que le seigneur par indivis possède la directe du fonds , tant à son nom qu'à celui de l'autre cosseigneur , & cette possession est solidaire entre eux ; ensorte qu'elle n'est divisée que par leur concours dans les portions , *Leg. conjunctim* 8. ff. de legat. 3. or étant décidé par les textes du droit civil & canonique , qu'on ne peut jamais prescrire ce qu'on possède au nom d'autrui , *Leg. cum hæres* 11. ff. de divers. tempor. præscr. & cap. si diligenti 17. extra de præsc. Il s'ensuit que le seigneur par indivis ne peut prescrire contre le cosseigneur , au nom duquel il possède partie de la directe.

On peut seulement prescrire la directe contre le véritable seigneur par une possession trentenaire établie sur des actes apparens , comme de reconnoissances féodales faites au profit de celui qui veut s'aider de la prescription, quoique à l'insçu du véritable seigneur directe ; telle est la doctrine de Dumoulin , *in consuet. Paris. tit. des Fiefs* , §. 51. num. 21.

Toute société entraîne avec soi la solidité ; ensorte que dans le cas des deux associés dans la possession d'un fonds , on peut regarder l'un d'eux comme propriétaire *in solidum* de ce même fonds , suivant la loi *conjunctim* déjà citée. D'où il faut conclure que celui qui acquiert le fonds de la main d'un des associés , est censé le tenir de la main de tous les deux ; & voilà pourquoi il peut prescrire contre l'autre qui n'a point eu de connoissance de la vente , sauf le recours de celui-ci contre son coassocié pour la restitution des deniers de la portion qui le compete , & les dommages & intérêts , si le cas y échoit.

CHAPITRE IX.

*Si l'engagiste peut retenir les fonds engagés jusques au payement des autres sommes qui lui sont dues au-delà du prix de l'engagement, quoiqu'il ait demeuré plus de 30 ans à demander ces sommes.*

Quand même il n'y auroit point une réserve expresse de la part du créancier engagiste de toutes les sommes qui lui sont dues au-delà du montant de l'engagement, il n'en auroit pas moins la rétention du fonds, ou de la chose engagée jusques à l'effectuel payement des autres sommes à lui dues par le même débiteur, soit avant l'engagement, soit après. La raison en est, que le débiteur, qui n'offre de payer à son créancier que la dette qui fait le montant de l'engagement, donne des marques sensibles de sa mauvaise foi & du retardement qu'il veut porter pour le payement de ce qu'il doit d'ailleurs. Et pour le punir de cette démarche, ( qui est un trait non-seulement de mauvaise foi de sa part, mais même d'ingratitude envers son créancier, ) la loi permet à celui-ci, la rétention du gage, à raison d'autres sommes à lui dues, par simple action personnelle, *propter exceptionem doli mali. leg. unic. cod. ob chirograph. pecun. pign. &* cette loi n'exige aucune réserve de la part de l'engagiste pour les autres sommes à lui dues, ou qu'il pourroit prêter au même débiteur, après l'engagement ou le gage livré. La loi présume que le créancier ne s'est porté à faire un nouveau prêt à son débiteur, que sous la foi & la fureté du gage qu'il a en main, & qu'il n'a entendu s'en dessaisir qu'après le remboursement de tout ce qui peut lui être dû.

## C H A P I T R E X.

*De la prescription qui a couru contre un majeur à qui un mineur ensuite devenu majeur a succédé.*

**L**A question , si la prescription qui a couru contre un majeur , se continue contre un mineur son héritier , de façon que celui-ci ne puisse être restitué envers le laps du temps qui a couru sur sa tête ; cette question , dis-je , doit être décidée conformément à la disposition de l'arrêt du 29 Août 1651 , par la raison que le temps de la prescription se continue & se joint entre l'héritier & son auteur , *nostri constitutionis* , dit l'Empereur , *similiter & in usucapionibus observari constituit , ut tempora continentur. instit. lib. 2. tit. 6. ad h. diutina possessio*. La loi n'a point excepté de cette règle le mineur devenu héritier du majeur ; mais d'ailleurs la prescription envisagée du côté du bien public , étant en soi favorable , *leg. 1. ff. de usucap.* il faut la borner au terme qui lui est prescrit , bien loin de lui donner de l'extension & un plus long cours , ce qui arriveroit pourtant , si dans l'espece de cet arrêt on recevoit un mineur à la restitution en entier jusques à la trente-cinquieme année pour le temps qui auroit couru pendant sa minorité , n'étant pas censé avoir souffert aucune lésion ou dommage par la conjonction des temps dont nous avons parlé , parce qu'elle se fait de plein droit , & par l'autorité de la loi.

## C H A P I T R E X I.

*Si une sentence nulle , ou un contrat nul , ou une assignation devant un juge incompetent interrompt la prescription.*

**J**E croi qu'il faut user de cette distinction à l'égard des assignations libellées données devant un juge incompetent.

Ou

Ou l'assignation a été donnée devant le juge d'église, entre laïques pour chose purement profane, ou devant le juge temporel, autre toutefois que celui qui devoit connoître du fait & de la matiere.

Au premier cas, il semble que l'assignation ne peut interrompre le cours de la prescription, par la raison que le juge d'église n'ayant aucune espece d'empire ni de jurisdiction sur les laïques en matiere profane, l'assignation donné devant lui est vaine & illusoire, & ne peut conséquemment produire d'effet.

Au second cas, l'assignation interrompt sans difficulté la prescription, parce que tout juge temporel est compétent pour connoître entre laïcs de différentes matieres. Et que son incompetence ne peut être établie, qu'en proposant un déclinatoire, & en insistant devant lui aux fins de non-procéder, ainsi que je l'ai vu juger à l'audience de la Tournelle le 17. Mars 1724. président M. de Tournier, Mes. d'Astruc & Boubée plaidans dans la cause du juge de Castres intimé, & pris à partie sur le fondement qu'il avoit retenu la connoissance d'un fait dont il étoit notoirement incompetent.

Ce juge ayant représenté par la bouche de Me. Astruc son avocat que l'intimation étoit téméraire, quoiqu'incompétent, de-là, qu'on n'avoit point proposé de déclinatoire, la Cour le relaxa de cette intimation avec dépens, & lui adjugea 50 liv. de dommages & intérêts, l'art. 1. du tit. 6. de l'ordonnance de 1667. doit être entendu selon la distinction faite par cet arrêt.

## CHAPITRE XII.

*De l'interpellation de l'un des coobligés, ou de l'un des cohéritiers, & de l'aveu.*

**C**'Est une question agitée par Brodeau sur Louet, *lettre H. somm. 20. n. 3.* Si en matiere d'actions hypothécaires  
Tome II. Rr

res les majeurs étant intéressés avec un mineur, la prescription ne court point pour la part & portion qui appartient aux majeurs, *Et si minor conservat partem majoris Et restitutio minoris prodest majori*. Il dit que la difficulté est grande, parce qu'il est certain que *nomina dividuntur ipso jure*, *Leg. Ea quæ 6. cod. famil. Erisc.* encore qu'il n'y ait point de partage entre les majeurs & les mineurs, y ayant grande différence, dit-il, entre les choses individuelles & incorporelles, & les corporelles indivises ou indivisées; en sorte qu'il n'y a point d'inconvénient que la prescription coure pour la part des majeurs & non pour celle des mineurs, qui sont restituables par un bénéfice personnel. Mais qu'il en est autrement pour les droits indivisibles, comme est la servitude commune entre le mineur & le majeur, auquel cas la restitution du mineur profite au majeur. Toutefois Brodeau au même lieu rapporte un arrêt du Parlement de Paris du 15 Mars 1605, rendu en la grand'chambre, par lequel, il fut jugé qu'en matière d'hypothèque, les majeurs étant joints avec un mineur, la prescription ne court point même pour la part des majeurs, ce que je croi véritable; car l'hypothèque étant réelle, n'est pas divisible de sa nature, & le droit que le mineur & le majeur ont sur le fonds étant indivis, ainsi que celui de servitude, *minor conservat partem majoris*. Il en est autrement pour les actions personnelles. Venant à la question proposée par notre auteur, si l'interpellation du débiteur principal nuit à la caution, & interrompt le cours de la prescription. *Duperier*, liv. 3. *quæst.* 7. l'a traitée au long en faisant quatre classes de cautions; la première, de ceux qui le sont purement & simplement; la deuxième, de ceux qui ont expressément renoncé au bénéfice de discussion à cette exception; la troisième, quand outre cette renonciation le fidéjusseur s'est déclaré principal payeur & solidairement obligé; la quatrième, quand ce fidéjusseur a promis de payer le jugé, ce qu'on appelle *judicatum solvi*. Cet auteur observe qu'il ne peut se rencontrer de la difficulté à l'égard du fidéjusseur de la première classe, parce qu'il n'est

point obligé solidairement ; d'où il faut tirer cette conséquence en sa faveur , que l'interruption de la prescription qui sert au créancier contre le débiteur principal , qui a été convenu & instancié , ne peut être opposée au fidéjusseur , qui est à couvert de toute recherche par la prescription qui lui est acquise ; ce que je croi véritable. Pour ce qui concerne le fidéjusseur de la seconde & troisième classe , Duperier regarde la question disputable , par la raison , dit-il , que quoique , selon plusieurs interprètes , le fidéjusseur qui renonce au bénéfice de discussion soit réputé comme vrai corré avec le débiteur principal , toutefois ce sont-là deux obligations séparées , selon M. Cujas , *lib. observat. 26. observat.* mais cette question ne me paroît pas disputable ; car quoique ce soient là deux contrats , & que , par exemple , la caution d'un fermier , ne soit point fermier lui-même , néanmoins quant à l'intérêt civil du propriétaire , le fidéjusseur qui a renoncé au bénéfice de discussion , division & ordre , est réputé une seule & même personne avec le fermier , conséquemment si le fermier débiteur principal a été instancié pour le paiement de la ferme ou pour des dommages intérêts soufferts ou à souffrir , le fidéjusseur est censé interpellé & ne peut s'aider de la prescription qu'il auroit pu opposer si le débiteur principal n'eût point été convenu en justice. Quant à la quatrième espèce de fidéjusseurs , Duperier ne fait point de doute que l'interruption ne leur nuise & ne puisse leur être opposée , suivant les préjugés & l'opinion commune.

Il ne pourroit , selon moi , y avoir de difficulté dans la question décidée par l'arrêt rendu dans la cause de Me. Fizes & de la Dame de Montaudet , par la raison que l'obligation du fidéjusseur formoit un seul & même contrat quoique par un acte séparé , étant de maxime que les contrats passés *incontinenti* dans le même-temps , pour la même affaire , sont censés un seul & même contrat. Dumoulin , *in reg. de public. n°. 168.* Masuer , *tit. 25. n°. 2.* M. Dolive , *liv. 2. ch. 22. in fine.* Ces auteurs se fondent sur la loi *Juris gentium* , §. *quinimò* , *ff. de pact. & leg. pacta , de contrah. vend. cod.* ce qui

316 *Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
à principalement lieu, quand les deux contrats ont été pas-  
sés le même jour, quoique pardevant un notaire & des té-  
moins différens : *vide Dumoulin, in consuet. Paris. l. 78.*  
*gloss. 1. n. 57.* & ce fut là sans doute la raison déterminante de  
l'arrêt, qui a échappé à la plume de l'arrestographe.

---

### CHAPITRE XIII.

*Si la prescription court contre l'imbécille, contre l'absent &  
ignorant, & pendant que la succession est disputée.*

**J**E ne scaurois me rendre à la décision de l'arrêt du mois  
d'Août 1657, qui décida que la prescription dormoit,  
& ne couroit point contre l'imbécille. Puisque la loi *Sicut*  
décide formellement le contraire en n'exceptant que le pu-  
pille. D'où, suivant les maximes, il faut conclure que tous  
autres, quelque privilégiés qu'ils soient, se trouvent compris  
dans cette constitution. Le terme *dumtaxat*, que le légilla-  
teur a affecté d'employer, manifestant sa volonté sur ce point.  
Or la loi renferme une exclusion formelle pour tout ce qui  
n'est pas compris dans sa disposition, vainement cherche-  
t-on à l'étendre à des personnes qui paroissent également fa-  
vorables, par identité de raison; sur-tout à l'égard des con-  
stitutions nouvelles des Empereurs (comme est cette loi)  
qui doivent être prises étroitement, ainsi que l'observe M.  
Cujas.

Quoique le furieux ou imbécille ne puisse acquérir par  
prescription, on peut néanmoins prescrire contre lui, sui-  
vant la loi déjà citée, par cette raison que la prescription,  
pour avoir son cours contre le furieux, n'a pas besoin de  
son consentement ni de son fait, la libération étant acquise  
de plein droit au débiteur *legis potestate*, au lieu que pour  
pouvoir acquérir par le secours de la prescription, il faut  
avoir la liberté du consentement, *animum possidendi*, ce que  
le furieux & l'imbécille n'ont point.

Il faut donc constamment décider, que la prescription de

30 ans appellée *longissimi temporis*, court pour les actions personnelles contre tous ceux qui ne sont point exceptés par la loi *Sicut*.

Sur quoi j'observerai que quand la loi 6. *cod. qui milit. poss.* décide que la prescription ne court point contre celui qui ignore, cette loi ne peut être entendue que de la prescription *longi temporis*, ou de tout autre d'un moindre cours, comme est la prescription annale.

La règle *contra non valentem agere non currit prescriptio*, tombe sur ceux qui sont liés *impedimento juris*. Elle ne peut être appliquée qu'à ceux qui n'ont point d'action en main, lors qu'il faut agir pour interrompre le cours de la prescription, & former une demande, comme par exemple, le fidéicommissaire avant l'ouverture de la substitution, pour ce qui concerne la révocation des aliénations faites par l'héritier grevé.

#### CHAPITRE XIV.

*Si l'acheteur prescrit par le laps de dix ans, les arrérages de rente antérieurs à son acquisition, & les lods d'une acquisition antérieure à la sienne.*

Toute sorte d'hypothèques peuvent être prescrites par le tiers - acquereur, par une possession paisible de dix ans, avec titre & bonne foi. C'est la jurisprudence des différens Parlemens de ce Royaume, fondée sur la loi 1. *& ult. cod. si adversus credit. prescr. opponat.*

C'est sur ces principes qu'il faut décider, que le tiers-acquereur prescrit l'hypothèque du seigneur directe, concernant le lods de l'achat que le vendeur du fonds en avoit déjà fait, & qui se trouvoient encore dus au temps de la seconde vente, & que non - seulement les arrérages dus au créancier de la rente foncière constituée à prix d'argent, mais la rente elle-même, demeurent éteints par cette possession du tiers-acquereur, quoique pendant tout cet espace

de temps le vendeur du fonds ait payé au créancier hypothécaire la rente , ce créancier devant s'imputer d'avoir demeuré dans l'inaction pendant tout cet espace de temps , sans avoir fait appeller le tiers-acquereur en déclaration d'hypothèque. C'est l'observation de Brodeau sur Louet , lettre P. somm. 2. fondée sur un arrêt du Parlement de Paris qu'il rapporte.

Par cette même raison , le tiers-acquereur doit être relaxé de la demande du seigneur directe , qui n'ayant pu ignorer la possession , a dû faire assigner l'acquéreur pour voir ordonner que ce même fonds lui demeurerait hypothéqué pour le paiement du lods.

M. Maynard , liv. 7. chap. 61. rapporte un arrêt de ce Parlement de l'année 1587. conforme à celui dont fait mention Brodeau , ajoutant que ce Parlement a trouvé à propos de suivre en ce point l'art. 115. de la coutume de Paris , titre des prescriptions , & les arrêts de son Parlement rendus en conséquence. Bouvot , tom. 1. part. 1. *in verbo* constitution de rente , *quest.* 2. rappelle aussi ce même article de la coutume de Paris , conformément auquel il conclut que le créancier est irrecevable de s'en prendre au tiers - acquereur de bonne foi , après dix ans de possession paisible pour l'hypothèque de la rente constituée à prix d'argent sur ce même fonds , quoique le vendeur ou son héritier aient payé la rente au créancier depuis la vente.

Le tiers-acquereur du fonds emphytéotique , ne peut prescrire la censive , parce que le fonds passe entre ses mains avec cette charge qui lui est inhérente , *res enim transit cum sua causa* ; il peut seulement prescrire l'hypothèque qui compete au seigneur , pour les arrérages qui se trouvoient dus , & dont il n'avoit point connoissance lors de la vente , le seigneur devant s'imputer de n'avoir point fait de dénonciation d'hypothèque.

## C H A P I T R E X V.

*Si la prescription court contre le fils de famille pour les biens dont le pere a l'usufruit.*

**I**L me semble qu'il faut user de distinction, sur ce qui fait la matiere de ce chapitre. Ou il s'agit d'un fonds dont la propriété appartient au fils de famille, ou d'une somme de deniers; au premier cas, l'acquéreur du fonds aliéné par le pere, ne peut en prescrire la propriété contre le fils, parce que celui-ci, étant lié par la puissance paternelle, n'a point d'action en main, pour attaquer l'aliénation, & empêcher le cours de la prescription, étant réputé une seule & même personne avec son pere, *leg. final. cod. de impub. & aliis substit.* qui ne peut revenir contre son propre fait, l'acquéreur devant s'imputer d'ailleurs, d'avoir acquis à *non domino*, ou d'avoir usurpé un fonds dont la propriété appartenoit à un fils de famille, hors d'état d'agir pour réclamer de cette usurpation; mais à l'égard d'une somme de deniers, la prescription doit avoir son cours contre le fils de famille, & cela *favore liberationis*, ce que la loi 104, *ff. de solut. & liberat.* donne bien à entendre, puisqu'elle autorise les payemens faits à l'héritier grevé, quoique dans le fonds, réduit à une simple jouissance; or, celui qui a la liberté de payer & de se libérer, peut prescrire le payement, suivant la maxime *prescribens solventi similis*; en effet, la loi *si hæres* 70, *q. si temporalis, ff. ad Trebell.* décide que la prescription court en faveur des débiteurs héréditaires, contre le fidéicommissaire, quoiqu'il ne puisse agir pendant la vie de l'héritier grevé.

A l'égard de la prescription du fonds dotal, qui a commencé avant le mariage, elle se continue pendant le mariage; mais si avant d'avoir rempli son cours, la femme vient à décéder laissant des enfans impuberes pour successeurs en la propriété des biens fonds dotaux, quoiqu'étant sous la

320 *Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
puissance de leur pere tuteur naturel , & ayant l'usufruit des  
mêmes fonds , je croi que le cours de la prescription com-  
mencée sur la tête de la mere , demeure suspendu pendant  
la pupillarité des enfans ; car la loi *sicut* , *cod. de præscr.* 30 ,  
*vel 40 ann.* fait une exception à cet égard pour les pupilles  
( quoiqu'ils soient en la puissance d'un tuteur , ) en déclarant  
que cette prescription de 30 ans , qui est réputée *longissimi*  
*temporis* , dort pendant leur pupillarité ; car alors , *non con-*  
*junguntur tempora.*

---

## CHAPITRE XVI.

### *De la prescription des actions rescisoires.*

**I**L faut que les lettres soient non-seulement impétrées dans  
les dix années , mais encore signifiées à la partie avec assi-  
gnation , la prescription qui court depuis le jour que l'im-  
pétrant a pu agir , ne pouvant être interrompue que par sa  
demande judiciaire , qui constitue son adversaire en mauvaise  
foi.

Quoique , selon nos maximes , les voies de nullité n'ayent  
point lieu en France , & qu'il faille régulièrement obtenir  
des lettres de la chancellerie en rescision des contrats nuls ou  
cassables par quelque moyen de droit , il y a toutefois une  
exception à cette regle , pour les contrats qui se trouvent faits  
contre l'ordre public , ou police générale du Royaume , &  
qui renferment des clauses contre les bonnes mœurs. Ils sont  
nuls de plein droit , & il n'est pas nécessaire pour les anéan-  
tir d'avoir recours aux lettres en rescision , ni de se pourvoir  
dans les dix années prescrites par l'ordonnance de Louis XII.  
C'est l'observation de Bourdin en sa paraphrase sur l'ordon-  
nance de 1539. *art.* 134. *U d'Argentré sur la coutume de*  
*Bretagne* , *art.* 283. *in verbo* toutes rescisions ; & telle est la  
jurisprudence de ce Parlement.

C'est un point d'usage que le contrat s'exécute provisoire-  
ment

ment pendant l'instance en rescision, quand il porte exécution parée, ce qui est fondé sur la loi *Cum precibus*, *cod. de probat.* & sur la doctrine des interpretes, *ad leg. satis aperte*, *cod. ad leg. Cornel. de fals.* qui décident que le contrat doit être entretenu, jusques à ce qu'on ait fait preuve des faits articulés contre sa teneur.

Je croi qu'il faut distinguer sur cette matiere les contrats nuls de plein droit, comme par exemple, les obligations contractées par un mineur pour simple prêt, & sans preuve d'emploi; celles d'un fils de famille pour même prêt; celle d'une femme pour cautionnement; d'avec les obligations nulles & cassables par quelque défaut qu'on leur impute, comme s'il y est entré du dol personnel, ou du faux, & de la supposition, qui donnent lieu à une instance en rescision de l'obligation.

Au premier cas, les obligations n'emportent point garnison de main; c'est à-dire, que les lettres en rescision ne suspendent point l'exécution du contrat; & c'est aux obligations de cette espece qu'il faut appliquer la doctrine de Rebuffé, *de litt. obligat. art. 1. gloss. 9. num. 36.* la raison en est que ces obligations portent leur vice sur le front, ce qui doit suffire pour en empêcher l'exécution provisoire.

Il n'en est pas ainsi des autres obligations arguées de dol ou de faux, à moins que le vice ne fût manifeste. L'exécution doit en être ordonnée provisoirement, parce que la loi présume pour la vérité du contrat jusques à ce que cette présomption soit détruite par la preuve du contraire, ce qui est l'espece des loix déjà citées. Sur quoi l'on peut voir Charondas en ses observations, *in verbo faux*, ou, fausseté.

Les dix années de l'ordonnance de Louis XII. pour se pourvoir en rescision des contrats, courent régulièrement du jour du contrat, à moins qu'il n'y ait quelque empêchement de droit ou de fait; c'est ainsi que le Parlement de Paris le jugea par son arrêt du 31 Juillet 1600. en faveur d'une veuve qui attaquoit un contrat qu'elle avoit passé pendant son mariage, par la violence que son mari avoit exercée à son

*Observations sur les Arrêts de Catellan ,*  
 égard. Cet arrêt est rapporté par Mornac sur la loi I. *col. de*  
*anal. except.* où ce docteur observe que c'est une précau-  
 tion raisonnable , & qu'il est plus sûr dans ces circonstances  
 d'user de protestation sur le fait de violence , que de garder  
 le silence pendant un mariage qui peut durer 50 années.

On peut tirer un argument de cet arrêt pour tous les cas où  
 l'on n'a pas la liberté requise pour agir , & de se pourvoir en  
 cassation des contrats , comme par exemple , dans le cas où  
 celui qui a un dol personnel à relever contre un contrat ,  
 vient à tomber dans l'imbécillité avant les dix années de l'or-  
 donnance expirées , & contre lequel cette espece de pres-  
 cription ne doit point courir depuis ce moment. N'y ayant  
 que la prescription de 30 ans qu'on puisse lui opposer ( ainsi  
 que je l'ai déjà montré ) & dans ces circonstances l'imbécille  
 ayant recouvré l'entendement , & le bon sens , il faut dédui-  
 re tout le temps que l'imbécillité a duré , en suivant l'esprit  
 de cet arrêt qui explique celui de l'ordonnance , qui n'ayant  
 point elle-même usé d'aucune exception , ni distinction ,  
 pouvoir laisser cette question douteuse , si le doute n'eût été  
 dissipé par ce préjugé.

## CHAPITRE XIX.

### *De la péremption.*

**P**AR l'ordonnance de Roussillon, art. 15. *l'instance inten-*  
*tée, ores qu'elle soit contestée, si par le laps de trois ans,*  
*elle est discontinuée, n'aura aucun effet de perpétuer ou proroger*  
*l'action, ains aura la prescription son cours, comme si ladite*  
*instance n'avoit été formée ni introduite, & sans qu'on puisse*  
*prétendre prescription avoir été interrompue.*

Cet article est une regle pour les différens Tribunaux de ce  
 Royaume ; mais ils l'ont reçue avec des exceptions qu'il faut  
 nécessairement marquer ici , pour donner à cette matiere le  
 jour qui lui est propre.

En premier lieu, quoique les arrêts interlocutoires soient sujets à péremption, par la jurisprudence de ce Parlement, étant regardés comme des actes d'instruction, en exécution desquels il dépend des parties d'agir; néanmoins, si l'arrêt contient quelque chef, par lequel un point du procès ait été jugé définitivement, ce chef ainsi jugé proroge pendant 30 ans le temps de l'interlocutoire, suivant la doctrine de Graverol sur Larroche, liv. 3, tit. 6, art. 1, & l'arrêt de ce Parlement qu'il rapporte en date du 19 Janvier 1656. Albert, lettre P, *verbo* Péremption d'instance, art. 1, rapporte deux arrêts conformes; le premier en date du 5 Avril 1644; le second du 23 Avril 1648.

La raison que donne Graverol *loco supra*, de cette jurisprudence, est que quoique régulièrement *tot sint sententiae quot capita*, toutefois l'arrêt interlocutoire qui juge définitivement quelque chef, est regardé comme un acte indivisible à l'égard de la prescription; & c'est ce qui convient également aux sentences; en sorte que l'arrêt de l'année 1662, rapporté dans ce chapitre, n'est point suivi dans la pratique.

En second lieu, par l'usage de ce Parlement, l'instance n'est point sujette à cette péremption de 3 ans; mais seulement à la prescription de 30 ans, lorsque la cause a été mise au rôle, ni lorsque le procès est instruit, & remis entre les mains du rapporteur; en sorte qu'il ne dépend que de lui de le juger, parce que dans ces circonstances nulle négligence ne peut être imputée à la partie.

En troisième lieu, le décès de l'une des parties, arrivé avant que la péremption soit accomplie, en arrête le cours, ainsi que le décès du procureur; & c'est à la partie qui veut s'aider de la péremption, à s'imputer de n'avoir pas fait assigner les héritiers en reprise d'instance, ou son adversaire en constitution de nouveau procureur.

Les actes probatoires, comme enquêtes, réponses cathégoriques, ne sont point sujets à péremption, quoique l'instance y soit tombée; telle est la doctrine de Guip. *quest.* 136 *licet sit perempta instantia judicii, non tamen perimuntur pro-*

324      *Observations sur les Arrêts de Catellan ,  
bani nec & confessiones , nec alia respicientia merita cause ,  
maximè in eodem judicio , & inter easdem personas ; licèt bene  
citationes , cautiones , & similia.*

En quatrième lieu , la loi *properandam* excepte les instances , concernant le fisc ou domaine du Prince , & telle est notre jurisprudence françoise , attestée par *Neron* , sur l'art. 15 de l'ordonnance de Rouffillon , & par *Chopin* sur la coutume de Paris , liv. 2 , tit. 7.

La péremption d'instance a lieu dans tous les cas , qui ne sont point spécialement exceptés par les arrêts des Parlemens rendus depuis l'ordonnance de Rouffillon , qui doit être rigoureusement observée , en ce qu'elle tend à l'extinction des procès toujours ruineux pour les familles.

Dans cette vue les ordonnances antérieures à celle de Rouffillon , comme est celle de 1539 , refusoient toute espece de restitution envers le laps du temps , ce qui est religieusement observé , selon la remarque de *Mornac* , *notandumque est , nullam adversus peremptionem instantiæ dari unquam restitutionem à Principe. Hoc enim vetat edictum anni 1539 , art. 120 , quod religiosissimè servamus.*

J'observerai ici que cette péremption , qui n'a pas lieu dans les instances pendantes aux Parlemens , lorsque le procès se trouve en état , & entre les mains du rapporteur , a lieu aux requêtes du Palais , quoique Messieurs des requêtes soient du corps du Parlement ; la raison qu'en donne *Brodcau* sur *Louet* , lettre P , somm. 18 , après avoir rapporté les arrêts qui l'ont ainsi jugé , est que Messieurs des requêtes du Palais ne sont point juges supérieurs , & font un corps séparé du Parlement , pour ce qui concerne l'instruction & le jugement des procès.

*Albert* , *loco supra* , rapporte un arrêt de ce Parlement , rendu à l'audience le 9 Février 1645 en la cause de *Latour* & de *Labbat* , qui décida qu'un arrêt portant que la chose sera séquestrée , est d'instruction , & que par conséquent il étoit sujet à cette péremption ; il semble néanmoins que quant à la séquestration ordonnée , il étoit définitif.

Il y a un arrêt de ce Parlement rendu à l'audience de la seconde chambre des enquêtes le 6 Mai 1730, prononcé par Mr. le président de Ressaiguier, qui a jugé que la péremption d'instance avoit pu être opposée par la partie, dont le procureur avoit le procès en communication, quoiqu'il semblât d'abord qu'il n'y avoit pas de négligence dans les poursuites du côté de celui qui défendoit la prescription, puisque son procureur se trouvoit dessaisi du procès.

Toutefois, comme c'est une regle de droit que *ibi nulla mora intelligitur, ubi nulla petitio*, on n'imputa point de retardement à celui qui avoit le procès en communication; mais au défendeur à la péremption, qui devoit avoir poursuivi des ordonnances en remise du procès, & avoir contraint le procureur dans les trois ans, pour interrompre le cours de la péremption.

Cet arrêt fut rendu dans la cause de Pierre Roques ses freres & sœurs, contre Antoinette Delcros, appellante d'une sentence rendue par le Sénéchal de Figeac, plaidant Me. Sol.

Suivant la pratique & l'usage de ce Parlement, quand le procès est entre les mains du rapporteur, quoiqu'il ne soit instruit que de la part d'une des parties, l'instance n'est pas sujette à la péremption.

## CHAPITRE XXI.

*De la bonne foi requise dans la prescription de dix ans de l'hypothèque.*

**L**A disposition de la loi 10, ff. de usurpar. & usucap. a été adoptée par les arrêts, tant du pays de droit écrit que coutumier, qui ont décidé que le tiers-possesseur d'un fonds avec titre & bonne foi, lors de la tradition qui lui en a été faite, peut prescrire par le laps de 10 ans l'hypothèque à laquelle ce fonds se trouve assujetti; mais la bonne foi est

326 *Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
 indispensablement requise au commencement de la possession, ainsi que l'observent les interpretes; or la bonne foi n'est autre chose que *illius conscientia excusans possessionem à detentione rei alienæ*. Il faut donc que la conscience du tiers-acquereur ne puisse lui rien reprocher du côté de l'ignorance où il doit être que le fonds acquis est hypothéqué au créancier du vendeur qui lui en a transféré la possession. *Si aliena res bona fide empta sit, quaritur ? ut usucapio currat, utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat exigimus, an traditionis, & obtinuit Sabini & Cassii sententia, traditionis initium spectandum*; il n'est donc pas nécessaire au créancier d'user de dénonce au tiers-acquereur, pour arrêter le cours de la prescription de 10 ans, il lui suffit de constater la mauvaise foi de cet acquereur, lors de la tradition à lui faite du fonds, & de sa prise de possession, ce qui résulte de la connoissance claire & distincte qu'il avoit alors de l'hypothèque. Dans l'espece de l'arrêt du 13 Avril 1699, l'acquereur s'étoit reconnu débiteur du créancier du vendeur; c'étoit donc à ce créancier à agir contre son débiteur pour empêcher le cours de la prescription; mais sans cette circonstance d'obligation contractée par cet acquereur, le créancier n'auroit point été assujetti à aucune espece de dénonce d'hypothèque, & il lui auroit suffi de prouver la mauvaise foi de l'acquereur au temps de la prise de possession, pour arrêter l'effet de la prescription de 10 ans.

---

## C H A P I T R E   X X I I .

*De la prescription du tiers-posseur contre l'hypothèque de la dot.*

Q Uand le mari aliène pendant le mariage le fonds sur lequel la femme a hypothèque pour la répétit. de sa dot, le tiers-acquereur ne peut la prescrire durant le cours du mariage, parce que la femme n'a pas alors l'exercice libre de

ses actions, la prescription ne commençant à courir que du jour que la femme se trouve déliée, ou par la mort du mari, ou par la distribution générale de ses biens.

L'usage dont parle l'arrestographe est fondé sur le texte de la loi *in rebus* 30. *cod. de jur. dot. omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem induc̄ta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocumq; tempore majore vel minore sit introduc̄ta, ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere, id est opulentis quidem maritis constitutis post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis, ex quo infortunium eis illatum esse claruerit.*

La prescription du tiers-acquereur ayant commencé de courir d'abord après la dissolution du mariage arrivée par la mort du mari; cette prescription se continue pendant le second mariage de la femme, quoiqu'elle se soit constituée les mêmes sommes; par la raison qu'il est de maxime, que quand la prescription a commencé contre la femme avant son mariage, non-seulement par les dettes & actions; mais encore pour les fonds dotaux, dont le droit est plus privilégié, cette prescription court irrévocablement contre elle, *leg. si fundum* 16, *ff. de fundo dotal.* & la seule ressource qui reste à la femme, est le recours contre les héritiers de son mari, à raison de la négligence qu'il a marquée en laissant prescrire l'action, ce que la loi compare à une vraie aliénation, *alienationis, verbum, etiam usucapionem continet. Vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Leg. 28, ff. de verbor. signif.*

## C H A P I T R E X X I I I.

*Si l'engagiste prescrit l'hypothèque.  
S'il prescrit la propriété.*

**L**A loi *cum notiffimi*, s. *sed illud*, *cod. de præscr. 30.* vel 40. *annor.* décide formellement que le créancier postérieur, qui possède le fonds du débiteur commun *jure pignoris*, peut prescrire l'hypothèque contre le créancier antérieur par le laps de 40 ans, si le débiteur est en vie, & par celui de 30, s'il est décédé: or, comme par la jurisprudence de ce Parlement, l'action hypothécaire est sujette à la prescription de 30 ans comme l'action personnelle, & qu'elle n'est jamais prorogée au-delà; je croi qu'il faut conformément décider que l'engagiste du fonds peut prescrire par ce laps de temps l'hypothèque contre le créancier antérieur. *Cujas* & les autres interprètes sur la loi citée, ont tenu pour maxime que l'engagiste, qui ne peut prescrire contre le débiteur par aucun laps de temps, pouvoit prescrire l'hypothèque contre un créancier, suivant la disposition de la loi *cum notiffimi*. Ainsi il faut restreindre la décision des arrêts rapportés dans ce chapitre, à la seule prescription de dix ans, dont l'engagiste ne peut s'aider contre un autre créancier de son débiteur, & en excepter celle de 30.

