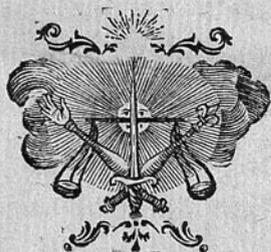


E *L* *E* *M* *E* *N* *S*
D E
JURISPRUDENCE,
SELON LES LOIX ROMAINES
ET CELLES DU ROYAUME,

10,165

*Par M. JEAN-JOSEPH JULIEN, Ecuyer, ancien
Avocat au Parlement, premier Professeur royal
de Droit en l'Université d'Aix, Conseiller honoraire
en la Cour des Comptes, Aides & Finances.*



A AIX,
Chez ANTOINE DAVID, Imprimeur du Roi.

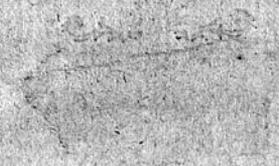
M. DCC. LXXXV.

AVEC APPROBATION ET PRIVILEGE DU ROI.



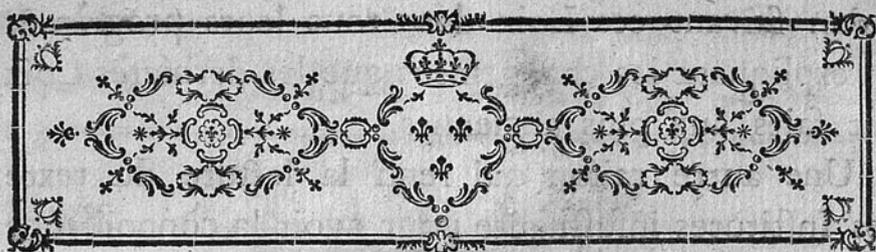
UNIVERSITY OF TORONTO
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY
130 St. George Street
Toronto, Ontario
M5S 1A5



THE UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY
M. DCC. LXXXV.
AN IS APPROXIMATELY THE PRINTING OF THE





P R É F A C E.

LES Institutes de l'Empereur Justinien sont le premier livre qu'on met dans les mains des personnes qui se dévouent à l'étude des Loix. Mais l'on ne peut acquerir par la seule lecture du texte de cet ouvrage qu'une connoissance imparfaite de la science du Droit, par deux raisons : la premiere, parce qu'il y a dans les Institutes bien des choses auxquelles il a été dérogé par des Loix postérieures. Les Institutes furent composées après le Digeste, & publiées avant le Digeste. Ensuite Justinien donna la seconde édition de son Code, appelé *Codex repetitæ prælectionis*, & il publia enfin de nouvelles Constitutions, qui sont les Nouvelles; de sorte qu'on distingue trois sortes de Droits : le Droit ancien, le Droit nouveau & le dernier Droit, qui est celui des Nouvelles : *Jus vetus*, *Jus novum*, *Jus novissimum*. On ne peut donc donner une juste idée des Loix Romaines qui sont observées dans les Pays régis par le Droit écrit,

a ij

qu'en suivant ces Loix dans tous leurs progrès & en expliquant les changemens que les dernières Loix ont faits aux plus anciennes.

Une autre raison qui rend la lecture du texte des Institutes insuffisante pour avoir la connoissance de notre Droit, c'est que dans les Pays même régis par le Droit écrit, on s'éloigne des Loix Romaines dans tous les points auxquels il a été dérogé par les Usages, par des Statuts particuliers ou par les Ordonnances de nos Rois.

Je me suis donc proposé de réunir tous ces objets & d'expliquer les Loix Romaines avec les changemens que nos Usages & les Loix du Royaume y ont apportés. Je ne prétends toutefois donner que des Elemens de Jurisprudence, ou je suivrai le plan des Institutes de l'Empereur Justinien & le même ordre des matieres, sans pourtant m'y assujettir absolument. Cette méthode m'a paru préférable à celle de donner simplement des notes sur les Paragraphes des Institutes. Il n'y a pas dans celle-ci cet ordre, cette suite, cet enchaînement de principes, qui, de toutes les manieres d'instruire, est la plus claire, la plus sûre & la plus utile.



v

TABLE

DES TITRES.

DE la Justice & du Droit. Page I.

LIVRE PREMIER.

DU DROIT DES PERSONNES.

TITRE I. <i>De l'état & de la division des personnes.</i>	6.
TITRE II. <i>Du mariage.</i>	13.
TITRE III. <i>De la puissance maritale.</i>	39.
TITRE IV. <i>Des conventions matrimoniales, de la dot, des avantages nuptiaux.</i>	45.
TITRE V. <i>De la puissance paternelle.</i>	72.
TITRE VI. <i>De la légitimation.</i>	88.
TITRE VII. <i>De l'adoption.</i>	102.
TITRE VIII. <i>Par quels moyens la puissance paternelle finit.</i>	104.
TITRE IX. <i>Des tutelles.</i>	115.
TITRE X. <i>Des curateurs.</i>	121.
TITRE XI. <i>Des excuses des tuteurs & des curateurs.</i>	124.
TITRE XII. <i>Des tuteurs & curateurs suspects.</i>	134.

 LIVRE SECOND.

DES CHOSES ET DES MOYENS DE LES ACQUERIR.

TITRE I. <i>De la division des choses.</i>	135.
TITRE II. <i>Des servitudes des héritages.</i>	150.
TITRE III. <i>De l'usufruit, de l'usage & de l'habitation.</i>	157.
TITRE IV. <i>Des moyens d'acquérir le domaine des choses.</i>	165.
TITRE V. <i>De la prescription.</i>	180.
TITRE VI. <i>Des donations.</i>	182.
TITRE VII. <i>Des testamens & des formes qui y sont requises.</i>	189.
TITRE VIII. <i>Quelles sont les personnes à qui il n'est pas permis de tester.</i>	210.
TITRE IX. <i>De l'institution des héritiers.</i>	225.
TITRE X. <i>Des substitutions.</i>	242.
TITRE XI. <i>Par quels moyens les testamens sont infirmés.</i>	247.
TITRE XII. <i>De la qualité & de la différence des héritiers.</i>	257.
TITRE XIII. <i>Des legs.</i>	268.
TITRE XIV. <i>Des codiciles.</i>	289.
TITRE XV. <i>Des successions ab intestat.</i>	292.

LIVRE TROISIEME.

DES OBLIGATIONS.

TITRE I. <i>Des obligations en général.</i>	295.
---	------

TITRE II. <i>Du contrat de vente</i>	297.
TITRE III. <i>Du louage.</i>	308.
TITRE IV. <i>de l'emphytéose, du bail à loyer perpétuel, des fiefs.</i>	323.
TITRE V. <i>De la société.</i>	327.
TITRE VI. <i>Du mandat.</i>	333.
TITRE VII. <i>Du prêt, du contrat de rente constituée à prix d'argent, du Senatusconsulte Macedonien.</i>	338.
TITRE VIII. <i>Du commodat ou prêt à usage.</i>	343.
TITRE IX. <i>Du Dépôt.</i>	345.
TITRE X. <i>Du gage, de l'antichrese & de l'hypothèque.</i>	349.
TITRE XI. <i>Des coobligés.</i>	362.
TITRE XII. <i>Des cautions ou fidejusseurs.</i>	366.
TITRE XIII. <i>Des quasi contrats.</i>	373.
TITRE XIV. <i>Des obligations qui naissent des délits.</i>	377.
TITRE XV. <i>Des obligations qui naissent des quasi délits.</i>	386.
TITRE XVI. <i>Comment s'éteignent les obligations.</i>	389.

LIVRE QUATRIEME.

DES ACTIONS ET DES JUGEMENS.

TITRE I. <i>Des actions.</i>	405.
TITRE II. <i>Des exceptions.</i>	413.
TITRE III. <i>De la compétence des Juges.</i>	418.
TITRE IV. <i>De la preuve par écrit.</i>	425.

viii	
TITRE V.	<i>De la preuve par témoins</i> 427.
TITRE VI.	<i>Du serment & des interrogatoires & confessions des parties.</i> 431.
TITRE VII.	<i>Des descentes sur les lieux & des rapports d'Experts.</i> 437.
TITRE VIII.	<i>Des présomptions.</i> 439.
TITRE IX.	<i>Des sentences & jugemens.</i> 446.
TITRE X.	<i>Des appellations.</i> 448.
TITRE XI.	<i>De l'exécution des jugemens.</i> 452.
TITRE XII.	<i>Des requêtes civiles.</i> 455.
TITRE XIII.	<i>De l'opposition des tiers envers les arrêts & les jugemens rendus en dernier ressort.</i> 461.
TITRE XIV.	<i>Du compromis & des sentences arbitrales.</i> 466.
TITRE XV.	<i>Des transactions.</i> 468.
TITRE XVI.	<i>De la péremption d'instance.</i> 470.
TITRE XVII.	<i>De la peine des téméraires plaideurs.</i> 473.
TITRE XVIII.	<i>Du devoir des Juges.</i> 476.

Fin de la Table des Titres.



É L É M E N S

DE

JURISPRUDENCE.



DE LA JUSTICE ET DU DROIT.

I. **L**A Justice est une vertu morale. C'est la volonté ferme & constante de rendre à chacun ce qui lui appartient: *Constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, princ. *Inst. De Justitiâ & Jure.*

II. La Jurisprudence est la connoissance des choses divines & humaines, la science de ce qui est juste & de ce qui est injuste: *Divinarum atque humanarum rerum notitia, justî atque injusti scientia*, §. 1. du même titre.