Si l'engagiste n'a pas encore prescrit l'hypothèque, le créancier antérieur peut agir *recta via* sur le fonds engagé, sans être obligé à une discussion préalable des autres biens du débiteur, cette discussion n'étant requise, que quand le débiteur a fait une aliénation absolue; mais les créanciers postérieurs au contrat d'engagement, ne peuvent dépouiller le créancier engagé, qu'en le remboursant de son principal, fraix & loyaux-coûts, Brodeau sur Louet, *lettre P*, *somm. 41.*

Il est décidé dans le paragraphe pénultième de la loi *cum notiffimi*,

*horiffimi*, que la seule possession du gage tient lieu d'instance contre le débiteur, & fait obstacle à la prescription; & c'est ainsi que la Cour le jugea par un arrêt du 17 Avril 1696, au rapport de Mr. de Ferrand-Castillon, entre Charlemagne d'une part, & Jeanne Castanede d'autre.

CHAPITRE XXV.

*Diverses autres questions concernant les prescriptions.*

**M**R. Maynard, liv. 6, chap. 87, observe, que l'ordonnance de Louis XII. de l'an 1512, art. 67, concernant la prescription de trois ans, contre les domestiques pour leurs gages, & celle de six mois pour les marchandises & denrées vendues en détail, n'étoit point observée dans ce Parlem. quoiqu'elle y eût été enrégistrée; & c'est sur ce fondement que fut rendu l'arrêt du 10 Septembre 1657, dont fait mention notre arrêteiste. Mais la jurisprudence de la Cour a changé pour ce qui concerne la vente des marchandises en détail, depuis l'édit de Louis XIV. de l'année 1673, servant de reglement pour le commerce; elle se conforme à la disposition des art. 7, 8, 9, & 10 du tit. 1, de cet édit, suivant l'arrêt que j'ai rapporté sur le chapitre 26 du liv. 4 de mes Observations.

La disposition de ces articles ne sçauroit être trop scrupuleusement suivie, puisque son objet n'est autre que d'éteindre cette multiplicité de procès, qui naissent à l'occasion des différentes demandes des marchands, & des artisans.

Je traiterai ici une question sur laquelle j'avois passé légèrement dans le chapitre 1 du livre 3, de cet ouvrage; elle consiste à sçavoir si le droit de banc dans la nef d'une église paroissiale, peut être prescrit contre un particulier par le laps de 30 ans, & contre les marguilliers par celui de 40 dans le ressort de ce Parlement, régi par le droit écrit.

Il faut d'abord établir un principe généralement reçu , que la propriété du fonds des églises , ne peut être prescrite par aucun laps de temps , parce que c'est chose consacrée à Dieu , *instit. de usucap. & longi tempor. prescr. ad h. sed aliquando.*

C'est-ce qui a fait dire à d'Argentré en son conseil 5 , que la propriété des églises n'appartient à personne , & qu'elles sont seulement en la protection du Roi , *licet sub jurisdictione domini in qua sitæ sunt ecclesiæ , sive templa remaneant ; tamen ipsarum dominium , & proprietas nullius est , suntque duntaxat , sub protectione Regis , aut Principis supremi jure superioritatis.*

Il n'en est pas ainsi du simple usage de la nef des églises. La possession des bancs qu'on y a , est une espece de servitude à laquelle le fonds demeure assujetti ; & cet usage continué sans interruption , pendant l'espace du temps requis pour la prescription , peut seul faire titre , parce qu'il le suppose antérieur à la possession.

Les paroissiens nobles , ou non , peuvent avoir des bancs dans la nef de l'église , & des sépultures ; ils peuvent encore faire construire des chapelles à côté de la nef , avec le consentement du curé & des marguilliers ; c'est la remarque de Maréchal , traité des droits honorifiques , chap. 2 , *des bancs & sépultures dans la nef.* Les différens arrêts rapportés par Brodeau sur Louet , lettre C , somm. 9 , autorisent dans les paroissiens l'usage & la possession des bancs dans la nef , par la concession des marguilliers.

Cette possession est regardée comme une chose purement profane & temporelle , puisqu'elle s'acquiert *pretio* & pour quelque petite somme d'argent , qui tourne au profit de la fabrique de l'église.

Cela posé , rien n'empêche que le droit de banc ne puisse être prescrit contre un particulier par trente ans , & contre les marguilliers par celui de 40 , sans qu'on puisse opposer ici un arrêt de ce Parlement , rapporté par Cambolas , liv. 1 , de ses arrêts , chap. 50 , par lequel il fut ordonné que

le banc dont Lalele jouissoit dans l'église de Sauveterre, depuis un temps immémorial, & qui lui étoit disputé par Duffton, seroit ôté; car il demeure établi par l'espece de cet arrêt, que Lalele avoit prétendu avoir droit de banc, comme gentilhomme, & qu'il fut troublé par Duffton dans la préséance de ce banc, sur le fondement que celui-ci étoit de plus ancienne noblesse que l'autre.

L'arrêt les mit hors de cour & de procès, & ordonna pour mettre fin à toutes leurs contestations, que ce banc seroit ôté de l'Eglise, & cela sur le fondement, que de droit commun, il n'y a que le patron & haut-justicier qui ayent droit de banc dans les églises.

Si cet arrêt n'eut aucun égard à la possession de Lalele; ce fut par la raison que cette possession avoit été prise & continuée sur un faux titre, puisque le possesseur avoit été dans cette erreur de croire que sa qualité de gentilhomme lui donnoit ce droit de banc (ainsi que le donne celle de patron & de haut-justicier.) Or on ne prescrit jamais contre un titre vicieux & abusif, *meliùs est non habere titulum, quàm habere vitiosum.*

Mais d'ailleurs le langage de l'arrestographe, fait assez comprendre que les juges eurent encore égard à la doctrine de Loiseau, des Seigneurs, chap. 11, num. 60, & suivans, de laquelle il faudroit conclure. que ce droit de banc est imprescriptible; mais cette doctrine n'eit pas faite pour les pays du ressort de ce Parlement, qui se régit par le droit romain, puisque Loiseau, num. 67, l'établit sur une maxime rejetée par le droit écrit, & par la jurisprudence des arrêts de ce Parlement; sçavoir, que l'usage des bancs étant une espece de servitude, ne peut former un titre par quelque laps de temps que ce soit, puisque d'un côté on ne peut acquérir par prescription une servitude, & que de l'autre, celle de banc ne peut être imposée à la nef de l'église.

La jurisprudence de ce Parlement, contraire en ce point à celle du Parlement de Paris, autorise l'acquisition des servitudes par la seule possession, sans autre titre (ainsi que je l'ai

montré, chap. 6, du liv. 3, de cet ouvrage,) en sorte que le droit de banc peut être prescrit de paroissien à paroissien par le laps de 30 ans, & contre les marguilliers par celui de 40, parce que la longue possession suppose alors le titre ou la concession des marguilliers, & le titre est toujours présumé quand la possession est ancienne; c'est-à-dire, de 30 ou de 40 ans, *puto absque dubio, tempus quod est ultra triginta vel quadraginta annorum dicendum antiquum*, c'est le langage de Dumoulin, *in consuet. Paris. des fiefs, tit. 1, s. 8, num. 82*, c'est encore celui de Louet, lettre D, somm. 53, *tempus 40 annorum dicitur antiquum*. Il est donc sensible qu'on peut acquérir le droit de banc, dans la nef de sa paroisse par la possession dont je viens de parler.

Au surplus, quand Loiseau a dit que la servitude de banc ne pouvoit être imposée à la nef de l'église, cela doit être ainsi entendu, que le fonds n'en est pas tellement assujetti à ce droit de banc, qu'on ne puisse déplacer le banc toutes les fois qu'il sera incommode & embarrassant pour les fonctions des ministres des autels dans l'église; car celui qui a le simple usage d'un fonds, ne peut en l'exerçant, se rendre incommode au propriétaire, *ut neque domino fundi molestus sit, neque iis per quos opera rustica fiunt impedimento*. *Instit. de usu & habit.* mais excepté ce cas d'embarras pour le service divin, je crois que celui qui possède un banc dans la nef depuis le temps requis pour prescrire, ne peut être troublé dans cette possession, parce qu'elle suppose une concession des marguilliers, ainsi que je l'ai remarqué.

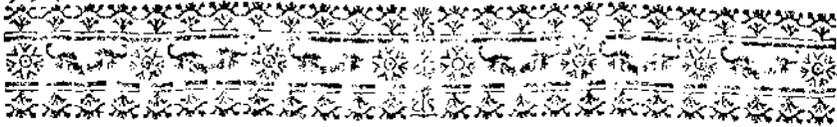
A l'égard de cette concession de banc dans la nef, Maréchal, *loco supra*, après l'arrêt du Parlement de Paris du 5 Mars 1522, cité par Brodeau sur Louet, lettre C, somm. 9, num. 1, exige le consentement du curé & des marguilliers conjointement; sur quoi il faut observer avec Loiseau, *loco supra, num. 65*, que c'est principalement des marguilliers qu'il faut tenir cette concession, parce qu'elle tombe sur une chose purement temporelle & profane, & qui n'a nul rapport au régime spirituel des âmes, en sorte que le consente-

ment du curé n'est proprement requis que par bienfaisance , comme ayant la première voix dans toutes les assemblées qui regardent la fabrique de son église. Mais si le curé se trouvoit d'un sentiment opposé à celui du corps des marguilliers , la délibération de ceux-ci prévaudroit sans difficulté.

Pour ce qui concerne l'embarras qu'un banc peut causer dans l'église , ce n'est point au curé seul d'en juger , mais au corps des marguilliers , & à l'assemblée qui se tient pour les affaires de la fabrique , qui doit délibérer sur cela.

*Fin du septième livre.*





## LIVRE VIII.

### DES TUTELLES.

---

#### CHAPITRE PREMIER.

*Si le créancier du pupille peut être nommé tuteur, & contraint d'accepter.*

**L**<sup>a</sup> Authentique *minoris debitor, cod. qui dare tutor. vel curat. poss.* est le siege de la matiere traitée dans ce chapitre, ainsi c'est par sa disposition & son esprit qu'il faut régler la décision de cette question.

Cette loi décide d'abord, que les débiteurs & les créanciers des mineurs, ne peuvent être leurs curateurs, ce que la glose, *in verbo A curatione*, étend au tuteur à l'égard du pupille. Elle assujettit le créancier à déclarer lors de la délation de la curatelle, que le mineur se trouve son débiteur; & s'il garde le silence sur ce point, il perd sa créance, le débiteur du mineur est assujetti à la même déclaration; & à défaut de la faire, il ne peut s'aider du paiement de la dette qu'il pourroit avoir fait au mineur pendant sa gestion.

La glose sur cette loi, observe que plusieurs interpretes du droit, ont tenu que sa disposition devoit avoir lieu pour toutes les especes de tutelles, parce qu'elle étoit générale, & que quelques autres en ont excepté la tutelle testamentaire, qui se trouvant fondée sur la confiance que le pere testateur a eue pour le tuteur, exclud tous les soupçons qui pourroient s'élever de sa qualité de créancier, ou de débiteur.

Les arrêts du Parlement de Dijon ont reçu sans distinc-

tion des tutelles , la disposition de cette *auth.* & ont décidé qu'elle avoit lieu en Bourgogne , & que le créancier pouvoit s'excuser de la tutelle , & n'étoit pas tenu de l'accepter. *Bou-vot, tom. 2, in verbo Tuteur, quest. 14,* rapporte un arrêt du 11 Juillet 1605, dans l'espece d'un créancier, par lequel il fut jugé, sur l'excuse par lui proposée, que les parens du pupille s'assembleroient pour procéder à une nouvelle élection, ce qui fait voir que le tuteur nommé par l'assemblée même des parens, s'il se trouve créancier ou débiteur du pupille, a une excuse légitime.

Je croi néanmoins qu'il faut excepter les tuteurs testamentaires de la regle établie par cette *auth.* en quoi je me range non-seulement du côté du plus grand nombre des docteurs, mais encore de la doctrine de Mr. Maynard parfaitement instruit de la jurisprudence de ce Parlement par lui attestée, *liv. 8, chap. 13*; & dans ces tuteurs testamentaires, je croi qu'il faut faire cette distinction, ou le testateur a connu que le tuteur par lui désigné, étoit son créancier, ou non; au premier cas, la qualité de créancier n'est point un obstacle ni un sujet d'excuse pour le tuteur, au second, elle l'est.

C'est ainsi que le distinguent les interpretes, notamment *Guip. in quest. 144*; cette distinction fut suivie par l'arrêt de Grenoble qu'il rapporte, *ead.*

Quand le tuteur est nommé par le testateur, il ne s'immisce pas volontairement, & ne prend point de gré l'administration pupillaire; circonstance remarquée par Maynard, & qui fait que le tuteur évite la peine portée par *l'authentique*; c'est la perte de la dette s'il est créancier.

Je croi encore, qu'en suivant la doctrine de Maynard, on peut excepter les proches parens du pupille, comme l'oncle & le neveu, & qu'ils n'encourent point les peines de cette authentique, quoiqu'ils entrent volontairement dans l'administration tutelaire; à plus forte raison, s'ils le font sur une nomination des autres parens du pupille, par la raison que la loi présume favorablement pour eux, & que les liens de la nature qui les attachent au pupille, ne leur permettent

336 *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
 point de trahir les intérêts, *argum. legis non solum, h. 1, ff. de ritu nupt.* Mais je ne voudrois point étendre cette décision au cas si germain, parce que la présomption de la loi ne peut être portée si loin, & que les textes du droit sur lesquels Maynard fonde sa doctrine, & l'arrêt qu'il rapporte, parlent des ascendants du pupille, ce qui peut être étendu à l'oncle, parce qu'il est *loco parentum*, & au frere même, par la proximité du lien & du degré, mais non au-delà, sans qu'il serve d'alléguer que le choix des parens produit le même effet que celui du pere, & que d'ailleurs ils demeurent responsables envers le pupille du choix qu'ils font; puisque d'un côté la loi a donné tout pouvoir au pere, *uti pater familias super pecunia, tutelave rei suæ legasset; ita jus esto*, ce qu'elle n'a pas fait à l'égard des parens qui pourvoient à la tutelle; & que de l'autre, quoique les parens soient responsables de leur nomination, il est de maxime que, *melius est intacta minorum jura servare, quàm post causam vulneratam remedium querere, leg. ult. cod. in quib. caus. in integr. restit. necess.*

Quand la créance de celui qu'on a nommé tuteur, ne va pas jusques à absorber la plus grande partie des biens du pupille, la qualité de créancier ne peut alors servir d'excuse légitime à ce tuteur; c'est la modification que ce Parlement a donnée à la nouvelle 72, chap. 1, qui donne l'exclusion de la tutelle au créancier du pupille.

L'arrêt qui l'a ainsi jugé fut rendu le 3 Mars 1695, au rapport de Mr. de Boissi contre Souillol tuteur nommé. Souillol prétendoit encore, qu'une charge de maire qu'il avoit acquise lui fournissoit une exemption pour la tutelle; mais on n'eut point d'égard à cette exception, parce qu'il avoit acheté cet office, & s'en étoit fait pourvoir depuis la tutelle décernée; & cette décision est conforme à la loi 28, *ff. de excusat. tutor.*

C H A P I T R E II.

*Si les femmes peuvent être admises dans une assemblée de parens pour nommer un tuteur.*

*Si l'oncle par alliance peut être nommé.*

**P** Ar la disposition de la loi 2. *ff. de reg. jur.* les femmes sont exclues de toutes les fonctions civiles & publiques, parmi lesquelles la glose range les tutelles & curatelles, d'où l'on peut conclure qu'elles ne peuvent être admises dans une assemblée de parens, convoquée pour la nomination d'un tuteur, qui est un acte relatif à la fonction publique de tutelle.

Je croi qu'il n'y a pas d'exclusion de la tutelle pour l'oncle par alliance, parce que la loi admet à la tutelle le parâtre, *leg. non numquam 32, §. Imperator, ff. de adopt.* Mais je croi aussi que l'oncle par alliance ne peut être contraint d'accepter la tutelle, quand il y a des parens du pupille propres pour la gestion, par cette raison, que la charge de la tutelle doit tomber sur celui qui peut avoir le profit de la succession par la proximité du degré, *quia ubi successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debet*; telle est la doctrine de Larroche, *liv. 4, tit. 9, art. 3.*

Que si les plus proches parens du pupille, ne sont pas reconnus capables d'administrer les biens, il n'y a pas de doute que l'oncle par alliance ne puisse être contraint par le juge, avec connoissance de cause, & après la délibération des parens du pupille, d'accepter sa tutelle, par la raison prise de l'intérêt public, qui exige que le pupille soit pourvu d'un tuteur capable. Et c'est dans cette hypothèse qu'il faut prendre l'arrêt du Parlement de Paris rapporté par Maynard, *liv. 9, chap. 13*, qui contraignit un parâtre d'accepter la tutelle du pupille.

La capacité du tuteur est la raison déterminante en matière

*Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
de délation de tutelle, & c'est au juge d'en faire l'examen ;  
en sorte que s'il se rencontroit que le tuteur donné par le pere  
même dans son testament, fût inhabile pour les fonctions,  
il ne faudroit point déférer au choix du pere, quelque  
puissance que la loi lui ait donnée à ce sujet. Et voilà pour-  
quoi on tient pour maxime que toutes les tutelles sont dative-  
s en France, parce que de quelque espece qu'elles soient,  
elles ont besoin d'être confirmées par le magistrat, *causa cog-  
nita*, après avoir pris l'avis des parens.

C'est sur ces principes qu'il fut jugé au Parlement de Bré-  
tagne le 22 Avril 1597, ( ainsi que le rapporte Belord en  
ses controverses, lettre T. livre 8. chapitre 36. ) que la tu-  
telle doit être déférée au simple allié du pupille, à l'ex-  
clusion des parens, lorsque noitirement il en est plus  
capable qu'eux. Les jugemens rendus sur la délation d'une  
tutelle s'exécutent nonobstant oppositions ou appellations  
quelconques. *Iste est secundus casus provisionalis hujus arti-  
culi, ut sententia in materia dationis tutelæ lata, sit execu-  
toria, nonobstantibus oppositionibus & appellationibus. Rebuff.  
in tract. de sent. provis. art. 3. gloss. 2.*

J'ai vu juger à l'audience de la grand'chambre le Ven-  
dredi 4 Juin 1723, président M. de Nupces, plaidans Mes.  
d'Astruc & Favier, que quand un pupille est obligé de  
plaider contre son pere, qui est son tuteur naturel, on ne  
peut présenter aucun libelle au nom du pupille assisté même  
d'un curateur *ad lites*, mais qu'il faut agir & donner les re-  
quêtes au nom d'un curateur nommé spécialement pour ce  
procès, dans une assemblée des parens du pupille, la no-  
mination devant être autorisée par le magistrat.

CHAPITRE III.

*Du Tuteur qui ne fait pas inventaire.*

Q Uoique le pere testateur ait prohibé au tuteur qu'il a désigné à son fils toute confection d'inventaire, le juge peut néanmoins l'y contraindre, si l'intérêt du pupille le requiert ainsi; telle est la doctrine de *Jul. Clar. de testam. quest. 66.* & de *Ferr. quest. 352. Guip.* Ce dernier traite la question, si le testateur peut prohiber à son héritier l'inventaire, & il la résout en faveur de l'héritier, par cette raison, que c'est là un remede de droit, dont le testateur ne peut priver son héritier; & pour appuier cette décision, Ferriere rapporte deux arrêts de ce Parlement qui l'ont ainsi jugé.

Le testateur peut néanmoins dispenser son héritier de la confection d'inventaire, suivant la doctrine de *Cujas, in Novell. de hered. & falcid. num. 2.* Mais cette dispense n'empêche point les créanciers de requérir l'inventaire, n'y ayant que les fidéicommissaires & légataires qui ne peuvent s'en plaindre, suivant la plus commune opinion des docteurs, adoptée par *Fachin, controvers. jur. lib. 6. cap. 25.*

La raison de cette différence est sensible; le testateur ne peut par cette dispense préjudicier au droit des créanciers, *Peregrin. de fideicom. art. 11. num. 75. quia alteri per alterum iniqua conditio inferri non potest esse*; au lieu qu'il ne fait aucune espece de tort aux légataires ou fidéicommissaires, puis qu'ils ont le fidéicommiss & les légats à titre lucratif, & que le testateur a pu les leur laisser, ou les leur ôter. Et cette raison a déterminé *Fachin* à se ranger du parti de ceux qui tiennent cette dispense valable & légitime.

La loi *tutor. 7. ff. de administr. tutor. & ult. cod. arbitr. tutela*, exigent que le tuteur ait fait procéder à l'inventaire avant de s'immiscer dans l'administration tutelaire. Il ya

*Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
 pourtant des cas exceptés, dans lesquels avant même la con-  
 fection de l'inventaire, le tuteur peut s'immiscer *in iis quæ  
 dilationem non recipiunt, aut quæ fieri necesse est, priusquam  
 inventarium conscribatur, aut propter quæ, nullum pupillo  
 damnum imamineat.* C'est la remarque de Faber, *in suo cod.  
 lib. 5. tit. 25. definit. 1.*

L'arrêt qui priva le tuteur du reliqua qui pouvoit lui être  
 dû, faute d'avoir fait inventaire, est juridique. Il y a dans  
 cette omission une espece de dol, ou du moins une igno-  
 rance crasse, *quæ dolo comparatur*, qui mérite bien cette  
 peine.

## C H A P I T R E IV.

### *De l'intérêt des deniers pupillaires.*

S Uivant le droit du digeste & du code, le tuteur est obli-  
 gé *otiosam pecuniam fœnori collocari, leg. 27. ff. de ad-  
 ministr. tutor. & leg. 24. cod. cod.* Les ordonnances de nos  
 Rois ont suivi l'esprit de ces loix, comme favorables aux  
 pupilles, qu'elles ont soin de protéger. C'est dans cette vue  
 que l'art. 102, de l'ordonnance d'Orléans a statué, *que les  
 tuteurs & curateurs des mineurs, seront tenus si-tôt qu'ils au-  
 ront fait inventaire des biens appartenans aux pupilles, faire  
 vendre par autorité de justice leurs meubles périssables, & em-  
 ployer en rentes ou héritages, par avis des parens & amis, les  
 deniers qui en proviendront, avec ceux qu'ils auront trouvés  
 comptans, à peine de payer en leurs propres noms les profits  
 desdits deniers.*

Cette ordonnance a pris un tempérament raisonnable,  
 entre la disposition du droit ancien, & celui des nouvelles;  
 c'est d'ordonner que les deniers seroat employés en rentes  
 ou héritages, par où l'on fait fructifier l'argent du pupille,  
 suivant l'esprit des loix anciennes, & l'on pourvoit en mê-  
 me-temps à la sureté, puisque les deniers sont convertis en

fonds ou en rentes, sur héritages, sans être exposés aux périls du prêt que la nouvelle a voulu éviter.

On se règle par la nouvelle jurisprudence, attestée par Dolive, liv. 4, chap. 32, & par Graverol sur Larroche, liv. 6, tit. 54, art. 3, selon laquelle le tuteur ne doit point les intérêts des intérêts; mais on les laisse chaque année en réserve, & on les met à part de la recette, en ce qu'elle excède la dépense, & à la fin de l'administration on prend ces intérêts réservés, & on les joint avec le principal; & du jour que cette accumulation & clôture sont faites, on adjuge au pupille les intérêts de tout le reliqua, qui se trouve en partie composé d'intérêts. C'est ainsi que parle Dolive *loco supra*. Graverol observe aussi que ces intérêts ne portent intérêt, que lorsqu'ils sont ablotés avec les capitaux, dans un compte de tutelle, & que c'est une erreur de croire, qu'avant la clôture du compte, & pendant le cours d'une administration, les tuteurs dussent être chargés de l'intérêt de l'intérêt, ce qui seroit extrêmement rude, devant suffire que ce qui se trouve de reliqua à la fin de chaque année, demeure entre les mains du tuteur, pour la dépense de l'année suivante, & que l'intérêt soit accumulé avec le principal à la fin de l'administration.

On suit à présent l'usage attesté par Graverol, qui permet au tuteur d'employer les intérêts des capitaux du pupille, réservés à la fin de chaque année, à la dépense de l'année suivante, ainsi des autres, jusqu'à la fin de la tutelle & clôture du compte, qu'on les ablote avec les capitaux.

Il a été décidé par arrêt du 13 Juin 1695, au rapport de Mr. Ferrand-Castillon, entre Jean-François Franc, curateur de Jean-François Franc, fils de Jean, d'une part; & Guillaume Rudelle d'autre, que le débiteur du pupille ne peut être contraint au paiement des intérêts d'un capital qu'il lui doit, que depuis le jour de l'interpellation judiciaire, quel que privilège qu'ayent les deniers pupillaires.

Cet arrêt fait voir que la loi 3, *cod. in quib. caus. in integr.* n'est point observée en France, ainsi que Mornac l'a remarqué sur cette même loi.

## C H A P I T R E V.

*Si les intérêts du reliqua courent sans interpellation, & du rang auquel ils sont alloués.*

**L**A raison déterminante de l'arrêt du 4 Août 1668, dans l'allocation du capital & intérêts, qui formoient le reliqua de tutelle en faveur du pupille, du jour & date de la décernation de tutelle, doit être prise, de ce que la loi donne au pupille une hypothèque tacite sur les biens du tuteur, à *die aditæ tutelæ*, pour le reliqua de tutelle, *leg. pro officio, cod. de administ. tutor. & novell. 118, cap. 5, in fine.*

Je suis de cette opinion, que le tuteur a hypothèque sur les biens du pupille, pour ce qui lui est dû du reliqua de son administration, du jour que la tutelle lui a été décernée, & non simplement du jour de la clôture du compte tuteur.

Les arrêts ont extrêmement varié sur cette question, les uns ayant donné l'hypothèque au tuteur depuis l'acte de tutelle, les autres depuis la clôture de son compte seulement. Louet, lettre H, somm. 23, rapporte un arrêt du Parlement de Paris, qui donne hypothèque au tuteur, depuis l'acte de tutelle. Brodeau, *cod.* en rapporte de contraires du même Parlement, & qui ne donnent au tuteur cette hypothèque, que du jour de la clôture de son compte. Charondas, *respons. liv. 6, chap. 75*, observe qu'il a été jugé par plusieurs arrêts du Parlement, que le tuteur avoit la même hypothèque sur les biens du pupille du jour de la tutelle décernée, que le pupille sur les biens du tuteur; par cette raison d'équité, qui veut que l'égalité soit gardée quand il y a parité de raison. *Chap. de privileg. rustic. lib. 1, chap. 5, num. 2*, est de cette opinion, que le tuteur n'a pas le même privilège sur les biens du pupille, que le pupille sur les siens, à raison de l'administration; *pupillari verò simile hypothecæ privi-*

*legium, non competit tutoribus in bonis impuberis contrario iudicio tutelæ; & pour appuyer son opinion, il rapporte un arrêt de l'année 1572, Mornac sur la loi 1, ff. de contrar. & util. aëtion. tutel. applaudit à un préjugé contraire qu'il rapporte en ces termes, que le tuteur a une hypothèque tacite pour le reliqua de son compte, sur les biens de son mineur du jour de sa tutelle.*

Parmi ce conflit de jugemens, la décision sembleroit arbitraire, si on ne tâchoit de la fixer sur l'esprit des loix. En examinant de près la loi 1, ff. de contrar. tutel. & util. aët. il en résulte que le tuteur a la même action contre le pupille, que le pupille contre lui, & conséquemment la même hypothèque. *Contrariam tutelæ aëtionem, prætor proposuit, induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione.* Le mot *quoque* est remarquable, puisqu'il dénote une réciprocité d'action & d'hypothèque, entre le pupille & le tuteur à raison de l'administration.

Cette réciprocité tourne même à l'avantage du pupille, parce qu'elle rend le tuteur plus actif & plus vigilant pour ses intérêts, *etenim provocandi fuerunt tutores, ut promptius de suo, aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt se recepturos, id quod impenderint, d. lege.*

Les arrêts de ce Parlement ont donné hypothèque au tuteur sur les biens du pupille pour le reliqua du compte tutelaire à *die susceptæ tutelæ*, ainsi que je l'ai appris d'un conseiller qui est actuellement de service en la grand'chambre, très-expérimenté, & d'un rare mérite.

¶ Il y a un conflit d'opinions & d'arrêts, ainsi que je l'ai déjà observé, sur la question, si le tuteur a la même hypothèque sur les biens du pupille, que le pupille sur les biens du tuteur à *die aditæ tutelæ*; pour fixer une jurisprudence uniforme sur ce point, il ne faudroit pas moins que l'autorité du législateur. La note sur Lapeyrere, *lettre H, num. 63.* marque que, malgré les arrêts qui ont jugé que le tuteur n'avoit hypothèque sur les biens du pupille que du jour de la

clôture de son compte , la décision ne laisse pas de faire de la difficulté dans le barreau , où il se trouve des anciens qui sont d'un avis contraire. Me. Boutaric dans ses *Institutes* s'est rangé du côté de ceux qui ne donnent l'hypothèque au tuteur que depuis la clôture de son compte , en quoi il a suivi l'opinion de Despeyffes , au titre des tuteurs , *sect.* 7 , n<sup>o</sup>. 20 , & de Lapeyrere , au lieu déjà cité. Ce dernier fonde son opinion , sur ce qu'il a cru d'un côté , que le tuteur n'a point d'hypothèque légale sur les biens du pupille du jour de la tutelle décernée ; & de l'autre , qu'il est de l'intérêt des pupilles de n'accorder aux tuteurs l'hypothèque que du jour de la clôture de leur compte , pour les rendre plus diligens & plus expéditifs à le rendre. La loi première *de contrar. tutela act.* que j'ai déjà employée , me paroît concluante pour autoriser l'opinion de ceux qui donnent au tuteur hypothèque légale , du jour qu'il a commencé à gérer , & pour justifier les arrêts qui l'ont jugé de même. Pour ce qui concerne l'autre raison , alléguée par Lapeyrere , que le tuteur fera plus expéditif à rendre son compte , s'il n'a hypothèque que du jour de la clôture. Quelle lésion ou quel dommage peut trouver le pupille dans l'inaction ou la négligence de son tuteur à rendre compte ? Le pupille n'a-t-il pas une hypothèque assurée sur les biens du tuteur à *die aditæ tutela* , pour le paiement du reliqua , s'il lui en est dû ? & le tuteur lui-même n'a-t-il point intérêt à accélérer la reddition de son compte , puisque tant qu'il est comptable il est présumé débiteur ; & que d'ailleurs il peut se trouver créancier du pupille , par le jugement de clôture de son compte , & par-là , très-intéressé dans l'expédition de cette clôture , pour répéter sur les biens du pupille les fournitures & dépenses qui excèdent la recette ? La charge d'une tutelle est bien pesante & bien onéreuse ; & c'est dans cette vue que la loi citée accorde au tuteur une réciprocité d'hypothèque , ainsi que le dénote le mot *quoque* ; car s'il n'étoit question pour le tuteur que d'une simple action personnelle , ce mot seroit oisieux ; car n'auroit-il pas cette action *ut negotiorum gestor* , & cela de plein droit ?

CHAPITRE VI.

*De la Transaction passée entre l'adulte & le tuteur, non dispunctis rationibus.*

**L**A raison pour laquelle l'adulte qui a transigé avec son tuteur sur le fait du compte tutelaire, *non visis neque dispunctis rationibus*, peut se pourvoir contre la transaction pendant 30 ans du jour de sa date, est prise, de ce que la reddition de ce compte doit se faire par articles de dépense & recette; & que sans cela le compte n'est pas censé rendu par le tuteur, *adeo ut non videtur functus officio aut curâ suæ administrationis, nisi rationes reddiderit secundum formam à lege præscriptam, consequens est illum nec transigere posse cum ipso minore etiam factò majore 25. annis non redditis rationibus*; c'est le langage de M. Maynard en ses arrêts, liv. 2. chap. 100. Or le compte n'étant pas censé rendu au moyen de cette transaction, l'action qui compete à l'adulte pour la reddition du compte, dure 30 ans, & l'on ne peut lui opposer l'ordonnance de Louis XII. selon laquelle dix ans font le terme fatal des actions rescivoires pour les majeurs à l'égard des contrats qu'ils ont passés.

Il en seroit autrement d'un adulte, qui, devenu majeur, auroit ratifié par contrat une reddition de compte de son ancien tuteur, faite dans les regles; il ne pourroit se pourvoir contre ce contrat que dans les dix années de sa date, s'il avoit des moyens de restitution en entier, tels qui peuvent compéter aux majeurs, comme dol & fraude; violence, &c. Le compte tutelaire une fois rendu, on ne peut pas dire que l'adulte devenu majeur ait transigé *non visis rationibus*; mais seulement pour donner un acquiescement au jugement de cloture, qui pouvoit être attaqué par la voie d'un appel, auquel cet acquiescement devient un obstacle invincible, puis qu'il donne à la cloture du compte force de

## CHAPITRE VII.

*Du nombre des enfans qui peut excuser de la tutelle.*

**P** Ar arrêt prononcé à l'audience de la grand'chambre le 25 Mai 1716, par M. le premier Président. Il fut jugé conformément aux conclusions de M. l'avocat - général de Tournier, qu'une fille religieuse devoit être comptée au nombre des enfans, pour exempter le pere de la tutelle qui lui avoit été déférée dans une assemblée de parens; le tuteur nommé avoit cinq enfans, y compris la religieuse: c'étoit dans la cause de Delon, cordonnier de Montauban, contre Delon, mere des pupilles; plaidans Mes. de Lardos & d'Astruc.

On juge différemment cette question à l'égard des garçons qui sont entrés en religion, ils ne sont pas nombre comme les filles religieuses. La raison de différence est prise, de ce que le pere a été obligé de doter la religieuse, & de diminuer par-là sa fortune & ses biens, ce qu'il n'a pas fait pour le fils, son entrée en religion étant au contraire pour lui une décharge & un soulagement.

¶ Le tuteur est non-seulement obligé de faire procéder à l'inventaire des effets délaissés aux pupilles, mais même leur aïeul sous la puissance duquel ils retombent après le décès du pere, la mere des pupilles appelée, & les plus proches parens; c'est ainsi que ce Parlement le jugea par arrêt rapporté par M. Maynard, liv. 6. chap. 52. Les loix ont mis sous leur protection particuliere les pupilles, & ont pris de sages mesures pour assurer & conserver leur fortune, leur cause est toute publique, *interest reipublicæ res pupilli salvas fore*. Rien n'est donc plus propre pour empêcher l'égarement des effets pupillaires, que la description exacte qui

s'en fait à la diligence d'un tuteur au moyen d'un inventaire, suivant la loi 24. *cod. de administ. tutor.* L'omission de faire un inventaire est de la part du tuteur une faute grossière, *quæ dolo comparatur*, qui le rend d'abord suspect & destituable, *leg. tutor. 3. §. tutores, ff. de suspect. tutor.* Telle est la doctrine de nos interpretes; & la loi pousse sa sévérité à cet égard jusques au point de déclarer le tuteur noté d'infamie par cette même omission, *leg. ult. in fine cod. arbitr. tutelæ.* La jurisprudence des arrêts n'a point accueilli la disposition de ce te loi, elle soumet seulement le tuteur à indemniser le pupille ou adulte sur le serment *in litem* de celui-ci, suivant la loi *penult. cod. de in litem lucrando*; en sorte que le Juge laisse alors au serment de l'adulte l'estimation de la valeur des meubles, qui auroient dû être compris dans l'inventaire; mais avant de l'admettre à ce serment, il est préalable d'ordonner une enquête pour constater la vérité des effets délaissés par le défunt; c'est ainsi qu'il fut jugé par arrêt du Parlement de Dijon du 24 Novembre 1618, en faveur d'Etienne Landros, contre Tronches, rapporté par Bouvot, *verbo Tuteur, vide Charondas en ses pandectes, liv. 2. chap. des tuteurs 7*; que si l'enquête étant faite, il n'en résulte aucune preuve en sa faveur, alors l'adulte est reçu à son serment *in litem*; l'enquête doit être faite selon la forme prescrite par l'ordonnance de 1667.

## CHAPITRE VIII.

*De la préférence de la dot, ou du reliqua dû au pupille.*

LA jurisprudence de ce Parlement a fort varié sur cette question, ainsi que l'observe Graverol sur *Larroche, liv. 2, tit. du dot, art. 14*: l'ancien usage, dit-il, étoit d'allouer la dot de la femme & le reliqua du pupille par concurrence au sol la livre. Depuis l'année 1572 jusques en 1628, on jugea très-souvent que la femme devoit être al-

348            *Observations sur les Arrêts de Cutellan*,  
louée par préférence au pupille, quoiqu'antérieur en hypothèque. En l'année 1628 la jurisprudence changea, & par quelques arrêts que le Parlement donna, on alloua la femme & le pupille, suivant le droit commun des hypothèques, & cette règle *qui potior est tempore, potior est jure*. Graverol ajoute qu'on se règle aujourd'hui par la disposition de la loi *affiduis*, & que la femme est toujours préférée au pupille, la décernation de tutelle, fût-elle de beaucoup antérieure à la constitution de la dot.

Notre arrestographe observe, qu'il semble équitable entre deux causes aussi privilégiées, de régler la préférence par la priorité des temps; & je croi que c'est se conformer à l'esprit des loix, que de régler ainsi l'ordre des hypothèques de la femme & du pupille, sur les biens du tuteur: voici les raisons sur lesquelles je me fonde.

C'est un principe généralement reçu, que la cause des pupilles est toute publique, & singulièrement protégée par les loix, c'est de quoi la loi *Sicut, cod. de præscr. 30. vel. 40. annor.* nous fournit une preuve bien sensible, puis qu'elle excepte le pupille de la disposition générale qu'elle fait, au sujet de la prescription trentenaire, que cette loi déclare courir irrévocablement contre tous, au pupille près.

Le pupille doit donc être regardé, comme une de ces personnes privilégiées de droit, qui ne sont jamais censées comprises dans une loi nouvelle, à moins qu'il n'y soit fait une mention expresse d'elles.

De ce principe, il faut nécessairement conclure que les pupilles demeurent exceptés de la disposition de la loi *affiduis*, quelque générale qu'elle paroisse, & que les choses ont resté à leur égard au même état qu'elles se trouvoient au temps de cette loi, pour ce qui concerne l'ordre de leurs hypothèques, & de celles de la femme de leur tuteur. Or avant la loi *affiduis*, la femme étant réglée comme le fife, par le temps de son hypothèque, & les créanciers antérieurs du mari lui étant préférés, il en faut conclure que les pupilles sont préférables à la femme pour le reliqua de tutelle à

eux dû par le mari lors du mariage, & qu'ils n'ont pas même besoin d'user d'aucune dénoncée à la femme, fussent-ils majeurs lors de son mariage, par la raison qu'il est de maxime de remonter à l'origine des obligations; en sorte que le pupille devenu majeur est réputé pupille, à raison du reliqua de tutelle, & par conséquent privilégié, ce qui exclut sans doute la femme de pouvoir exercer sur lui le privilège de la loi *affiduis*, selon la règle qui veut qu'un privilégié ne puisse jouir de son privilège contre un autre privilégié.

La seconde raison qui sert de fondement à mon opinion est, que suivant la remarque de la glose, sur la loi *affiduis*, verbo *Licet*, la cause du fisc demeure exceptée de droit de la disposition de cette loi; en sorte qu'il n'y est point dérogé à la loi 2, *cod. de privileg. fisc.* qui règle la femme pour sa dot, & le fisc par le temps de leurs hypothèques.

D'où je conclus que la cause des pupilles étant toute publique, ainsi que celle du fisc, il y a même raison de décider pour eux. A quoi se joint une considération qui paroît touchante; que cette loi *affiduis*, renfermant un privilège si extraordinaire, qu'aucun des autres Parlemens régis par le droit écrit, n'a encore voulu l'accueillir, il faut restreindre, autant qu'il se peut, ce même privilège, & ne pas l'étendre à ceux qui étoient au nombre des privilégiés avant cette loi même.

Par la jurisprudence actuelle de ce Parlement, le pupille est alloué suivant la règle *qui potior est tempore, potior est jure.*

## C H A P I T R E I X.

*Si celui de qui le tuteur est chargé de prendre l'avis est responsable de l'administration.*

**L**Es tuteurs honoraires ne sont tenus de l'administration tutélaire que subsidiairement, & en cas d'insuffisance des biens du tuteur, *leg. si plures 3, ff. de administr. Et pe-*

350      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
*ric. tutor. §. 1, ut si parens declaravit quem velit tutelam ad-*  
*ministrare, ille solus administrat, ceteri igitur tutores non ad-*  
*ministrabant, sed erunt hi quos vulgo honorarios appellamus,*  
*nec quisquam putet, ad hos periculum nullum redundare, con-*  
*stat enim hos quoque excussis prius facultatibus ejus, qui gesserit*  
*conveniri oportere. Dati sunt enim, quasi observatores actus*  
*ejus, & custodes.*

Les tuteurs honoraires sont proprement les surveillans du tuteur principal & les cautions, suivant le droit écrit; il en est autrement par les coutumes de France, qui, selon la remarque de Brodeau sur Louet, lettre T, somm. 13, n'obligent le tuteur subrogé ou honoraire à autre chose, que d'assister à la confection de l'inventaire, après quoi *functus est officio*, n'étant point garant de la négligence du tuteur principal, ni de son insolvabilité; sur quoi Brodeau rapporte des arrêts du Parlement de Paris, & reprend Mornac d'avoir avancé sur la loi 6, ff. de ritu nupt. que les tuteurs subrogés étoient comme tuteurs seconds & subsidiaires, garants & responsables de la mauvaise gestion du tuteur principal.

Mornac au même lieu, observe après *Chopin, lib. 2, tit. 7, ad consuetud. Paris.* que si l'on n'exige point de cautionnement des tuteurs dans la France coutumière, c'est parce que le tuteur subrogé demeure responsable subsidiairement de l'administration de l'autre. Mornac assujettit à cette garantie tous les tuteurs honoraires de quelque dignité qu'ils soient, les Princes exceptés, qui sont donnés *honoris causa*, & comme protecteurs ou conseils, à des pupilles d'une maison illustre. De quoi il rapporte un arrêt en faveur de Mr. le Prince de Montpensier.

Quoi qu'il en soit, dans la France coutumière, il est constant que dans les provinces du droit écrit, les tuteurs honoraires ou subrogés ne sont obligés, *ratione tutelæ* que *in subsidium*; en sorte que le pupille ne peut avoir recours sur eux qu'après la discussion du tuteur principal.

La raison pour laquelle le tuteur donné pour conseil n'est pas tenu de l'administration tutélaire, même *in subsidium*, est

que le tuteur n'est point obligé de déférer à ce conseil que par pure honnêteté, & qu'il dépend de lui de le suivre, ou de s'en écarter, selon l'observation des interpretes sur le paragraphe *Papinianus* de la loi 5, ff. de administr. & pericul. tutor.

Mornac au lieu déjà cité, observe que les Princes ne sont point obligés comme tuteurs honoraires, parce qu'ils ne sont donnés que comme conseils ou protecteurs des pupilles, *pati periculum tutelæ non debent principes, qui honoris causa illustribus pupillis nominantur tutores ad consulendum, fulciendum communiendumque auctoritate præcipua, si quid in tutela agi promoveri, defendere oporteat.*

Il faut donc distinguer selon Mornac les tuteurs honoraires d'avec ceux qui sont donnés *honoris causa*, quoiqu'ils semblent confondus. Ces derniers sont pour le conseil, ou l'honneur de la tutelle, & n'ont point de part dans les fonctions de tuteur; les premiers participent à la charge tutelaire, & sont vrais cautions du tuteur, & en cette qualité ont leurs biens obligés au pupille subsidiairement *ratione tutelæ*, depuis la décernation.

Le pupille a l'action solidaire contre les tuteurs principaux, parce qu'ils sont associés à l'administration, & qu'ils lui sont coobligés, *leg. omne æs alienum 27, ff. pro socio*, il a cette même action solidaire subsidiairement contre les nominateurs des tuteurs qui étoient insolubles au temps de la tutelle décernée, suivant les arrêts rapportés par Basset, tom. 2, liv. 4, tit. 14, chap. 6; en sorte que le solvable d'entre eux, est obligé de payer la portion des insolubles, discussion préalablement faite.

## C H A P I T R E X.

*Si le tuteur peut demander un salaire.*

**I**L faut faire cette différence entre la demande que formeroit un tuteur dans la reddition de son compte d'un salaire pour vacations ordinaires attachées à sa charge , & sa demande concernant les dépenses qu'il a faites pour les procès , & autres affaires du pupille ; à l'égard de les vacations , on ne lui adjuge régulièrement aucun salaire , si ce n'est dans les circonstances marquées par notre auteur ; & autres de cette espece , comme s'il est pauvre , vivant du travail de ses mains , ou si le testateur pere du pupille , l'a ainsi ordonné , *Ferr. in quæst. 68 , Guip. & Ranchin. & Matth. 161.* Il en est autrement des vacations extraordinaires du tuteur pour les affaires du pupille , elles lui sont adjugées comme il est décidé par la loi 33 , à *tutoribus* , §. *ult. ff. de administr. & peric. tutor.* dans ces dépenses entrent les fraix des procès , des voyages & séjours exposés à cette occasion par le tuteur , *leg. 1 , §. item sumptus 9 , ff. de tutelæ & ration. distrach.* Mr. Maynard , *liv. 6 , chap. 55 , Graverol sur Larroche , liv. 6 , verbo Tuteurs , art. 2.* Mais ces voyages & séjours doivent avoir pour objet le procès en seul du pupille , sans mélange d'aucune affaire personnelle au tuteur. Outre les dépenses , dont je viens de parler , on doit encore allouer au tuteur routes celles qu'il a faites nécessairement & utilement dans le fonds du pupille , quoique ce fonds ait déperî & ne soit plus en nature , *leg. p'anè 38 , ff. de hered. petit.*

*Fin du huitieme Livre.*



# LIVRE IX.

## DE LA PROCEDURE JUDICIAIRE.

---

### CHAPITRE PREMIER.

*Si l'enquête qui prouve la vérité de l'acte doit prévaloir sur le rapport d'experts qui le déclare faux.*

CEN'est point une règle certaine, que dans le concours, & dans la contrariété du rapport des experts qui déclarent un acte faux, & de l'enquête où les témoins déposent d'avoir vu signer la partie, cette enquête doive prévaloir; puisque la loi décide que le Juge doit se ranger du côté où la vérité lui paroîtra plus sensible, *Novell. 73. cap. 3. verumtamen sit hoc judicantis prudentiæ, simul atque religionis, ut veracibus potius pro talibus credat.* Telle est encore l'observation de la glose, *in verbo Veracibus*, en ces termes, *id est quæ sibi videntur inter scripturam & testes.*

Cette même Nouvelle, *cap. 2.* décide que la preuve peut être faite, & par le rapport des experts, & par l'enquête en même temps. *Fidem causa ex utroque percipiat; etiam litterarum examinatione penitus non repulsa, sed sola non sufficiente, augmento autem testium confirmanda.*

C'est sur ce principe que peut être appuié un Arrêt de ce Parlement, rendu entre Me. Pepin & Raynard, le 6 Juin

1711, par lequel Me. Pepin s'étant inscrit en faux contre un acte de résignation de son bénéfice en date du 14 Juillet 1708, que Me. Raynard prétendoit avoir été consenti en sa faveur, la Cour en déclarant n'y avoir lieu de rejeter l'inscription en faux formée par Pepin, & la relation des experts qui avoient procédé, ordonna que dans le mois, aux fraix & à la diligence de Raynard, il seroit procédé à une nouvelle vérification par Escoubié & Rouzet, notaires de Toulouse, de l'acte de résignation; pour sçavoir si le feing de Pepin y apposé, étoit son véritable feing, auquel effet les actes de comparaison leur seroient remis, & le même Arrêt permet à Raynard de prouver & vérifier par témoins, devant Me. Boudoul Commissaire, que le feing fut fait par Pepin; l'Arrêt permet encore à Raynard de prouver devant le Rapporteur du procès par les témoins numéraires de l'acte de résignation, que ce feing fut fait par Pepin lors de l'acte de résignation, & à Pepin le contraire, si bon lui semble.

Je crois qu'il faut restreindre l'enquête aux témoins numéraires de l'acte, parce que c'est de ces seuls témoins que parle le ch. 1. de la Nouvelle déjà citée. *Etenim tales testificationes suscipimus, quas presentes testes dicant, quia his presentibus subscripsit qui documentum fecit, & hunc noverunt.*

La preuve par autres témoins que ceux de l'acte ne doit pas prévaloir à la vérification des experts, parce qu'ils sont naturellement compétans pour juger de la vérité ou fausseté d'une écriture par la comparaison des autres, au lieu que les témoins qui n'ont pas vu signer la personne, mais qui certifient seulement que c'est son feing pour en avoir vu d'elle de semblables, peuvent errer & prendre la vraisemblance pour la réalité, n'étant point vérifiés & expérimentés dans la comparaison des feings & écritures, ainsi que les maîtres écrivains ou notaires qui sont ordinairement nommés pour procéder sur ce fait.

Le seul cas où l'on pourroit faire ouïr toute sorte de témoins, seroit selon moi, celui où l'acte étant impugné de faux,

les témoins numéraires ne pourroient être ouïs , parce qu'ils seroient morts , & où l'on ne trouveroit point de piéces authentiques pour servir de comparaison , alors ceux qui auroient souvent vu signer la personne , pourroient être ouïs dans une enquête respective.

## CHAPITRE II.

### *De l'Arrêt rendu contre un mineur sans curateur.*

**I**L faut distinguer entre les assertions de majorité des mineurs dans les contrats , celles qui sont par dol & fraude, d'avec celles qu'on surprend de la foiblesse de leur âge ; les mineurs ne sont point restitués à l'égard des premières , mais ils le sont pour les autres ; la raison en est , que *deceptis non decipientibus jura subveniunt*. C'est la distinction faite par Louet , Lettre M , Somm. 7. Brodeau, *eod.* rapporte des Arrêts qui l'ont ainsi jugé en suivant la disposition de la loi 3. C. *si minor se majorem dixerit*. L'Arrêt de reglement du Parlement de Paris , dont fait mention notre Arrestographe , & que Brodeau rapporte , contenant des défenses aux notaires de plus inferer dans les contrats & obligations conçues pour prêt , les déclarations de majorité , & extraits baptistaires , n'eut pour objet , que de mettre les mineurs à l'abri des surprises dont on usoit à leur égard , en leur extorquant des déclarations de majorité , & en leur faisant représenter de faux extraits baptistaires ; mais il ne s'ensuit pas de-là qu'on n'ait plus d'égard à l'assertion de majorité , que ces mineurs font dans les contrats ; car s'il arrive qu'ils ayent fait cette assertion *fallatio mendacio* , pour surprendre la bonne foi de celui qui a contracté avec eux , il est constant qu'ils se rendent indignes du bénéfice de la restitution. Cet Arrêt de reglement n'ayant entendu protéger que la foiblesse ou l'ignorance des mineurs , mais nullement leur malice.

Les mineurs doivent non-seulement être pourvus de cura-

356      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
teur en matiere civile, pour ester en jugement, mais encore  
en matiere criminelle, soit qu'ils soient demandeurs ou dé-  
fendeurs; c'est la décision de la loi *Clarum 4. cod. de auct.*  
*præstanda. Clarum*, dit Justinien, *posteritati facientes, sanc-*  
*imus omninò debere & agentibus, & pulsatis in criminalibus cau-*  
*sis, minoribus viginti quinque annis adesse tutores, vel curato-*  
*res, in quibus casibus adultos, & pupillos leges accusari conce-*  
*dunt.*

J'ai vu juger conformément à cette disposition de l'au-  
dience Tournelle le 15 Mars 1724, plaidans Mes. de Bas-  
tard & Boubée, préfidant Mr. de Tournier, qu'un mineur  
poursuivi criminellement pour excès commis, devoit être  
pouvû de curateur *ad litem*.

Le défaut du curateur rendroit les poursuites nulles & cas-  
fables; ainsi c'est un préalable des poursuites, de faire créer  
un curateur au mineur.

C'est une précaution toujours bonne à prendre *rebus inte-*  
*gris* de faire pourvoir de curateur *ad litem*, le mineur avec  
lequel on est obligé de plaider; cependant ce que dit ici l'au-  
teur, que l'omission de cette formalité rendroit nulles les pour-  
suites, n'est pas indistinctement véritable. Car un tel moyen  
ne seroit pas bien venu de la part d'un mineur qui auroit été  
valablement défendu. Ainsi la nommée Cathérine B. ayant  
sur un pareil moyen impétré requête civile contre un Arrêt  
de la Tournelle, qui l'avoit déclarée fille adultérine de N.  
fut déboutée de sa requête civile avec dépens envers Jean Va-  
lete donataire, mari de la femme adultere; Arrêt fut rendu  
à l'audience Tournelle le 24 Avril 1739, plaidans Mes.  
Daufier & Amblard, préfidant Mr. Daspe. Le motif de l'Ar-  
rêt fut que la femme adultere ayant été partie lors du premier  
Arrêt, il étoit censé qu'elle n'avoit rien omis pour se justifier  
contre l'accusation d'adultere, & par conséquent pour assu-  
rer l'état de sa fille qui dépendoit essentiellement de sa  
justification.

¶ J'ai déjà observé que les mineurs doivent non-seule-  
ment être pourvus de curateur en matiere civile pour ester

en jugement, mais encore en matiere criminelle, & j'ai rapporté un arrêt conforme du 15 Mars 1724.

On a cependant fait glisser à mon insçu dans la seconde édition de mes observations, un arrêt par lequel on prétend qu'il a été décidé depuis celui du 15 Mars, qu'il n'étoit point absolument nécessaire pour la validité des poursuites en matiere criminelle, que le mineur fût pourvû de curateur, pourvu qu'on justifiât qu'il a été bien & duement défendu.

La doctrine répandue dans le *chapitre 55 du livre 9 des arrêts de Maynard*, est pourtant contraire à ce prétendu arrêt, puisque suivant cette doctrine, il est préalable à toutes poursuites que le mineur soit pourvû de curateur, par cette raison, *qu'il vaut mieux prévenir le danger qu'être en peine de chercher le remede après.* Suivant la loi *final. cod. ex quib. caus. in integr. &c. melius intacta minorum jura servare quam post causam vulneratam remedium querere.* Or pour examiner si le mineur a été bien ou mal défendu, c'est là, la matiere d'un nouveau procès. L'arrêt rapporté par Maynard du 8 Janvier 1571, fut rendu pour la matiere civile; mais les mêmes raisons qu'il rapporte pour en appuier la décision, sont communes à l'instance criminelle; & l'on peut ajouter même, qu'il y a plus de précaution à prendre pour le mineur en matiere criminelle, comme plus délicate & plus sérieuse sans doute, que pour le civil. Ensorte qu'il faut décider, qu'il y a nullité dans les poursuites, si le mineur n'est pourvû de curateur en matiere criminelle, comme dans le civil. La loi *clarum* y est expresse.

## CHAPITRE VIII.

*Du mineur devenu majeur pendant le cours de l'instance.*

**S** I le mineur au commencement de l'instance devenu ensuite majeur avant le jugement, eût donné après sa ma-

358      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
jorité accomplie quelque requête ou libelle concernant l'instruction du procès, & sa défense, il auroit été irrécevable à attaquer l'arrêt, sous prétexte de défaut de curateur *ad litem*; mais n'y ayant rien de son fait avant le jugement, & aucune défense de sa part, on ne pouvoit lui opposer une ratification de poursuites, par la raison, qu'il faut une ratification expresse de la part du majeur, pour couvrir la nullité des actes qu'il a consenti pendant sa minorité; c'est ce qu'on peut recueillir de la loi premiere, *cod. si major fact. rusum Robuer.* où les Empereurs Diocletien & Maximien, en parlant d'un partage, fait sans dol ni fraude entre mineurs, mais contenant néanmoins lésion, décident, que ce partage ne peut être attaqué sous prétexte de la minorité, si devenus majeurs, ils l'ont ratifié, ce qui s'entend, non d'un simple silence, & d'une ratification tacite depuis la majorité, mais d'une ratification expresse.

---

## CHAPITRE IV.

### *Des récusations des Juges.*

**L'**Ordonnance de 1667, tit. 24, des récusations des juges, après avoir énoncé plusieurs moyens de récusations des juges, s'exprime ainsi en l'art. 12, *n'entendons exclure les autres moyens de fait ou de droit pour lesquels un juge pourroit être valablement récusé.* Il faut conclure de cet article, qu'outre les moyens de récusation marqués dans le même titre, il y en a plusieurs que l'Ordonnance n'a pas déterminé, ou parce qu'ils dépendent de certains faits qu'elle n'a pu prévoir, ou parce qu'ils sont réglés par le droit dont l'application se fait différemment dans les différens Parlemens; en sorte que les moyens dont parle cet article, sont proprement laissés à la prudence, & aux lumières du juge qui en doit connoître. L'arrêt du mois de Février 1665, par lequel il fut décidé, qu'un juge peut être récusé dans le procès d'un

de ses vassaux , contre un autre non-vassal , est fondé sur la disposition du droit , & sur l'opinion des docteurs.

Le Seigneur justicier doit à son justiciable une espece de protection , qui ne lui permet pas de garder cet esprit de neutralité qui fait le principal caractere du bon juge , & par là il est récusable , ce qu'on peut tirer par argument du ch. *insinuante* 25 , *extra de offic. judic. delegat.* dans lequel le Pape Innocent III. décide que l'Evêque qu'il avoit délégué , pour le jugement d'un procès entre deux Curés ou Recteurs , *super jure Parochiali* , étoit récusable par cela seul , que pendant l'instance l'Evêque avoit pris un de ses Curés pour Officier de sa maison.

Le Parlement de Bourdeaux a jugé par plusieurs arrêts, que l'hommager du Seigneur haut-justicier peut être son juge , parce que c'est un droit purement réel , & non personnel , ce qui ne fournit aucune espece de soupçon contre le juge ; ces arrêts sont rapportés aux notes sur Lapeyrere, *lettre H, somm.* 50. Il en faut dire de même de l'emphitéote , puisqu'il y a encore plus de réalité dans l'emphitéose , n'y ayant que le fonds d'affujetti au Seigneur directe , & l'emphitéote n'étant tenu à aucun devoir personnel. Il y a un arrêt du même Parlement de Bourdeaux qui l'a ainsi jugé en faveur de l'emphitéote , en date du 15 Juillet 1672 , rapporté au *tom. I.* du Journal du Palais , *pag.* 269.

Quoique le juge puisse être récusé par des moyens plus légers que le témoin , selon la remarque de la glose , par cette raison qu'on ne peut manquer de juges , mais qu'on manque souvent de témoins. *Gloss. in cap. cum canonicus, extra de offic. deleg. & in cap. insinuante , eod.* Il faut néanmoins que la récusation ait un prétexte plausible , & que la personne du juge puisse fournir quelque juste soupçon d'injustice de sa part ; or c'est ce qu'on ne trouve point dans la qualité d'emphitéote , puisqu'elle ne donne aucun droit au Seigneur directe sur la personne , qui puisse faire craindre de la part du juge ces complaisances , & ce dévouement que le vassal doit à son Seigneur justicier , & qui pourroient ébranler l'intégrité du

360      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
juge, l'emphitéote pouvant cesser de l'être, & se dépouiller de cette qualité par le déguerpissement, & en cas qu'il demeure emphitéote se trouvant absolument quitte, & affranchi par le paiement annuel de la censive.

Cela posé, je croi qu'il faut restreindre la disposition de l'arrêt rapporté dans ce chapitre en date du 28 Avril 1663. au seul cas où l'emphitéote se trouveroit débiteur pour arrérages de censives, ou autres droits seigneuriaux, parce que la condition de débiteur est une espece de servitude, qui jointe à la qualité d'emphitéote, semble tenir le juge dans la dépendance à l'égard du Seigneur directe; dépendance, qui peut agir sur son cœur, & altérer son intégrité par les ménagemens qu'elle lui inspire, pour celui dont il a lieu de craindre la poursuite.

Mr. Maynard en son recueil d'arrêts, a ramené dans le premier livre plusieurs moyens de récusation des juges, qu'on peut ranger parmi ces moyens de fait ou de droit, dont parle l'article de l'ordonnance de 1667 déjà cité.

En premier lieu, si le juge souffre que la partie instanciée lui donne à manger, & qu'il agrée de sa part quelque festin ou repas pendant le cours de l'instance, il se rend par-là récusable; il en seroit autrement si le juge se trouvoit invité à un repas par tout autre que cette partie, & que le hazard fit qu'il mangeât avec elle. *Maynard, liv. 1, ch. 79, & Mornac, ad leg. 3, ff. de testib.*

2°. Quoique ce ne soit point un sujet de récusation, pour le pere ou le beau-pere, d'être juge dans une affaire défendue par le ministère du fils, ou du beau-fils en qualité d'avocat; toutefois s'ils demeurent tous sous un même toit, & qu'ils vivent ensemble, c'est un sujet légitime de récusation. *Maynard, liv. 1, chap. 91.*

3°. Le juge est récusable par la seule qualité de parrein du fils ou de la fille de l'une des parties, tout comme s'il a donné à tenir en Baptême un de ses enfans à la partie, *idem, chap. 89*, Maynard au chapitre suivant, observe que le Parlement est dans cet usage de recevoir contre les rapporteurs du procès,

cès , des moyens légers de récusation , pourvu qu'ils ayent quelque spécieux prétexte , & d'ordonner que le rapporteur s'abstiendra du rapport seulement , & non d'assister & d'opiner dans le procès ; la raison qu'il en donne est , que le rapporteur entraîne souvent la plupart des suffrages , & qu'il en devient d'autant plus dangereux pour celui qui a quelque sujet plausible de récusation contre lui.

4°. L'amitié étroite entre le jugé & la partie , est un légitime moyen de récusation ; le jurisconsulte Paulus dans la loi 223 , §. 1 , ff. de verbor. signif. définit ainsi cette amitié qui peut fonder, selon Maynard , *cod. chap. 93*, la récusation du juge , *amicos appellare debemus non levi notitiâ conjunctos , sed quibus fuerint jura cum patre familias , honestis familiaritatis quæsitæ rationibus.*

La glose sur cette loi expliquant ces liaisons d'amitié , observe , après l'orateur romain , qu'elles consistent principalement à n'avoir qu'un même cœur & une même volonté , en choses licites & honnêtes ; *amicitia est idem velle , in licitis & honestis.* Ce qu'on présume , par exemple , dans des personnes qui habitent & mangent ensemble , *glossa , cod.* Une amitié de cette espece rend le juge récusable , non - seulement pour le maître , mais encore pour ses domestiques , Maynard , *d. cap. 93.*

L'habitude de jouer ensemble est encore un sujet de récusation pour le juge , parce qu'elle suppose une étroite liaison d'amitié , selon Maynard , chap. 80 ; mais je croi que cela doit être entendu de ces parties de jeu qui se font dans les maisons particulières , plus pour le plaisir & la récréation , que par l'espoir du gain qui peut en revenir ; mais nullement de ces parties de jeu , qu'on fait journellement dans des maisons ouvertes à tous joueurs , & où la fureur du jeu entraîne les gens , plutôt qu'aucune relation d'amitié qu'il y ait entr'eux ; & dans ces circonstances , quand même le juge se seroit rencontré à jouer avec la partie instanciée , ce ne seroit point , à mon avis , un sujet de récusation , parce qu'on peut regarder leur concours dans ce jeu , comme l'effet du

362      *Observations sur les Arrêts de Catellan,*  
hazard, & qu'ils ne font en cela que se rendre à l'invitation de celui qui tient la banque, à-peu-près de la même manière qu'ils se rendroient à un festin.

5°. Le juge peut être récusé par des inimitiés considérables, quoique non-capitales; ce qui se porte même jusqu'au pere qui se trouveroit juge de l'ennemi de son fils; enforte que s'il consiste qu'il y a quelque reste de ces inimitiés, & que le laps du temps n'en ait point encore effacé les impressions, il y a lieu de récuser le juge, & cette récusation a encore lieu quand le juge a eu procès avec la partie avant l'instance commencée, & que la mémoire en est récente; mais non pour le procès qui seroit intenté contre le juge pendant l'instance, *cum hujusmodi lites suspectæ, ac verè affectatæ dici possint*; telle est la doctrine du même auteur, liv. 1, chap. 92.

Quoique le juge puisse être récusé, tant en matière civile que criminelle par les moyens de droit, Mr. le Procureur général du Roi ne peut l'être quand il est seul partie dans l'instance, ce qui a lieu pour ses substituts aux sieges inférieurs; il en est autrement quand il y a une partie civile jointe; c'est ainsi que l'a jugé le Parlement de Paris, suivant les arrêts rapportés par Louet & Brodeau, lettre P, *somm.* 39.

Une partie peut être reçue sur sa simple allégation, à la preuve d'un fait d'un procès qu'elle a avec un juge, pour fonder sa demande en récusation; c'est ainsi que la question fut jugée le 13 Août 1690, au rapport de Mr. de Pauci, pour le sieur Vitrac, qui avoit donné requête de récusation contre Mr. de Burta, Conseiller en la Cour, sur le fondement d'un procès qu'il alléguoit avoir avec lui.

Par arrêt du 3 Mars 1691, rendu en la première chambre des enquêtes au rapport de Mr. de Pauci, il fut jugé que pour donner lieu à la récusation d'un commissaire qui procédoit dans une affaire intéressante pour un corps de communauté, il faut que ce commissaire se trouve cousin germain du Syndic, & que s'il est dans un degré plus éloigné, il n'y a pas lieu à la récusation; ce fut entre le Syndic du chapi-

tre de Nogaro, & les Marguilliers de l'Eglise, que l'arrêt fut rendu.

Le motif de cet arrêt fut pris, de ce que l'intérêt que peut avoir un Syndic d'un corps dans une affaire du même corps, étant un intérêt général, ne peut opérer le même effet, & faire la même impression sur l'esprit du juge ou commissaire, qui se trouve son parent dans un degré éloigné, que l'intérêt particulier; & qu'alors il ne faut point étendre les moyens de récusation, jusqu'au quatrième degré inclusivement, selon la disposition de l'art. 1 du titre 24 de l'ordonnance de 1667, qui doit demeurer restreinte aux parens de ceux qui ont un intérêt personnel dans le procès.

## CHAPITRE VII.

### *Des reproches des témoins.*

**M**R. Maynard, liv. 1, chap. 89, observe, que suivant la jurisprudence de ce Parlement, les compérages ne fournissent point un sujet légitime de récusation du témoin, si ce n'est dans le cas que le témoin a donné son enfant à porter sur les fonts, & en baptême à la partie qui le produit; mais non quand la partie a donné le sien au témoin.

L'arrêt qui exclut le Vicaire de déposer dans une enquête contre son Curé, lorsqu'ils habitent ensemble, peut être fondé sur le chap. 25, *insinuante, extra de offic. judic. delegat.* que nous avons cité au chapitre précédent.

Je croi qu'il faut suivre ici l'opinion de notre auteur, à l'égard de la préférence qu'il donne à l'arrêt du 18 Mars 1667, sur celui du 8 Août de la même année, & décider constamment, que lorsqu'il s'agit de l'intérêt d'un tiers, les parens au degré porté par l'art. 11 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667, ne peuvent être témoins dans une enquête.

La raison en est, que cet article est conçu *per verba prohibitiva*, ne pourront; ce qui emporte nullité de tout ce qui

364 *Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
a été fait contre la prohibition de la loi, *ut quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia; sed pro insectis etiam habeantur, leg. non solum 5, cod. de leg. & constit. princip.* & telle est la doctrine des commentateurs des ordonnances.

L'article 11 porte que les *parens & alliés des parties, jusqu'aux enfans des cousins issus des germains inclusivement*, ne pourront être témoins en matière civile, pour déposer en leur faveur, ou contr'eux, & seront leurs dépositions rejetées. Il faut donc s'en tenir scrupuleusement à cette disposition, sans entrer dans les motifs de nécessité qu'il peut y avoir d'employer pour témoins des parens, au degré de l'ordonnance, qui, n'ayant usé d'aucune distinction, ôte tout prétexte de distinguer, suivant la maxime prise de Ranch. sur la *quest. 44, Guip. cum lex loquatur generaliter, generaliter est intelligenda.*

Il faut observer sur cet article, que l'ordonnance n'a entendu donner l'exclusion aux parens, que dans le cas où l'intérêt d'un tiers peut être blessé par leur déposition; mais nullement lorsque leur témoignage se borne à des faits domestiques, je veux dire, qu'il n'est employé que pour la preuve d'un fait, singulièrement connu de la parenté, comme est celui de l'âge d'un parent, qui veut se faire promouvoir aux ordres, ou obtenir un office, sans que l'intérêt d'un tiers y entre pour rien, étant manifeste que l'ordonnance de 1667 n'a pas compris dans sa disposition ce dernier cas.

Quoique ce soit une espèce d'axiome *in vino veritas*, & que l'auteur en ait pris occasion de dire, que le vin est sincère, & qu'il arrache souvent la vérité de la bouche de ceux-là même qui voudroient la cacher, il ne s'ensuit pas de-là, que le témoin qui seroit actuellement dans les vapeurs du vin, dont il regorgeroit, pût être admis pour témoin dans une enquête, il faudroit pour cela qu'il se trouvât parfaitement libre & dégagé, ou dans ces intervalles qu'on peut appeler *dilucida intervalla.*

A l'égard du reproche de commensalité, Mornac sur la

loi 3, *ff. de testib.* distingue la commensalité fréquente, qui se fait entre la partie & le témoin par proximité d'habitation, d'avec ces repas d'invitation que se donnent mutuellement dans certaines occasions des amis pour entretenir & mieux cimenter leur union. Ces repas ne peuvent être un sujet de récusation pour le témoin; mais seulement la commensalité. Je croi encore qu'il faut excepter cette commensalité qui se fait par une espece de nécessité, & dont une liaison d'amitié n'est point le principe, comme quand des étrangers qui se rencontrent dans une ville pour des affaires, mangent dans une hôtellerie.