III. Il y a trois préceptes généraux du Droit: vivre honnêtement, ne faire tort à personne, rendre à chacun ce qui lui appartient: *Honestè vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere*, §. 3. du même titre. Le premier précepte renferme ce qu'on se doit à soi-même: ne faire rien que d'honnête, rien qui blesse les loix & les bonnes mœurs: *Primò ut honestè vivat, id est non turpiter, non dissolutè, non*

A

libidinosé, comme dit Janus à Costa sur ce §. Le second & le troisieme embrassent ce qu'on doit aux autres : ne faire injure à personne, soit par des paroles ou par des actions, rendre à chacun ce qui lui appartient, restituer le dépôt qu'on nous a confié, payer ce qu'on doit, ne rien retenir du bien d'autrui, comme dit le même Auteur : *Deindè ne neminem lædat aut verbis, aut factò, id est ne vitam ulli adimat, aut honorem injectâ injuriâ : tum ut suum cuique tribuat, puta depositum reddat, debitum solvat, nihilque de rebus alienis retineat.*

IV. Il y a un grand précepte de Droit qui nous est tracé dans les Livres Saints (*): C'est de faire à l'égard des autres ce que nous voudrions qu'on fît pour nous, de ne pas faire aux autres ce que nous ne voudrions pas qu'on nous fît : *Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris.* Du Moulin sur la Coutume de Paris, §. 1. glof. 9. *in verb.* Pendant ladite main mise n. 21, dit que c'est la regle qu'on doit suivre pour juger de la justice ou de l'injustice des contrats : *Hæc est mihi lex in discernendâ contractuum justitiâ vel injustitiâ.*

V. Le Droit se divise en Droit public & en Droit privé. Le Droit public est celui qui regarde la Religion, le Gouvernement, la police de l'Etat, la personne des Princes, la Guerre, la Paix. Nous avons sur le Droit public le fameux Traité de Grotius, *De jure belli ac pacis*, celui de Pufendorf, du Droit de la Nature & des Gens, le Traité de la Souveraineté du Roi de M. Le Bret, & plusieurs autres. Le Droit privé est celui qui regarde l'utilité des particuliers : *Quod ad singulorum utilitatem pertinet*, §. 4. *Inst. de justitiâ & jure.*

VI. Une autre division du Droit, est en Droit naturel, Droit des gens & Droit civil. Le Droit naturel, dit Justinien, *Inst. de jure naturali, gentium & civili*, est celui que la nature a enseigné à tous les animaux, *jus naturale est quod natura omnia animalia docuit.* Ce Droit est commun aux hommes & aux bêtes ; de là naît l'union du mâle & de la fe-

(*) St. Mathieu, chap. 7, v. 12. St. Luc, chap. 6, v. 31.

melle, l'éducation des enfans pour les hommes, l'instinct des bêtes pour élever leurs petits.

VII. C'est par ce Droit que les peres & les meres sont obligés de donner des alimens à leurs enfans : & de là vient que la légitime due aux enfans nés de légitime mariage, est regardée comme une dette naturelle qui ne peut être ôtée par les loix humaines, parce que les alimens nécessaires y sont compris, comme l'a dit Grotius, *de jure belli ac pacis*, liv. 2. chap. 7. n. 4. *legitimam humanis legibus tolli non posse, quatenus scilicet in legitimâ insunt alimenta necessaria.*

VIII. L'obligation de donner des alimens aux enfans qu'on a mis au monde dérivant du droit naturel, il s'enfuit que les alimens sont dûs, non seulement aux enfans nés d'un légitime mariage, mais encore aux enfans naturels, & non seulement aux enfans naturels nés de deux personnes libres, mais encore aux enfans adultérins & incestueux. Les mœurs des Romains étoient si sévères, qu'en accordant des alimens aux enfans naturels nés de deux personnes libres, ils les refusoient aux bâtards adultérins & incestueux; mais le Droit Canonique a corrigé cette rigueur; & toute sorte de bâtards, même les adultérins & les incestueux, sont en droit de demander des alimens, suivant le chap. *Cum haberet* 5. extra de eo qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterium. C'est la remarque de Grotius au lieu cité, en ces termes : *Et quanquam ex damnato legibus concubitu natis, nihil relinqui Leges romanæ volebant, Canones Christianæ pietatis hunc rigorem correxerunt, qui docent qualibuscumque liberis id rectè relinqui; imò si opus sit, relinquendum etiam, quod ad alimenta necessarium est.*

IX. Mais si les enfans naturels ont de quoi vivre d'ailleurs, s'ils ont un métier par lequel ils puissent gagner leur vie, *si aliundè habent undè vivant*, ils ne sont plus recevables à demander des alimens à leur pere ou à leur mere, quand même ils seroient nés de deux personnes libres. C'est ainsi que l'ont jugé les Arrêts rapportés par Louet, lett. A, fom. 4.

X. Le Droit des Gens est celui que la raison naturelle

a établi parmi les hommes, & qui est commun à toutes les Nations : *Quod verò naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræquè custoditur, vocaturque jus gentium quasi quo jure omnes gentes utuntur, §. 1. Inst. de Jure naturali, gentium & civili.* C'est aussi un Droit que l'usage & les besoins ont introduit parmi les hommes : *Usu exigente, & humanis necessitatibus, gentes humanæ jura quædam sibi constituerunt §. 2 du même titre.* De ce Droit des Gens sont descendus presque tous les contrats, comme l'échange, la vente, le louage, la société, le dépôt, le prêt &c. ; de là aussi sont nées les guerres, les captivités & les servitudes, qui sont contraires au Droit naturel, suivant lequel les hommes naissent libres : *Bella orta sunt & captivitates secutæ, & servituties quæ sunt naturali juri contrariæ. Jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur, dit le même §. 2.* C'est la remarque de Grotius, dans son *Traité de Jure Belli ac Pacis*, liv. 3. chap. 7. n. 1. où il dit que naturellement & indépendamment du fait des hommes, ou dans l'état primitif de la nature humaine, il n'y a point d'esclaves ; & c'est dans ce sens, ajoute-t-il, qu'on peut admettre ce que disent les Jurisconsultes Romains, que l'esclavage est contraire à la nature : *Servi naturâ quidem, id est citrà factum humanum, aut primævo naturæ statu hominum, nulli sunt : quo sensu rectè accipi potest quod à Jurisconsultis dictum est, contra naturam esse hanc servitutem.*

XI. Le Droit civil est celui qui est propre à un Etat, à une Province, à une Ville. On le divise en Droit écrit & en Droit non écrit. Les Loix Romaines sont le Droit écrit. Le Droit non écrit est celui que l'usage a introduit ; la Coutume a la même autorité que la Loi écrite : *Sine scripto jus venit quod usus approbavit ; nam diuturni mores consensu utentium comprobati, legem imitantur, §. 9. Inst. de Jure naturali, gentium & civili.* Notre Droit civil est composé des Loix Romaines, qui forment notre Droit commun, des Statuts de nos anciens Souverains, de nos Coutumes, des Ordonnances de nos Rois. Voyez la Préface de mon Commentaire sur les Statuts de Provence.

XII. Le Droit civil est sujet à des changemens & à des

variations. Mais les principes du droit naturel sont invariables : *Naturalia quidem jura quæ apud omnes gentes peræque observantur, divinâ quâdam providentiâ constituta, semper firma atque immutabilia permanent*, §. II. *Inst. de Jure naturali, gentium & civili.*

XIII. Il faut néanmoins observer avec Grotius, dans son *Traité de Jure Belli ac Pacis*, liv. 2. chap. 2. n. 5. que quoique les Loix civiles ne puissent rien commander qui soit défendu par le Droit naturel, ni rien défendre de ce qu'il commande, elles peuvent toutefois restreindre la liberté naturelle, & défendre ce qui naturellement étoit permis : *Lex civilis quanquam nihil potest præcipere quod jus naturæ prohibet, aut prohibere quod præcipit, potest tamen libertatem naturalem circumscribere & vetare quod naturaliter licebat.*

XIV. Le Droit a trois objets : les personnes, les choses & les actions : *Omne jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*, §. 12. *Inst. de Jure naturali, gentium & civili, L. 1. D. de Statu Hominum.* Tout le Droit roule ou sur la matiere ou sur la forme des Jugemens. Les droits qu'une personne a sur une autre, ceux qu'on a sur les choses, en sont la matiere ; les actions & les procédures, en sont la forme.





LIVRE I.

DU DROIT DES PERSONNES.



TITRE I.

De l'État & de la Division des personnes.

I. **L**A premiere division des personnes, selon le Droit Romain, est en hommes libres & en esclaves. La servitude, dit le §. 2. *Instit de jure personarum*, est un moyen introduit par le Droit des Gens, par lequel un homme est sous la puissance d'un autre contre le Droit naturel : *Constitutio juris gentium quâ quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*

II. Les guerres ont été l'origine des servitudes. Le vainqueur avoit le droit de vie & de mort sur le vaincu. Il parut plus humain de réduire le vaincu dans l'esclavage. Tout ce qui est permis n'est pas toujours honnête : *Non omne quod licet honestum est*, dit la loi 144. *D. de diversis regulis juris* On est esclave par la naissance quand on est né d'une femme esclave. Par le Droit Romain & le Droit des Gens, dit Grotius *de jure belli ac pacis*, liv. 2. chap. 5. n. 29. au sujet des captifs, le fruit suit le ventre ou la mere, comme à l'égard des bêtes : *Romano jure & jure Gentium circa captivos, ut in bestiis, ita in servilis conditionis hominibus partus matrem sequitur.* On devenoit esclave suivant le Droit des Gens, par la captivité; & suivant le Droit civil, lorsqu'un homme libre, majeur de vingt ans, souffroit qu'on le vendît pour participer au prix de la vente : *Fiunt aut jure Gentium, id est ex captivitate, aut jure civili, cum liber homo major viginti annis, ad pretium participandum sese venditari passus est*, §. 4. *Inst. de jure personarum.* La plus

vile sujétion, dit Grotius, liv. 2. chap. 5. n. 27. c'est la servitude parfaite à laquelle on se soumet, comme faisoient chez les Germains, ceux qui jouoient leur liberté par un dernier coup de dé : *Subjectionis species ignobilissima est quâ quis se dat in servitutem perfectam, ut illi apud Germanos qui novissimo aleæ jactu de libertate contendebant.*

III. Les esclaves formoient une grande partie du patrimoine des Romains. Tout ce que l'esclave gagnoit ou acqueroit, étoit acquis au maître. L'esclave n'est capable d'aucune obligation : *In servilem personam nulla cadit obligatio, L. 22. D. de diversis regulis juris.* Il est incapable de tous les effets civils : *Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur, L. 32 du même titre.* La servitude étoit presque comparée à la mort, suivant la Loi 209 du même titre : *Servitutem mortalitati ferè comparamus.* Et les Loix nous disent par-tout que la liberté est un bien inestimable : *Libertas inestimabilis res est, L. 106 du même titre.* Les causes concernant la liberté méritoient la plus grande faveur : *Libertas omnibus rebus favorabilior est, L. 122. Infinita aestimatio est libertatis, L. 176, §. 1 du même titre.* Mais l'esclave est capable de ce qui est de Droit naturel & de Droit divin, L. *Quod attinet 32, D. de diversis regulis juris.* Le mariage de l'esclave n'est compté pour rien par rapport aux effets civils ; mais il vaut comme lien naturel & comme Sacrement, parce qu'il n'y a point d'acception de personnes devant Dieu.