La loi 3, *ff. de testib.* déjà citée, contient les principaux reproches qu'on peut former contre un témoin, & peut servir de regle dans cette matiere. Je croi qu'en se conformant à sa disposition, il faut décider que le témoin convaincu d'être complice de la prostitution de sa fille, est par-là récusable; parce que la loi rejette le témoignage de ceux qui se trouvent reprehensibles dans leur conduite, *testium fides diligenter examinanda est, ideoque in persona eorum exploranda erunt, imprimis conditio, cujusque an honeste & inculpate vitæ, an notatus quis & reprehensibilis*: or il n'est pas de démarche plus deshonorante & plus digne de chatiment, que celle d'un pere qui trempe dans la prostitution de sa fille, & qui entre dans ce commerce d'iniquité.

Je croi qu'aux procès des chapitres, les parens des chanoines aux degrés marqués par l'ordonnance de 1667, tit. des enquêtes & des récusations des juges, peuvent être reprochés comme témoins, & récusés comme juges, par cette raison prise de Guip. *in quest.* 573, *num.* 8, que toutes les fois que les membres d'un corps de communauté tirent en particulier quelque profit d'un procès, ils ne peuvent y être ouïs comme témoins, comme par exemple, dans le cas d'un procès intenté à une communauté pour le pacage des troupeaux; les manans ne peuvent être ouïs comme témoins, sur le fait de la possession, *quia*, dit cet auteur, *ipsi reportant commodum*. D'où je conclus que les chanoines pouvant tirer

366      *Observations sur les Arrêts de Catellan*,  
avantage, ou souffrir du dommage d'un procès qui est in-  
tenté au chapitre, leurs parens sont suspects à la partie ad-  
verse, soit en qualité de témoins, soit comme juges, par le  
penchant naturel qu'ils ont à favoriser la cause de leur pa-  
rent.

Les domestiques sont des témoins nécessaires contre leur  
maître, pour ce qui s'est passé dans l'intérieur de la maison, &  
ils peuvent être ouïs & interrogés sur la vérité des faits : C'est  
ainsi que le décide *Justin, in leg. final. h. licentia, cod. de  
jur. deliber.* Mais ils ne peuvent servir de témoins en faveur  
de leur maître, selon *Ranch. in quæst. 45. Guip. domesticus  
autem, dir-il, familiaris, mercenarius, seu servitores qui ve-  
niunt appellatione domesticorum, poterunt in testim. produci  
contra dominum, ut est decisio Capell. Tholos. decis. 4. licet pro  
ipso domino testes esse non possunt, leg. Etiam, cod. de testib.*

*Cujas* sur la loi *Etiam*, observe que les témoins domesti-  
ques sont ceux qui *in eadem domo, nobiscum habitant, & qui-  
bus imperare possumus*; l'empire que la qualité de maître don-  
ne sur le valet à gages, fournit un juste sujet de récusation  
contre le valet, & l'exclut de déposer à la requête de son  
maître.

La doctrine de *Ranchin* doit être entendue relativement  
à la loi *Etiam*, qui réprovoe le témoignage domestique en  
général; c'est-à-dire, toutes les fois que ce témoignage n'est  
pas absolument nécessaire; mais lorsqu'on ne peut avoir d'ail-  
leurs la preuve d'un fait, qui s'est passé dans l'intérieur de la  
maison du maître, comme par exemple, dans le cas d'une in-  
sulte ou d'un assassinat du maître, arrivé dans l'enceinte de  
sa maison; alors les domestiques, comme seuls témoins, peu-  
vent être ouïs à sa requête, & en sa faveur. Ce qui est confor-  
me à l'esprit de la loi finale déjà citée.

Cette matière de reproches de témoins est vaste, on peut  
voir le traité qu'en a fait *Rebuff.* intitulé *de reprobat. & solvat.  
seu excusat. test.*

CHAPITRE VIII.

*Plusieurs articles importans , concernant la procédure criminelle.*

**P**AR la Jurisprudence de ce Royaume , attestée par Bacquet , des droits de Justice , chap. 16. num. 1. le maître n'est point personne légitime , pour former une accusation d'homicide de son serviteur ; par cette raison , qu'en France les domestiques étant des personnes libres , les maîtres n'ont aucun intérêt à venger leur querelle ; or c'est une maxime reçue , que *nullus admittitur ad accusationem , nisi tueatur jus suum , vel suorum liberorum , parentum , aut consanguineorum*. Il faut excepter le cas où le domestique auroit été excédé dans une fonction , où l'auroit préposé son maître , parce qu'alors l'injure réjaillissant sur le maître , il peut en poursuivre la vengeance , ce qui est sans doute l'espece de l'arrêt rapporté par l'auteur.

Pour ce qui concerne la question , si le demandeur en excès peut continuer les informations après la présentation , & enrégistrement des lettres de grace , l'art. 22 du tit. 16. de l'ordonnance de 1670 , permet à la partie civile & aux procureurs du Roi , d'informer par addition , & faire recoller & confronter les témoins , nonobstant la présentation des lettres de rémission.

Cet article doit être entendu , *ex bono & æquo*. Que si l'ordonnance permet d'informer après la présentation des lettres , c'est dans le temps même que l'accusé les a présentées , & qu'il commence de les instruire , & non pas lorsque le jugement des lettres se trouve en état , & que les instructions sont achevées ; c'est ainsi que l'a décidé le Parlement de Bourdeaux par un arrêt du 19 Janvier 1672 , rapporté dans la seconde partie du Journal du Palais.

Aux termes de la déclaration de Louis XIV. du 22 No-

368      *Observations sur les Arrêts de Catellan ,*  
vembre 1683 , l'entérinement des lettres de grace ne peut être suspendu , sous prétexte que le crime se trouveroit aggravé par la déposition d'un témoin , qui surviendroit avant l'entérinement , dans la continuation de l'information.

Cette déclaration permet seulement aux Cours supérieures de faire à Sa Majesté telles remontrances qu'elles jugeront à propos , & aux juges subalternes de faire leurs représentations à Monsieur le Chancelier sur l'atrocité des crimes , pour y faire pour l'avenir la considération convenable. La disposition de cette déclaration est aujourd'hui inviolablement gardée.

---

## CH A P I T R E   I X.

*Des deux tiers de voix nécessaires pour être reçu Officier au Parlement.*

**L'**Article 106 de l'Ordonnance de Moulins , semble favoriser la demande que feroit un Avocat ancien , & d'une capacité connue , pourvu d'un office de Conseiller ou de Président en la Cour , d'être dispensé de l'examen.

Cet article porte qu'à cause de la grandeur de la charge de Président des compagnies souveraines du Royaume , étant nécessaire d'y pourvoir de personnages de grand sçavoir & longue expérience ; nul ne sera pourvu de cette charge , qu'il n'ait atteint l'âge de 40 ans , & qu'il n'ait été Conseiller en Cour souveraine l'espace de 10 ans , ou fréquenté les barreaux des Cours souveraines , exercé l'office d'Avocat si longuement , & avec telle réputation & renommée , qu'il soit estimé digne & capable de ladite charge.

Ce long exercice de la profession & de l'office d'Avocat en Cour souveraine dont parle l'Ordonnance , doit être entendu , selon moi , d'une postulation de 20 années , parce que cet espace de temps est réputé par le droit , *longum tempus. instit. de usucap. & longi tempor. præscr.* & il y a apparence

rence que si Mr. d'Aldeguier avoit attendu la décision de l'assemblée des Chambres , il auroit obtenu cette dispense , qu'il demanda seulement pour faire honneur à une longue postulation , que l'ordonnance compare à l'exercice de la charge de Conseiller en la Cour pendant 10 années.

Il est vrai que Mr. Maynard , liv. 1. chap. 65. de ses Arrêts , observe que *quelque opinion qu'on puisse avoir en particulier , jointe avec la renommée publique du pouvé qui se présente , pour se faire recevoir , ce Parlement n'a jamais accoutumé d'exempter de l'examen requis par les ordonnances ; mais ce langage doit être entendu d'une simple opinion de doctrine , & de sçavoir du récipiendaire , fondée sur une réputation acquise , qui peut quelquefois se trouver fausse ; mais non d'une capacité éprouvée , telle qu'est celle d'un Avocat d'un Parlement , qui a rempli pendant 20 ans ses fonctions avec assiduité & avec éloge ; puisque l'ordonnance de Louis XIV , au titre des *committimus* , art. 17. accorde aux anciens Avocats des Parlemens , ainsi qu'à Messieurs les Avocats & Procureurs-Généraux , le droit de *Committimus* , & cette faveur suppose , non-seulement l'assiduité dans leurs fonctions , mais encore une capacité acquise par un long exercice.*

Messire Louis de l'Autart , actuellement Avocat & Procureur du Roi en titre aux Requêtes du Palais de ce Parlement , ayant été pourvû par le Roi de ces deux offices en l'année 1717 , donna requête à l'assemblée des Chambres pour être dispensé de l'examen , attendu sa longue postulation en qualité d'Avocat en la Cour , attestée par Mr. le Procureur-Général avec éloge. Mais la Cour par son arrêt du 17 Avril 1717, ordonna qu'il seroit examiné en la forme accoutumée ; ce récipiendaire n'avoit que 18 ans de postulation , & cet espace ne parut point assez long pour opérer en sa faveur cette dispense , qu'il méritoit d'ailleurs par sa doctrine ; la Cour réduisit pourtant en sa faveur l'enquête d'un mois à trois jours.

## C H A P I T R E X I.

*De la regle ne bis in idipsum , en matiere criminelle.*

**O**N reçoit les requêtes civiles contre les arrêts de relaxe en matiere de crime, lorsque le prévenu a été relaxé sans connoissance de cause, l'information & la procédure n'ayant pas été remises, parce qu'en ce cas, on ne peut pas dire que le prévenu *judicium subierit*. Albert, *lettre R, in verbo Requête civile, art. 1.* en rapporte un arrêt de la Cour du 3 Mars 1648, & en l'art. 2, après avoir fait mention d'un arrêt du 24 Avril 1640, qui entérina une requête civile envers un arrêt qui condamnoit au fouet & aux galeres un concierge, pour avoir laissé évader un prisonnier, qu'il remettoit lors de la requête civile. Albert observe, que la chose parut si extraordinaire, qu'en l'année 1644 il fut défendu de plaider de telles lettres.

Cette regle *ne bis in idipsum*, doit être entendue du même tribunal, puisque le prévenu d'un crime qui se trouve de la compétence de la juridiction royale & ecclésiastique, peut être juridiquement condamné deux fois pour le même crime. Car après avoir été condamné par le juge d'église, suivant les regles du droit canon, il peut l'être encore par le juge royal, suivant les loix civiles : telle est l'observation de *Duranti, quest. 97. num. 9.* où il traite la même matiere de ce ch. Il est d'usage que l'official rend sa sentence le premier, & ensuite le juge royal, après avoir fait l'instruction du procès conjointement, selon la forme prescrite par les édits & déclarations de nos Rois.

Mornac sur la loi 5 1. s. *æstimatio, ff. ad leg. aquil.* après avoir remarqué que le Parlement de Paris a adopté la disposition des loix *Senatus 14. ff. de accusat. C. 7. si cui, eod.* sur lesquelles se trouve fondée la regle *ne bis in idipsum*, dit que ces loix sont conformes à la police des Grecs, ainsi qu'il ré-

sulte des oraisons ou plaidoyers de Demoithene ; il passe ensuite à la police de l'Église Romaine , & aux canons qui ont établi la même regle que le droit civil , & fait voir que la France & l'Espagne observent inviolablement cette regle.

De tout cela , il faut tirer cette conséquence , qu'on ne peut abandonner cette regle , sans de grands motifs d'équité , qui l'emportent sur la rigueur d'un droit si universellement établi ; comme , par exemple , s'il s'agit du relaxe d'un criminel , prononcé sur pieces fausses , sans connoissance de cause , & sans avoir vu les informations , alors ce relaxe ne met point le prévenu à l'abri d'une nouvelle recherche.

Cette décision peut se concilier avec l'arrêt dont fait mention l'auteur , de l'année 1637 , rendu au rapport de Mr. de Junius ; car quoique cet arrêt ait rejeté une requête civile , impétrée contre un arrêt d'entérinement de lettres de grace , obtenues sur une fausse information , il n'en faut point tirer cette conséquence , que la même décision ait lieu dans l'espece d'un relaxe prononcé sur une fausse information substituée à la place de la véritable ; par cette raison de différence , que la grace accordée dépend uniquement de la clémence du Roi , & de la plénitude de son pouvoir , & qu'elle ne se regle point sur la gravité ou légereté du crime , qui peut être prouvé par des informations ; en sorte que la grace une fois entérinée , l'arrêt n'en peut plus être rétracté , ni son effet suspendu. Au lieu que le relaxe d'un criminel étant absolument relatif à l'information ; & supposant ou le défaut des preuves , ou la légereté du cas & du délit , il y a lieu de le rétracter , s'il consiste de la surprise , dont le coupable a usé pour obtenir son relaxe à la faveur d'une fausse information.

*Fin du neuvieme Livre.*





DISSERTATION  
 CRITIQUE  
 SUR LE LIVRE INTITULÉ  
 L'OPINION  
 DES CANONISTES, &c.

PAR Me. JEAN SOLIER, Banquier & Expéditionnaire en Cour de Rome.

*Où l'on combat d'un côté par les maximes de l'Église Gallicane, celles de l'auteur, au sujet de la juridiction monarchique du Pape dans l'Église.*

Et où l'on établit de l'autre, contre l'auteur, que les Evêques ont droit d'accorder des dispenses de mariage, au troisième & quatrième degré de parenté.

**L**A juridiction des Evêques, dans les choses qui concernent leur sacerdoce & l'épiscopat, est le point le plus intéressant de nos libertés gallicanes : c'est pour défendre cette juridiction contre les entreprises de la Cour de Rome, que nos Rois protecteurs de l'Église Gallicane, & des canons, qui sont le fondement de ses libertés, ont usé de tout leur pouvoir, & fait de décrets solennels en différens

fié les , (1) & que les Parlemens du Royaume emploient tous les jours l'autorité royale , dont ils ont le précieux dépôt.

On ne sçauroit donc plus utilement employer sa plume , qu'en combattant des maximes , qui ne tendent à rien moins , qu'à élever sur les ruines de la juridiction des Evêques , celle du Pape , & du premier siege , à renverser l'ordre de la hiérarchie ecclésiastique , en mettant le Pape au-dessus des Conciles , en le faisant paroître à la tête de l'Eglise , non comme le chef des Evêques , mais comme un Monarque qui a des Evêques pour sujets , duquel les Conciles tirent toute leur autorité & leur force , qui peut les convoquer & les licentier à son gré , & qui ne peut être lié par aucun de leurs décrets.

Ce sont-là en raccourci les propositions que l'on trouve répandues dans *l'opinion des canonistes* ; propositions d'autant plus dangereuses , que partant de la plume d'un canoniste de nom , elles pourroient ébranler les forts , ou séduire les foibles , si l'on n'en découvroit toute la fausseté & le danger.

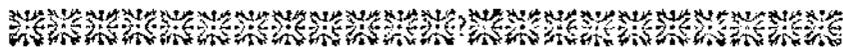
C'est sur de tels principes , ou sur les conséquences qu'en tire l'auteur , après les canonistes ultramontains , qu'il appuie cette proposition. *Que les Evêques ne peuvent point dispenser sur les empêchemens dirimans du mariage , même au quatrième degré , quoiqu'ils soient en possession de dispenser , cela , par défaut de pouvoir , qui ne peut jamais être suppléé par la prescription , ni par la nécessité , page 43 , 82 , & 156.*

En combattant la fausseté de cette proposition , nous établirons en these la proposition contraire. *Que les Evêques sont capables , en exerçant leur juridiction naturelle , d'accorder les dispenses de mariage au troisième & quatrième degré de parenté , quand ils se trouvent en possession de dispenser , & qu'ils ne peuvent sans abus , être troublés dans cette possession par le Pape.*

Cette dissertation sera donc composée de deux parties :

(1) *Pragmat. de St. Louis , 1268 , celle de Bourges , 1438.*

dans la premiere, on combattra les fausses maximes de l'auteur, qui sont les armes dont il se sert pour abattre & anéantir la juridiction épiscopale; maximes, qui sont le fondement de cette impuissance, qu'il attribue aux Evêques, & de l'exclusion qu'il leur donne, d'accorder des dispenses sur les empêchemens dirimans du mariage. Nous établirons dans la seconde partie que la possession où se trouvent les Evêques de dispenser au troisieme & quatrieme degré de parenté, *bien loin d'être abusive & une corruptele incapable de produire ni coutume ni prescription, selon l'expression de l'auteur*, (1) est au contraire très-légitime, ayant pour titre l'institution même de l'épiscopat.



## P R E M I E R E P A R T I E.

**L**es principales propositions de l'auteur roulent. 1°. Sur la puissance monarchique & souveraine, qu'il attribue au Pape dans l'Eglise universelle.

2°. Sur la supériorité à tout ce qui est de droit positif, & aux Conciles.

3°. Sur la réserve des causes majeures, parmi lesquelles il range les dispenses; réservations qu'il attache au Pape par institution, & non par la disposition du droit positif, ou de la coutume prescrite.

Il faut combattre ces propositions, l'une après l'autre par les maximes généralement reçues dans l'Eglise Gallicane sur cette matiere: on ne risque point de s'égarer, quand on prend pour guide la doctrine des Peres de l'Eglise, les décrets des Conciles, & la discipline ecclésiastique dans son ancienne pureté.

C'est ce que l'Eglise Gallicane s'est toujours faite une loi de suivre, & par où elle s'est défendue, plus que toute autre, contre les entreprises & les innovations de la Cour de Rome.

(1) Page 156.

## PREMIERE PROPOSITION.

**J**ÉSUS-CHRIST ( dit l'auteur ) fonda son Eglise en forme de Monarchie & de corps mislique , dont il est le Prince & le Chef : Il donna à St. Pierre sa propre puissance, il n'y a que Pierre seul à qui il ait donné toute l'étendue & la plénitude de son pouvoir ; de là il tire cette conséquence , ( 1 ) que le Pape est en droit & en possession de faire des loix générales , qui lient également les Peuples & les Rois , & toutes les puissances de l'Eglise , lui seul excepté.

Saint Pierre reçut immédiatement de J. C. la plénitude de sa puissance : *Dabo tibi Claves Regni Coelorum* , au lieu que les autres Apôtres reçurent de St. Pierre une portion seulement de cette plénitude : Toute la juridiction des Evêques dérive immédiatement du Pape. ( 2 )

Dans toutes les Principautés , la puissance de la juridiction dérive du Prince , même en chaque personne de la principauté : Or le Pape est le Prince & le Monarque de l'Eglise ; la puissance donc de tous les Prélats dérive immédiatement du Pape.

Pour réfuter ces propositions dont la fausseté saisit d'abord le lecteur , pour peu versé qu'il soit dans les matieres ecclésiastiques , il faut nécessairement remonter jusques à l'origine & à l'institution de l'Episcopat , & consulter ensuite la doctrine des Peres de l'Eglise , qui ont vécu dans ces heureux siècles , où la discipline ecclésiastique étoit encore dans toute sa pureté : l'ordre & le caractère épiscopal n'a rien à craindre du côté des changemens que la pratique des derniers siècles a apportés dans la discipline ecclésiastique , au sujet de la juridiction du Pape , & dont nous ferons voir la cause : Le Sacerdoce

( 1 ) Chap. 3. page 44 , 45 , concernant la Monarchie du Pape.

( 2 ) Pag. 46 , chap. 6 , pag. 128.

Sacerdoce est aujourd'hui le même qu'il fut dans son institution. La puissance des Clefs , qui lui est attachée , & la dignité qui en est inséparable , ne peuvent recevoir la moindre atteinte ; ainsi l'institution de l'Episcopat & la doctrine des anciens Peres sont le meilleur titre qu'on puisse ici produire , pour établir la vérité de ces propositions , toutes contraires à celles de l'auteur. 1°. Que bien loin que le Pape soit le Monarque de l'église , la puissance des Evêques dérive immédiatement de lui , qu'il n'y ait que Pierre seul , à qui J. C. a donné toute la plénitude de sa puissance.

Le Pape & les Evêques , qui tiennent aujourd'hui dans l'église la place des Apôtres , dont ils sont les successeurs immédiats , reçurent tous de J. C. la même plénitude de puissance , & la même mission. 2°. Que la puissance des clefs & la juridiction ne fut pas donnée à Pierre seul , mais à tous les Evêques & à l'église , représentée par le corps des Apôtres. 3°. Que la primauté qui fut déférée à Pierre , ne fut établie par J. C. que pour conserver l'unité de son église , & pour en éloigner les schismes , mais non pour donner au chef des Evêques le droit de faire des loix générales , qui lient toutes les puissances de l'église , lui seul excepté.

J. C. forma son église , & en régla le gouvernement apres sa résurrection. Ce fut alors qu'il jeta le fondement de cette divine aristocratie , dont il avoit déjà promis la primauté à Pierre , & qui doit subsister jusques à la consommation des siècles ; ce fut lorsqu'il dit à ses Apôtres assemblés. *Toute puissance m'a été donnée dans le ciel & sur la terre , allez , enseignez toutes les nations , & baptisez-les au nom du Pere , du Fils , & du Saint-Esprit. Je serai avec vous jusques à la consommation des siècles. [ 3 ] Comme mon Pere m'a envoyé je vous envoie ; recevez le St. Esprit. Les péchés seront remis à ceux à qui vous les remettrez , & retenus à ceux à qui vous les retiendrez. (4)*

Voilà donc la puissance des clefs distribuée , & le gouver-

(3) *Matt. chap. 28. vers. 18. 19. 20.*

(4) *Saint Jean , c. 20. v. 21. 22. 23.*

nement de l'église confié à tous les Apôtres. Cette puissance que J. C. communique à ses Apôtres, & qui est celle dont il étoit revêtu lui-même : *data est mihi omnis potestas*, renferme non-seulement les mystères & la doctrine, mais la juridiction spirituelle, & le pouvoir de l'exercer. Les Apôtres reçurent donc avec la consécration, la juridiction qui en est inséparable ; & c'est ce que St. Paul, fidele interprete des Ecritures, nous marque bien clairement par ces paroles, qu'il adresse aux Evêques d'Asie. *Prenez garde à vous, & à tout le troupeau, duquel le Saint-Esprit vous a établis Evêques, pour gouverner l'église de Dieu.* ( 1 ) Le gouvernement emporte avec soi juridiction : celui-ci est purement spirituel. Les Evêques ont par conséquent de droit divin, juridiction dans leur territoire, qu'ils peuvent exercer dans tous les cas qui ont rapport à ce régime spirituel, qui leur a été confié.

Ce n'est donc pas à Pierre seul que toute la plénitude de puissance a été confiée, comme au monarque de l'église universelle, ce n'est pas au successeur de Pierre, à qui seul appartient la juridiction, duquel les autres Evêques tirent immédiatement toute leur juridiction, & une portion seulement de cette plénitude de puissance, qui fut donnée à Pierre.

Les Apôtres remplis de l'Esprit de leur maître, suivirent la forme du gouvernement, qu'il avoit prescrite : ils régiront l'église par délibération de leur corps ; Pierre n'a garde de vouloir s'en attribuer en seul le gouvernement, & de se titrer de monarque ; il se contente de se regarder comme Co-évêque avec les autres Apôtres, il déclare que c'est même ministère (2), même épiscopat (3) ; il ne procède pas de son autorité privée, & comme monarque de l'église à l'élection de Mathias, ni des sept Diacres créés ensuite ; c'est l'assemblée des Apôtres, ou le Concile qui en décide (4) ; il porte le premier la parole, il ouvre la proposition dans le Concile, tenu ensuite sur la question proposée, s'il falloit

(1) *Actes des Apôtres*, 20. 28. (2) *Actes*, 1. v. 17.

(3) *St. Pierre*, ep. 1. c. 5. [4] *Actes des Apôt.* chap. 1.

circoncire les Gentils, qui embrassoient la foi ; mais c'est le corps des pasteurs qui délibère ; c'est au nom du Concile que la délibération est envoyée aux églises d'Antioche & de Syrie. (1) Voilà donc Pierre le premier, & le modèle des Papes, qui détruit par ses paroles & par sa soumission aux délibérations des premières assemblées des Apôtres cette opinion d'indépendance & de souveraineté que notre auteur a conçue à l'égard du Pape, & qu'il voudroit faire passer pour une doctrine très-canonique.

Le langage qu'ont tenu les anciens Pères de l'église sur cette matière ne favorise point cette idée de monarchie du Pape, dont l'auteur est rempli. Commençons par St. Cyprien, qui vivoit au milieu du troisième siècle, & qui a été la lumière de son siècle, comme St. Augustin & St. Jérôme du siècle suivant. Voici comme il s'explique au sujet du Pape & des Evêques. (2) *Il n'y a qu'un même Episcopat divisé entre tous les Evêques, les Apôtres étoient ce que Pierre étoit lui-même, revêtus de la même puissance, du même Apostolat, de la même juridiction.*

La primauté fut déferée à Pierre, mais quel en étoit le fruit & l'avantage ? de dominer comme monarque sur toute l'église ? d'avoir des Evêques pour sujets ? nullement ; puisqu'ils avoient reçu même sacerdoce & mêmes prérogatives d'ordre & de juridiction ; mais pour montrer l'unité qui devoit régner dans l'église, entre tous les membres de ce corps réunis sous leur chef. *Ut unitatem manifestaret unitatis ejusdem ab uno incipientem sua autoritate disposuit.*

Le même Pape qualifie ailleurs les Evêques de Vicaires de J. C. (3) Saint Augustin sur les Pseaumes, appelle les Evê-

[1] Actes, chap. 15.

[2] *In tract. de unitat. Ecclesie*, cité par Gratien, *in decret. 24. quæst. 1. cap. loquitur. Hoc erant cæteri apostoli quod fuit & Petrus pari consortio præditi honoris & potestatis Episcopatus unus est cujus à singulis insolidum pars tenetur.*

[3] *Epist. 55. ad Cornel.*

ques les Peres de l'église ( 1 ) ; l'église même , dit-il , leur donne ce titre : la qualité de pere emporte avec soi celle de recteur & de maître ; ce n'est donc pas au Pape seul à qui toute juridiction appartient dans l'église , & duquel , comme d'un vaste océan , les Evêques tirent la portion de juridiction qu'il lui plaît de leur départir. St. Jérôme [2] , Eusebe [3] , regardent les Evêques comme les Vicaires de J. C. comme les successeurs des Apôtres ; le Pape n'est donc pas le seul Vicaire de J. C. le seul à qui la plénitude de sa puissance est transmise comme au successeur de Pierre , les Evêques étant les successeurs des Apôtres , sont aujourd'hui ce que les Apôtres furent dans la naissance de l'église.

La doctrine des Ultramontains ne s'accorde point là-dessus avec la nôtre , ils tiennent que les Apôtres n'avoient une puissance égale à celle de Pierre leur chef , que par un privilege spécial & personnel , qui n'a pas été transmis aux Evêques leurs successeurs , ainsi que l'a été la plénitude de puissance de Pierre aux Papes qui tiennent aujourd'hui son siege & sa place , parce , disent-ils , que cette puissance étoit ordinaire en la personne de St. Pierre [4] ; ils enseignent que la puissance & la juridiction des Apôtres n'a passé aux Evêques que par subordination , & comme une émanation de celle du Pape.

C'est-là sans doute une doctrine bien opposée à celle des anciens Peres & de l'église Gallicane ; les canonistes dévoués au Pape , souvent par des motifs trop humains , ont imaginé ces vaines distinctions pour flater cette plénitude de juridiction , que les derniers siecles ont attribuées au premier siege , ou que le siege s'est élevé lui-même sur les ruines de celle des Conciles Provinciaux , ou des Evêques , ainsi que nous le montrerons en son lieu.

[1] *In Psalm. 44. ipsa Ecclesia Patres illos appellat.* [2] *In Epistol. ad evang. in Epistol. ad Episcop. Thusc. & Campan.*

[3] *Zech. de Episc. cap. 1. Barbosa jur. Eccle. unit. cap. 1. n°. 26. 27. 28.* [4] *Covarr. in cap. peccat. de reg. jur. in 6. q. 2. de potest. spirit. & tempor. num. 3.*

Ces canonistes attribuent au Pape la puissance absolue des clefs, & la monarchie de l'église, sur ces paroles du Fils de Dieu. *Tu es Pierre, & sur cette Pierre j'édifierai mon église.* [1] Les Papes eux-mêmes pour établir cette même puissance ont appuié sur ce passage, comme on le voit dans plusieurs de leurs décrétales.

Nous ne reconnoissons par ces paroles en la personne de Pierre, d'autre avantage que la primauté, & la qualité de chef des Apôtres; & c'est ce que les Peres de l'église, fides-les interpretes de l'écriture nous enseignent; il falloit un chef pour conserver l'unité de l'église [2], & pour empêcher les schismes qui auroient pu la déchirer [3]; la force de l'église, la vérité de la foi consistent dans l'unité, il falloit nécessairement que J. C. donnât un chef à ce corps mystique pour être comme le centre de cette unité; c'est elle seule qui peut établir cette heureuse harmonie, qui doit régner dans ce corps, entre le chef & les membres, par laquelle tout doit se régler & se régir dans l'église; mais d'attribuer la puissance absolue des clefs au chef, tandis qu'elle n'a été donnée qu'au corps, de faire de ce chef un monarque, qui a droit de parler & d'agir en maître; c'est renverser d'un seul coup l'institution du gouvernement aristocratique de l'église, établi par J. C. même.

Les canonistes françois les plus dévoués au Pape reconnoissent [4] que ces paroles, *tu es Pierre, & sur cette pierre j'édifierai mon église*, s'adressent au corps des Evêques, successeurs des Apôtres, en la personne de leur chef; c'est donc à l'église seule, au corps des pasteurs qu'appartient cette plénitude de puissance, qui renferme tout ce qui a rapport à l'exercice de la juridiction spirituelle, puisque J. C. ne l'a

[1] *Math. 16, vers. 18.* [2] *Ut unitatem manifestaret unitatis ejusdem originem ab uno incipientem sua auctoritate disposuit. Cyp. in can. loquitur 24, quæst. 1.* [3] *Ut schismatis et heresur occasio. Hieron. lib. 1. contra Jovinian.*

[4] *Uvni. Præf. Canon. liv. 1. chap. 11.*

distribuée qu'au corps des Apôtres, représentans cette même église. Que l'auteur dise tant qu'il voudra avec les Ultramontains, que J. C. a confié le gouvernement de l'église à St. Pierre, lorsqu'il lui dit, *pasce oves meas.* [1] Nous ne lui attribuons d'autre prérogative, par ces paroles, que la primauté, suivant cette remarque de St. Chrisostome [2], que les Apôtres ne commencèrent à regarder Pierre comme leur chef, qu'après avoir reçu l'ordre du Fils de Dieu de paître ses brebis; & ce qui prouve que la seule qualité de chef est déferée à Pierre, par ces paroles, & que le régime de l'église est confié au corps des pasteurs, c'est qu'elles ne sont qu'une suite & une conséquence de la puissance & de la mission que J. C. avoit peu-avant données au corps des Apôtres, lorsqu'il leur apparut, & leur dit, *sicut misit me Pater & ego mitto vos, accipite Spiritum Sanctum, &c.* [3] Voilà la puissance des clefs, le gouvernement spirituel, la mission, & tout cela est déferé au corps des Apôtres, & à chacun en particulier.

Si J. C. a distingué quelquefois Pierre, en lui donnant en particulier ses ordres, & la même puissance qu'il distribua aux autres Apôtres, c'est seulement pour marquer cette primauté, cette qualité de chef, à laquelle il vouloit l'élever; & c'est à quoi se réduisoit dans son origine, la prééminence du siege de Rome, sur les autres sieges; mais on ne peut pas tirer de-là cette conséquence, que ce siege ait une juridiction absolue & indépendante dans l'église, pour tout ce qui concerne le droit positif; ce seroit saper les fondemens de cet admirable édifice de la hiérarchie ecclésiastique, & de cette aristocratie, qui est la vraie forme du gouvernement spirituel de l'église, & que J. C. lui-même a voulu établir avant son ascension.

Quant à la primauté déferée à St. Pierre par J. C. elle lui

[1] *Saint Jean, chap. 21. vers. 17.*

[2] *Hom. 55. sur le chap. 1. de St. Matth.*

[3] *Saint Jean, chap. 20. vers. 21.*

fut conservée par les Apôtres dans les premières assemblées de l'église, & fut reconnue par les fideles. Dans l'élection de Mathias, on voit Pierre se lever, porter la parole, & faire la proposition à l'assemblée. Dans le Concile tenu ensuite, au sujet de la circoncision des Gentils, il prend aussi la parole, & opine le premier sur la question agitée. Cette primauté est marquée dans plusieurs endroits des Actes des Apôtres, où l'on voit Pierre faire des discours au peuple Juif, à la tête des Apôtres, comme le premier des Ministres de l'Evangile, & c'est pour cela même que cette primauté est attachée à la personne du successeur de Pierre, & non à la dignité de la ville de Rome, ( ainsi que l'ont témérairement soutenu quelques Patriarches de Constantinople ) qui sous prétexte que le Siege de l'Empire avoit été transféré de Rome à Constantinople, vouloient s'arroger cette primauté, mais elle a toujours été inviolablement conservée au successeur de Pierre par les Empereurs & par les Conciles. L'Empereur Martien, sur les plaintes de St. Léon, obligea le Patriarche Anatolius de reconnoître cette primauté du Siege de Rome : l'Empereur Phocas, qui tenoit l'Empire d'Orient, au commencement du septieme siecle, tout irreligieux qu'il étoit, décida pour le Pape Boniface, contre les prétentions ambitieuses du Patriarche de Constantinople. Les Peres des premiers conciles ont tous reconnu cette primauté, mais nul décret n'a déferé au Pape la puissance monarchique que notre auteur lui attribue, sur-tout ce qui est de droit positif; l'institution de l'Episcopat, la doctrine des Peres, la discipline de l'église, tout détruit ici les propositions de l'auteur, au sujet de la Monarchie du Pape dans l'église universelle : tâchons de découvrir, ( car c'est chose très-intéressante pour cette matiere, ) l'origine de cette nouvelle doctrine adoptée par notre auteur, & que l'on trouve répandue dans les décrétales des Papes des derniers siecles, & dans les écrits des Canonistes Ultramontains, que le Pape a seul tout le dépôt de la jurisdiction ecclésiastique, & que celles des Evêques n'est qu'une émanation de la sienne : que le Pape est le Prince & le Monar-

que de l'église, & en cette qualité, seul à qui il appartient de faire des Loix qui lient toutes les Puissances de l'église, lui seul excepté.

Si l'on veut examiner de près quelle a été la véritable origine de cette juridiction monarchique, que les Papes ont voulu s'arroger dans l'église, pour ce qui concerne le droit positif, on découvrira sans peine que la puissance temporelle qu'ils ont reçue de Pepin, de Charlemagne, & des premiers Rois de cette race, les marques publiques de respect filial & de vénération que ces pieux Princes leur donnerent, en ont été l'occasion & la première cause.