IV. Celui qui est mort civilement est privé de tous les effets civils ; mais il est capable de ce qui est de Droit naturel ou du Droit des gens, suivant la Loi *Sunt quidam 17, §. Item quidam 1. D. de pœnis.* Un condamné aux Galeres perpétuelles nommé Toscan, ayant été insulté & outragé par une femme, porta sa plainte au Lieutenant de Marseille, & fit informer. L'accusée présenta une requête en fins de non recevoir & cassation de la procédure, prétendant que Toscan étant mort civilement, il étoit sans action. Le Lieutenant la débouta de cette requête, & la condamna à une amende, tant envers Toscan qu'envers le Roi, & aux dépens. Elle appella de cette Sentence

pardevant la Cour; & par Arrêt du 18 février 1713 la Sentence fut infirmée au chef seulement qui adjugeoit une amende à Toscan; & l'accusée fut condamnée à l'amende envers le Roi & aux dépens, par la raison que s'agissant d'un droit naturel, dont tout ce qui respire est capable, Toscan, quoique mort civilement, étoit au nombre des vivans, & sous la protection de la Justice.

V. De l'établissement des servitudes naissoit une autre division des personnes selon le Droit Romain, sçavoir: de ceux qui étoient nés libres, qu'on appelloit *Ingenui*, & de ceux qui étant nés ou tombés dans une juste servitude, avoient été affranchis, appellés *Libertini*. *Instit. de Ingenuis, de Libertinis*.

VI. Parmi les Nations Chrétiennes la servitude a été abolie comme contraire au Droit naturel & aux maximes du Christianisme: *Christianis in universum placuit bello inter ipsos orto captos servos non fieri, ita ut vendi possint, ad operas urgeri & alia pati quæ servorum sunt*, dit Grotius de *Jure belli ac pacis*, liv. 3. chap. 7. n. 9. C'est aussi la remarque de Boërius, décis. 178. n. 2. de Bugnyon en ses loix abrogées, liv. 1, n. 44.

VII. Seulement ceux qui sont pris par les ennemis sont faits prisonniers de guerre, obligés de payer une rançon au vainqueur. Grotius au lieu cité dit: *Mansit tamen etiam inter Christianos mos captos custodiendi donec persolutum sit pretium, cujus aestimatio in arbitrio est victoris, nisi certi aliquid convenerit*. Les vaincus payent une rançon au vainqueur, dit Boërius décis. 178. n. 3. *Hodiè ransomem sive finantiam solvunt captivi*; & il n'est plus permis de les tuer après le combat. C'est aussi la remarque de Vinnius sur le §. 3. *Instit. de Jure personarum*, & sur le §. 17. *Instit. de rerum divisione*, où il dit, n. 3. *Ceterum Christianarum penè omnium gentium velut mutuo consensu comparatum est, ut capti etiam in bello justissimo libertatem retineant, eosque tamdiu dumtaxat retinere liceat, donec pretium redemptionis exsolverint*. Voyez encore Coquille sur les Coûtumes de Nivernois, chap. 8. des servitudes personnelles.

VIII. En sera-t-il de même de ceux qui sont pris par
les

les Turcs & les infideles ? La servitude à laquelle ils sont réduits leur fera-t-elle perdre leur état ? Les infideles n'en usent pas avec les Chrétiens comme les Nations Chrétiennes en usent entr'elles. Covarruvias *secunda relectionis pars*, §. II. n. 6. tom. 2. pag. 537. traite cette question ; & il résout qu'il y a une grande différence à faire entre les guerres des Romains, & celles que les Chrétiens sont obligés de soutenir contre les infideles qui se sont injustement emparés des terres du Nom Chrétien : *Ego sanè video maximam esse discriminis causam inter bella Romanorum, & ea quæ Christiani adversus infideles, qui nos undique impetunt, gerimus. Quorum quidem infidelium agressiones non possunt aliquâ ex parte esse licitæ, nec iidem defensiones, cum Provincias Christiani nominis tyrannicè & perfidè, ac crudeliter occupaverint ; quàm-obrem nisi aliud lege humanâ statutum in specie sit, opinor ergà Christianos captos à Turcis, vel Sarracenis, non esse servandas Leges Romanorum, quæ de captivis apud hostes loquuntur.* Il importe peu que les Turcs regardent & traitent leurs prisonniers comme des esclaves. Ces prisonniers ne doivent pas moins être réputés libres parmi nous. Ils perdent la liberté de fait & non de droit ; & il répugneroit à l'humanité & aux Loix du Christianisme, d'ajouter à leur malheur la perte de leur état & la honte de la servitude. Voyez Bugnyon dans ses Loix abrogées liv. 1. fom. 44. Barry de *Succeffionibus* liv. 1. tit. 7. n. 18. & tit. 8. n. 8.

IX. Nous tenons pour maxime que dès qu'un esclave a mis le pied en France, il y devient libre. Loisel dans ses *Institutes Coutumieres* liv. 1. tit. 1. n. 6. dit : » Toutes » personnes sont franches en ce Royaume, & sitôt qu'un » esclave a atteint les marches d'icelui, se faisant baptiser, » est affranchi ». Voyez Bodin en sa République liv. 1. chap. 5. Charondas dans ses *Pandectes* liv. 2. chap. 2. Gudelin de *Jure Novissimo* liv. 1. chap. 4. Vinnius sur le §. 3. *Inst. de Jure Personarum* n. 5.

X. Il y a cependant encore dans quelques Provinces du Royaume des servitudes foncieres. Ce sont des hommes qui ne sont ni de franche condition ni esclaves, mais sujets à des charges différentes, selon la diversité des Coutumes,

comme l'ont remarqué Bodin & Charondas aux lieux ci-dessus cités, de Lauriere sur les Institutes Coutumieres de Loysel liv. 1. tit. 1. n. 6. Pasquier dans ses Recherches de la France liv. 4. chap. 5. Mais cette sorte de sujétion est bien différente de l'esclavage des Romains. M. de Lamoignon dans ses Arrêtés tit. de l'Etat des personnes, estime qu'il seroit à propos de rendre tous les sujets du Roi de franche condition, sans tache de servitude, en accordant un dédommagement aux Seigneurs. Et déjà Louis XVI. dont les bienfaits vivront dans la mémoire des hommes, a, par son Edit du mois d'août 1779, éteint & aboli la main-morte & condition servile & les droits qui en dépendent, dans les Terres & Seigneuries de son domaine, dans ses domaines qui sont engagés, & dans les Terres & Seigneuries qui seront par la suite acquises à son domaine. Il y est dit que les Seigneurs qui suivront cet exemple, seront dispensés d'obtenir de Sa Majesté aucune autorisation particuliere, & de faire homologuer les actes d'affranchissement, ou de payer aucune taxe ni indemnité, à cause de la diminution que ces affranchissemens paroïtroient opérer dans les Fiefs tenus du Roi. Il y est ordonné que les droits de suite sur les main-mortables, demeureront éteints & supprimés dans tout le Royaume, dès que le serf ou main-mortable aura acquis un véritable domicile dans un lieu franc.

XI. Quoiqu'il n'y ait plus de vraie servitude en France, il y a néanmoins dans les Isles Françaises de l'Amérique, des esclaves semblables à ceux des Romains. Nous avons l'Edit du mois de mars 1685, appelé le Code noir, pour la discipline & le commerce des Negres & Esclaves des Isles Françaises de l'Amérique. Un autre Edit du mois d'octobre 1716, concernant les esclaves Negres des Colonies, ordonne en l'art. I. que celui du mois de mars 1685, sera exécuté selon sa forme & teneur, & contient de nouvelles dispositions dans les articles suivans. Cet Edit a été enrégistré au Parlement de Provence le 2 décembre de la même année.

XII. Ces esclaves Negres arrivant en France avec leurs

Maîtres, deviendront-ils libres suivant la maxime générale du Royaume, que tout esclave qui y aborde est affranchi de la servitude? Il est décidé que le Maître conserve ses droits sur son esclave, en remplissant les formalités portées par l'Edit du mois d'octobre 1716. Il est dit dans l'art. II, que si les propriétaires veulent amener en France avec eux des esclaves Negres, pour les fortifier davantage dans notre religion, & pour leur apprendre en même tems quelque art & métier dont les Colonies puissent tirer quelque utilité par le retour des esclaves, ces propriétaires seront tenus d'en obtenir la permission des Gouverneurs généraux ou Commandans dans chaque Isle; laquelle permission contiendra le nom du propriétaire, celui des esclaves, leur âge & leur signalement. Et l'art. III ordonne que les propriétaires de l'esclave seront pareillement obligés de faire enrégistrer ladite permission au Greffe de la Jurisdiction du lieu de leur résidence avant leur départ, & en celui de l'Amirauté du lieu du débarquement, dans huitaine après leur arrivée en France. Mais si quelqu'une de ces formalités a été omise, l'esclave arrivé en France y devient libre & affranchi de la puissance du Maître, comme il fut jugé par la Sentence des Juges de l'Amirauté, rapportée, avec les Plaidoyers des Avocats des Parties & celui du Procureur du Roi, dans le tom. XIII des Causes Célèbres, pag. 526 & suiv.

XIII. Nous divisons les personnes en naturels François, & en étrangers ou aubains. Les naturels François sont ceux qui sont nés dans le Royaume, & les enfans des naturels François sont réputés tels, quoique nés hors du Royaume, s'ils viennent faire leur demeure en France. Les étrangers ou aubains sont ceux qui sont nés hors du Royaume. Ils ne peuvent point recueillir des successions testamentaires ou légitimes en France, ni y disposer de leurs biens à cause de mort & par des actes de dernière volonté, & leur succession appartient au Roi par droit d'aubaine, à moins qu'ils n'eussent des enfans nés & demeurans dans le Royaume.

XIV. Mais ce droit d'aubaine cesse, si l'aubain a ob-

tenu du Roi des Lettres de naturalité enrégistrées en la Chambre des Comptes. Il est alors réputé naturel François. Il en est de même, suivant l'Edit du Port franc de Marseille du mois de mars 1669, des étrangers qui ont pris parti à Marseille, & épousé une fille du lieu, ou qui y ont acquis une maison qu'ils ont habitée, ou qui y ont fait un commerce assidu pendant le temps porté par cet Edit.

XV. Le droit d'aubaine, comme contraire au Droit naturel & au Droit des gens, a été aboli entre la France & plusieurs autres États par Lettres patentes de nos Rois. On peut voir ce que j'ai écrit sur ce sujet dans mon Commentaire sur les Statuts de Provence, tom. 1. pag. 29 & suiv. n. 49. & suiv.

XVI. Nous divisons les personnes comme dans le Droit Romain, en celles qui sont indépendantes, *sui juris*; & celles qui sont dépendantes & sous la puissance & l'autorité d'un autre, *alieni juris*, *princ. Inst. de his qui sui vel alieni juris sunt*. Les peres de famille sont les personnes indépendantes. Les femmes sont sous l'autorité & la puissance de leurs maris, les enfans de famille sous la puissance de leur pere; mais comme cette autorité & cette puissance dérivent du mariage légitimement contracté, nous parlerons tout premièrement du mariage.



TITRE II.

Du Mariage.

I. Le mariage est l'engagement de l'homme & de la femme, pour vivre ensemble dans l'union conjugale : *Matrimonium est viri & mulieris conjunctio individuum vitæ consuetudinem continens*, §. 1. *Instit. de Patriâ potestate*; ou, comme dit la Loi 1. D. *de ritu nuptiarum*, c'est une société pour toute la vie, la communication du Droit divin & humain, *consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio*. Il est d'institution divine. C'est un contrat naturel & civil que la Loi de l'Évangile a élevé à la dignité de Sacrement.

II. Par ces mots *individuum vitæ consuetudinem continens, consortium omnis vitæ*, les Jurisconsultes n'ont pas entendu que le mariage fût indissoluble pendant la vie des conjoints : car le mariage étoit rompu chez les Romains par le divorce & la répudiation; de sorte que le mari pouvoit épouser une autre femme, & la femme un autre mari. Les divorces & les répudiations eurent lieu même sous les Empereurs Chrétiens, comme on le voit par les Loix qui sont sous le titre du Digeste *de Divoritiis & Repudiis*, & sous celui du Code *de Repudiis & judicio de moribus sublato*, & dans la Nouvelle 117. chap. 8. & suiv. Mais les Jurisconsultes Romains, dans la définition du mariage, se sont rapportés à l'intention des contractans & à l'objet que se proposent ceux qui se marient, comme l'observe M. Cujas dans ses Notes sur les Institutes : *Quia eo animo & voto contrahitur ut nunquam dirimatur*.

III. La pureté des mœurs chrétiennes n'a pas permis qu'un mariage légitimement contracté pût être dissous pendant la vie des deux conjoints. Ni leur consentement, ni aucune autre cause ne peut rompre ce lien indissoluble, suivant les paroles de l'Évangile, *quod Deus conjunxit homo non separet*. Il ne peut être rompu que par la mort de l'un

des conjoints : *Quæ sub viro est mulier, vivente viro alligata est legi. Si autem mortuus fuerit vir ejus, soluta est à lege viri,* dit St. Paul *ad Roman. cap. 7. v. 2.* De là Grotius *de Jure belli ac pacis liv. 2. chap. 5. n. 11.* observe qu'une femme ne peut épouser un autre mari, jusqu'à ce que la mort du premier ait rompu leur engagement, *donec mors vinculum dissolverit* : ce qu'il faut entendre de la mort naturelle & non de la mort civile. Par la mort civile, les effets civils du mariage cessent, la femme reprend sa dot, mais le nœud du mariage subsiste, & les conjoints conservent toujours les droits naturels que toute la puissance des hommes ne peut détruire; & enfin les causes de divorce & de répudiation énoncées dans la Loi 8. C. *de Repudiis*, & dans la Nouvelle 117. chap. 8. & suiv. ne peuvent produire tout au plus parmi nous qu'une séparation de corps & de biens, comme l'a remarqué Perezius sur le titre du Code *de Repudiis*, n. 9.

IV. Cet engagement indissoluble ne peut se former qu'en y observant ce qui est ordonné par les Loix de l'Eglise & de l'Etat.

V. Suivant les Loix Romaines il ne pouvoit y avoir de Mariage légitime qu'entre Citoyens romains : *Justas Nuptias inter se cives romani contrahunt*, *Inst. de Nuptiis.* Les citoyens romains ne pouvoient épouser des esclaves ou des étrangères, comme dit Cujas sur le titre des Infinitutes *de Nuptiis: Cum servis vel cum latinis aut peregrinis cives romani connubium non habent.* Un Romain ne pouvoit épouser qu'une Romaine, dit Rosinus dans son traité *Antiquitatum Romanarum liv. 5. chap. 37. pag. 603. Primum hoc sciendum Romanum non nisi Romanam ducere potuisse* : & sous le nom de citoyen romain, on entendoit non-seulement ceux qui avoient leur domicile à Rome, mais encore ceux qui y avoient obtenu le droit de cité, comme le rapporte le même Auteur : *Romanos hic intelligimus non eos tantum qui in urbe Romæ domicilium habuerunt & vixerunt, sed eos etiam qui jure civitatis donati, rogatione aliquâ hoc jus impetrarunt, ut ipsis Romanas ducere & vicissim filias suas Romanis nuptum dare liceret.*

VI. Bacquet dans son *Traité du Droit d'Aubaine*, part. 1. chap. 5. n. 6. & dans celui du *Droit de Bâtardise* part. 1. chap. 2. n. 3. rapporte qu'anciennement en France les bâtards & les aubains ne se pouvoient marier à personne autre que de leur condition, sans la permission du Roi ou de ses Officiers; mais cela ne s'observe plus, & la liberté est entiere de contracter mariage entre les naturels François & les aubains, les légitimes & les bâtards, comme l'a remarqué Despeiffes, tom. 1. part. 1. sect. 1. n. 8. pag. 251.

VII. Toutefois il y a des personnes dont l'état est tel, qu'il ne leur est pas permis de se marier, & dont le mariage est nul ou ne produit aucuns effets civils.

VIII. A l'égard des uns, le mariage est absolument nul. Tels sont les Religieux & les Religieuses qui ont fait des vœux solennels de chasteté dans une religion approuvée. Le mariage leur est interdit par les Constitutions Canoniques, notamment par le chap. *meminimus 3. extra qui clericis vel voventes matrimonium contrahere possunt*, & le Concile de Trente sess. 24. can. 9. Il en est de même des Ecclésiastiques qui sont engagés dans les Ordres sacrés de Sous-Diaconat, de Diaconat, de Prêtrise, parce qu'il y a un vœu tacite, mais solennel de chasteté qui est attaché à la réception des Ordres sacrés. C'est la décision du Canon 9. du Concile de Trente, ci-dessus cité. Voyez Fevret dans son *Traité de l'Abus* liv. 5. chap. 3. n. 21. & suiv. Hericourt dans ses *Loix ecclésiastiques* part. 3. chap. 5. art. 2. n. 9 & 11.

IX. Le mariage est aussi nul par l'impuissance de l'un des conjoints. Les impuissans d'une impuissance perpétuelle sont incapables de mariage, suivant le chap. *Accepisti 1.* & le chap. *Ex litteris 3. extra de frigidis & maleficiatis*. Voyez Fevret *Traité de l'Abus* liv. 5. chap. 4. Hericourt au lieu ci-dessus cité n. 58 & suiv.

X. La différence de Religion est un empêchement en matiere de mariage, suivant le Droit Canonique & le Droit François. On distinguoit autrefois les hérétiques tolérés par les Loix du Royaume, d'avec les Juifs & les infideles. A

l'égard de ces derniers, le mariage étoit absolument nul, & il étoit toléré à l'égard des autres. Mais Louis XIV, par son Edit du mois de novembre 1680, déclara de tels mariages non valablement contractés en ces termes : » Vou-
 » lons qu'à l'avenir nos Sujets de la Religion Catholique,
 » Apostolique & Romaine ne puissent, sous quelque pré-
 » texte que ce soit, contracter mariage avec ceux de la
 » Religion prétendue réformée, déclarant tels mariages
 » non valablement contractés, & les enfans qui en pro-
 » viendront, illégitimes & incapables de succéder aux biens
 » meubles & immeubles de leurs peres & meres. »

XI. Il y a des mariages qui sont valables, quant au Sacrement, mais nuls pour les effets civils. Tels sont les mariages de ceux qui ont été condamnés à mort, même par Sentences rendues par défaut, si avant leur décès ils n'ont été remis dans leur premier état suivant les Loix prescrites par les Ordonnances. Les enfans qui naissent de tels mariages ne sont pas bâtards, mais ils sont incapables de toutes successions. C'est la disposition de l'art. 6 de la Déclaration de Louis XIII. du 26 novembre 1639. Il en seroit de même des esclaves, s'il y en avoit parmi nous; le mariage seroit bon quant au Sacrement, parce qu'à cet égard il n'y a point d'acception de personnes devant Dieu, suivant le chap. 1. *Extra de conjugio servorum*, mais il seroit nul, quant aux effets civils.