A commencer par Pepin, l'histoire de son temps nous apprend que [ 1 ] vers le milieu du huitième siècle, il passa les Alpes à la prière du Pape Etienne, pour aller combattre Astulphe, ennemi déclaré de ce Pape, & qu'après l'avoir vaincu, il se dépouilla en faveur du Siege de Rome, de tous les fruits de ses conquêtes, & lui donna en souveraineté les Pays conquis. A ces marques de zèle pour la défense du Pape, il en joignit de respect & de vénération pour sa personne, car il lui fit une entrée solennelle lorsqu'il vint à Paris, & l'introduisit lui-même dans la Ville, étant à pied, & tenant par la main la bride du cheval du Pape.

Charlemagne subjuga ensuite Didier, autant ennemi du Pape Adrien I. qu'Astulphe l'avoit été du Pape Etienne: ce Religieux Prince augmenta la puissance temporelle du Siege de Rome de plusieurs Provinces d'Italie, qu'il avoit conquises, & qu'il ajouta aux dons de Pepin son pere, & donna au Pape des témoignages bien publics de son respect filial, & d'humilité chrétienne, s'abaissant jusques à lui baiser les pieds le jour de l'entrée qu'il fit à Rome, après sa mémorable victoire. Louis le Débonnaire & Lothaire [ 2 ] suivirent les traces de leurs ancêtres, ils donnerent aux Papes de leur siècle des marques aussi éclatantes de respect filial, & ils vou-

lurent

[ 1 ] *Epit. Turfelin. ad oct. sæcul.*

[ 2 ] *C. ad nonum. sæcul.*

lurent prendre de leur main la couronne impériale.

La puissance temporelle des Papes, ces marques de vénération des Empereurs & des Rois, le nom de Pape que les Papes se réservèrent en seuls par excellence, & qui avant le regne de Charlemagne étoit commun à tous les Evêques tout comme celui du Siege Apostolique, à tous les Sieges Episcopaux [1] : Tout cela inspira aux Papes du neuvieme & dixieme siecle cette flatueuse idée de Monarchie & de Souveraineté dans tout ce qui est de droit positif ecclésiastique, que notre auteur leur attribue, & qui s'est communiquée sans peine à leurs successeurs avec leur puissance temporelle, & de laquelle les Canonistes Ultramontains furent d'abord remplis comm'eux.

En effet, sur la fin du regne de Charlemagne, il parut en France une collection d'Epitres Décrétales attribuées aux Papes des premiers siecles, de la fabrique d'un Espagnol, nommé Isidore Mercator, qui commencerent à favoriser cette opinion de Monarchie du Pape dans l'église universelle, & ces fausses Décrétales ont été la source du changement notable qu'il y a eu depuis dans la discipline ecclésiastique. Gratien, ce Compilateur peu fidele des Canons & des Epitres Décrétales des Papes, acheva dans le douzieme siecle d'élever la puissance du Siege de Rome au-delà de ses justes bornes; il a tronqué pour y parvenir la plupart des passages & Epitres des Peres de l'église, ou y a fait des additions lui-même, toutes conformes à cette opinion de puissance monarchique des Papes, dont son siecle étoit déjà rempli.

C'est dans ces sources que notre auteur a puisé sa doctrine, quand il avance que la Jurisdiction de tous les Prélats dérive immédiatement du Pape; il appuie sa proposition sur le chap. *quis nesciat*, *distinêt. 11*. Cette décrétale est attribuée à Innocent I. qui tenoit le Siege au commencement du cinquieme siecle: le langage que le compilateur fait tenir à ce Pape n'est

[1] Thomass. de la discipl. eccles. tom. 1. liv. 1. chap. 4.

pas celui des Papes de son temps, ils n'avoient garde alors de publier que tous les Evêques avoient reçu l'Apollolat, la juridiction & le Sacerdoce du Siege de Rome, c'est une fausse décrétale; la fausseté des décrétales d'Isidore Mercator, selon l'observation des Sçavans, se découvre, ou par le langage qu'il fait parler aux anciens Papes, tout différent de la doctrine de leurs siècles ou de la latinité: or par la lecture seule du chapitre *quis nesciat*, il est aisé de s'appercevoir que ce n'est ni la latinité du siècle où siégoit Innocent I. ni le langage des Papes, qui bien loin d'être remplis alors de cette idée de juridiction souveraine sur tous les Sieges, & sur tout ce qui étoit de droit positif, avouoient par leurs décrétales que leur Siege ne pouvoit rien établir ni changer contre les regles établies dans l'église, ainsi que l'écrivit le Pape Zozime, successeur immédiat d'Innocent I. (1) le chap. *omnes, distinct.* 22. qu'il cite ensuite pour soutenir sa proposition, est attribué au Pape Nicolas II. qui siégea vers le milieu du dixieme siècle, & dans un temps où les Papes parloient en maîtres, non-seulement du spirituel, mais du temporel des Royaumes: *illam verò, dit ce Pape, en parlant de l'église de Rome: solus ille fundavit & super Petram fidei mox nascentis erexit qui beato Petro æternæ vitæ clavigero terreni simul & cœlesti imperiî jura commisit.*

Le décret de Gratien ayant été accueilli favorablement par les Papes, fut aussi reçu dans les écoles; comme le seul corps des canons; depuis ce temps les prétentions de juridiction monarchique des Papes ne firent que se fortifier, & leur puissance alla toujours croissant. On vit sur le Siege dans le douzieme & treizieme siècle, trois Papes d'un grand nom, Alexandre III. Innocent III. & Innocent IV. très-versés dans la jurisprudence civile & canonique, qui présiderent chacun à leur tour, les deux premiers aux conciles généraux de

(1) *Contra statuta patrum aliquid condere vel mutare nec hujus quidem sedis potest auctoritas* 25. *quæst.* 1. *cap.* 7. *in Decret.*

Latran , & le dernier , à celui de Lyon.

Ils s'acquiescent une grande autorité dans l'église ; Alexandre & Innocent , fonderent plusieurs Universités , & s'attirent par là la bienveillance & les hommages des canonistes , dont la doctrine ne contribua pas peu à l'accroissement de la juridiction des Papes , & à cette opinion de monarchie universelle , dont notre auteur est rempli , & qu'il a puisée encore dans des lieux qui nous sont suspects en ce point dans les décrétales des Papes , qui ont siégé depuis le milieu du douzième siècle , temps de la compilation de Gratien. Le Pape Boniface VIII. qui tint le Siège sur la fin du treizième siècle , publia hautement dans sa bulle *Unam Sanctam* , cette prétention de Monarchie des Papes , & ne se borna point à ce qui concerne le spirituel des Royaumes , mais l'étendit sur le temporel même , en déclarant que l'épée des Souverains est soumise au glaive spirituel des Papes ; Paul III. fit revivre la disposition de cette bulle par la publication de la fameuse bulle *In Cœna Domini* , où il déclare les Papes souverains Monarques du Monde. (1) Notre auteur fait souvent valoir la disposition de cette bulle , mais vainement : la France l'a toujours rejetée comme contraire à ses libertés : un canoniste françois se dégrade pour-ainsi-dire , dès qu'il tient une doctrine qui peut blesser les libertés gallicanes , qui ne sont fondées que sur la pureté de la discipline ecclésiastique , & des anciens canons.

Les Prélats de France se font plus que tous les autres opposés aux entreprises de la Cour de Rome , sur la juridiction des Evêques ; ils se récrient d'abord contre les nouveautés introduites à la faveur des fausses décrétales d'Isidore. Hincmar, Archevêque de Reims , zélé défenseur de l'ancienne discipline , & des libertés gallicanes , qui rejettent toutes les pratiques qui leur sont contraires , déclara au nom des Evêques , au Pape Nicolas I. qui tenoit le Siège vers le milieu du neuvième siècle , & qui voulut s'arroger sur eux le droit de les

(1) *Vide* l'art. 10. de cette Bulle.

juger souverainement, qu'ils ne reconnoissent point d'autre droit ni d'autres regles de discipline ecclésiastique, que celles qui se trouvoient dans l'ancien corps des Canons de l'église, apporté de Rome en France par Charlemagne, de la collection de Denis le Petit, où ne se trouvoient point ces décrétales, sur le fondement desquelles Nicolas vouloit s'attribuer le droit de juger les Evêques : mais la cessation des conciles provinciaux qui maintenoient en France l'ancienne discipline & la juridiction des Evêques de chaque province, donna lieu au relâchement ; & l'ignorance du dixieme siecle fit presque oublier l'ancien corps des canons ; de sorte que la juridiction des Papes s'accrut de jour en jour sur les ruines de celle des Evêques, & leur prétention de Monarchie universelle éclata dans le onzieme siecle, par les entreprises de Gregoire VII. sur le temporel des Rois, dont il donna le pernicieux exemple à ses successeurs. (1)

Ce récit historique nous découvre la vraie source de cette opinion de Monarchie du Pape, dont notre auteur est rempli. Dans les huit premiers siecles de l'église, où la discipline ecclésiastique étoit encore dans sa pureté, les Papes n'avoient garde de se croire au-dessus du droit positif, ni de se regarder comme souverains de l'église universelle ; si cette prétention est nouvelle, les libertés gallicanes la rejettent ; si elles la rejettent, nous combattons avec avantage & avec fondement les propositions de l'auteur, sur cette prétendue Monarchie du Pape. Passons à la seconde proposition, qui concerne la supériorité du Pape à tout ce qui est de droit positif, & aux conciles.

---

### S E C O N D E P R O P O S I T I O N.

**L**ES empêchemens de mariage sont de droit positif, qui ne lie point le Pape (2) ; le Pape peut déroger aux décrets

(1) Févret, de l'abus, liv. I. chap. 4. num. 21. & chap. 6 num. 4. (2) pag. 148.

des conciles généraux, pourvu que ce soit expressément. (1) Il est faux que tous les Evêques pris ensemble concourent au gouvernement de l'église universelle. (2) Les conciles ne font pas la loi au Pape, c'est de son autorité qu'ils sont faits, & reçoivent toute leur force. Saint Pierre à la face d'un concile ordonne qu'on n'obligeroit plus les Gentils convertis à la Foi d'observer les cérémonies de la loi de Moïse, & prononce hautement que c'est de sa bouche que les Nations doivent recevoir les loix (3). Voilà les principales propositions que l'on trouve répandues dans l'auteur : pour en découvrir toute la fausseté, il faut leur opposer les maximes généralement reçues parmi nous sur cette matière.

La juridiction que le Pape exerce dans l'église est dépendante des constitutions de l'église même ; elle est subordonnée aux Sts. décrets & aux déterminations des conciles ; il n'en est pas du gouvernement spirituel de l'église comme du gouvernement temporel des Royaumes ; la puissance absolue a été donnée aux Rois sur les peuples ; mais il n'en est pas ainsi de la puissance spirituelle des clefs, *Reges gentium dominantur eorum, vos autem non sic.* (4) Cette puissance que J. C. a établie, selon le langage de l'Apôtre, sur la charité & sur l'humilité (5), doit être exercée selon l'institution & les loix de l'église, & la qualité de chef, que J. C. défera à Pierre, impose aux Papes, ses successeurs, l'obligation de tenir la main à l'exécution des décrets de l'église, & d'édifier les fideles par leur exemple, en se montrant religieux observateurs des canons & des loix ecclésiastiques, bien loin de vouloir s'en affranchir en affectant l'indépendance sur tout ce qui est de droit positif.

L'ordre que J. C. 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'église, soit pour ce qui con-

(1) pag. 138. (2) pag. 134. (3) pag. 47. (4) Luc. chap. 22. vers. 25. (5) Petr. Epist. 1. 5. vers.

cerne 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'église : *contra statuta Patrum*, dit Zozime, *condere aliquid vel mutare nec hujus quidem sedis potest auctoritas.* (1) Le concile de Chalcédoine établit la même regle, & ne fait point d'exception pour le Pape : à *Sanctis Patribus in unaquaque Synode usque nunc prolatas regulas teneri statuimus.* (2) La glose du décret toujours attentive à admettre des distinctions qui puissent flater la puissance du Pape sur ce chapitre, *contra Statuta*, de même que sur le chap. *Anastasius*, *distinct.* 19. & 2. *distinct.* 15. restreint cette soumission, que le Pape doit aux décrets des conciles & de l'église, à ce qui concerne seulement les matieres de foi, quoique suivant les saints décrets & les déterminations des conciles, le Pape soit soumis également aux reglemens de discipline ecclésiastique, faits par les conciles généraux, pour le bien de l'église, & qu'en cas de contravention & de scandale, il puisse être cité au prochain concile. (3) La France a toujours reconnu cette vérité, que le Pape est indistinctement soumis aux loix & à la correction des conciles généraux, tant en ce qui regarde la foi que la discipline; c'est ce qu'a observé cet illustre Avocat Général du Parlement de Paris, dans son plaidoyé, sur l'appel interjetté au futur concile de la bulle du Pape Innocent XI. concernant les franchises dans la ville de Rome. (4)

Nous tenons en France que le concile est le juge naturel du Pape ; en effet, sans remonter plus haut qu'au commencement du quinzieme siecle, temps du grand schisme, l'on trouve que le concile de Constance déposa deux Papes ; Pierre de la Lune, sous le nom de Benoit XIII. & Balthasar

[1] *Caus.* 25. *quæst.* 1. *cap.* 25. (2) *Ex Concil. Chalcedon. cap.* 10. & *in decret.* 25. *quæst.* 1. *cap.* 14. (3) *Pragmat. sanct. tit. de Eleçt.* 2.

(4) Talon, *plaidoyé du 23 Janvier 1688. inséré dans son Traité de l'autorité des Rois, page 30.*

Coffa , sous celui de Jean XXIII. & qui obligea Gregoire XII. d'abdiquer la Papauté [1] en faveur de Martin V. élu par le concile ; qu'ensuite le concile de Basle déposa Eugene IV. & lui substitua Amédée de Savoie , sous le nom de Felix V. qui tint le Siege contre Eugene IV. & qui abdiqua ensuite volontairement en faveur de Nicolas IV. (2) Ces deux conciles sont non-seulement reçus parmi nous ; mais ils sont regardés comme le rempart de nos libertés gallicanes ; celui de Basle procéda par censures contre Eugene IV. qui selon la remarque de Dumoulin , mourut sans en être absous. (3) Si le concile est le juge naturel du Pape , & pour les matieres de foi , & pour celles de discipline , le Pape n'est donc pas Monarque de l'église , ni au-dessus des loix & des conciles.

La glose du chap. *Confidimus* 25. *quæst.* 1. veut encore que le terme *oportere* , qui selon la signification naturelle & grammaticale , emporte avec soi nécessité & obligation , & qui est inféré dans ce chap. pour marquer l'obligation du Siege de Rome , de se conformer aux déterminations des conciles & de l'église , ne soit à l'égard du Pape qu'un conseil , un devoir de bienfiance , mais nullement de nécessité , ayant le même privilege que les Princes temporels , qui sont affranchis de la loi , qu'il soit honnête à eux de vivre selon la loi.

Le Pape est donc supérieur aux conciles , notre auteur ne craint point de le dire , il semble avoir été nourri du lait de la doctrine des Ultramontains ; il a affecté , même en parlant des conciles & du Pape , de placer le nom de *Pape* , devant celui de *Conciles*. Nous n'avons jamais reconnu cette supériorité en France , moins encore depuis le décret solennel du concile de Constance , adopté par le concile de Basle , & par la pragmatique de Bourges ; sur quoi le sçavant Dumou-

[1] Dumoulin in reg. de infirmis resign. num. 355. (2) Eod. num. 357. (3) Eod. num. 225. in degradatione anathemate & censuris concilii mortuus est nec nunquam restitutus fuit.

lin observe (1) que cette maxime est si constante parmi nous, que le Pape est soumis aux déterminations des conciles généraux, que suivant la louable pratique des Universités de Théologie du Royaume, & sur-tout de la Sorbonne, avant de donner le bonnet de docteur, on exige un serment solennel de la part du gradué, qu'il enseignera, & tiendra toujours cette doctrine, que le concile représentant l'Eglise, est supérieur au Pape, & qu'il est soumis de droit & d'institution à ses décrets.

Cette vérité n'est pas du goût de notre auteur, puisqu'il emploie la doctrine des Ultramontains, en disant avec eux, *que les conciles ne font pas la loi au Pape, & que c'est de son autorité qu'ils sont faits, & reçoivent toute leur force*, ce que l'on peut encore tirer par conséquence du langage qu'il tient ailleurs; car après avoir posé pour principe que le Pape peut dispenser par la plénitude de sa puissance sur les empêchemens dirimens de mariage, restraints par le concile de Latran au quatrième degré; il dit que les Evêques n'ont pas cette puissance, parce que ce seroit les rendre supérieurs au concile, ce qui seroit absurde de penser: donc selon lui, le Pape est supérieur au concile, & il lui attribue là-dessus une puissance absolue, sans qu'il prenne soin de l'affujettir aux loix de nécessité & d'utilité, qui doivent pourtant être la règle des dispenses, & qui fléchissent toujours la rigueur de la loi, *Ex tacita mente Legislatoris*. Notre auteur ne demande là-dessus que la seule dérogation du Pape aux conciles généraux, pourvu qu'elle soit expresse; mais nous tenons pour maxime constante que le Pape ne peut jamais dispenser contre la prohibition des conciles, sans commettre abus, ni contre les  
louables

(1) Dumoulin in reg. de infirm. num. 228. ubi etiam solemniter jurando in docturam theologiæ promovendi prius adigantur, ut semper teneant & doceant veritatem illam sacris conciliis sancitam, ecclesiam seu concilium eam representans, esse supra Papam.

louables coutumes des églises & anciens usages. (1)

L'auteur anéantit encore la juridiction des conciles, par cette proposition, *qu'il est faux que les Evêques pris ensemble concourent au gouvernement de l'église.* Qu'est-ce qui forme le concile écuménique, si ce n'est le concours des Evêques assemblés, d'où émanent les saints décrets & les canons, qui servent de règle à l'église universelle, si ce n'est de leur délibération ?

L'Apôtre des nations ne met-il point la proposition contraire dans tout son jour ; que les Evêques pris ensemble & réunis en corps d'assemblée, concourent au gouvernement de l'église, lorsqu'il écrit aux Evêques d'Asie *de veiller soigneusement à la conduite du troupeau, duquel le Saint-Esprit les a établis Evêques pour gouverner l'église de Dieu ?* Ce passage a fort travaillé notre auteur, il est forcé de recourir à de vaines distinctions pour affoiblir la puissance & la juridiction des Evêques, établie par ces paroles du grand Apôtre dans le gouvernement de l'église ; il dit *que cette puissance des Evêques doit être entendue, moyennant la juridiction que le souverain Pontife leur départiroit ;* & pour donner quelque poids à cette distinction, il emploie l'autorité du chap. *porro, distinct.* 66. cette décrétale attribuée par le compilateur au Pape Anaclét, regarde la forme de la consécration des Evêques, qui doit se régler suivant cette Epître d'Anaclét, aux Evêques d'Italie, selon ce qui fut pratiqué dans la consécration de St. Jacques, Evêque de Jérusalem, *c'est-à-dire, que comme les Apôtres, St. Pierre, St. Jacques & St. Jean ordonnerent ce premier Evêque de Jérusalem, il faut que la consécration des Evêques se fasse par trois Evêques de la Province.* Cette décrétale peut être rétorquée contre l'auteur ; bien loin de favoriser sa distinction, elle lui porte un coup mortel. En voici les raisons & la preuve.

Suivant la doctrine de la glose, sur ce chapitre, quelque

[1] *Fluri, instit. canon. tom. 2. ch. 25. & Févret, de l'Abus, liv. 3. chap. 1. num. 11.*

favorable qu'elle soit à la prétention des Papes sur cette matière, cette ordination de St. Jacques se doit entendre, non du caractère sacerdotal & de la juridiction qui y est attachée, que l'Apôtre saint Jacques avoit déjà reçue de J. C. même avant son Ascension, comme les autres Apôtres, mais de l'exercice de cette juridiction & de l'établissement qui fut fait par ces trois Apôtres de sa personne dans l'église de Jérusalem. (1)

Si la juridiction des Evêques dériveroit du Pape immédiatement, Pierre seul auroit établi saint Jacques Evêque de Jérusalem; il n'auroit point eu besoin du concours des autres Apôtres, il n'auroit pas non-plus eu besoin de ce concours dans l'élection de Mathias Apôtre: mais d'ailleurs quand même aujourd'hui le Pape disposeroit en seul des Evêchés, & qu'il établiroit les Evêques dans chaque Siege, en vertu de ses seules bulles, il ne s'ensuivroit pas de là que la juridiction des Evêques fût une émanation de sa puissance; car en cela, il ne feroit autre chose, que donner l'exercice à la juridiction attachée au sacerdoce par institution, & à mettre en œuvre la puissance épiscopale, donnée aux Evêques par J. C. même en la personne des Apôtres, dont ils sont les successeurs: Sur quoi il est à propos de remarquer avec l'illustre Thomassin, (2) que ce n'est que depuis le troisieme siecle que les Evêques se sont nommés Evêques par la grace du St. Siege Apostolique; le premier qui en donna l'exemple ayant été un Archevêque Latin de l'Isle de Chypre en l'année 1251.

L'auteur ne craint point d'altérer ou de déguiser le fait,

(1) *Glos. in cap. porro, distinct. 66, ordinatus, id est ad certi loci administrationem electus vel simpliciter ordinatus, sed non-ne omnes Apostoli erant Episcopi? Videtur quod sic. Quia Pretro primus fuit datus pontificatus, & omnes alii fuerunt pari potestate præditi item Episcopi successerunt in locum Apostolorum.*

(2) *Thomass. discipl. eccles. part. 2. liv. 2. chap. 1. num. 1.*

(3) *Talon dans son traité de l'autorité des Rois.*

quand il s'agit d'établir le droit, & de soutenir ses propositions ; il dit que St. Pierre à la face d'un concile, ordonne qu'on n'obligeroit point les Gentils convertis à la foi, d'observer les cérémonies de la loi ; mais c'est au contraire, le concile qui ordonne à la face de Pierre. La pratique de ce concile est une preuve sensible de la supériorité des conciles au Pape : Pierre y porte seulement la parole le premier, & ouvre la proposition, cela lui étoit dévolu comme au chef des Apôtres, mais le décret émane de la délibération du corps des Evêques & de l'assemblée ; c'est à leur nom, & nullement à celui de Pierre qu'il est envoyé aux Eglises ; c'est donc des conciles que les Eglises reçoivent les loix ecclésiastiques, & non du Pape, qui ne peut leur en donner, qu'en conformité des canons ; c'est donc le concours des Evêques assemblés canoniquement, qui regle le gouvernement de l'église qui leur a été confié par le Saint-Esprit.

A l'égard de la supériorité des conciles du Pape, il se présente ici un trait de l'histoire ecclésiastique, qui nous montre bien clairement que dans le temps où la discipline de l'église étoit dans sa première vigueur, on regardoit les jugemens rendus par le Pape comme subordonnés à ceux des conciles, puisqu'ils en connoissoient par la voie de l'appel. Cecilien, Evêque de Carthage, fut accusé auprès de l'Empereur Constantin par quelques Evêques d'Afrique donatistes ; l'Empereur renvoya la connoissance de cette accusation au Pape Melchias ou Melchiade, qui tenoit alors le Siege ; ce Pape rendit un jugement avec deux assessseurs, Rolio Materne, & Marin, commis à ce sujet par l'Empereur ; les accusateurs releverent appel de la sentence rendue par le Pape l'année suivante ; les donatistes formerent une autre accusation contre l'Evêque Felix, qui avoit promu Cecilien aux ordres ; l'Empereur attribua la connoissance de l'affaire au Proconsul d'Afrique, qui prononça le relaxe de Felix ; les donatistes ayant relevé appel de ce jugement devant l'Empereur, & renouvelé en même temps celui qu'ils avoient déjà interjeté de la sentence du Pape, l'Empereur indiqua un con-

cile dans la ville d'Arles pour juger l'appel ; le concile relaxa les accusés contre les accusateurs.

Ce ne fut là qu'un concile particulier ; si cependant il connut de l'appel d'une sentence rendue par le Pape , il faut nécessairement conclure que l'autorité du Pape est subordonnée à celle des conciles , pour ce qui concerne même les actes de juridiction. Si le Pape avoit eu par institution , ainsi que le prétend l'auteur , une puissance absolue & indépendante dans l'église , de même qu'un Monarque dans ses États , comment le premier & le plus religieux des Empereurs chrétiens , celui-là même qui transféra le Siege de l'Empire à Constantinoble pour en laisser la capitale au Pape , & à ses successeurs , auroit-il entrepris sur sa prétendue juridiction souveraine , en indiquant un concile pour juger l'appel relevé de sa sentence , si le Pape eût été souverain dans cette partie de juridiction ecclésiastique ; l'Empereur n'auroit-il pas au contraire ordonné l'exécution de sa sentence , comme d'un décret émané d'une puissance souveraine ?

Enfin , notre auteur ajoute à sa proposition , que l'autorité du Pape fait tout dans les conciles ( cette autre également fautive ) que c'est au Pape seul à déterminer les articles de foi , que les Evêques peuvent bien examiner & discuter du dogme , mais non pas le définir (1). Les Evêques ne sont donc plus juges des matieres , ils peuvent tout au-plus discuter comme Théologiens ; mais prononcer sur les matieres , mais les définir , c'est une entreprise sur l'autorité monarchique du Pape , c'est encourir l'excommunication fulminée par la bulle *in Cœna Domini* , contre tous ceux qui usurpent ses droits & sa juridiction. Voilà sans doute une doctrine bien nouvelle. Qu'est ce qui définit les questions agitées au concile de Jérusalem , dont nous avons déjà parlé , & dans les quatre premiers conciles , qu'un grand Pape met au rang des quatre Evangiles (2) & dans tous les conciles écuméniques qui ont été tenus depuis ce temps , si ce n'est le corps des Evêques assemblés ?

(1) pag. 92. (2) Gregor. lib. 1. *regest. Epist.* 24.

Le Pape ne convoqueroit donc les conciles que pour entendre la dispute de ces Théologiens, mais nullement pour recevoir de leur bouche les décisions canoniques, qu'ils rendent sur les dogmes & sur les articles de foi. Voilà l'autorité des conciles anéantie, tout est déferé au chef; il ne manque plus à l'auteur que de soutenir ici avec la glose du chap. 3. distinct. 4. que la décision du Pape seul doit prévaloir sur celle de tous les Evêques assemblés, *dicas quod sententia Papæ stabitur contra omnes.*

Les Ultramontains, & l'auteur avec eux, veulent que toute la force des conciles dépende de la confirmation du Pape. Nos libertés gallicanes rejettent cette doctrine; le titre de concile écuménique, que la France a précieusement conservé au concile de Basle, quoique destitué de la confirmation d'Eugene IV. qui tenoit alors le Siege, prouveroit seul que nous ne regardons point en France la confirmation du Pape, comme nécessaire pour valider le concile & lui donner force de loi ecclésiastique; que le concile a par lui-même toute l'autorité qu'il faut pour déterminer les articles de foi, & régler la discipline: Nous regardons la confirmation du Pape comme un acte de justice & de nécessité de sa part; son refus de convoquer le concile ou de l'autoriser, ne peut être un obstacle à la tenue du concile, ni à l'exécution de ses décrets: le Doyen des Cardinaux peut suppléer à son défaut, convoquer l'assemblée & y présider. Le concile de Pise pendant le grand schisme, fut convoqué par le college des Cardinaux, & le Doyen y présida: les décrets du concile de Basle, quoique licentié par Eugene IV. ne laisserent pas d'avoir leur exécution. Si le concile tiroit toute sa force de la confirmation du Pape, il seroit dépendant du Pape, ses décrets contiendroient toujours cette condition implicite, s'il plaît au Pape de les confirmer. Parmi les raisons que nous avons de rejeter le concile de Trente, pour ce qui concerne la discipline, il s'en trouve une essentielle, sçavoir, que ce concile a déterminé que les conciles ont besoin de la confirmation du Pape qui leur est supérieur; rien n'est donc plus opposé

à nos maximes, (1) & à notre doctrine, que les propositions que nous venons de combattre. Il est temps de passer à la proposition de l'auteur, concernant les causes majeures.

---

T R O I S I E M E P R O P O S I T I O N .

**P**ersonne ne doute que les causes majeures ne soient réservées au St. Siege, *infirmum universalis domini*, puisque les textes du droit canonique y sont exprès, cap. *omnis oppressus* 2. quæst. 6. cap. *maiores* de baptif. cap. 1. de *translat. Episcopi*. (2)

Les causes majeures doivent être toutes déferées au St. Siege, non par la force de la réservation, mais par l'institution divine: cap. *dudum* 3. quæst. 6. (3) & parmi ces causes majeures, l'auteur range dans ce chapitre [4] les dispenses sur les empêchemens dirimens de mariage, qu'il attribue au Pape seul.

Les Ultramontains attribuent au Pape, comme une suite de sa plénitude de puissance & de sa juridiction monarchique dans l'église, certaines causes qu'on nomme majeures, comme sont, par exemple, les jugemens des Evêques, leur déposition, leur translation d'un Siège à un autre, l'érection des Evêchés & Métropoles, les exemptions, les dispenses, & ils le regardent en cela privilégié, comme successeur de Pierre, & par institution divine.

Il ne faut pour découvrir la fausseté de ces propositions que rapporter ici la discipline constante des premiers siècles de l'église, même jusques au huitième siècle; temps auquel, ainsi que nous l'avons déjà observé, la puissance du premier Siège, commença de s'élever sur les ruines de la juridiction des autres. Entrons ici dans un détail.

En premier lieu, le jugement des Evêques appartenoit au concile provincial, & les causes criminelles étoient jugées

(1) *Maxim. Canon. tom. 1. tit. de la prag. aux notes.*

(2) *page. 67. (3) pag. 92. pag. 69.*

par douze Evêques (1) de la même Province, suivant la disposition du premier concile de Carthage, tenu du temps de St. Cyprien, & vers le milieu du troisieme siecle, la pratique de l'église fut conforme au reglement du concile; Constantin dans le siecle suivant fit assembler les Evêques à Tir pour juger la cause de St. Athanase, contre les Ariens, ses accusateurs. (2)

Après le concile de Carthage, le concile général de Nicée, statua que toutes les causes ecclésiastiques seroient terminées dans la province où elles s'étoient mues: (3) Les Empereurs Constans & Constantius, fils du grand Constantin, qui tenoient l'Empire vers le milieu du quatrieme siecle, firent une loi expresse pour le jugement des Evêques, insérée dans le code Théodosien, (4) par laquelle il est porté que pour quelque crime que ce soit, les Evêques ne pourront être jugés que par les Evêques de la province.

La France procéda dans les jugemens des Evêques, selon la pratique de l'église, & la disposition des canons. Vers la fin du sixieme siecle, Giles, Evêque de Rheims, fut déposé par le concile provincial de Mets, (5) comme coupable de crime de leze-majesté; dans le même siecle, & douze années auparavant, le concile de Paris condamna & relégua Prétextat, Evêque de Rouen, comme séditieux & coupable de leze-majesté envers le Roi Chilperic I. (6)

Si cette pratique eût blessé les droits du premier Siege; si la connoissance des crimes commis par les Evêques, lui eût appartenu d'institution divine, selon la proposition de notre auteur; comment auroit-il gardé le silence dans ces différentes occasions & dans un acte de juridiction aussi intéressant?

(1) *Ex Concil. Carthag. I. Can. 11.* (2) *Socrat. lib. 4. chap. 35.* (3) *concil. Nicæn. can. 5.* (4) *Leg. mansuetudines, de Episc. & Cleric.*

(5) *Gregoire de Tours, liv. 10. chap. 19. concil. de Mets, Pan 592.* (6) *Aymon. liv. 3. de gest. Franc. cap. 26. & 64. Concile de Paris 580.*

Comment des Princes chrétiens, dans la ferveur du christianisme, auroient-ils indiqué ces conciles, & requis l'assemblée des Evêques pour connoître des accusations & juger les coupables, si le jugement avoit appartenu au Pape seul ? Mais reconnoissons ici avec les Sçavans, & ceux qui sont versés dans la connoissance des matieres ecclésiastiques, que la cessation des conciles provinciaux commença de ruiner la juridiction des Evêques ; & d'élever celle du Pape sur ses ruines, (1) alors le premier Siege voulut s'attribuer la connoissance de ces causes, qu'on nomme aujourd'hui majeures, & dont le concile provincial connoissoit. Les conciles provinciaux maintenoient la discipline ecclésiastique, & les droits de l'Episcopat, ils procédoient non-seulement contre les Evêques dans les accusations, mais ils les transféroient d'un Siege à un autre, quand le bien de l'église le requeroit, & avec connoissance de cause. Thomassin rapporte plusieurs exemples de ces translations, (2) autorisées non-seulement par la pratique constante de l'église, mais par les canons des conciles (3). les érections des Evéchés & Métropoles se faisoient de la même autorité, (4) sous l'agrément & le consentement des Empereurs. L'Empereur Marcien qui assista au concile de Chalcédoine, avec plusieurs Conseillers d'Etat, y rétablit la Métropole de la ville de Tir, qu'il avoit auparavant diminuée. (5)

Dans la premiere race de nos Rois, les érections des Evéchés & Métropoles se faisoient en France de la seule autorité du Roi, & la promotion même des Evêques, ainsi que l'écrivit un fameux historien du sixieme siecle ; (6) les exemp-

tions

(1) *Cessatione nimirum Provincialium conciliorum fracta & debilitata est in plerisque Episcopalis autoritas.* Tomaf. *Discip. eccles.* part. 2. lib. 3. cap. 28. num. 9.

(2) *Part. 2. lib. 2. cap. 61. num. 1.* (3) *Concil. Carth. rapporté, in decret. Grat. 7. quæst. 1. cap. Episc.* (4) *Cod. Afric. can. 98.* (5) *Talon, de l'autor. des Rois, prem. part. dissert. 2.*

(6) *Gregor. Turon. lib. 2. c. 5. & lib. 6. chap. 30.*

tions & dispenses étoient rares, l'église n'en ufoit qu'avec circonfpection; mais elles étoient accordées par les Evêques dans les trois premiers siècles, & ensuite par les conciles provinciaux. (1) Il ne faudroit pas d'autre preuve que la pratique constante de l'église dans les huit premiers siècles pour détruire la proposition de notre auteur, que toutes ces causes que l'on nomme aujourd'hui majeures, appartiennent au Pape d'institution divine; si elles lui eussent appartenu par ce titre, l'église les lui auroit précieusement conservées, comme elle faisoit & fera toujours, la qualité de chef des Evêques & de successeurs de Pierre. Si nous examinons de près les autorités sur lesquelles l'auteur appuie sa proposition, & celles que les Ultramontains emploient sur cette matiere, nous trouverons que ce sont là de fausses décrétales de la fabrique d'Isidore Mercator, sur quoi il faut observer que Denis le Petit, qui vivoit à Rome au commencement du sixieme siècle, fit une compilation très-exacte des canons des conciles qui avoient été tenus jusques alors, & une collection très-recherchée des lettres décrétales des Papes; il assure qu'il n'a pu remonter plus haut qu'au Pape Syrice, qui tenoit sur la fin du quatrieme siècle; n'ayant pu trouver aucune décrétale de ses prédécesseurs, elles n'avoient pu sans doute échapper aux malheurs des temps & aux troubles des persécutions dont l'église étoit affligée dans les trois premiers siècles. Cette collection de Denis le Petit, fut reçue dans l'église comme le seul corps des canons, & singulierement en France, où elle fut apportée de Rome par Charlemagne, après l'avoir reçue de la main du Pape Adrien I. Les sçavans conviennent que toutes les décrétales que l'on trouve répandues dans le décret de Gratien, attribuées aux Papes qui ont siégé avant Syrice, sont fausses, & de la fabrique d'Isidore, qui s'avisa plus d'un siècle après Denis le Petit, de faire une autre compilation de canons, & d'y insérer un grand nombre d'épîtres,

(1) *Tomass. disciplin. eccles. part. 1. lib. 3. cap. 24. num.*

décrétales des Papes des quatre premiers siècles, & depuis St. Clement, jusques à Syricius : Nous avons déjà observé à quel coin sont marquées ces décrétales, & ce qui en découvre la fausseté, indépendamment de l'assurance que nous donne Denis le Petit, dont la compilation a toujours été reconnue très-fidèle en France, qu'il n'a pu trouver aucune épître des prédécesseurs du Pape Syrice.