XII. La même privation de toutes successions a lieu pour les enfans de ceux qui ont tenu leurs mariages secrets pendant leur vie. La même Déclaration du Roi du 26 novembre 1639 s'explique en ces termes en l'art. 5 : » De-
 » sirant pourvoir à l'abus qui commence à s'introduire
 » dans notre Royaume par ceux qui tiennent leurs ma-
 » riages secrets & cachés pendant leur vie, contre le res-
 » pect qui est dû à un si grand Sacrement, nous ordon-
 » nons que les majeurs contractent leurs mariages publi-
 » quement & en face de l'Eglise, avec les solemnités pres-
 » crites par l'Ordonnance de Blois, & déclarons les enfans
 » qui naîtront de ces mariages que les parties ont tenu
 » jusques ici ou tiendront à l'avenir cachés pendant leur
 » vie,

» vie, qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage que
 » la dignité d'un mariage, incapables de toute succession
 » aussi bien que leur postérité. » Voyez l'Arrêt du mois
 d'août 1662, rapporté dans le Journal des Audiences, tom.
 2. liv. 1. chap. 64. Hericourt dans ses Loix ecclésiastiques
 chap. 5. du Mariage art. 2. n. 83. les Causes célèbres,
 tom. 19. pag. 182. & suiv.

XIII. La même peine a lieu contre les enfans qui sont
 nés de meres que les peres ont entretenues, & qu'ils épou-
 sent à l'extrémité de la vie, suivant l'art. 6 de la même
 Déclaration & l'Edit du mois de mars 1697. Ainsi, par
 Arrêt du 22 décembre 1672, rapporté dans le Journal du
 Palais part. 2. pag. 374. & suiv. le Parlement de Paris
 déclara nul, quant aux effets civils, un mariage fait à
 l'extrémité de la vie par un Maître avec sa Servante, en
 conséquence d'une dispense des trois bans. Un Arrêt du
 Parlement d'Aix du 23 mars 1673 déclara nulles une do-
 nation & une institution d'héritier, faites en faveur d'une
 femme épousée *in extremis* & de son fils. Il est rapporté
 par Boniface, tom. 4. liv. 5. tit. 2. chap. 1. L'Arrêt rapporté
 dans le Journal du Palais, ci-dessus cité, adjugea néanmoins
 à la femme une pension de 300 liv. sur l'héritage du défunt.
 Et par l'Arrêt du Parlement de Paris, rapporté par Au-
 geard tom. 2. som. 8. il fut adjugé à trois enfans le
 tiers des biens en propriété, & la moitié de ce tiers en
 usufruit à la mere, en déclarant que ce tiers n'étoit pas
 donné aux enfans comme portion héréditaire, mais par forme
 d'alimens.

XIV. Mais dans le cas où un majeur avoit voulu célé-
 brer en santé son mariage avec une personne dont il avoit
 des enfans, & en avoit été empêché par des oppositions &
 des procédures injustes, il a été jugé par un Arrêt du 29
 juillet 1717, rapporté dans le Journal des Audiences tom.
 6. liv. 7. chap. 58. que le mariage n'étoit point abusif,
 & qu'il produisoit les effets civils, quoiqu'il eût été différé
 à être célébré jusqu'à la dernière maladie de celui qui l'avoit
 contracté.

XV. Pour pouvoir contracter un mariage légitime, il faut avoir atteint l'âge de puberté, qui est de quatorze ans complets pour les mâles, & de douze ans complets pour les filles, *princ. Inst. de nuptiis, princ. Inst. quibus modis tutela finitur*. Le mariage des impuberes est donc nul. Les marier avant l'âge de puberté c'est forcer la Nature, dont les Loix sont inviolables; & avant cet âge, ils ne peuvent donner un consentement valable: *Nec velle nec nolle habent in eo quod animi iudicio fit*. Mais si après la puberté les conjoints consommoient le mariage, cette ratification le rendroit légitime. Si au contraire l'un des conjoints venoit à décéder avant que l'un ou l'autre eût atteint l'âge de puberté, il n'y auroit point de mariage, & le survivant ne pourroit pas demander les avantages nuptiaux, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par Montholon som. 138. Fevret de l'Abus liv. 5. chap. 1. n. 6. Le Grand sur la Coutume de Troyes art. 168. glof. 5. n. 27. Dans le cas néanmoins où le mariage auroit été célébré peu de tems avant la puberté, & qu'il eût été consommé, voyez les Arrêts de Bouguier lett. M. som. 2. Héricourt dans ses Loix Ecclésiastiques part. 3. chap. 5. art. 2. n. 69. Le Grand au lieu cité.

XVI. Le libre consentement des parties est essentiellement requis pour la validité du mariage, & un mariage fait par force & par le mouvement d'une crainte capable d'ébranler une ame constante, est nul & peut être dissous, comme l'ont remarqué Ducasse dans son Traité de la Jurisdiction Ecclésiastique part. 2. chap. 3. sect. 3. n. 4. Héricourt dans ses Loix Ecclésiastiques part. 3. chap. 5. art. 2. n. 49. & suiv. & les promesses de mariage sont nulles, si elles ne sont pas libres, comme l'enseigne Fevret de l'Abus liv. 5. chap. 1. n. 4. De là vient que le mariage est prohibé entre la personne ravie & le ravisseur, soit qu'il s'agisse d'un rapt de violence ou d'un rapt de séduction, suivant la Loi unique *C. de raptu virginum seu viduarum*; les Nouvelles 143. & 150. & le Canon de *puellis* 4. cauf. 36. quest. 2. Et quoique cette rigueur ait été adoucie dans la suite, & que par la nouvelle discipline ces mariages

aient été tolérés, il faut toujours que la personne ravie soit rendue à elle-même, & remise dans un lieu & en l'état de pleine liberté, avant qu'elle puisse épouser son ravisseur: ce qui est fondé sur la nécessité du consentement libre des parties. Voyez Fevret dans son Traité de l'Abus liv. 5. chap. 3. n. 31. Hericourt dans ses Loix Ecclésiastiques part. 3. chap. 5. art. 2. n. 72. la Déclaration du Roi du 22 novembre 1730, concernant le rapt de séduction.

XVII. Dès que le consentement des parties a été donné avec les formes prescrites par les Loix de l'Eglise & de l'Etat, le mariage est parfait quoiqu'il n'ait pas été consommé, & les droits qui en résultent sont acquis aux mariés: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*, dit la Loi 30. D. de *diversis regulis juris*. Un mari périt le long du Tibre sans avoir consommé le mariage. Il fut décidé que la femme en devoit porter le deuil: *Ab uxore lugendum responsum est*, dit la Loi 6. D. de *ritu nuptiarum*, & la Loi 7. ajoute que de là il peut arriver qu'une vierge ait une dot & l'action pour la demander: *Idedque potest fieri ut in hoc casu aliqua virgo & dotem & de dote habeat actionem*. C'est ainsi qu'on l'observe dans presque tout le Royaume. Il n'y a que les Coutumes particulières de quelques Provinces, suivant lesquelles, pour gagner les avantages nuptiaux, il faut que l'épouse ait été conduite au lit nuptial, comme l'a remarqué Mornac sur les Loix 6. & 7. D. de *ritu nuptiarum*.

XVIII. Il y a d'autres personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité des mariages. Parmi les Romains le consentement des peres n'étoit requis qu'aux mariages de leurs enfans qui étoient sous leur puissance: *Dum tamen si filii familiarum sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere & civilis & naturalis ratio suadet, in tantum ut jussus parentis precedere debeat*, *Inst. de nuptis*. De sorte que si le fils étoit émancipé, il pouvoit se marier sans le consentement de son pere ou de son ayeul paternel. Et par la même raison, le consentement de la mere n'étoit jamais nécessaire, parce que les meres n'ont point les enfans sous leur puissance.

XIX. Il en est autrement parmi nous. Les Ordonnances de nos Rois, sans distinction des enfans émancipés & de ceux qui sont sous la puissance paternelle, exigent le consentement des peres & même des meres dans le mariage de leurs enfans. La Loi divine oblige les enfans d'honorer leur pere & leur mere; & ils manquent à ce devoir, quand ils se marient contre leur gré: & le rapt, qui est un empêchement de mariage, est toujours présumé en la personne des mineurs qui se marient sans l'aveu & le consentement de leurs parens. L'Ordonnance de Blois du mois de mai 1579, article 40, s'énonce en ces termes: » Enjoignons aux Curés, Vicaires & autres de s'enquérir » soigneusement de la qualité de ceux qui se voudront » marier, s'ils sont enfans de famille ou en la puissance » d'autrui: nous leur défendons très-étroitement de passer » outre à la célébration desdits mariages, s'il ne leur » apparoît du consentement des peres, meres, tuteurs ou » curateurs sur peine d'être punis comme fauteurs du crime » de rapt. » Avant cette Ordonnance, l'Edit de Henri II. du mois de février 1556, avoit ordonné » que les enfans » de famille ayant contracté, & qui contracteroient ma- » riage clandestin contre le gré, vouloir & consentement » & au desçu de leurs peres & meres, pussent, pour telle » irrévérence & ingratitude, mépris & contemnement de » leursdits peres & meres, transgression de la Loi & Com- » mandement de Dieu, & offense contre le Droit & l'hon- » nêteté publique, inséparable d'avec l'utilité, être par » leursd. peres & meres & chacun d'eux, exhérésés & exclus » de leurs successions. » Il y est ajouté que pour les mêmes causes, les peres & meres pourront » révoquer toutes & » chacunes les donations & avantages qu'ils auront faits à » leurs enfans. » Et par l'art. 41 de l'Ordonnance de Blois, il est porté » que les Ordonnances ci-devant faites » contre les enfans contractans mariage sans le consente- » ment de leurs peres, meres, tuteurs & curateurs, soient » gardées, même celle qui permet en ce cas les ex- » hérédations.

XX. Il y a une exception à cette regle pour les ma-

riages des enfans de famille qui ont accompli, ſçavoir, les filles l'âge de vingt-cinq ans, & les mâles celui de trente ans. L'Edit de 1556 porte qu'il ne comprend pas dans ſa diſpoſition » les mariages qui auront été & feront con-
 » tractés par les fils excédant l'âge de trente ans, & les
 » filles ayant vingt-cinq ans paſſés & accomplis, pourvu
 » qu'ils ſe ſoient mis en devoir de requérir l'avis & conſeil
 » de leurſdits peres & meres.

XXI. Le Concile de Trente ſeſſ. 24. chap. 1. de *reformatione*, déclare valables les mariages faits ſans le conſentement des parens. Mais ce décret du Concile n'a jamais été regardé comme un point de foi & de dogme, c'eſt ſeulement un point de diſcipline. Et les Princes peuvent par leurs Loix mettre des empêchemens aux mariages de leurs Sujets, comme l'a remarqué Hericourt dans ſes Loix eccléſiaſtiques part. 3. chap. 5. art. 2. n. 3. M. Gerbais a fait un Traité du pouvoir de l'Egliſe & des Princes ſur les empêchemens du mariage. Voyez la Conſultation de M. Prevost au cinquieme tome du Commentaire des Libertés de l'Egliſe Gallicane pag. 128. & ſuiv.

XXII. Quoique les Ordonnances exigent le conſentement des peres & des meres, il faut obſerver que ſi le pere & la mere penſoient différemment ſur le mariage de leur enfant, le conſentement du pere l'emporteroit, & ſeroit ſuffiſant. La raiſon en eſt que dans le concours de l'empire paternel & de celui de la mere, celui du pere doit prévaloir, parce qu'il eſt le chef de la famille, comme l'a remarqué Grotius dans ſon traité *de Jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 5. n. 1. *Si contendat inter ſe imperia, præfertur patris imperium ob ſexûs præſtantiam.*

XXIII. Le pere pourra donc appeller comme d'abus du mariage que ſon enfant aura contracté contre ſon gré; & la mere aura le même droit au défaut du pere, à l'effet de faire déclarer le mariage non valablement contracté. Mais il y a eu ſur ce point des avis différens. Les uns ont penſé qu'il y avoit abus dans le mariage du fils de famille contracté avant l'âge de trente ans accomplis, parce que ce n'eſt qu'à cet âge que le fils de famille peut ſe marier,

en requérant le consentement de son pere par des actes de respect. C'est l'avis de Fevret dans son *Traité de l'Abus* liv. 5. chap. 2. n. 13. où il rapporte un Arrêt du Parlement de Paris du 14 août 1615, qui le jugea ainsi. Et Boniface tom. 1. liv. 5. tit. 3. chap. 2. rapporte un Arrêt du Parlement d'Aix du 13 décembre 1664, qui fit inhibitions & défenses aux fils de famille majeurs de vingt-cinq ans, & jusques à trente, de contracter mariage sans le consentement de leurs peres, à peine de nullité. D'autres ont estimé qu'il n'y avoit abus que pour les mariages des mineurs, & qu'à l'égard des garçons majeurs de vingt-cinq ans, les mariages n'étoient pas nuls par le seul défaut de consentement du pere ou de la mere, mais seulement sujets à la peine d'exhérédation. C'est l'avis d'Hericourt dans ses *Loix ecclésiastiques* part. 3. chap. 5. art. 2. n. 75. où il cite un Arrêt du Parlement de Paris du 2 juillet 1660 qui le jugea ainsi. Cet Arrêt est rapporté dans le *Journal des Audiences* tom. 1. liv. 11. chap. 28. Il y est fait mention d'un autre Arrêt semblable. Et cette dernière jurisprudence paroît être celle qui a prévalu.

XXIV. Si le pere ou la mere ont approuvé par quelque acte le mariage qui avoit été fait sans leur consentement, ils sont censés avoir pardonné leur injure, & ils ne sont plus recevables à appeler comme d'abus de la célébration du mariage. Par l'Arrêt du mois de décembre 1672 rapporté dans le *Journal des Audiences* tom. 2. liv. 11. chap. 30. il fut jugé que le pere dont le fils mineur s'étoit marié contre son consentement, ayant été parain de l'enfant qui étoit né de ce mariage, & ayant ensuite appelé comme d'abus du mariage, il étoit non-recevable en son appel; il fut dit n'y avoir abus. Voyez les Arrêts d'Auzanet liv. 3. chap. 3.

XXV. Il est également certain qu'il n'y a que le pere & la mere qui puissent se plaindre du mariage contracté par leurs enfans sans leur consentement. Cette nullité n'est pas absolue; elle est seulement respectivo: & si le pere & la mere pendant leur vie n'ont pas réclamé contre cet engagement, le fils venant à mourir après eux, les parens

collatéraux ne feront pas recevables à appeller comme d'abus du mariage & à contester l'état des enfans qui en font nés. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par Arrêt du 20 juin 1729, prononcé par M. le Premier Président Lebret sur les conclusions de M. l'Avocat Général de Gueidan en faveur des enfans de Lazare Cay & Louise-Rose Campou. Voyez l'Arrêt du 26 mars 1675 rapporté par Albert lett. D chap. 45. & celui du 18 avril 1707 rapporté dans le Journal des Audiences tom. 5. liv. 7. chap. 16.

XXVI. Si le pere est absent & qu'on n'en ait point de nouvelles, il pourra être suppléé à son consentement par celui de la mere & des parens. La Loi 9. §. 1. *D. de ritu nuptiarum* & les loix 10. & 11. du même titre, permettent aux enfans de se marier sans le consentement de leur pere après trois ans d'absence. Les peres sont obligés de procurer un établissement à leurs enfans & de les doter suivant la Loi 19. du même titre, sur laquelle Godefroy observe qu'il en est de même si les peres sont absens ou captifs: *Idem dicendum si sint absentes vel captivi*. Dans le cas de l'absence du pere ou de la mere dont on n'a point de nouvelles, on s'adresse aux Juges ordinaires ou au Parlement pour faire ordonner qu'il y sera délibéré dans une assemblée de parens. Je l'ai vu ainsi pratiquer dans des cas sur lesquels j'avois été consulté.

XXVII. Il en fera de même si le pere est dans la fureur ou la démence. Le furieux est comparé à l'absent. *Furiosus absentis loco est*, dit la Loi 124. §. 1. *D. de diversis regulis juris*, & il ne peut point donner de consentement, parce qu'il n'a point de volonté: *Furiosi nulla voluntas est*, L. 40. du même titre. Suivant les Loix Romaines le fils & la fille d'un pere furieux ou insensé peuvent se marier sans son consentement, en observant les formalités prescrites par la Loi 25. *C. de nuptiis*. Parmi nous il est suppléé au consentement du pere par celui de la mere & l'avis des parens.

XXVIII. Nous avons dit que suivant l'Edit du mois de février 1556 & l'art. 41. de l'Ordonnance de Blois, les

enfants qui ont contracté mariage sans le gré & le consentement de leurs peres & meres, peuvent être par eux exhérés ; & que les donations faites en leur faveur par les peres & meres, pourront être révoquées ; mais cette disposition ne comprend pas les mariages contractés par les fils âgés de trente ans & les filles âgées de vingt-cinq ans passés & accomplis, pourvu qu'ils se soient mis en devoir de requérir le consentement de leurs peres & meres. Quand les enfans parvenus à cet âge ont rempli cette formalité par des actes de respect, ils ne sont plus sujets à la peine d'exhérédation. Par l'Arrêt du Parlement d'Aix, rapporté par Boniface tom. 1. liv. 5. tit. 3. chap. 1. il fut jugé que le mariage d'un fils de famille âgé de trente-huit ans, qui avoit requis le consentement de son pere, étoit valable ; & que la donation que le pere avoit faite auparavant à ce fils, n'avoit pas pu être révoquée au préjudice de l'épouse qui réclamoit sa dot.

XXIX. Mais si l'enfant mâle âgé de trente ans, & la fille âgée de vingt-cinq ans, se sont mariés sans avoir requis le consentement de leurs pere & mere, ils peuvent être exhérés ; & cela a lieu même contre les filles veuves suivant l'Edit du mois de mars 1697, dont voici les termes :
 » Ajoutant à l'Ordonnance de l'an 1556, & à l'art. 2 de
 » celle de l'an 1639, permettons aux peres & aux meres
 » d'exhérer leurs filles veuves, même majeures de
 » vingt-cinq ans, lesquelles se marieront sans avoir requis
 » par écrit leurs avis & conseils.

XXX. Lorsque la fille âgée de vingt-cinq ans accomplis, aura contracté mariage après avoir requis le consentement de son pere, le pere sera-t-il obligé de la doter ? Il est décidé que c'est le devoir du pere de doter sa fille : *Paternum est officium filiam dotare* ; & suivant les Loix Romaines, toutes favorables qu'elles étoient à la puissance paternelle, les peres qui éloignoient injustement ou négligoient l'établissement de leurs enfans, étoient obligés par les Proconsuls ou les Présidens des Provinces, de les marier & de les doter : *Coguntur in matrimonium collocare & dotare ; prohibere autem videtur & qui conditionem non quærit*, dit la Loi

19. *D. de ritu nuptiarum*. Voyez encore l'Authentique *Sed si post C. de inofficioso testamento*. Sur ce principe, lorsque les filles se sont mariées à l'âge de vingt-cinq ans accomplis, après avoir requis le consentement de leurs peres, il y a des Arrêts qui ont condamné les peres à doter leurs filles. Ils sont rapportés par Mornac sur la Loi 19. *D. de ritu nuptiarum*, Albert lett. D. chap. 45. & 46. Catellan liv. 4. chap. 68. Des Arrêts plus récents ont seulement adjugé une pension annuelle; il n'est dû des fonds aux enfans pour leurs droits de légitime qu'après la mort du pere. C'est la dernière Jurisprudence, comme l'a remarqué Duperray dans son *Traité des Dispenses de Mariage* chap. 29. n. 2. » On est, » dit-il, fort revenu sur cet article, & on oblige les peres » de donner quelque pension seulement. Cette puissance » paternelle est toujours très-respectable; & on en a usé » ainsi depuis quelque tems ». L'Arrêt du 20 juillet 1693, rapporté par Albert lett. D. chap. 45. adjugea seulement à la fille une pension annuelle de 500 liv. Et par Arrêt du Parlement d'Aix du 22 juin 1769, confirmatif de la Sentence du Lieutenant de Marseille, entre Joseph - Ange Giraud & Anne Giraud sa fille, le pere fut condamné à payer à sa fille une dot de 6000 liv., si mieux il n'aimoit payer une pension alimentaire de 400 liv. Voyez l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 4. liv. 6. tit. 6. chap. 1.