Le chapitre *omnis oppressus*, sur lequel se fonde l'auteur, est attribué au Pape Anaclét : or le Pape Anaclét tenoit le Siege au commencement du second siècle, & mourut sous l'Empire de Trajan : les termes seuls de la décrétale montrent clairement que ce n'est pas le langage des Papes de ces premiers temps, puisqu'il y est statué que les causes majeures doivent être portées *recta* au St. Siege : Or il a été prouvé que toutes les causes de cette espece appartenoient au concile provincial ; d'ailleurs il est fait mention dans ce chapitre de Primats, devant lesquels le concile provincial devoit s'assembler *bis per singulos annos*, & il est certain que dans les trois premiers siècles, les persécutions des Empereurs étoient un obstacle à la tenue des conciles provinciaux ; & que d'ailleurs le nom de primat ne fut véritablement connu & en usage que depuis le concile de Nicée, convoqué en 325.

Le chapitre *Dudum à sanctis Apostolis*, est attribué au Pape Jules premier, qui siégoit vers le milieu du quatrième siècle, sous l'Empire de Constant, fils du grand Constantin, & qui mourut quarante six ans avant le Pape Syrice, le premier des Papes, dont les décrétales sont connues. La lecture seule du chapitre fait voir que c'est là une fausse décrétale, fabriquée pour flater l'autorité du Siege de Rome, dans le jugement des Evêques, qu'elle défere au Pape à l'exclusion du concile provincial.

Les Ultramontains se sont fondés sur le chapitre *quamvis* 3. *quest.* 6. pour faire voir que le jugement des Evêques, l'une des causes majeures dont nous avons parlé, appartenoit d'institution au Pape ; cette décrétale attribuée au Pape Eleu-

there, ne laisse au concile provincial que la simple instruction des procès criminels des Evêques, & donne au Pape le droit de juger définitivement; cette épître est manifestément fautive, le Pape Eleuthere tenoit le Siege vers la fin du second siecle; il mourut l'an 184. plus de deux siecles avant Syrice. Le chap. *Audivimus* 3. *quest.* 2. attribue au Pape Evariste, qui donne au Pape seul le jugement des Evêques, est encore une fautive décrétale, puisqu'Evariste siégoit au commencement du second siecle, sous l'empire de Trajan, & même près de trois siecles avant Syrice, & que d'ailleurs les Papes de ce premier temps ne parloient point le langage impérial & de commandement, qu'on trouve dans cette décrétale. Quant aux décrétales des Papes, inférées dans la compilation de Gregoire IX. sur lesquelles l'auteur fonde ses propositions, elles ne sont ici d'aucun poids, parce que la discipline ecclésiastique avoit alors reçu un changement notable, & que les Papes étoient en possession de connoître, non par institution, mais par une coutume prescrite, de la plus part des causes majeures, & qu'il suffit de prouver ici que cette attribution de connoissance ne vient point d'un privilege spécial, attaché au successeur de Pierre; *In signum universalis domini*, ni de l'institution, mais de l'usage seul, sans aucun décret précédent, ni loi expresse de l'église; ainsi que l'a observé Thomassin sur la matiere des dispenses. (1)

Il en est de même de la translation des Evêques que le chapitre *Mutationes*, attribué au Pape Anthere déferé aux Papes; cette épître est de la même espece que les précédentes, également fautive, & fabriquée pour flater cette idée de monarchie du Pape; le Pape Anthere siégoit au commencement du troisieme siecle, & mourut l'an 238, dans un siecle où les Papes, remplis de l'esprit de Pierre, bien loin de se titrer de Monarques de l'église, se regardoient comme Coévêques,

(1) *Nulla expresso decreto exolefcente tantum usu priore, & in novum jus descifcente, discipl. eccles. part. 2. lib. 3. cap. 24. num. 14.*

& révérités du même Apostolat que les autres, suivant l'expression de cet Apôtre, comme ayant même puissance, même juridiction, même sacerdoce, à la primauté près, donnée au Successeur de Pierre, pour conserver l'unité dans l'église & empêcher les schismes, selon le langage du grand St. Cyprien, qui vivoit dans ce même siècle, & dont nous avons déjà rapporté les paroles, en combattant la première proposition.

Les propositions de l'auteur, concernant la monarchie du Pape, sa supériorité aux conciles & la réserve de droit divin, qu'il lui attribue des causes majeures, ont été combattues par tout ce qu'il y a d'autorités les plus respectables, & d'un plus grand poids parmi nous. Nous avons montré que la doctrine de l'auteur, qui est celle des Ultramontains, doit être rejetée, comme contraire à nos libertés gallicanes, parce qu'elle tend à ruiner la juridiction épiscopale, & à dégrader, pour ainsi dire, les Evêques. Comme l'auteur a fait de cette doctrine le fondement de cette puissance, qu'il établit dans les Evêques, de dispenser sur les empêchemens dirimens de mariage, & de l'exclusion absolue, qu'il leur donne à ce sujet; il étoit essentiel pour la question que nous allons traiter dans la seconde partie de la dissertation, d'avoir combattu la doctrine de l'auteur, & d'avoir posé les principes reçus parmi nous, sur la juridiction du Pape & des Evêques, parce que ces principes seront la base & le fondement de tout l'édifice que nous avons à élever contre les impuissans efforts de l'auteur.



## SECONDE PARTIE.

### PROPOSITIONS.

**L**ES Evêques ne peuvent point dispenser sur les empêchemens dirimens du mariage, même en quatrième degré,

quoiqu'ils soient en possession de dispenser , & cela par défaut de pouvoir , qui ne peut jamais être suppléé par la prescription , ni par la nécessité. Leur possession est un abus & une corruptele , incapable de produire ni coutume ni prescription. ( 1 )

Il n'a pas été besoin de lier les mains aux Evêques pour les empêcher par la réservation de donner des dispenses dont il s'agit , puisqu'en ce point leur impuissance est naturelle.

Les Evêques ( 2 ) reconnoissent que les dispenses sont l'ouvrage du Souverain , ils donnent pour les faciliter en Cour de Rome leurs attestations de la parenté , religion & pauvreté des parties , & de la nécessité de la dispense pour un mariage à contracter ou contracté , parce que le cas de nécessité ne sçauroit exciter un pouvoir en un sujet qui n'en a aucun actuel ni habituel , non plus qu'un laïque , un mort ou une pierre. ( 3 )

Ces propositions ont pour fondement les fausses maximes , répandues dans l'ouvrage , au sujet de la puissance monarchique du Pape , auquel seul l'auteur réserve le droit de dispenser sur les empêchemens dirimans de mariage , procédant de parenté ou affinité. *cap. quod dilectio , cap. quia circa , extra de consang. & affinit.*

A se régler par les décrétales des Papes , inférées dans la compilation de Gregoire IX. ou dans le Sexte. A consulter les gloses & les canonistes Ultramontains , dont l'opinion , selon notre auteur , fait partie du droit commun : il est certain que le droit de dispenser sur les empêchemens dirimans de mariage appartiennent au Pape , privativement aux Evêques ; mais nous ne prenons point ici pour règle de décision ces autorités que l'auteur emploie. Voici sur quoi nous établissons la vérité de la proposition contraire à la sienne , & qui a déjà été annoncée au commencement de la dissertation ; sçavoir , que les Evêques sont capables , en exerçant la juridiction naturelle , d'accorder les dispenses au troisième & quatrième degré de parenté , quand ils se trouvent en possession de dispenser , & qu'ils ne peuvent sans abus , être troublés dans cette possession par le Pape.

( 1 ) pag. 43. 82. & 156. ( 2 ) pag. 83. ( 3 ) pag. 85.

Les Evêques ont reçu dans leur institution, avec le Sacerdoce, la juridiction sur les peuples que la Providence a commis à leur sollicitude pastorale ; c'est ce qui demeure établi & prouvé par ces paroles du Fils de Dieu, que nous avons déjà rapportées, & qu'il adressa à ses Apôtres, en leur donnant la mission. *Toute puissance m'a été donnée dans le ciel & sur la terre, allez, enseignez toutes les Nations*: Ce n'est donc pas de Pierre que les Apôtres reçurent la Mission, ni la juridiction spirituelle sur les peuples, c'est de J. C. même. La même Juridiction a été transmise avec le Sacerdoce aux Evêques, successeurs des Apôtres, puisque c'est la chose connexe & attachée à la consécration de l'Evêque d'institution divine ; ce qu'on doit recueillir de ces paroles même: *Toute puissance m'a été donnée.*

La puissance des clefs, la Mission que J. C. distribua à ses Apôtres, renfermoit cette juridiction spirituelle, que les Evêques ont droit d'exercer sur le troupeau, dont la garde leur a été confiée par le Saint-Esprit dans le gouvernement de l'Eglise, suivant l'expression du grand Apôtre: rien n'est mieux établi par l'écriture, que cette vérité.

Les Evêques ont par conséquent de droit divin juridiction dans leur territoire pour tout ce qui a rapport au régime spirituel des ames ; le droit de dispenser & d'absoudre leur appartient également ; ils sont juges naturels des cas de nécessité & d'utilité ; qui peuvent donner lieu aux dispenses, tout comme aux absolutions. Pendant les huit premiers siècles de l'Eglise, ils jouissoient de toute cette juridiction dans l'étendue de leurs diocèses ; mais comme les dispenses méritoient un grand examen & beaucoup de circonspection, qu'il s'agissoit de déroger pour cause à la disposition des saints décrets qu'ils avoient en grande vénération, ils n'osoient seuls & sans délibération des Evêques de la province, les accorder. Thomassin, cet illustre & fidele historien de la discipline ecclésiastique, observe que du temps de Charlemagne & après, les Evêques même accordoient les dispenses, sans la participation & indépendamment des conciles provinciaux, & qu'en

cela ils uoient de leur ancienne juridiction, qui commençoit pourtant alors de plier sous la puissance du premier Siege qui attiroit tout à soi. (1)

Les Papes n'osoient donner des dispenses que sous l'autorité des conciles, témoins celles que St. Léon donna, qu'il fit confirmer par le concile de Calcédoine. (2)

Enfin, la puissance du premier Siege s'accrut par la cessation des conciles provinciaux, & les Papes s'attribuerent la connoissance des dispenses, qui appartenoit au concile provincial. (3)

Il y eut des Evêques qui se maintinrent dans cette possession de dispenser, d'autres qui s'en dépouillerent entierement en faveur du Pape; le recours au Siege de Rome fut autorisé par l'exemple des Empereurs & des Rois, qui remplis de vénération pour le premier Siege, & de l'idée de puissance monarchique que les fausses décrétales avoient déjà répandues dans tous les esprits, s'adressoient au Pape privativement aux Evêques, desquels ils pouvoient recevoir les dispenses. (4) La plupart des Evêques s'adresserent de leur côté au Pape pour

(1) *Constabit illa eadem dispensationum doctrina temporibus Caroli Magni & regnaticis ejus familia usos videlicet in dispensando prisca sua potestate episcopos, tum singulos, tum synodice congregatos, ita tamen ut frequentius in dies sedes romana adiretur, part. 2. lib. 3. cap. 26. num. 1. (2) eod. lib. 3. cap. 24. num. 17. 18. (3) eadem. dispensationum potestas vel potestatis potius explicatio à conciliis provincialibus ad sedem apostolicam traducta est geminæ huic mutationi convenit quod nullo expresso decreto perfecta sit exolescente tantum usu priore, cod. num. 14.*

(4) *Ea summorum Principum singularis erat in sedem Apostolicam reverentia, ut à Pontifice nullent eas orare dispensationes quas facillime à suis Ep. potuissent exorare. disc. ecc. p. 2. l. 3. c. 27. n. 5.*

les dispenses qu'ils pouvoient accorder eux-mêmes : (1) ils s'y déterminèrent par de bons motifs , pour rendre l'obtention des dispenses plus difficile , & l'observation des canons plus régulière & plus exacte par la nécessité du recours à Rome , plus long & plus embarrassant que le recours à leur Siège. (2)

Ce n'est donc pas par défaut de pouvoir , que les Evêques ne sont pas capables de dispenser , quoiqu'ils soient en possession de le faire , ainsi que le prétend notre auteur , puisque d'un côté il demeure établi que cette puissance ou cet acte de juridiction est attachée à leur sacerdoce par institution divine , & que de l'autre , si la plupart ne jouissent point aujourd'hui de ce droit de dispenser , c'est qu'ils s'en sont volontairement dépouillés en faveur du premier Siège ; d'où il faut nécessairement conclure que ceux qui ont retenu le droit & la possession de dispenser sur les empêchemens dirimans du mariage , ne peuvent sans abus être troublés dans cette possession par le Pape , parce que cette possession est louable & conforme au droit commun , par lequel tous les actes de juridiction volontaire & contentieuse appartiennent à l'Evêque dans toute l'étendue de son Diocèse. (3) Or tous rescrits du Pape , dérogeans aux usages & coutumes , fondés sur la disposition des anciens canons , ou sur une pratique louable de l'église , sont abusifs ; [4] ainsi les Papes furent au commencement fort circonspects , & examinèrent de près les justes causes de dispense ; ils se tinrent dans les bornes prescrites par les canons , dès qu'ils entreprirent de passer ces bornes , & de se mettre au-dessus des canons , même en accordant des dispenses contre leur prohibition , les Evêques résistèrent courageusement  
aux

(1) *Nec Reges tantum, sed & Episcopi Pontificem occuparunt, ut ab eo eas elicerent dispensationes quas potuissent ipsi elargiri, discipl. eccl. part. 2. lib. 3. cap. 26. num. 5. (2) eod. num. 9.*

(3) *Fevret, de l'Abus, liv. 2. chap. 1. num. 5. (4) Fevret, de l'Abus, liv. 3. chap. 1. num. 8.*

aux entreprises de la Cour de Rome. [1]

L'Auteur a été forcé de l'avouer, (2) en disant que *Pascal II. fut le premier qui donna cours aux dispenses des Papes, par celle qu'il accorda à Philippe I. Roi de France, par son mariage avec Bertrande sa parente, contre laquelle les Evêques s'éleverent, comme contraire aux saints décrets, & à la pureté des mœurs du sacrement; mais leur résistance ne servit,* continue-t-il, *que pour affermir davantage l'autorité du St. Siege, & à en autoriser les dispenses & les pouvoirs.*

Qu'est-ce que l'auteur veut établir par ce langage ? que le Pape peut seul dispenser contre la prohibition des canons ? Bien loin de là, ce trait historique prouve qu'il ne le peut point. La résistance des Evêques étoit juste, puisqu'elle n'avoit pour objet que le maintien de la discipline ecclésiastique, & l'observation des canons : si la puissance de ce Pape prévalut, & s'il fit par voie d'autorité, ce qu'il ne pouvoit faire dans les regles, sans le consentement des Evêques, peut-on tirer de là avantage contre le droit des Evêques, & établir celui du Pape ? Gregoire VII. qui tenoit le Siege trente-deux ou trente-trois ans avant Paschal II. & qui mourut l'an 1085, avoit déjà commencé d'inspirer aux Papes cette opinion d'indépendance & de souveraineté dans l'église, par une excommunication jusques alors inouïe, qu'il lança contre l'Empereur Henri IV. pour choses purement temporelles; ce coup d'éclat fut d'un dangereux exemple pour ses successeurs, (3) ils prirent occasion de là de dépouiller entièrement les Evêques, qu'ils regardoient déjà comme leurs Sujets, & ils étendirent ensuite la puissance spirituelle des clefs sur le temporel des Royaumes. Que l'auteur fasse un grand détail

(1) *Nec dissimulandum est si quando ab apostolico Præsule manerent molliora rescripta & sanctitati canonum adversaria tunc enim vero insurrexisset & invicta constantia Episcopos restitisset. Thomass. Eccles. part. 2. lib. 3. chap. 26. num. 14.*

(2) pag. 108.

(3) *Fevret, de l'Abus, liv. I. chap. 4. & chap. 6. num. 4.*

des dispenses de mariage , que les Papes des siècles suivans ont accordées aux Rois ou aux Empereurs ; Prouve-t-il par-là cette impuissance naturelle , qu'il attribue aux Evêques de dispenser ? nullement. Or dès-que de notre côté nous avons établi la capacité des Evêques , qui leur vient du sacerdoce , & qu'il s'en trouve qui ont retenu l'exercice & la possession de cette puissance , plus jaloux de leur juridiction que les autres, ils doivent sans difficulté être maintenus dans ce droit, & en jouir paisiblement.

Les Papes des derniers siècles, depuis le concile de Latran, tenu sous Innocent III. l'année 1215 , qui a restreint au quatrième degré inclusivement de parenté , les empêchemens dirimens du mariage , ont prétendu qu'ils pouvoient seuls accorder des dispenses dans ces différens degrés. Les canonistes Ultramontains & les glosateurs ont débité une doctrine toute favorable à leurs prétentions ; ils ont regardé les dispenses de mariage comme des rescrits de grace , que la seule autorité du Pape , arbitre souverain du droit positif , pouvoit accorder : ils ont laissé aux Evêques les absolutions & la puissance de les départir dans tous les cas qui ne leur seroient pas expressément prohibés de droit , fondés sur le chap. *nuper* , *extra de sentent. excommun.* & ils leur ont ôté l'exercice des dispenses dans tous les cas où elles ne leur sont point expressément concédées par le droit , suivant le chap. *dilectus* , *extra de tempor. ordinat.* où le Pape Honoré III. décide que l'Evêque ne peut du consentement même de son Métropolitain , conférer le même jour plusieurs ordres sacrés : *cum illi hujusmodi dispensatio à canone minime sit permissa.*

L'Ecrit anonyme , envoyé à l'université de Toulouse , que l'auteur a entrepris d'impugner , appelle mal-à-propos à son secours la glose du chap. *requiritis* , *caus. 1. quest. 7.* pour établir le droit des Evêques d'accorder des dispenses dans tous les cas qui ne leur sont pas expressément prohibés par le droit ; il est clair que la glose entend là , par le mot de dispense , *absolution* ; car le mot de dispense est quelquefois pris pour absolution dans les canons , la dispense étant un ré-

lâchement des regles établies par la discipline ecclésiastique ; ce terme peut quelquefois convenir aux absolutions ; car les canons ayant déterminé un temps pour la pénitence des crimes publics, l'Evêque pouvoit avec connoissance de cause, dispenser le pénitent, & du temps & de la rigueur de la pénitence ; & c'est ainsi que la glose prend le terme de dispense, sur le chap. *studeat*, *dist.* 50. où il s'agit d'un meurtre imputé à un Prêtre : c'est des absolutions qu'elle parle encore sur le chap. *requiritis* ; car après s'être ainsi exprimée, *de dispensatione Episcoporum, dico quod ubicumque non est prohibita dispensatio ibi possunt dispensare* : elle appuie sa proposition sur le chap. *nuper*, *de sentent. excomm.* où il s'agit d'une absolution. La glose sur le chap. *si quis diaconus, distinct.* 50. regardé les absolutions & ces dispenses, comme des actes de justice de la part des Evêques, & non de grace : *Nota dispensationem esse debitam*, n. 11. *quæst.* 3. *plerumque*. Or dans ce chap. tiré d'une homélie de St. Gregoire, sur les Evangiles, il est question d'une absolution.

Les absolutions étant réputées actes de justice & de nécessité, les Papes & les canonistes qui leur sont dévoués, les ont laissées sans peine aux Evêques, parce que la distribution de cette espece de dispense ne flate pas beaucoup cette puissance monarchique du Pape, & qu'au contraire les dispenses dont il s'agit, étant réputées par ces canonistes des rescrits purement de grace, sont selon eux, des attributs de souveraineté, à laquelle seule il appartient d'en faire la distribution, & voilà le motif de la distinction qu'ils admettent entre les dispenses & les absolutions, & de la différence des décisions du chap. *dilectus*, *de tempor. ordinat.* & du chap. *nuper*, *de sentent. excomm.* dont nous avons déjà parlé : la glose & les canonistes Ultramontains sont entierement déclarés pour le Pape ; ce n'est pas chez eux qu'il faut chercher des armes pour combattre notre auteur, puisqu'il parle le même langage qu'eux.

Pour moi je trouve que ces distinctions choquent directe-

ment l'institution de l'Episcopat : que cette doctrine est contraire à celle des anciens Peres de l'église. Quant à l'institution de l'Episcopat , bien loin qu'on puisse tirer ces distinctions des paroles de J. C. lorsqu'il donna la Mission à ses Apôtres , on trouve au contraire que la puissance spirituelle & la juridiction qui en est inséparable , leur ont été données pleinement & sans distinction de cas & de matieres : *Data est mihi omnis potestas; euntes, &c. sicut misit me pater, & ego mitto vos, &c.* Jesus-Christ n'a pas réservé à Pierre certains cas ; Pierre lui-même , dans l'exercice de son Episcopat , ne s'est point regardé comme privilégié en juridiction , il ne s'est point fait de réserves ; s'il eût dû donner quelque marque de cette souveraineté que l'auteur lui attribue , ç'auroit été sans doute lorsqu'il fut question de dispenser les Gentils , qui embrassoient la foi , des cérémonies auxquelles la loi de Moïse assujettissoit les Juifs ; Pierre auroit sans doute alors parlé en maître , & envoyé son rescrit de grace & de dispense à ces Gentils ; mais ce fut le concile , le corps des Apôtres assemblés qui leur envoya à son nom la délibération & la dispense. *Visum est Spiritui sancto & nobis, nihil ultra, imponere vobis oneris, &c.* (1) Le langage des PP. de l'église rejette ces distinctions, ils nous apprennent qu'il n'y a qu'un même Episcopat : *cujus à singulis in solidum pars tenetur Episcopatus unus est.* L'Episcopat de Pierre est donc le même que celui de Jean & des autres Apôtres. *Hoc erant utique cæteri Apostoli quod fuit & Petrus pari consortio præditi honoris & potestatis.* (2)

La qualité de chef n'a point été donnée à Pierre pour absorber en elle toute la juridiction ecclésiastique , mais pour conserver , comme nous avons déjà dit , l'unité de l'église , & empêcher les schismes.

Les Evêques ne sont point exclus de dispenser par le concile de Latran , qui a restreint les empêchemens dirimans au

(1) *Actes chap. 15.*

(2) *St. Cyprien, in tract. de unitate eccles.*

Quatrième degré de parenté ; il n'y a aucune loi ecclésiastique qui leur ôte ce pouvoir : l'auteur est forcé d'avouer, 1) qu'il n'y a aucun concile qui ait réservé au Pape les dispenses, mais qu'elles lui appartiennent naturellement. Si le concile n'a pas réservé les dispenses dont nous parlons au Pape expressément, & par exclusion aux Evêques, & que les Evêques ayant de droit commun la juridiction nécessaire pour dispenser, se soient maintenus dans la possession d'accorder les dispenses ; le droit de dispenser leur est irrévocablement acquis dans toute l'étendue de leur territoire, & cela, avec d'autant plus de raison, que les dispenses au troisième & quatrième degré de parenté, sont si favorables, suivant l'observation du docte Fevret, qu'elles ne peuvent être refusées sans injustice (2), mais les dispenses sont des rescrits de grace qui ne peuvent émaner que de la juridiction suprême du Pape, elles sont odieuses & blessent le droit commun, auquel le Pape seul peut déroger.

Les dispenses sont des rescrits de grace & de justice tout ensemble ; la nécessité ou l'avantage spirituel de l'impétrant en doit être la mesure & la règle (3) : dans cette vue la dispense est un rescrit de justice ; hors des cas de nécessité & d'utilité, elle est abusive : or quel est le juge plus naturel & le plus compétant de ces deux différens cas, que l'Evêque, le Père spirituel des Peuples, que la providence lui a confiés (4) : mais quant les dispenses seroient de purs rescrits de grace, elles n'en appartiendroient pas moins aux Evêques, parce que c'est là un attribut de leur juridiction naturelle, & qu'ils sont les dispensateurs légitimes de tout ce qui peut concourir au salut & à l'avantage spirituel de leurs diocésains. Cette vérité est

(1) pag. 30. (2) de l'Abus, liv. 3. chap. 1.

(3) Glossa in c. requiritis 1. q. 7. dispensatio est juris communis relaxatio necessitate vel utilitate facta, Laym. liv. 1. tract. 4. chap. 32. num. 1.

(4) Antistites communes christianorum omnium patres. August. in psalm. 86.

si constante, qu'elle a forcé les Canonistes les plus dévoués au Pape sur cette matiere de tenir cette doctrine, que l'Evêque peut dispenser sur les empêchemens dirimens du mariage dans le concours de ces quatre circonstances : *quod impedimentum sit occultum, quod matrimonium servatis ecclesiæ solemnitatibus fuerit contractum, quod probabilis ignorantia fuerit tempore contractûs, & quod ad Papam difficilis sit recursus.* (1)

D'autres Canonistes ont reconnu dans l'Evêque le droit de dispenser sur les empêchemens dirimens du mariage, avant le mariage, même célébré, s'il y a nécessité évidente, & que le recours au Pape soit difficile (2); mais l'opinion des Ultramontains la plus commune, est que les dispenses de mariage sur les degrés de parenté, dont parle le chap. *non debet, extra de consang. & affinit.* sont réservées au Pape, & de là l'auteur a pris occasion de soutenir qu'elles lui appartiennent, parce que l'opinion des Docteurs fait une partie du droit commun : cette proposition est vraie, quand l'opinion des Docteurs est conforme elle-même au droit, & qu'elle a pour fondement des maximes ou des principes reçus ; mais ici où leur opinion est appuyée sur cette idée de monarchie du Pape dans l'église universelle, que nous rejettons, & sur le droit qu'ils donnent au Pape de dispenser dans tous les Evêchés, privativement à l'ordinaire ; cette opinion peut-elle faire titre au Pape dans un Royaume, où l'on a des maximes toutes opposées à l'opinion de ces Docteurs, au préjudice de ces Evêques, qui ont précieusement conservé leurs droits par la possession où ils se trouvent de dispenser au troisième & quatrième degré ?

Au surplus, les dispenses n'ont rien d'odieux par elles-mêmes, puisque c'est la nécessité ou l'utilité de l'impétrant qui leur donne lieu, & que dans ces circonstances, c'est un acte de jus-

(1) Navar. Concil. 14. de consang. & affinit.

[2] Sanchez, lib. 2. de matrim. chap. 40. num. 7. Villal. en sa somme, tom. 1. tract. 14. diffic. 25. num. 6.

vice ; mais si elles étoient odieuses , ainsi que l'auteur l'allègue , changeroient-elles de nature en la main du Pape ? non sans doute , puisque nous ne lui reconnoissons point & qu'il n'a pas plus de pouvoir de dispenser contre la prohibition des saints décrets que les Evêques (1) , mais le pouvoir de dispenser de la rigueur des canons concernant la dispense ecclésiastique , étant sous-entendu dans la disposition des canons même , lorsque la nécessité , qui est une loi supérieure à toutes les autres , l'exige [2] , ces dispenses peuvent être accordées par l'Evêque , à qui le concile est présumé avoir conservé le pouvoir ordinaire qu'il a , dès qu'il ne le lui a pas ôté expressément , puisqu'il est juge naturel des besoins spirituels & de tout ce qui a rapport au salut de ceux que la providence a soumis à sa juridiction.

Les Papes des derniers siècles n'ont laissé aux Evêques que le pouvoir de dispenser sur ces empêchemens de mariage , qu'on nomme prohibans , qui sont un obstacle au mariage à contracter , mais qui ne le rompent point quand il est contracté , comme par exemple , d'avoir connu charnellement la parente de son épouse , suivant la décrétale de Celestin III. au chap. *transmissa* , de *eo qui cognov. consanguin. uxor. suæ* : ces dispenses étant proprement des absolutions d'un péché commis , ne flatoient pas beaucoup l'autorité des Papes , qui regardoient ces absolutions comme des actes nécessaires & de justice , au lieu que les dispenses de contracter mariage avec sa parente , au degré prohibé par le concile , leur ont toujours paru un droit réservé au successeur de Pierre : mais qu'importe aux Evêques que les Papes ayent statué sur cette matière , s'ils ont dérogé par leurs constitutions , à la juridiction ordinaire de l'Episcopat , & à un droit entretenu par la possession ; nos libertés les défendront toujours contre les nouveautés & les entreprises de la Cour de Rome : mais , nous dira ici l'auteur , en 1408 , l'Eglise Gallicane (3) tenant un con-

(1) *Per. Cast. matieres bénéf. tom. 2. quest. 5. pag. 82.*

2) *De reg. jur. in 6. reg. 4.* (3) *pag. 63.*

cile national à Paris, pour délibérer comme on devoit se conduire pendant le schisme d'entre Gregoire XII. & Pierre de la Lune arrêta que pour les dispenses de mariage, jusques au quatrieme degré de consanguinité, on se retireroit au pénitencier du St. Siege pour les obtenir de lui : où est donc ici, continue l'auteur, le pouvoir que l'église de France reconnoît sur ce point en la personne des Evêques, puisqu'elle-même n'en parle pas, ne doutant point que cet effort ne soit au-dessus de leurs forces.

L'auteur parle d'un concile national, tenu à Paris l'année 1408. Durant le schisme des Papes, dans tout le quinzieme siecle, il n'y a point eu de concile national à Paris, ni pendant le temps du schisme dont il parle, dont le commencement pût être rapporté au Pontificat de Clement VII. l'an 1378, qui tint le Siege à Avignon contre le Pape Urbain VI. Ce schisme se perpétua après la mort de Clement VII. jusques à l'abdication volontaire de la papauté de Felix V. en faveur de Nicolas IV. l'an 1448. Ce concile est donc supposé, de même que la délibération des Prélats de France, qui n'auroient eu garde de faire brèche dans une assemblée nationale, à un point de juridiction aussi intéressant que les dispenses de mariage ; s'il y avoit eu quelque délibération à ce sujet, elle n'auroit pu regarder les Evêques qui jouissoient alors, tout comme aujourd'hui, de ce droit de dispenser au troisieme & quatrieme degré, mais seulement ceux qui s'en trouvoient alors dépouillés par le Pape : d'ailleurs le temps auquel l'auteur rapporte cette prétendue délibération, étoit un temps de confusion & de trouble pour l'Eglise Gallicane, ses libertés étoient pour ainsi dire suffoquées par la puissance des Papes ; elles ne commencerent à revivre que par les décrets solennels de la pragmatique de Bourges, qui, arrêtant le cours des entreprises de la Cour de Rome, sur la juridiction des Evêques, les rétablit dans la plupart de leurs droits.

OBJECTION.

## O B J E C T I O N.

**N**OUS ne prétendons pas néanmoins dire , ajoute l'auteur (1), que les Evêques ne puissent connoître des empêchemens dirimens du mariage , parce que ce sont questions de fait , & qu'ils ne le puissent disjoindre & déclarer nul , ou le confirmer , en tant qu'il se trouve conforme aux constitutions canoniques ; mais autre chose est , d'exécuter les saints décrets par un jugement avec juridiction ; autre chose de les violer par une dispense sans pouvoir.

Si l'Evêque peut disjoindre un mariage , qui se trouve contraire aux constitutions canoniques , il faut conclure qu'il est le ministre & le délégué né du Concile dans son Diocèse , pour en faire exécuter les décrets ; s'il peut disjoindre un mariage contracté contre la prohibition des saints décrets , pourquoi ne pourra-t-il pas dispenser dans le cas de nécessité sur les empêchemens dirimens dont nous parlons ; car en cela il ne faut autre chose que suivre l'esprit du Concile & du Législateur , dont il est le ministre & le délégué ; s'il l'est pour un cas , pourquoi ne le sera-t-il pas pour l'autre ? Mais en dispensant il violeroit sans aucun pouvoir les saints décrets , foible ressource. La dispense que l'Evêque accorde dans le cas de nécessité , loin de violer les canons , n'est que l'exécution des canons mêmes , puis qu'il ne fait qu'appliquer l'esprit de la loi , au cas qui se présente , & s'y conformer en accordant des dispenses dans les cas de nécessité toujours exceptés de la rigueur du canon & de la loi. Si dispenser est violer les saints décrets , le Pape n'a pas plus de droit que l'Evêque , puisque suivant nos libertés gallicanes , toute dispense qui tend à violer la disposition des canons est nulle & abusive , plus encore dans le Pape que dans les Evêques , qui , à cause de la prééminence de son Siege & de sa qualité de

(1) pag. 72.  
1622 1 l.

chef des Evêques doit non-seulement procurer dans l'Eglise l'exécution des saints décrets, mais les exécuter lui-même : *quod universalis ecclesie probavit assensus, nullam magis exequi sedem præ cæteris oportere quàm primam.* [1]

### O B J E C T I O N.

**S** Il la puissance épiscopale avoit été donnée aux Evêques immédiatement par J. C. l'Eglise ne pourroit point la leur ôter : Or l'Eglise peut ôter la puissance de la juridiction, comme il se voit en la personne d'un Evêque suspendu, excommunié, hérétique. De là l'auteur tire cette conséquence, que le pouvoir de dispenser, qui est de juridiction, n'a pas été donné aux Evêques par J. C. & que le Pape peut les en exclure, puisque toute la juridiction des Evêques émane de lui. Nous avons déjà établi que les Evêques tiennent immédiatement leur juridiction de J. C. ainsi cette proposition ne sera pas difficile à combattre.

L'Evêque excommunié perd l'exercice de l'ordre & de la juridiction tout ensemble, choses liées & connexes. L'exercice de l'un & de l'autre dépend de l'Eglise, ainsi avons-nous observé que St. Jacques Apôtre fut établi Evêque de Jérusalem par trois Apôtres ; mais il avoit déjà reçu l'ordre & la juridiction de J. C. même. L'Eglise peut bien suspendre l'exercice de l'ordre & de la juridiction pour cause ; mais elle ne peut effacer le caractère sacerdotal, imprimé dans la consécration aux Evêques, parce qu'ils sont d'initiation divine, ce que l'Eglise peut ôter aux Evêques, c'est-à-dire, l'exercice de l'ordre & de la juridiction, elle le peut de même aux Papes, témoin la déposition des Papes, faite d'autorité des conciles : si les Papes n'ont rien de privilégié à ce sujet sur les Evêques, & que la puissance qu'ils exercent puisse leur être ôtée par l'Eglise avec connoissance de cause ;

[1] Cap. *Constatimus* 25. *quest.* 1.

il faudroit donc conclure que la puissance épiscopale leur a été donnée par l'église, & qu'ils ne l'ont pas d'institution divine, ce qui seroit absurde à penser, car le Pape & les Evêques ont cette puissance de droit divin; l'église ne fait que la mettre en œuvre, en donnant territoire à la juridiction, l'exercice à l'ordre; de sorte que quand l'église excommunie un Evêque, elle ne lui ôte que l'exercice du pouvoir sacerdotal, ce qui est si constamment vrai, que l'absolution fait rentrer *ipso facto* l'Evêque excommunié dans ces anciens droits: or si la puissance lui avoit été ôtée, il lui faudroit une nouvelle consécration.

## O B J E C T I O N.

**L**E Concile de Trente\* n'a pas expressément ni tacitement accordé le pouvoir de dispenser aux Evêques, ainsi qu'il seroit nécessaire; la permission n'est point expresse, puisqu'il n'est fait aucune mention d'eux; elle n'est point tacite, puisque toutes les bouches & plumes du monde leur refusent ce pouvoir.

1°. Les Evêques n'ont pas besoin d'une permission expresse du concile de Trente, il suffit qu'il ne contienne point de dérogation au droit commun, & à leur pouvoir ordinaire de dispenser. 2°. Comme le concile de Trente n'est reçu parmi nous, quant à la discipline, qu'autant qu'il est conforme à la police du Royaume, & aux libertés gallicanes. Si le droit des Evêques se trouvoit blessé sur ce point par quelque décret dérogeant à la possession où ils sont, d'accorder des dispenses; ce décret ne pourroit jamais altérer leur droit, & passeroit pour abusif, parce que la possession des Evêques est fondée sur l'institution même de l'épiscopat, & n'est autre que l'exercice de leur juridiction naturelle. Les bouches & les plumes dont parle l'auteur, sont celles de cet amas de

\* Pag. 166.

Canonistes Ultramontains, Italiens ou Espagnols, qui ont écrit dans les derniers temps, ou l'opinion de puissance monarchique du Pape dans l'Eglise universelle étoit répandue dans toutes les écoles étrangères; ce sont là des autorités suspectes à nos libertés gallicanes, qui rejettent non-seulement les pratiques, mais les décisions contraires à la pureté de l'ancienne discipline, & au corps des Canons apportés en France par Charlemagne, de la collection de Denis le Petit, & aux conciles de l'Eglise gallicane. Trouve-t-on quelque concile national de France, qui ait dépouillé les Evêques de ce droit de dispenser, pour le déferer tout entier au Pape, si la pragmatique de Bourges, si le concordat qui en a modifié ou restreint la disposition sur les points de discipline ecclésiastique, & qui a fixé la juridiction du Pape & des Evêques, ôtoient à ceux-ci l'exercice de ces dispenses, & les attribuoient au Pape, ils ne pourroient les accorder sans abus, parce qu'ils entreprendroient contre une loi de police ecclésiastique du Royaume; mais que des Canonistes étrangers, Regnicoles même si on veut, publient dans leurs écrits que le Pape seul peut dispenser sur les empêchemens dirimans du mariage, c'est ce qui ne peut porter atteinte au droit des Evêques, & il ne faut point espérer qu'à la faveur de ces opinions, la doctrine de l'auteur puisse trouver quelque crédit chez des peuples jaloux de leurs libertés, & dans des Tribunaux qui se font une loi de les défendre.

Les Arrêts des Parlemens du Royaume ont maintenu les Evêques dans la possession où ils étoient, d'accorder des dispenses au troisieme & quatrieme degré de parenté. Mr. de Casellan en rapporte un de la Cour\* qui déclara n'y avoir abus dans la dispense accordée au quatrieme degré par le grand vicaire de Narbonne, l'opinion du Canoniste que nous combattons étoit le fondement de l'appel comme d'abus; les circonstances étoient d'ailleurs favorables pour l'appellant. La Cour sans entrer dans la discussion de la question,

\* Arrêt du 13. Juillet 1676. liv. 1. chap. 28.

qui lui parut d'une grande étendue, se détermina sur la simple possession où étoit Mr. l'Archevêque de Narbonne de dispenser au quatrième degré. Cet Arrêt nous a donné lieu d'entrer nous-mêmes dans l'examen de la question & des autorités, sur lesquelles notre Canonille fondeoit cette exclusion qu'il donne aux Evêques de dispenser au troisième & quatrième degré, & cet examen nous a mené à la critique de son ouvrage, qui n'a eu d'autre objet que de défendre la vérité; car si s'est opprimer la vérité que de ne pas la défendre, suivant l'expression des canons : *veritas cum minimè defensatur, opprimitur* †; pouvions-nous garder le silence dans cette occasion, sans nous rendre coupables d'une lâche complaisance, pour une opinion & des maximes qui choquent directement nos libertés gallicanes, pour lesquelles nous devons, à l'exemple de nos illustres maîtres, témoigner notre zèle dans toutes les occasions où elles peuvent être attaquées ou blessées ?

Il y a un autre Arrêt rendu sur cette matière par le Parlement de Provence \*, qui a préjugé la question en faveur des Evêques. L'Evêque d'Apt avoit accordé une dispense de mariage au troisième & quatrième degré; l'Official d'Aix annulla par sa sentence le mariage contracté sous la foi de cette dispense, après avoir interloqué & ordonné qu'il seroit fait preuve de la possession où étoit l'Evêque d'Apt de dispenser; l'affaire ayant été portée au Parlement de Provence, il fut ordonné sur les conclusions des gens du Roi, que la partie qui cottoit grief contre cette sentence, se pourvoiroit par la voie de l'appel comme d'abus. Si les Evêques étoient exclus de ce pouvoir, le Parlement n'auroit point réservé cette voie de l'abus contre la sentence de l'Official d'Aix, qui faisoit le fonds du procès, & la principale matière des contestations des parties; mais comme l'appel comme d'abus est une voie

† *Distinct.* 83. cap. 3.

\* Arrêt du 17 Février 1667. rapporté par *Do.ifface*, tom. I. liv. 5. tit. 10. chap. 2.

extraordinaire, sagement établie, pour défendre dans les différentes occasions les libertés gallicanes, & que la juridiction des Evêques fait partie des droits de l'Eglise gallicane. Le Parlement réserva cette voie au demandeur, comme un moyen assuré d'emporter la sentence de l'Official d'Aix, & de faire subsister le mariage, si la possession de l'Evêque d'Apr. de dispenser au troisieme & quatrieme degré de parenté étoit prouvée.

Il y a, au reste, très-peu de préjugés des Cours sur cette matiere ; mais comme ce n'est pas sur le nombre des préjugés, mais sur le droit & sur la disposition des loix que les décisions doivent être rendues  $\Delta$ , il nous suffit ici d'avoir pour nous le droit commun & ordinaire ; je veux dire que les Evêques ayent d'institution divine la juridiction nécessaire pour accorder ces dispenses, que cette partie de leur juridiction ne leur ait point été ôtée par aucune constitution conciliaire, reçue en France pour l'attribuer au Pape, & qu'ils se soient maintenus dans l'exercice de cette même partie de leur juridiction, pour qu'ils n'y puissent être troublés sans abus par le Pape. C'est ce que nous venons d'établir sur les autorités plus respectab. qu'il y ait parmi nous dans cette matiere.

Passons plus avant, & supposons que les Evêques, depuis le Concile de Latran, qui a restreint les empêchemens dont nous parlons au quatrieme degré de parenté inclusivement, eussent eu cette tolérance & cette déférence pour le Siege de Rome, de ne pas toucher à ces dispenses, & qu'ils lui en eussent laissé l'usage. S'ils ont ensuite repris la possession de leur ancien droit, & qu'ils y soient maintenus pendant le temps requis pour preferire, ils sont rentrés par-là dans leur droit primitif ; car les choses reprennent aisément leur premier état, & rentrent bien-tôt dans leur liberté naturelle : *Res de facili ad suam naturam revertitur, cap. ab exordio, dist. 34. res de facili, revertitur ad alveum antiquum unde*

$\Delta$  *Cum non exemplis sed legibus judicandum sit. leg. nemo judex 15. c. de sent. & interl. onin. judic.*

*proceffit. gloss. pragmat. sanct. in præm. verbo Universis.* Or la possession du Pape étant une servitude, à laquelle la liberté naturelle des Evêques & leur faculté de dispenser demeureroit assujettie. S'ils ont repris cette possession, ils doivent y être maintenus; car la possession étant dans cette matière le vrai titre du Pape, ainsi que notre Canoniste est forcé de l'avouer dans son chap. 7. dès que cette possession vient à lui manquer, le titre lui manque, puisque ce ne peut être que par une coutume prescrite qu'il jouit d'un droit commun par institution à tous les Evêques, & par l'usage qu'ils en ont fait pendant les huit premiers siècles de l'Eglise. Ainsi, si un Evêque se trouve dans une possession quarantenaire paisible & non-interrompue de dispenser, il doit y être maintenu; car ce temps est suffisant pour prescrire d'Eglise à Eglise, quelque privilégié que soit celui contre lequel on a la possession, comme est, par exemple, l'Evêque, à qui la collation des bénéfices appartient de droit commun, & contre lequel néanmoins le Chapitre † peut prescrire la collation des bénéfices par la possession quarantenaire. La prescription seroit ici d'autant plus favorable, que les Evêques, ainsi que nous l'avons déjà établi, ont pour eux le droit commun & la loi de l'institution de l'épiscopat qui veille sans cesse, & qui les établit les dispensateurs légitimes; & de tout ce qui a rapport au régime spirituel & au salut de leurs diocésains, & les juges des cas de nécessité qui peuvent donner lieu aux dispenses.

† *Cap. cum olim, de causa poss. & propr. Garcias, de Benef. part. 5. cap. 5. num. 15. Filiucius, de benef. tract. 41. cap. 2. num. 35.*

*Fin du second Tome.*



TABLE DES MATIERES ET DECISIONS  
 contenues dans le second Tome des Observations & Additions de l'Auteur, dressée par ordre alphabétique.

## A

**A**CCUSATION d'homicide du valet, ou d'excès, commis sur la personne. Si elle peut être intentée par le maître. p. 367

*Acquereur* de mauvaise foi d'un fonds, ne peut prétendre contre le vendeur la pleine garantie, mais la simple restitution des deniers. 140

*Acquisitions* faites par la femme pendant le mariage, qui s'est constituée en tous ses biens, dans quelles circonstances peuvent appartenir à ses héritiers. 13

*Actes* d'un procès. La partie adverse peut prendre telles inductions que de droit des actes communs dans le procès, si l'autre les retient sans en vouloir faire la remise, à moins que la perte & l'égarément en soient prouvés. 218

*Actions* rescisoires, quoique non préparées passent aux

Tome II.

héritiers, mais non aux créanciers. 156

*Action*. Si l'action de *inofficiosis donationibus* passe aux héritiers étrangers des enfans à qui elle compete. *ibid.*

*Adultere* commis par un Prêtre dénué des circonstances aggravantes, comme d'avoir voulu prouver l'avortement de la femme enceinte, est un délit commun. 38

*Adulterins*. Fille adultérine peut être dotée par la mere, ou la mere, à la charge de retour de la dot en cas de décès sans enfans. 51

*Adulterins* doivent être alimentés par le pere & l'aïeul, jusques à un certain âge. *ibid.*

*Adulterins* ou incestueux. Si les enfans de cette espee, peuvent être légitime, à l'effet de succéder à leurs peres & meres, quoique le pere ait obtenu dispense d'épouser celle *quam polluerat per adul-*

h h h

- terium.* 52
- Adultere.* Quelle fut la peine des femmes adulteres dans l'ancien Empire romain. 34
- Adultere.* Enfant adultérin, s'il doit avoir les alimens sur la dot adjugée au mari par la condamnation prononcée contre la femme. 35
- Adultere.* Si l'accusation compete au mari en seul, & en quel cas l'action passe aux héritiers du mari. 35
- Adultere.* Si en cas de concivence du mari à la débauche de la femme, le Procureur du Roi est personne légitime pour faire le procès par forme de Police. 36
- Adultere.* Si l'adultere commis par un homme, mérite une peine, & dans quelles circonstances, il est poursuivi extraordinairement. 37
- Alimens* fournis par une mere, par un pere à ses enfans, ou par un ami; s'ils peuvent être demandés, & dans quelles circonstanc. 189
- Anticrese.* Si le créancier doit imputer sur le capital les fruits perçus qui excèdent considérablement les intérêts légitimes. 127
- Aubaine.* Si le droit d'aubaine a lieu contre un Officier étranger, qui étant au service du Roi, vient à décéder, dans la route qui le conduit à sa patrie pour s'y retirer, & si l'on peut saisir son argent & son équipage par droit d'aubaine. 43
- Augment* dotal conventionnel; s'il peut être répété sur les biefs du mari qui n'a point reçu la dot promise. 91
- Avocat.* S'il peut être forcé de porter témoignage contre son client pour un fait qui est entré dans la défense de sa cause. 156
- Avocat.* S'il doit être dispensé de l'examen après une postulation de 20 ans, lorsqu'il est pourvû d'un office de Conseiller ou de Président en Cour supérieure. 369
- Nota.* Le terme de client, étant relatif à celui de Patron ou défenseur de la cause (qui est l'Avocat) ne peut convenir au Procureur, qui n'a point en main cette défense, mais seulement le droit de représenter la partie en jugement, de signer les requêtes, & de porter les instances telles que de droit.
- Allocation* des créanciers. Créancier privilégié dans une

allocation , est celui qui par son travail , ou argent fourni , a contribué à la réparation ou à l'entretien du fonds. 253

*Actes* ou stipulations passés *ex continenti* , sont réputés faire un seul & même corps de contrat. 209

B

*Bancs*. Si le droit de banc peut être prescrit par un particulier dans le nef de l'Eglise paroissiale. 330

*Bannimens*. Dans le concours des bannimens , on donne la préférence à celui qui se trouve antérieur en date , quoique le créancier soit postérieur en hypotheq. 282

*Nota*. Il a été rendu un Arrêt conforme à ceux insérés dans le Chapitre & page ci-dessus, le 16 Juillet 1732 , en la troisieme Chambre des Enquêtes après partage , au rapport de M. le Blanc , compartiteur M. Malaret , entre le Sieur Robin de Graveson de Montpellier , & le Sieur Debois. Le partage fut vuïdé en la premiere des Enquêtes , selon l'avis du compartiteur *nemine contradicente*.

*Bans* de mariage. Si la dispense des bans , & la célébration faite sur la publica-

tion d'un seul , peut préjudicier aux créanciers qui n'ont point usé de dénonce à la fiancée pour conserver leur hypothèque. 68

C

*Cas privilégié*. C'est un cas privilégié , quand un Curé refuse la communion à la Ste. Table à un paroissien. 39

*Cause finale* d'une donation , en quoi differe de la cause impulsive. 231

*Caution*. Si la caution de la rente constituée étant devenue insolvable , le débiteur de la rente est obligé de donner au créancier une nouvelle caution. 225

*Cédant* n'est pas tenu de la solvabilité du débiteur délégué , s'il ne l'a promise , mais seulement de la vérité de la dette. 166

*Cession* des sommes dotales. La femme ne peut agir contre le débiteur des cas dotaux délégué par son mari , quand la cession a été faite & signifiée dans un temps non suspect , soit que le débiteur fût au terme de payer ou non. 95

*Cession*. Les intérêts d'une somme cedée courent au profit du cessionnaire , & non du cé-

dant ; même avant la signification de la cession au débiteur.

93

Cession de dette. Si la cession faite sur un débiteur qui a une compensation à opposer au cédant pour partie de la dette , peut être résolue sur la demande du cessionnaire , par cela seul que toute la somme ne se trouve point due , & si le cédant peut contraindre le cessionnaire à garder la cession , en lui faisant compte de ce qui doit être compensé.

196

Cession des droits litigieux. Quand les cessions sont cassables , on peut se pourvoir par simple demande sans lettres en rescision des cessions au-delà même de dix années.

244, 245

Cession de biens n'est pas reçue pour une condamnation d'une somme adjudgée en matière criminelle pour tous dépens , dommages & intérêts. 4

Cession de biens , est toujours reçue en matière civile pour le fonds de condamnation après le jugement du procès , à moins qu'il n'y ait du dol personnel de la part du demandeur en cession , la cession affranchit le

débiteur de toute exécution sur les biens acquis après la cession.

286

Cohéritier n'est obligé envers le créancier de l'hérédité que personnellement pour sa part & portion , quoique le créancier ait une action hypothécaire sur tout le corps de l'hérédité. 199

Commandement de payer sans assignation , n'interrompt point le cours de la prescription.

240

Confreries ne sont point habiles à recevoir des legs pieux , si elles ne sont autorisées par Lettres-Patentes du Roi.

174

Contrats. Quels sont ceux qui s'exécutent provisoirement , *lite pendente*.

300

Créanciers postérieurs , peuvent être évincés par les antérieurs de ce qu'ils ont reçu en paiement des mains de l'héritier bénéficiaire , & cela pendant 30 ans , à la différence des tiers - acquereurs , qui ne peuvent être inquiétés après 10 ans.

261

Crimes de leze - majesté divine & humaine , & ce qui les caractérise des peines qui leur sont infligées , ensemble du crime de leze - majesté

humaine au second chef, comme de trahison contre l'Etat, d'homicide volontaire de soi-même. 295, 296

D

*Décret.* Si après dix ans de la mise en possession, le décrétiste est tenu de remettre les pieces du décret, quand on l'attaque par la voie de la nullité. 295.

*Décret.* Rabattement de décret, est refusé au fils émancipé *vivente patre* sur les biens du pere; dans quel tems il faut se pourvoir au rabattement de décret. 262, 266

Si on peut être reçu en rabattement contre le tiers acquereur des biens décrétés. 263

*Décret* pour que le fils soit reçu au rabattement des biens du pere; il faut que le décret ait été poursuivi sur la tête du pere, & non sur celle d'un autre enfant. 264

*Décret.* Le Juge du Lieu, où le principal bien saisi, & le principal manoir du débiteur discuté se trouvent, peut adjuger le décret sur d'autres biens du débiteur, saisis par le même exploit, quoique situés dans une autre juridiction. 264

*Décret.* Celui qui a été reçu au rabattement, est obligé de faire les avances des fraix de la liquidation des sommes dues au décrétiste. 265

*Décret.* Si le rabattement peut être accordé au substitué, quoique descendant du débiteur discuté. 267

*Dénonce* d'hypothèque à la future épouse, si elle doit être faite nécessairement à la personne, ou s'il suffit de la faire au domicile. 67, 68

*Dénonce* d'hypothèque à la future épouse, se fait par équipollent, lorsqu'il y a une saisie générale & des encans des biens du mari avant les épousailles, mais la seule saisie générale ne suffit pas. 69

*Dénonce* d'hypothèque à la future épouse, est suffisamment constatée par la déclaration du pere du futur époux, du montant de ses dettes dans le contrat de mariage. 69

*Dépens* exposés par le Seigneur directe, pour la poursuite de la condamnation concernant les censives, s'ils doivent être alloués au même rang que la censive sur le fonds qui y est assujetti. 260

*Deuil* de la femme, s'il doit être de douze mois. 116

Domages & intérêts liquidés par contrat ; comment doivent être alloués dans la distribution des biens du débiteur. 274

Domages & intérêts, accordés par contrat à celle qu'on a rendue enceinte, s'ils portent intérêt depuis la demande judiciaire. 274

Donation d'une quote-part des biens présens & à venir. Si elle doit tremper au paiement des dettes & charges du donateur existantes au temps de la donation. Si le donataire la prend de ce tems. 194

Donation faite avec réserve, est exempte du paiement des fraix funéraires & des legs qui tombent sur l'héritier de la réserve. 195

Donataire des biens présens, ne doit tremper qu'au paiement des dettes au *pro-rata* des biens donnés. 195

Donation faite avec cette clause, *francs & quittes*, n'assujettit le donataire qui prend la donation au temps du décès du donateur, qu'à contribuer aux fraix des augmentations & améliorations des biens. 194

Donation faite par le pere

aux enfans à naître dans son contrat de mariage, doit être allouée par préférence à la dot & augment de la seconde femme. 80

Donation. De quel temps le donataire des biens présens & à venir dans son contrat de mariage peut prendre la donation. 167

Donataire universel peut répudier la donation, quoiqu'il n'ait point fait d'inventaire, & qu'il ait fait acte de donataire. 168

Donation entre-vifs destituée de toute réserve de la part du donateur, est valable. 170

Donation rémunératoire, si elle est révocable, *in totum*. 77

Donation. Si le pere peut disposer des biens révoqués par survenance d'enfans. 77

Dot ( quoique rentrée en la main du pere, ou par un effet de la puissance paternelle, ou par stipulation expresse du contrat de mariage ) conserve son privilege à l'égard des créanciers du pere, & la même hypothèque sur les biens, du jour dudit contrat, & le pere est tenu de redoter la fille, suivant la même mesure

& les mêmes avantages. 7, 8

Dot. Si les privilèges accordés à la dot passent aux enfans quant aux intérêts de la dot. 22

Dot. Si les privilèges accordés à la femme pour la dot, reçoivent de l'extension à l'augment dotal ou donation de survie. 25

Dot. Fonds dotal aliéné pendant le mariage par le mari & la femme, ne peut être vendu que *constante matrimonio*, encore qu'il y ait une séparation volontaire des mariés, fondée sur l'indigence du mari. 88

Dot. Constitution de dot ou augmentation de dot pendant le mariage, & si la constitution vague de tous les biens comprend les biens à venir.

*Supplément omis dans l'impression sur les Chap. 55, 56 du quatrième Livre.*

La dot peut être augmentée pendant le mariage par deux voies, ou par une reconnaissance de la part du mari, d'une somme par lui reçue outre & par-dessus la constitution dotale, faite par

la femme, lors du contrat de mariage, ou par la reconnaissance d'une somme par lui reçue dépendante de la première constitution qui se portoit sur les biens à venir; dans le premier cas, l'augmentation de la dot ne peut nuire aux créanciers qui ont contracté avec le mari *medio tempore*, qui se rencontre entre le contrat de mariage & le tems de cette augmentation de dot, quand même elle proviendrait d'un supplément de légitime dont la demande & l'adjudication ont été faites depuis le décès du père, qui avoit constitué à sa fille certaine somme pour tous droits de légitime qu'elle pourroit prétendre; quoiqu'il semble que ce supplément, comme accessoire de la constitution dotale, dût jouir du privilège de la dot, même sur les biens du mari, & devancer tous les créanciers; au second cas, & lorsque la reconnaissance est faite par le mari d'une somme dépendante de la constitution dotale, & que le mari a reçue pendant le cours du mariage, il n'est pas douteux que la femme ne conserve son pri-

vilege contre les créanciers du mari. C'est la distinction du Président Faber au lieu cité par l'Auteur, appuyée d'un Arrêt du Sénat de Chamberi, du 8 Juin 1594; au surplus, les reconnoissances faites de la part du mari pendant le cours du mariage, sont réputées avantage indirect, ou pure libéralité de sa part, & dans ce point de vue ne peuvent nuire aux créanciers ni aux tiers - acquereurs, la femme ne devant être allouée dans la distribution du mari qu'en dernier rang, & *in causa lucrativa*.

Pour ce qui concerne la question agitée dans le chap. 56, il semble d'abord que sous la disposition de tous les biens, les à venir doivent être compris; toutefois comme les disposit. même testamentaires, doivent être rapportées au tems du testament, quoique conçues en termes génér. *leg. si ita, ff. de auro & argento legato, & ibi doct.* & que d'autre part la loi décide que les legs de la libération fait aux débiteurs, demeure restreint à ceux qui l'étoient au tems du testament, *leg. Aurelius, §. 1 de liberat. legat.* il s'ensuit que

sous cette diction vague de biens, on ne peut comprendre que les présens; ce qui doit avoir d'autant plus lieu ici, que dans l'espece de l'Arrêt il s'agit d'un contrat dont les clauses sont toujours *stricti juris*.

Dot. Le mari qui en a négligé la demande à l'égard de son beau-pere qui se trouve solvable, en est quitte en cédant aux héritiers de la femme, l'action qui lui compétoit à ce sujet. 90

Dot. Quand est-ce que le pere peut être contraint à doter sa fille. 110

Dot. La constitution faite par le pere après le décès de la mere pour droits paternels & maternels, doit être prise sur les biens du pere, s'ils peuvent supporter la constitution. 115

Dot. Si la femme peut faire donation de sa dot, en faveur du mariage avec le consentement du mari, & si un étranger qui se marie en France, n'y ayant aucuns biens fonds, peut prétendre que la dot lui soit livrée. 9

Dot. Si la femme peut après la dissolution du mariage, révoquer

voquer l'aliénation des biens dotaux, faite du consentement du mari pour le paiement d'une dette du fonds dotée. 8 & suivantes.

Si la dot de la seconde femme de celui qui en mariant son fils du premier lit, avoit déjà reconnu la dot de sa belle-fille, est privilégiée sur celle-ci. 70

Dot. Si les héritiers étrangers de la femme sont alloués au même rang que le capital, en faveur des héritiers étrangers, quoique la femme n'ait point fait demande de la dot. 79

Dot. Débiteur des deniers dotaux, peut valablement payer au mari qu'il connoît insolvable, si son insolvabilité n'est notoire. 87

Dot. Un étranger qui se marie en France, & qui n'y a aucuns biens fonds, ne peut prétendre que la dot lui soit comptée, mais seulement les intérêts. 42

Dot dans la constitution dotale de tous les biens, entrent les fidéicommiss dont la femme est chargée à son décès. 47

Deuil. Le mari ne peut dispenser sa veuve du convol en

secondes noces pendant l'année de deuil, *idem* dit des enfans à l'égard de leur mere. 101

Duel. S'il est nécessaire pour caractériser le crime de duel, que le coupable ait été tué dans l'action, ou si le seul attentat suffit. 295

E

Education des enfans du premier lit, ne peut être ôtée au pere remarié, s'il n'y a des conjectures de danger pour leur vie, auquel cas l'éducation en est commise à l'aïeul ou aïeule. 59

Élection. Si le convol de la veuve dans l'année de deuil, la prive du droit d'élection, à elle déferé par son mari défunt. 30

Emancipation tacite s'établit par l'absence volontaire du pere pendant 10 années, & par la séparation de ses enfans. 95

Emancipation. Si l'Office de Procureur - Général en Cour supérieure renferme émancipation tacite en faveur du fils de famille qui en est pourvu. 96

Enquête, où les témoins déposent d'avoir vu signer la partie, si elle doit prévaloir sur

le rapport des experts qui déclarent le feing faux. 353

*Etrangers*, habitans dans le Royaume, ne jouissent point des mêmes droits des régnicoles. 42

*Exception pecuniæ non numeratæ*, portée par voie d'action, dure 10 ans, du jour du contrat; après quoi le demandeur est irrecevable à déférer le serment sur la réelle numération: cette exception dure 30 ans, si elle est proposée comme telle. 214

*Expilation d'hérédité*; quelle en est la peine. 109

## F

*Femme*. Dans quelles circonstances peut s'obliger pour tirer son mari de prison. 2

*Femme pauvre & indotée*, peut prétendre une portion des biens du mari décidé riche & sans enfans; *idem* le mari pauvre à l'égard de sa femme. 69 & suiv.

*Femmes marchandes publiques*, & des obligations par elles contractées pour fait de leur commerce. *Vide Marchands*.

*Ferme*. Baux à ferme passés par le Bénéficiaire, s'ils doivent être entretenus par le successeur au bénéfice par

mort, par résignation *in favorem*, & par permutation.

227

*Ferme*. Si après la dissolution du mariage par mort, la femme est obligée d'entretenir le bail-à-ferme de ses biens dotaux passé par son mari, & si le substitué est obligé d'entretenir le bail-à-ferme passé par l'héritier grevé des biens substitués, & l'adulte le bail passé par son ancien tuteur.

228, 229

*Fiancée* n'est tenue de rendre au fiancé, en cas de dissolution des fiançailles, que les choses qui sont de quelque valeur, dont il lui avoit fait présent, à moins qu'elle n'ait donné lieu à cette dissolution.

5, 6

*Fiançailles* du clerc, rendent son bénéfice impétrable, quoiqu'il ne vacque *ipso facto* que par la célébration du mariage. 6

*Fils de famille mineur*, ne peut être relevé de l'obligation qu'il a contractée pour tirer son pere de prison, s'il n'en peut sortir que par le secours de cette obligation. 3

*Fils de famille majeur de 25 ans* ne peut être relevé des obligations qu'il a contractées

- Solidairement avec son pere. à l'entier payement de ce qui  
156 lui est dû, outre & par-des-  
sus le montant de l'engage-  
ment, & cela au préjudice  
du créancier antérieur. 129
- Fils de famille, peut faire  
l'aliénation du fonds, dont  
la donation lui a été faite par  
le pere dans son contrat de  
mariage, sans réserve de  
l'usufruit de la part du pere,  
mais hors ce cas le fils non  
émancipé ne peut faire cette  
aliénation, quoique la pro-  
priété du bien lui appartien-  
ne, tandis que l'usufruit de-  
meure réservé au pere. 180  
181
- Foires ou marchés. Si les  
choses vendues en foire peu-  
vent être évincées de l'ache-  
teur par le véritable maître,  
en payant le prix. 186
- Fraix funéraires de l'héri-  
tier grevé, s'ils doivent être  
pris subsidiairement sur les  
biens substitués. Si le mari qui  
par le décès de sa femme ga-  
gne une partie de la dot, doit  
trempier au *prorata* de ce gain  
dans les fraix funéraires de sa  
femme. 280
- Fruits liquidés ne produi-  
sent point d'intérêt, même  
depuis la demande judiciaire.  
257
- G.
- Gage. Le créancier a droit  
de retention du gage, jusques
- à l'entier payement de ce qui  
lui est dû, outre & par-des-  
sus le montant de l'engage-  
ment, & cela au préjudice  
du créancier antérieur. 129
- Gageures. Les obligations  
contractées à cette occasion  
sont valables, lorsque le sujet  
qui leur a donné lieu n'est  
point contre les bonnes  
mœurs, mais il faut qu'il y  
ait une consignation réelle ou  
déposition du gage. 224,  
225
- Garantie d'un fonds ven-  
du, *vide* Vente
- Garantie. La prescription  
de la demande en contre-ga-  
rantie, ne court contre celui  
à qui elle est due, que depuis  
le jour qu'il a été dépossédé.  
202
- Garantie renferme deux  
actions, l'action d'assistance  
en cause qui compete au ga-  
rant *mota questione*, la se-  
conde, qui est la pleine garan-  
tie, ne compete au garanti  
qu'après le jugement exécuté  
qui le condamne au délaisse-  
ment du fonds à lui vendu.  
201
- Garantie n'est jamais due,  
ni la restitution des deniers  
au cessionnaire qui a acquis le  
droit d'un créancier jouis-

fant du fonds *jure pignoris*, & à titre d'hypothèque, le cédant n'étant tenu dans ce cas envers le cessionnaire que de lui garantir la priorité d'hypothèque à tout autre créancier. 198

Garantie est due par le donateur, quand la donation est rémunératoire, ou lorsque la garantie a été expressément promise, ou que l'appas du mariage a été la donation faite dans ce contrat. 235

Garantie. S'il y a lieu à la garantie en cas d'éviction entre cohéritiers, quand le testateur a fait lui-même le partage : *vide ibi* la distinction qui doit être faite entre cohéritiers descendans du testateur, ou les héritiers étrangers. 236

Garantie. Le partage fait par le Juge ou l'arbitre entraîne nécessairement garantie entre cohéritiers, si l'un est évincé du fonds à lui échu en partage. 237

Gage. La retention du gage a lieu en faveur du créancier, non-seulement pour la somme qui a fait originairement le sujet de l'engagement, mais même des som-

mes que le même créancier a prêtées au même débiteur depuis l'engagement. 311

## H

*Huguenots* fortis du Royaume, s'ils sont réputés morts civilement depuis leur sortie, & de divers reglemens faits par Louis XV. les concernant. 17 & suiv.