XXXI. Il est également certain que le fils qui s'est marié à l'âge de trente ans accomplis, après avoir requis le consentement de son pere, a le même droit de demander une pension convenable à son état & proportionnée aux facultés du pere. La Loi 19. *D. de ritu nuptiarum* parle également des enfans de l'un & de l'autre sexe: *Qui liberos injuriâ prohibuerint ducere uxores vel nubere*. Cela a lieu avec plus de raison encore lorsque le pere, par sa puissance paternelle, jouit des biens maternels ou d'autres héritages, dont la propriété appartient à son fils. Ainsi par Arrêt du 18 mai 1733, rendu au rapport de M. d'Estienne en faveur du sieur Pierre de Felix de Greffet de la Ferretiere, pour qui j'écrivois, contre le sieur Paul de Felix de la Ferretiere son pere, il fut adjugé au fils une pension an-

nuelle de 1500 liv. La Sentence arbitrale qui n'avoit adjudgé qu'une pension de 1000 liv. fut infirmée.

XXXII. Sur le même principe, lorsqu'une fille entre en religion contre le gré de son pere, le pere peut être obligé de payer une pension pendant la vie de sa fille, & les frais de la prise d'habit & de profession. Le Parlement de Paris le jugea ainsi par l'Arrêt du 23 juillet 1686, rapporté dans le Journal du Palais part. II. pag. 355. & dans les Plaidoyers d'Erard Plaid. 1. & ceux de Gillet Plaid. 5. Fontanella dans son *Traité de Pactis nuptialibus*, claus. 5. glos. 1. part. 1. n. 57. observe qu'il est dû une dot, non seulement à la fille qui est mariée, mais aussi à celle qui entre en religion.

XXXIII. A l'égard des mineurs qui n'ont ni pere ni mere, l'art. 40. de l'Ordonnance de Blois défend aux Curés de passer outre à la célébration de leur mariage, s'il ne leur apparôit du consentement de leurs tuteurs & curateurs. Augeard tom. 2. som. 6. rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, qui déclara nul le mariage contracté par un mineur âgé de dix-neuf ans, sur ce seul moyen que le frere du mineur, son curateur, n'y avoit pas donné son consentement. Le même Arrêt enjoignit aux Curés & Vicaires d'observer l'art. 40. de l'Ordonnance de Blois.

XXXIV. L'on a douté si la disposition de cette Ordonnance regardoit seulement les Pays coutumiers, ou si elle devoit s'étendre aux Pays de Droit écrit. Dans les Pays coutumiers, on ne fait point de différence de la tutelle & de la curatelle. Ce n'est qu'une même chose, & la tutelle dure jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, durant lesquels le mineur est sous la puissance & l'autorité de son tuteur, comme l'observe Du Moulin *contract. usur. qu. 39. n. 300. Non facimus differentiam (dit-il) inter tutelam & curam, sed durat tutela semel suscepta usque ad vigesimumquintum annum.* Il en est autrement dans les Provinces régies par le Droit écrit. Il n'y a plus de tutelle quand le mineur est parvenu à l'âge de puberté où il peut se marier, qui est l'âge de quatorze ans complets pour les mâles, & de douze ans complets pour les filles. Et les

curateurs que l'on y donne aux mineurs depuis la puberté jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, n'ont aucun droit sur la personne. Leur fonction regarde seulement l'administration des choses : *Solam rei familiaris sustinet administrationem*, comme dit la Loi *in copulandis* 8. C. de Nuptiis. Il dépend même du mineur de n'avoir point de curateur, excepté lorsqu'il plaide : *Inviti adolescenties curatores non accipiunt præterquam in litem*, §. 2. *Inst. de Curatoribus*. D'où il est décidé dans la Loi *in copulandis*, que l'autorité d'un curateur & des parens n'est pas nécessaire dans le mariage des mineurs, & qu'on doit considérer seulement la volonté de la personne qui se marie ; *sed spectande est ejus voluntas de cujus conjunctione tractatur*.

XXXV. Sur ce fondement, il y a des Arrêts rapportés par M. de Catellan & par le sieur de Vedel liv. 4. chap. 69, par lesquels des mineurs qui avoient passé des contrats de mariage sans l'assistance d'un curateur, refusant ensuite de les exécuter, ont été condamnés à des dommages & intérêts. M. de Catellan au lieu cité, parlant des Ordonnances concernant les mariages des mineurs, dit : » Ces » Ordonnances, sagement établies pour éviter les suborna- » tions, doivent être étroitement observées, lorsqu'il y a » des présomptions fortes & suffisantes de subornation ; mais » hors ce cas, il faut décider qu'un mineur peut valable- » ment contracter mariage sans l'assistance des parens & du » curateur.

XXXVI. Ainsi par Arrêt du Parlement d'Aix du 10 mars 1725, prononcé par M. le Premier Président Lebrét, le mariage d'un mineur fut déclaré légitime. Lopés, Négociant de la ville de Marseille, âgé de vingt-trois ans, avoit été accusé de crime de rapt par Claire Gautier, fille majeure âgée de trente-trois ans. Il fut décrété de prise de corps & mis en prison. Pour se procurer la liberté, il consentit d'épouser Claire Gautier. Au sortir des prisons, il fut à l'Eglise paroissiale des Accoules, où le mariage fut célébré. Peu de temps après, il en appella comme d'abus, sur divers moyens, notamment qu'il n'avoit pas été assisté d'un curateur ; mais par l'Arrêt qui intervint, il fut dit n'y avoir abus.

XXXVII. Toutefois nous avons des Arrêts de Règlement du Parlement d'Aix pour le consentement des curateurs au mariage des mineurs. M. De Cormis tom. 1. col. 1169. & suiv. chap. 29. fait mention d'un Arrêt qui fit inhibitions & défenses à toutes personnes de pratiquer & fuborner les mineurs & mineures de vingt-cinq ans, sous prétexte de mariage ou autrement, sans le gré, sçu, vouloir & consentement de leur tuteur ou curateur, & aux Vicaires & Curés de passer outre à la célébration du mariage sans le consentement desdits curateurs. Et par un autre Arrêt du 13 mars 1688, rapporté dans le Recueil d'Arrêts de Règlement pag. 178. il fut fait défenses à tous les Notaires de la Province de recevoir des contrats de mariage des mineurs sans la permission, autorisation ou consentement de leurs peres & meres, tuteurs ou curateurs, à peine de faux & d'être procédé extraordinairement contr'eux.

XXXVIII. La parenté & l'affinité sont un empêchement de mariage. La prohibition de contracter mariage entre les ascendans & les descendans s'étend à l'infini, §. 1. *Inst. de nuptiis*. Cette prohibition est de droit naturel dont nulle puissance ne peut dispenser.

XXXIX. Dans la ligne collatérale le mariage est prohibé entre les freres & sœurs; & cette prohibition est encore de droit naturel, §. 2. *Inst. de nuptiis*. Il est prohibé jusqu'au quatrieme degré. Mais la maniere dont les Romains comptoient les degrés de parenté, est bien différente de la nôtre. Chaque tête faisoit un degré, & par ce moyen les cousins germains se trouvoient au quatrieme degré & pouvoient se marier ensemble, §. 4. *Inst. de nuptiis*. Il en est autrement par le Droit Canonique que nous suivons; les freres & sœurs forment le premier degré; les enfans des freres & sœurs, c'est-à-dire les cousins germains, le second, & ainsi des autres, & le mariage est prohibé jusqu'au quatrieme degré inclusivement. c'est la décision du chap. *non debet 8. extra de consanguinitate & affinitate*. Le Pape néanmoins peut accorder des dispenses au second degré qui est des cousins germains & aux degrés subséquens. Il y a même des exemples de dispenses accordées du pre-

mier au second degré entre l'oncle & la niece. Les Ordonnances se sont conformées au Droit Canonique dans la maniere de compter les degrés de parenté en fait de mariage. Elles sont rapportées dans le Commentaire de Theveneau liv. 2. tit. 2. art. 12. en ces termes : » Tous nos sujets » seront tenus garder les Loix de l'Eglise Catholique, » Apostolique & Romaine reçues en notre Royaume pour » le fait des mariages & degrés de consanguinité & affi- » nité.

XL. L'affinité produit le même empêchement du mariage que la consanguinité aux degrés prohibés §. 6. & 7. *Inst. de nuptiis*. Elle se forme par le mariage, c'est-à-dire que celui ou celle qui se marie contracte une alliance avec les parens de sa femme ou de son mari. Ainsi le gendre devenant veuf ne peut pas épouser sa belle-mere, & la belle-fille devenant veuve ne peut pas épouser son beau-pere. Le Pape peut accorder des dispenses pour l'affinité aux mêmes degrés que pour la parenté. Il y a même des exemples, mais très-rares de dispenses accordées au premier degré d'affinité entre le beau-frere & la belle-sœur. Voyés la dissertation sur ce sujet, rapportée dans le 7^e. tome des Causes Célèbres pag. 63. & suiv.