Hypothèque. Si le substitué a hypothèque sur les biens de l'héritier grevé à *die aditæ hæreditatis* pour les aliénations des biens subliués. 147 *vide* pag. 151, où l'art. 17. du tit. de l'Ordonnance de 1747, concernant les fideicommiss, est rapporté, par lequel l'hypothèque est adjugée au fideicommissaire, contre l'héritier grevé pour les dites aliénations, depuis le jour qu'il a recueilli le fideicommiss. 151

Hypothèque. Si la femme a hypothèque sur les biens de son mari, privilégiée au reliqua dû au pupille, dont le mari a été tuteur, & duquel il se trouve débiteur au tems du mariage. 347

## I

*Jeu*. Les obligations consenties pour argent perdu aux jeux de hazard, sont nulles

& prohibées entre toute sorte de personnes ; il n'en est pas ainsi des jeux d'exercice à l'égard de certaines personnes. 222

*Incompétence* du Juge, ne peut lui être imputée, si on n'a point insisté aux fins de non-procéder, & il ne peut être pris à partie. 213

*Insinuation* des donations. En quoi l'Ordonnance de 1731 a dérogé à la Jurisprudence de ce Parlement. 145

*Insinuation*, est la seule voie légale pour vendre la substitution notoire. 303

*Insinuation* des substitutions fidéicommissaires doit être faite sans distinction de personnes privilégiées ou non, pardevant les Juges royaux ressortissant nuement aux Cours de Parlement, ou aux Conseils supérieurs. 148

*Insinuation* de substitution fidéicommissaire, doit être faite dans six mois du jour du décès du substituant, & dans le même délai, du jour du contrat contenant ladite substitution. 149

*Insinuation*. Le créancier ou tiers-acquereur ne peut exciper du défaut d'insinuation dans les six mois accor-

dés pour ladite insinuation, mais il a droit d'agir contre l'héritier qui a contracté & aliéné, & cela par la voie de la pleine garantie, l'héritier ne pouvant ignorer la substitution, & se trouvant constitué en mauvaise foi. 150

*Insinuation*. Institution d'héritier insérée dans un contrat, est sujette à insinuation, à moins qu'elle n'émane d'un ascendant. 15

*Institution* d'héritier, ou promesse d'instituer, insérée dans un contrat de mariage, a son effet en faveur des petits-fils en cas de prédécès de leur pere. 27

*Insistance*. Ce droit est dû à la veuve sur tous les biens du mari, jusques à l'entier payement des cas dotaux, mais elle n'en doit pas jouir au préjudice des créanciers du mari pendant la distribution de ses biens. 123

*Instance*. Si la reprise en est nécessaire contre tous les créanciers de la distribution, quand un des créanciers vient à mourir. 251

*Intérêts* des sommes adjugées à la veuve pour bagues & joyaux, ne peuvent excéder le double, non plus que

- ceux de l'augment. 241
- Intérêts, doivent être demandés par l'exploit introductif d'instance, quand ils ne sont point dus sans interpellation, sinon on ne les adjuge que depuis la condamnation. 242
- Intérêts, ne sont pas dus depuis le commandement fait en exécution des lettres de rigueur, mais seulement depuis l'assignation : ils ne sont jamais dus, ni des dépens d'un procès liquidés par un exécutoire, ni d'une liquidation de fruits, quoiqu'ils forment dès lors un capital. 242
- Intérêts des réparations, ont le même privilège que le capital. 255
- Intérêts. Si les intérêts des cas dotaux passent de plein droit aux enfans héritiers de leur mere. 22
- Intérêts. Si la femme ou veuve de l'héritier grevé, descendans du substituant, a le même privilège pour les intérêts de son augment dotal, que pour le capital sur les biens du fidéicommissé ; & si lesdits intérêts courent sans demande depuis le décès du mari, héritier grevé, subsidia-
- rement sur les biens substitués. 83
- Intérêts du *quanti minoris*, s'ils sont dus à l'acheteur depuis le contrat de vente, ou seulement depuis la demande judiciaire. 255
- Intérêts alloués au même rang que le capital dans la vente séparée du fonds, s'ils ont le même privilège sur les autres biens du débiteur discuté, quand le fonds vendu est insuffisant pour le paiement. 257
- Intérêt de l'intérêt, dans quel cas doit être alloué. 242
- Intérêt des marchands, est dû depuis la demande judiciaire. 271
- Intérêts courent sans demande entre associés. 272
- Intérêts, *liv. 4, chap. 42, omis dans l'impression*. La raison pour laquelle les intérêts de la dot sont dus au mari, sans interpellation après le décès de la femme qui lui a laissé des enfans, est prise de ce qu'après la mort même de la femme, le mari est obligé de soutenir les charges du mariage, pour l'entretien des enfans qui en sont issus ; or la dot est constituée pour soutenir cette charge, *pro oneribus*

*matrimonii, mariti lucro fructus totius dotis cedere, leg. pro oneribus, cod. de jur. dot.* Et par cette même raison, quoique la femme soit décédée sans enfans, les arrérages des intérêts courus pendant le mariage, sont dus au mari depuis le jour du contrat de mariage. Bouvot, tom. 2. verbo Deniers de mariage, nomme ces intérêts, *usura compensatione*; c'est-à-dire, adjugés au mari par voie de compensation avec les charges du mariage qu'il a supportées.

Je ferois difficulté d'adjuger à l'héritier étranger de la femme l'intérêt de la dot, lorsque l'action n'a pas été préparée par la femme elle-même, du moins les intérêts qui ont couru après son décès, crie Me. Fonde sur la décision expresse de la Loi première, *Cod. de priv. dotis: jure debes* ( disent les Empereurs ) *privilegium dotis quo mulieres utuntur in actione de dote ad heredem non transire.* Ce que les interpretes expliquent d'un héritier collatéral ou étranger, car le privilege passé tout entier à l'enfant, suivant la glose sur cette Loi.

Il y a un Arrêt du Parlement de Bordeaux rapporté par Lapeyrere aux notes, lettre Y, verbo Intérêts, n°. 82, 3e édition, rendu en la grand'Chambre le 29 Avril 1699, qui a jugé que de successions collatérales composées de légitimes, l'intérêt n'en est dû que du jour de la demande, & que le privilege de la dot qui passe aux enfans n'étoit point transmissible aux héritiers étrangers.

Intérêts. Suivant la coutume de Béarn, les intérêts sont dus du simple prêt, depuis le jour de l'obligation, & ce Parlement les adjuge. 157

*Incendie de la maison tenue à louage, par qui présumée faite, s'il n'y a preuve du contraire, le locataire n'est garant & responsable que de son dol, & de levi culpâ, non de levisimâ.* 133

*Inventaire.* Si le Juge peut contraindre le tuteur à faire inventaire; si l'intérêt du pupille le requiert ainsi, quoique le pere eut prohibé l'inventaire au tuteur. 339

*Inventaire.* Le défaut d'inventaire ne prive pas la femme de sa dot, lorsqu'elle se trouve héritiere de son mari,

& qu'elle est admise à répudier l'héritage. 108

## L

*Lésion* d'outre-moitié du juste prix, n'a pas lieu dans la vente de la coupe d'un bois ou d'une hérédité. Si la loi 2. *cod. de rescind. vendit.* a lieu dans la vente d'un fonds, faite d'autorité de justice, & si le fonds revient libre d'hypothèques imposées par l'acquéreur, si la restitution des fruits est due au vendeur.

135, & suiv.

*Letres-Patentes*, sont indispensables pour autoriser l'établissement d'un corps, sans quoi les assemblées sont illicites, & le corps incapable de recevoir des legs. 176.

## M

*Macédonien*. L'exception de ce Sénatusconsulte, ne peut avoir lieu que pour prêt d'argent, ou pour vente de marchandises faite en fraude de cette loi. 157

*Malversation de la veuve* avec celui qu'elle épouse ensuite : *vide* Noces.

*Marchands*, Chirurgiens Apoticaire, & autres de même art & métier, doivent tenter leur action dans l'an & jour de la fourniture, & n'ont

après l'année que la voie du serment décisive contre le défendeur à leur demande.

54, 55

*Marchandes* publiques ne doivent être restituées envers les obligations par elles consenties pour fait de leur commerce, & peuvent être condamnées par la Bourse au payement, avec contrainte par corps. 172

*Mari* n'est pas tenu de rendre le compte tutelaire, conjointement avec la femme qui a convolé avec lui, sans avoir fait pourvoir de tuteur aux enfans du premier lit, mais les biens du mari sont seulement obligés *in subsidium* pour le payement du reliqua. 48

*Mariages*. Les sommations respectueuses des enfans à l'égard des peres & meres, à raison des mariages qu'ils veulent contracter, peuvent être faites après le contrat de fiançailles. 61

*Mariage*. Si le pere est fondé à former opposition au mariage de sa fille majeure de 25 ans, après les sommations respectueuses à lui faites à cet égard, & s'il est reçu à opposer que le mariage est deshonorant

deshonorant pour sa famille.

62

Mariage contracté *in extremis* avec une concubine, & béni par le Curé des Parties au chevet du lit, après publication des bans, s'il produit cet effet de légitimer les enfans procréés du concubinage.

102

Mariage. Si les enfans sont recevables en leur opposition au second mariage de leur pere, sous prétexte qu'il est deshonorant pour leur famille.

104

Mariage. Les mineurs & mineures, qui sont sans pere ni mere, peuvent contracter mariage librement, nonobstant l'opposition de leurs curateurs ou parens, & s'il y a soupçon de subornation on peut ordonner que la fille mineure sera cloîtrée pendant quelques mois pour délibérer dans le couvent & en pleine liberté sur le choix, & qu'elle sera interrogée par un Commissaire.

110, 111

Mariages, & des dommages & intérêts adjudés pour l'inexécution du contrat de fiançailles, & de refus d'épouser, & de plusieurs questions à ce sujet.

112

Tom. II.

*Meubles.* Comment doit être entendue la maxime, que les meubles n'ont point de suite par hypothèque, & dans qu'elles circonstances les meubles peuvent être saisis.

185

*Meubles* vendus par une courriere publique, *vide* lettre V. *verbo* Vente.

*Meubles* vendus en pleine foire, *vide* Foire.

*Mineur.* Si un mineur qui a traité avec un majeur, peut être relevé des chefs du contrat à lui préjudiciables, les autres demeurant en leur entier.

162

Mineur, s'il peut être restitué en entier au sujet des faits qui regardent l'office dont il est pourvû, & s'il est réputé majeur pour tous autres actes qui ont rapport aux fonctions de son office.

238

Mineur, dans quel cas la restitution du mineur profite au majeur dans une cause commune.

153

Mineur doit être pourvû de curateur, lorsqu'il est pour suivi criminellement.

357

Mineur, qui s'est dit majeur dans un contrat, quand est restituable.

355

Mineur qui devenu majeur, paie la dette entiere

Kkk

à laquelle il s'étoit obligé dans la minorité, ne peut être restitué contre l'obligation. 154

Mineur non marchand, s'il peut être restitué envers l'obligation qu'il a contractée par une lettre de change qu'il a tirée. 171

Mineur, s'il peut être restitué en entier envers la résignation qu'il a faite de son bénéfice. 171

Mineur, s'il peut être restitué envers les clauses & stipulations de son contrat de mariage. 172

Mineur peut être restitué envers la première restitution, à moins qu'il ne s'agisse de l'hérédité paternelle une fois répudiée par le fils qui a été restitué envers l'acceptation, auquel cas la seconde restitution lui est déniée. 234

Mineur. L'acquéreur du fonds du mineur *sine decreto* n'est pas tenu de la restitution des fruits, si on ne prouve qu'au tems de l'achat, il étoit constitué en mauvaise foi, par connoissance qu'il avoit de la minorité du vendeur. 339, 240

## N

Noces. Si la mere qui convole à des secondes perd la

propriété des biens que les enfans du premier lit, morts *ab intestat*, laissent à leurs freres du chef de leur aïeul paternel. 28, 29

Noces. La veuve qui se remarie, quoique dispensée par son mari des peines des secondes noces, doit préalablement faire pourvoir de tuteur à ses enfans; *vide ibi* les peines qu'elle encourt par cette omission. 47, 48

Noces. Dans les secondes noces, le retranchement de la loi *hac edictali* doit avoir lieu, si les biens restent en la main du mari ou de la femme par caducité du fidéicommiss, dont l'un d'eux avoit chargé l'autre en faveur des enfans du second lit. 97

Noces. Si la disposition de la femme qui a passé à des secondes noces par le consentement de son mari con signé dans son testament, ou par celui de ses enfans, est sujette au retranchement de la loi *hac edictali*. 99

Noces. La veuve qui a épousé celui qui l'avoit rendue enceinte après l'an de deuil, sans promesse de mariage antécédente à sa grossesse, n'est point sujette à la

perte de ses avantages nuptiaux. 119, 120

La veuve qui se remarie *non petitis tutoribus* aux enfans du premier lit, perd tous ses avantages nuptiaux & la succession des enfans décédés depuis son convol, & doit la restitution des fruits des biens à elle laissés par son défunt mari, depuis l'introduction de l'instance, & les enfans du second lit, sont également privables de la succession de ceux du premier, qui doit être adjudgée aux parens des décédés. 121, 122

*Notaire.* Si un contrat dressé & écrit de la main du Notaire, signé par les Parties & témoins, & destitué du seing du Notaire, est un acte public. 204

O

*Offrir.* Droit d'offrir est d'usage dans le ressort du Parlement de Toulouse, mais il ne compete au créancier postérieur, qu'après discussion par lui préalablement faite de son débiteur, non compris au décret, & le délai de dix ans, pendant lequel ce droit peut être exercé depuis la mise en possession, ne court pas pendant l'instance en rabatre-

ment de décret. 250, 251

*Obligations & contrats* se rapportent à la loi du lieu où ils ont été passés, à moins de stipulation contraire. 153

*Oppositions* au titre des offices, comment doit être faite, & à la requête de qui, & ce qu'elle opere; & à l'égard de l'opposition au sceau, elle peut être formée par les créanciers, qui ont suite sur l'office vendu, & alors les provisions ne sont expédiées à l'acquireur de l'office qu'à la charge de cette opposition. 291

P

*Pacte* commissoire fait dans un engagement *ex intervallo*, est valide: ce pacte est toujours réputé comminatoire en quelques termes qu'il soit conçu. 164

*Payement* fait par le pere de la constitution dotale de sa fille, s'il est censé fait, premierement pour les droits paternels quand le pere se trouve débiteur des droits maternels envers sa fille, la constitution dotale étant ainsi faite, *pour tous droits paternels & maternels.* 210, 211

*Partage.* La lésion d'un quart intervenue dans le par-

rage de l'hérédité paternelle entre freres, donne lieu à la rescision du contrat, mais il faut se pourvoir dans les dix années de l'Ordonnance. 247

*Pension* viduelle doit être adjugée à la femme, non-seulement en cas de mort, mais même de distribution des biens du mari. 40

*Pension* viduelle, & de son allocation sur les biens du mari. 181

*Péremption*. L'exception de péremption doit être opposée *in limine litis*; clamours, committimus, commandemens, périment dans un an. 269

*Péremption* d'instance. Le mari qui poursuit une instance en qualité de maître des biens dotaux, doit être assigné *ut nova persona*, si la femme vient à décéder, sans quoi l'instance n'est pas sujette à péremption, le décès de la femme la prorogant jusques à 30 ans, ainsi que le décès du Procureur arrivé pendant l'instance. 89

*Péremption*. Quand l'Arrêt ou Sentence contient quelque chef définitif, ce chef proroge le temps de l'interlocutoire pendant 30 ans. 323

*Prescription*. Le donataire universel ne prescrit pas l'hypoth. contre le créancier par le laps de 10 ans à la différence du donataire particulier. 298

*Prescription* de 10, de 20 & de 30 ans, ne peut être opposée à l'Eglise par le tiers-acquereur, mais seulement celle de 40 ans. 299

*Prescription*. Elle a son cours, & les temps sont conjoints entre le mineur héritier d'un majeur, sur la tête duquel la prescription a commencé. 312

*Péremption* d'instance, & de plusieurs questions à ce sujet. 323, 324

*Péremption*. Le procès intenté par la femme avant son mariage, concernant les biens dotaux, tombe en péremption, faute de poursuites pendant le mariage. 90

*Pere* administrateur des biens adventifs ou maternels de ses enfans, ne peut aliéner leurs biens pour le paiement de leurs dettes *sine decreto*, & les biens du pere ne sont obligés pour les dissipations de ces mêmes biens, que du jour de son administration. 50, 51

*Possession* en matiere civile

& bénéficiaire, & de plusieurs questions à ce sujet, concernant la loi *quoties*, *cod. de rei vindicat.* 177

Prescription court contre la femme pendant le mariage en faveur des débiteurs des sommes dotales, quoique cette prescription n'ait commencé que pendant le mariage, & cela sans garantie contre le débiteur, en cas d'insolvabilité du mari 87

Prescription en matiere de crime, est accomplie au commencement du dernier jour de la vingtieme année, à la différence de la matiere civile. 293

Prescription. L'action qui compete pour la restitution des choses dérobées, ne se prescrit point par les laps de 20 ans comme le crime, & les dommages & intérêts. 294

Prescriptions. Si en matiere d'actions hypothécaires les majeurs étant intéressés avec un mineur, la prescription court pour la part qui concerne les majeurs, & demeure arrêtée pour la part du mineur par un privilege personnel. 314

Prescription. Si l'interpel-

lation du débiteur principal nuit à la caution, & interrompt le cours de la prescription à l'égard de l'un & de l'autre. 315

Prescription. L'acquéreur d'un fonds dont la propriété appartient au fils, & dont le pere qui l'a en sa puissance a l'usufruit, ne peut prescrire contre ce fils l'aliénation faite par le pere du fonds, il en est autrement d'un débiteur d'une somme qui fait partie de l'hérédité dont le pere se trouve grevé envers le fils. 319

Prescription. Si le créancier hypothécaire est tenu de dénoncer son hypothèque au tiers - acquereur pour empêcher le cours de la prescription de 10 ans. 326

Prescription. Les dettes passives dont la prescription s'est accomplie sur la tête de l'héritier grevé, peuvent être répétées par son héritier contre le substitué; il en est autrement pour les fonds de l'hérédité que le substituant avoit commencé de prescrire. 306, 307

Prescription de la légitime des enfans du substituant, si elle court au profit de l'héri-

tier grevé, ou si les portions prescrites accroissent à l'hérédité. 306, 307

Prescription. Si elle est interrompue par une assignation donnée devant un Juge incompetent. 312, 313

Prescription, si elle court contre l'imbécille. 316, 317

Prescription de 10 ans, court au profit du tiers-acquereur de bonne foi pour l'hypothèque de la rente constituée à prix d'argent sur le fonds; quoique le vendeur ait payé la rente au créancier depuis la vente, & pour interrompre le cours de cette prescription, le créancier doit faire appeler le tiers-acquereur en déclaration d'hypothèque. 318

Prescription de 10 ans, court au profit du tiers-acquereur pour l'hypothèque du Seigneur directe concernant les lods de l'achat que le vendeur du fonds devoit pour l'acquisition qu'il en avoit faite; il en est de même pour l'hypothèque qui compétoit au Seigneur pour arrérages de censive dus lors de la vente. 317

Prescription de 10 ans, si elle court en faveur du tiers-

possesseur du fonds hypothéqué pour la dot. 326, 327

Prescription. Le créancier engagé du fonds, peut prescrire par le laps de 30 ans l'hypothèque contre le créancier antérieur; mais si l'engagé n'a pas prescrit, le créancier peut agir *reçu* sur le fonds engagé, sans être obligé à une discussion préalable des biens du débiteur. 328

Preuve d'un fait ne peut être tirée de la bouche d'un médiateur, qui s'est mêlé de concilier les personnes qui plaident ensemble, & ce médiateur, ne peut être contraint de déposer sur ce fait. 216

Preuve par témoins d'une obligation excédant 100 liv. peut être ordonnée dans la Jurisdiction Consulaire. 216

## Q

*Quantum minoris*. Dans quelles circonstances cette action a lieu en faveur de l'acheteur, & comment doit être réglé le *quantum minoris*. 288

## R

*Ribatement* de décret, *vide* Décret, lettre D.

*Rachat*. La faculté de rachat prescriptible par le laps

de 30 ans , peut durer plus long-temps , s'il en a été ainsi convenu dans le contrat. 300

Rachat. Il faut avoir intenté l'action dans la 30e. année par une assignation, sans qu'il soit besoin d'avoir réellement consigné le prix. 300

Rachat. Si les fruits du fonds sujets à rachat, qui se trouvent pendans lorsque le vendeur use de ce droit, lui appartiennent, en remboursant les fraix des cultures. 301

Rachat. L'acheteur du fonds sous faculté de rachat, ne peut le retenir pour l'hypothèque qu'il a acquise sur le fonds depuis la vente, à la différence de l'engagiste qui a droit de retention 218

Rachat. Si la clause portant que le vendeur ne pourra user du rachat qu'en un certain tems, est usuraire de la part de l'acheteur. 135

Rapt de séduction, dans quelles circonstances il mérite peine de mort, & si le ravisseur peut éluder cette peine en offrant d'épouser la personne ravie. 114

Rapt de séduction. Si les filles peuvent être coupables de rapt de séduction envers les garçons, par intrigues ou

artifices pratiqués à leur égard.

114

Rescision de contrats. Les dix années de l'Ordonnance ne courent que depuis le jour qu'on a eu la liberté d'agir, & d'intenter l'action.

320

Réconduktion tacite pour les maisons, n'a lieu que pour le semestre commencé après le bail expiré. 130, 131

Récusations des Juges, & quelles en sont les principales causes. 358, & suiv.

Récusation de Juge. Une partie peut être reçue sur sa simple allégation, à la preuve d'un fait d'un procès qu'elle a avec un Juge, pour fonder la demande en récusation.

*ibidem*

Récusation d'un Commissaire. Pour donner lieu à la récusation d'un Commissaire qui procede dans l'affaire d'un Corps de Communauté, il faut que ce Commissaire se trouve cousin germain du Syndic.

*ibidem*

Rente en bled provenant d'une ferme de fonds, doit être payée en espee l'année courante, sinon au plus haut prix que le bled a valu dans l'année, quoique le jour du

payement ait été fixé par le contrat du bail à ferme ; il en est autrement des arrérages.

219, 220

Rente constituée. On ne peut faire entrer en une rente constituée les arrérages d'une autre rente plus ancienne pour former une augmentation de rente, & un même & nouveau capital.

243

Réparations. On les adjuge avec les intérêts au possesseur du fonds évincé, mais on ne fait point de distraction des fruits qu'elles ont produit en faveur de ce possesseur condamné à la restitution des fruits, en sorte qu'il est tenu de restituer les fruits du total, & il a droit de rétention du fonds, quoique lesdites réparations soient illiquides jusques au remboursement entier.

188.

Réparations & améliorations utiles & permanentes, se répètent de plein droit contre le propriétaire du fonds, quoique faites sans son ordre spécial.

221

Reproche des témoins, & des principales causes de ces reproches, & qu'elles personnes peuvent être repro-

chées. 367 & suivantes.

Requête civile peut être requise contre un Arrêt de relaxe, lorsque le prévenu a été relaxé sans connoissance de cause, l'information & la procédure n'ayant point été remises.

370

Retour de la dot, se fait en faveur du pere donateur, la fille étant décédée laissant des enfans, s'ils viennent ensuite à décéder *vivo avo*, sans que leur pere puisse prétendre un droit de légitime sur les biens donnés.

142, 143

Retour de la donation faite par le pere à sa fille dans son second mariage, pourquoi n'a pas lieu en faveur de la mere donatrice, lorsque la fille ne laisse que des enfans du premier lit, ainsi que ledit retour a lieu à l'égard du pere.

143

Retour de la dot & des donations quand a lieu, quoiqu'il y ait des enfans du donataire.

144.

Retour des biens se fait libre de toute hypothèque, excepté celle de la dot & augment de la femme du donataire.

143

Retranchement de la Loi, *hac edictali*, vide Noces.

Retranchement

*Retranchement* des dots , pour la légitime des enfans a lieu pendant la vie même du mari. 106

S

*Saisie générale.* Dans la saisie générale ou diltribution des biens du pere , les enfans doivent être saisis de la dot de leur mere , & non les créanciers de la distribution ; il en est autrement , quand par coutume locale le mari gagne la dot. 268

*Saisie.* On ne peut saisir le pécule des Avocats & des Ecclésiastiques , s'ils ont d'autres biens exécutoires ; & quand ils n'en ont pas d'autres , il faut , en saisissant , leur laisser de quoi s'entretenir avec décence ; il en faut dire de même des gages des Professeurs des sciences , les émolumens journaliers des uns & des autres ne peuvent être saisis , non plus que les épices des Juges. 276

*Séparation.* En cas de séparation du mari & de la femme , quelle doit être la mesure de la pension adjudgée à celle-ci , & quels sont les sujets légitimes de séparation. 31 & suivantes.

*Serment* décisoire dont un  
Tome II.

corps de Communauté est chargé , doit se faire par un député de l'assemblée ; il n'est pas nécessaire que chacun de ceux qui la composent , jure en particulier lors de la délibération tenue à ce sujet. 218

*Solidité* d'action. Ce qu'elle opere. 206

*Sociétés.* L'action se divise entre associés au prorata de la portion que chacun d'eux a en la société , ce qui a lieu à l'égard de l'insolvabilité de l'un des associés. 209

*Subrogation* à l'hypothèque d'un créancier , comment se fait valablement. 181 & suiv.

*Substitutions.* La publication & enrégistrement aux Juges ressortissans nuement aux Parlemens ou Conseils supérieurs , sont la seule voie légale pour les rendre notoires. 303

Si les biens du fidéicommissé peuvent être assujettis au recours de la femme de l'héritier grevé , descendant du substituant , pour une obligation qu'elle auroit contractée pour tirer son mari de prison. 84 , 85

*Substitution.* Le fidéicommissaire a hypothèque sur les

biens libres de celui qui a fait des aliénations des biens substitués tant pour le capital que dépens, dommages & intérêts, à compter du jour que l'héritier grevé, qui a fait lesdites aliénations, a recueilli les biens substitués.

151

## T

*Tailles.* Quel est le privilege des tailles, & si elles peuvent former un capital en faveur du collecteur, qui produise intérêt.

258

*Témoin.* Quand est-ce que la présence du témoin dans un contrat nuit à l'hypothèque qu'il y a, s'il n'y a point de protestation de sa part.

80, 81

*Trebellianique.* Quand est censée prohibée dans le premier degré, ayant été prohibée dans l'institution.

124

*Tuteur.* S'il faut pourvoir de tuteur à l'enfant, lorsqu'il est obligé de plaider contre son pere.

338

*Tutelle.* Si l'oncle par alliance peut être contraint d'accepter sa tutelle, quand il y a de plus proches parens du pupille.

357

*Tutelle.* Si elle peut être déferée aux proches parens

du pupille, quand ils se trouvent les créanciers ou débiteurs.

334

*Tutelle.* Quand la créance ne va pas jusques à absorber la plus grande partie des biens du pupille, alors le créancier peut être nommé tuteur.

336

*Tutelle.* Une fille religieuse est comptée au nombre des enfans pour excuser de la tutelle; il n'en est pas ainsi du religieux.

346

*Tutelle.* Les avis & les Arrêts sont partagés pour sçavoir si le tuteur a hypothèque pour la gestion depuis le jour de la tutelle décernée & acceptée, ou seulement du jour de la clôture de son compte.

344

*Tutelle.* Compte tutelaire n'est pas censé rendu qu'en la forme ordinaire, c'est-à-dire, par articles de recette & dépense, & par cette raison la transaction du tuteur avec l'adulte passée *non visis rationibus*, est nulle, & l'adulte peut se pourvoir contre pendant 30 ans.

545

*Tutelle.* Tuteur qui a omis de faire inventaire, est obligé d'indemnifier le pupille ou adulte sur le serment *in litem* de celui-ci, selon le-

quel le Juge laisse alors au serment de l'adulte l'estimation de la valeur des meubles qui auroient dû être compris dans l'inventaire ; mais il est préalable d'ordonner une enquête pour constater la vérité des meubles délaissés par le défunt. 347

Tuteur ne peut prétendre salaire pour les vacations ordinaires attachées à sa charge, si ce n'est dans certains cas ; il en est autrement pour les dépenses extraordinaires, comme pour voyages & vacations dans les procès des pupilles. 352

Tuteur devenu héritier du pupille, ne peut attaquer les contrats qu'il a passés en qualité de tuteur, si pour l'exécution il a engagé ses biens propres. 205, 206

Tuteur. Quand le fils impubere est obligé de plaider contre son pere, on lui pourvoit d'un curateur *ad hoc*. 338

Tuteur, peut dans certains cas être contraint de faire inventaire, quoiqu'il lui ait été prohibé par le testateur. 339

Tuteur. S'il doit au pupille l'intérêt des intérêts de ses capitaux depuis qu'il en a reçu paiement. 341

Tuteur. S'il a hypothéqué sur les biens du pupille pour le reliqua de son compte, à *die aditæ tutelæ*. 344

Tuteurs honoraires dans le pays de droit écrit, ne sont obligés pour l'administration tutelaire que subsidiairement en défaut de biens des tuteurs principaux. 350

Omission du supplément, sur les Chap. 58 & 59, faite dans l'impression du Livre 4

Tutelle. La mere qui étant tutrice de ses enfans, & qui passe à des secondes noces sans leur avoir fait pourvoir de tuteur, est sans doute plus coupable que celle qui ne s'étant jamais immiscée dans leur tutelle, laisse les pupilles sans tuteur, soit qu'elle se remarie, soit qu'elle demeure en viduité ; au premier cas, il ne peut y avoir d'ignorance de sa part, parce qu'elle est pleinement instruite par l'administration qu'elle avoit en main, de la nécessité de donner aux pupilles un défenseur légitime en la personne d'un tuteur ; & il y a alors de son côté un oubli criminel d'un de-

voir indispensable : au second cas , la mere peut s'oublier dans ce devoir que les loix lui imposent , soit par ignorance, soit par omission. Aussi n'est-elle punie que par la perte de la succession de ses enfans, décédés en pupillarité & leur succession est alors déferée aux plus proches parens , suivant l'Arrêt du 30 Mars 1628 , rapporté par M. Dolive , Liv. 3 Chap. 5. Cette mere est même relevée de cette peine, si elle se trouve mineure, suivant la loi dernière, *cod. si adversus delict.* qui sert de fondement à l'Arrêt du 5 Juin 1635 , rapporté au même lieu par l'Arrestographe. Mais à l'égard de la mere qui étant déjà tutrice , convole à des secondes noces *non petitis tutoribus* , elle semble mériter la peine de celle qui se remarie dans l'an de deuil ; & telle est , dit notre Auteur , la dernière jurisprudence du Parlement.

Dans ces deux derniers cas , la femme paroît également coupable. Passer à des secondes noces dans l'an de deuil , c'est contrister les manes du défunt , & troubler

le sang du mari ; c'est bleffer l'ordre public , & la police établie à l'égard des mariages , qui exige du côté de la femme de s'abstenir des secondes noces pendant l'année destinée à pleurer leurs maris. C'est là une précipitation qui marque l'incontinence d'un sexe dont la pudeur doit faire le partage , ce qui réjaillit en particulier sur les enfans issus de ce mariage.

Toutes ces raisons semblent avoir lieu à l'égard de celle qui se remarie , *non petitis tutoribus* à ses enfans , après en avoir géré la tutelle, toutefois on ne sçauroit soutenir que la veuve qui se remarie *non petitis tutoribus* , soit sujette aux mêmes peines de celle qui se remarie dans l'an de deuil. 1°. Par l'Arrêt du 30 Avril 1716 , rapporté ch. 21 de mes Observations , la veuve ne fut pas privée de la succession de ceux de ses enfans décédés avant son convol. 2°. Suivant la Loi *ult. cod. si advers. delict.* & l'Arrêt du 15 Juin 1635 , rapporté par Mr. Dolive , liv. 3 , chap. 5 , la veuve mineure peut être relevée de la peine par elle

encourue pour avoir convolé *non petitis tutoribus*. Mais elle ne peut être relevée, si elle a convolé dans l'an de deuil, suivant nos interpretes, les peines ne sont pas conséquemment égales : on peut voir ce que dit là-dessus Mr. Dolive au lieu ci-dessus, & au liv. 3, chap. 6.

V

*Velleïen*. Si une mere tutrice qui oblige les biens propres pour les enfans, en peut être relevée par le bénéfice du *Velleïen*.

Supplément au Chapitre 49  
omis dans l'impression du  
quatrieme livre, chap. 49.

Le Procureur qui contracte *procuratorio nomine*, n'oblige pas ses biens propres, mais ceux du mandat ; il y a une exception à cette regle marquée par le Jurisconsulte, en la loi 67, ff. de *Procur.* qui est, lorsque le Procureur a expressément obligé ses biens propres, pour l'exécution du contrat, alors il demeure lié & peut être convenu personnellement ; il n'en est pas ainsi de la mere tutrice, qui en cette qualité, a non-seulement

obligé les biens des pupilles, mais les biens propres pour l'exécution du contrat, & s'en est rendue plige & caution, elle peut être relevée de son obligation par le secours du *Velleïen*.

La raison de différence entre le Procureur fondé & la mere tutrice, dont l'un peut valablement s'obliger, & l'autre demeure affranchie de son obligation, se prend de ce que le cautionnement étant de sa nature une charge virile, *leg. 8, cod. ad Velleïan.* les femmes doivent en être déchargées ; ce qui n'a pas lieu à l'égard de la charge de Procureur fondé pour passer un contrat.

Quand notre Auteur dit que le privilege de la femme concernant le *velleïen*, ne passe pas à son créancier, cela doit être entendu, si l'action n'a pas été préparée par la femme ; car si elle a intenté son action, son droit passe sur la tête de son créancier, à l'exemple des autres actions rescisoires, qui étant préparées, sont transmissibles aux créanciers, ainsi que l'observe Duperier, liv. 2. question 12 ; mais pour ce qui con-

cerne les héritiers, les actions rescindantes & rescisoires sont régulièrement en leur main, suivant la remarque de Lapeyrere, lettre A, N. 29, troisième édition; il en faut excepter l'action de *inofficiosis donationibus* qui n'est pas transmissible aux héritiers étrangers des enfans, s'ils ne l'ont préparée de leur vivant. Duprier *eod. loco.*

*Velleien.* La mere qui cautionne pour son fils détenu prisonnier pour simple dette civile, peut être relevée de l'obligation, excepté dans certaines circonstances. 159

*Velleien.* L'exception n'en peut être opposée par la femme qui a acquis les dettes de son mari en augmentation de ses hypotheques, s'il n'y a soupçon de cautionnement prêté de sa part pour son mari. 159, 160

*Velleien.* Si la femme qui pendant le mariage s'oblige solidairement avec son mari, & qui deux ans après son obligation, & après le décès de son mari, la ratifie, peut être relevée *ope velleiani.* 160

*Vente.* Les meubles du mari, vendus par une Courtiere publique, ne peuvent être évincés des mains de l'acheteur, quand même la femme les auroit fait vendre à son insçu & en son absence. 134.

135

Vente de meubles faite en foire, *vide Foire.*

Vente d'un fonds qui renferme du dol personnel du côté du vendeur, peut être cassée sur la demande de l'acheteur avant le trouble même, & la demande en éviction, quand le trouble est à craindre. 200, 201

Vente des fruits d'un fonds, ne rompt pas le bail à ferme, mais on ordonne que le prix de la ferme sera payé à l'acheteur des fruits. 203.

*Veuve* qui se remarie, & des différentes questions sur les secondes nocces, *vide Nocces.*

*Usufruit* de la légitime des enfans procédant de la mere, ne peut être prohibé au pere dans le testament de cette mere. 125, 126

## ERRATA.

*Fautes survenues à l'impression de ce second Tome des Additions  
& Supplémens.*

Pag. 7, lig. 29, *jouissance*, lisez *puissance*. p. 15, lig. pénult. *un pere ou*, lisez, &c. p. 17, lig. 22, lif. *authorisé*. p. 20, lig. 13, lif. *les sujets*. p. 22, lig. 5, lif. *utuntur*. p. 26, lig. 15, *destitution*, lif. *restitution*. p. 30, lig. 12, *de second*. lif. *de secund*. p. 49, lig. 18, lif. *l'étoient pour le temps qui avoit*. Et lig. pénult. *d'une dot*, lif. *d'un dol pratiqué*. p. 59, lig. 4, *la delearur*. p. 73, lig. 3, lif. *s'entretenir*. p. 77, lig. 3, lif. *en la dépouillant*. p. 78, lig. 8, lif. *ac ditio- ne mansurum*. p. 132, lig. 8, lif. *supporté* par le locateur. p. 149, lig. anté- pénult. *héritier grevé*, ajoutez *font révoqués par le fidéicommissaire*. p. 151, lig. 8, lif. *sui vi* encore. p. 173, lig. 18, *celle*, lif. *telle*. p. 199, lig. 9, *dein- de hac*, lisez *hac*. p. 221, lig. 19, *par cet arrêt*, lisez *sur cet*. p. 236, lig. 6, *appas*, lif. *appat*. p. 242, lig. 30, *l'adjudication*, lif. *l'adjudicataire*. p. 243, lig. 13, *lors*, lif. *hors*. p. 255, lig. 14, lif. *se préjudicier*. p. 312, lig. 9, lif. *continuentur*. p. 347, lig. 12, lif. *jurando*. p. 352, lig. 7, lif. *noere Auteur*.