XLI. Mais il n'y a que la personne qui se marie qui contracte l'affinité, & l'empêchement ne va pas plus loin, suivant le chap. *non debet 8. extra de consanguinitate & affinitate*; enforte qu'un pere veuf & son fils peuvent épouser une femme veuve & sa fille; deux freres peuvent épouser deux sœurs, & ainsi des autres. Sur le même principe, Duranti dans ses Questions notables qu. 71. résout qu'un homme veuf peut épouser la veuve du frere de sa femme; *Nam, dit-il, in secundo genere affinitatis conjugia permiffa sunt dict. cap. non debet &c.*

XLII. Une condition essentiellement requise par nos Loix pour la validité des mariages, est la présence du propre Curé des parties, ou du Prêtre à qui le propre Curé ou l'Ordinaire en ait donné la permission. Le Concile de Trente sess. 24. chap. 1. déclare nuls les contrats, lorsque cette forme n'aura pas été observée : *Qui aliter*

quàm præfente Parocho vel alio Sacerdote de ipfius Parochi vel Ordinarii licentiâ & duobus vel tribus teftibus matrimonium contrahere attentabunt, eos Sancta Synodus ad fic contrahendum omninò inhabiles reddit & hujusmodi contractus irritos & nullos effe decernit. Le même Concile veut qu'avant la célébration du mariage, il en foit fait trois annonces ou publications dans l'Eglife Paroiffiale des parties pendant trois jours de Fêtes confécutifs *inter Miffarum folemnia.*

XLIII. Les Ordonnances de nos Rois fe font conformées à cette difpofition. L'Ordonnance de Blois art. XL. ordonne qu'il fera fait des publications précédentes de bans, par trois divers jours de Fêtes, & pour pouvoir témoigner de la forme qui aura été obfervée dans les mariages, y affifteront quatre perfonnes dignes de foi pour le moins. La Déclaration du Roi du 26 novembre 1639 article premier, fait » très-expreffes défenses à tous » Prêtres, tant féculiers que réguliers, de célébrer aucun » mariage qu'entre leurs vrais & ordinaires Paroiffiens, » fans la permiffion par écrit des Curés des parties ou de » l'Evêque diocefain ». Et l'Edit du mois de mars 1697, s'en explique en ces termes : » Voulons & nous plaît que » les difpofitions des Saints Canons & les Ordonnances des » Rois nos prédéceffeurs, concernant la célébration des » mariages, & notamment celles qui regardent la néceffité » de la préfence du propre Curé de ceux qui contractent, » foient exactement obfervées ; & en exécution d'iceux, » défendons à tous Curés & Prêtres, tant féculiers que » réguliers, de conjoindre en mariage autres perfonnes » que ceux qui font leurs vrais & ordinaires Paroiffiens, » demeurans actuellement & publiquement dans leurs Pa- » roiffes, au moins depuis fix mois à l'égard de ceux qui » demeuroient auparavant dans une autre Paroiffe de la » même Ville ou dans le même Diocefe, & depuis un » an pour ceux qui demeuroient dans un autre Diocefe, » fi ce n'eft qu'ils en aient une permiffion fpéciale & par » écrit du Curé des parties qui contractent, ou de l'Ar- » chevêque ou Evêque diocefain ». Le même Edit déclare » que le domicile des fils & filles de famille, mineurs de

» vingt-cinq ans, est celui de leurs peres & meres, ou de
» leurs tuteurs & curateurs, après la mort de leursdits
» peres & meres ».

XLIV. Suivant ces loix les Arrêts ont déclaré non valablement contractés, les mariages qui n'ont pas été faits en présence du propre Curé des parties. Voyez l'Arrêt du 24 mars 1699 & celui du premier août 1707, rapportés dans le Journal des Audiences tom. 4. liv. 14. chap. 6. & tom. 5. liv. 7. chap. 36. les Œuvres de M. Terraffon Plaidoyer 1. pag. 48. & suiv. l'Arrêt du Parlement d'Aix du 24 mars 1689, rapporté dans le Journal du Palais part. 12. pag. 74. & suiv. Par Arrêt du même Parlement du 20 mai 1745, à l'Audience du rôle, en faveur d'Estienne Gilli de la ville de Marseille & de ses parents, parties intervenantes, pour lesquels je plaidois, contre Marie Roman du lieu de Serre en Dauphiné, il fut dit y avoir abus aux époufailles d'un mineur, faites devant un Curé de la ville de Genes, qui n'étoit pas le propre Curé des parties.

XLV. Comment faudra-t-il entendre ce qui est dit de la présence du propre Curé des parties? Cette présence, dit Hericourt dans ses Loix ecclésiastiques part. 3. chap. 5. art. 1. n. 27, » n'est point une simple présence cor-
» porelle qui pourroit être forcée & involontaire, mais
» elle doit être accompagnée de la part du Curé, d'un
» acquiescement & de l'approbation donnée au nom de
» l'Eglise, au consentement respectif des parties, & de la
» bénédiction nuptiale. C'est pourquoi, ajoute le même
» Auteur, il est défendu à tous les Notaires & à toutes
» les autres personnes publiques de recevoir des actes, par
» lesquels deux personnes déclarent en présence du Curé
» ou d'un autre Supérieur ecclésiastique, qu'elles se pren-
» nent pour mari & femme. » Par un Arrêt du Parle-
ment d'Aix du 29 novembre 1683, rapporté dans le Re-
cueil d'Arrêts de règlement pag. 158, il fut fait inhibitions
& défenses à tous les Notaires de la Province, de concéder
acte du refus qu'auront fait les Curés de donner la béné-
diction nuptiale à ceux qui se sont présentés pardevant eux
pour la recevoir, sous quelque prétexte que ce soit, à

peine d'interdiction, de nullité des actes, dépens, dommages & intérêts des parties, & de 3000 liv. d'amende.

XLVI. Si les parties qui se marient, ont leur domicile en deux différentes Paroisses, la présence ou la permission des Curés des parties, est requise suivant les Ordonnances; & le mariage étant célébré par l'un des deux Curés, la permission de l'autre est comprise dans le certificat qu'il donne de la publication des bans faite dans son Eglise. C'est ce qui fut observé par M. l'Avocat Général lors de l'Arrêt du Parlement de Paris du 8 avril 1696, rapporté dans le Dictionnaire de Brillon *verb.* mariage, n. 18. en ces termes: » Ce défaut emporte nullité. Par le » propre Curé, on entend le Curé du domicile des parties. » Il faut observer que si les deux parties ont leur domicile dans l'étendue de Paroisses différentes, les deux » Curés doivent concourir; enforte que celui des deux » Curés qui fait la célébration, doit avoir le consentement » de l'autre Curé, lequel consentement est donné dans le » certificat de publication des bans. Ceci est fondé sur la » disposition de l'Ordonnance qui s'explique au pluriel, » en présence des Curés des parties ». Voyez Hericourt dans ses Loix ecclésiastiques part. 3. chap. 5. art. 1. n. 30.

XLVII. Le Concile de Trente ne prononce point la peine de nullité pour le défaut de publication des bans; & l'on ne s'arrête point à ce moyen, s'il ne concourt avec quelque autre moyen essentiel de nullité. Voyez les Plaidoyers de Corberon Plaid. 36. pag. 165. les Arrêts de Bardet tom. 2. liv. 7. chap. 38. les Loix ecclésiastiques d'Hericourt part. 3. chap. 5. art. 1. n. 21. Il en feroit de même si les épousailles n'avoient pas été signées par quatre témoins, & que trois seulement eussent signé, comme il fut jugé par l'Arrêt ci-dessus cité du 10 mars 1725 en la cause de Lopés.

XLVIII. Les peines des mariages illégitimes sont écrites dans le §. 12. *Inst. de nuptiis*. Les personnes qui les contractent ne peuvent prendre la qualité de mari & de femme. Il n'y a ni nœces, ni mariage, ni dot, ni avantages nuptiaux: *Nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos*

dos intelligitur. Sequitur ergo ut dissoluto tali coitu, nec dotis, nec donationis exactioni locus sit.

XLIX. Les enfans qui naissent d'une telle conjonction, ne sont point sous la puissance paternelle : *Qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt; sed tales sunt, quantum ad paternam potestatem pertinet, quales sunt ii quos mater vulgò concepit.* Ils ne peuvent succéder ni à leur pere ni à leur mere. Ils n'ont point de parens : *Nec genus nec gentem habent;* & s'ils meurent *ab intestat* sans enfans, leur succession appartient au Roi ou au Seigneur haut-justicier. Bacquet dans son Traité du Droit de bâtardise chap. 8. n. 5. & 6. observe que le Seigneur haut-justicier succede au bâtard, si trois choses concourent, sçavoir, que le bâtard soit né dans sa terre, qu'il y demeure & qu'il y soit mort; & il ajoute qu'il faut entendre que les hauts-justiciers ne peuvent prétendre sinon les biens qui sont dans les limites de leurs hautes-justices, soit meubles ou immeubles. Voyez Lebrét de la Souveraineté du Roi liv. 2. chap. 9. Pastour de *Jure feudali* liv. 1. tit. 10. L'on a dit si le bâtard meurt *ab intestat* sans enfans, car s'il a des enfans nés d'un légitime mariage, ces enfans lui succèdent, à l'exclusion du fisc, & du Seigneur haut-justicier, parce qu'alors il ne meurt pas sans héritiers. Il en fera de même dans le cas où il n'y a point d'enfans, si la femme survit à son mari bâtard, ou le mari à sa femme bâtarde; ils succèdent l'un à l'autre *ab intestat*, à l'exclusion du Roi & du Seigneur haut-justicier, suivant le titre du Digeste & du Code *Undè vir & uxor*, Journal des Audiences tom. 1. liv. 2. chap. 78. Arrêt du 23 mai 1630. Louet & Brodeau lett. F. som. 22. Le Brun des Successions liv. 1. chap. 7. n. 16 & suiv.

L. Il n'est pas permis au pere ni à la mere d'instituer héritiers leurs enfans naturels, comme l'a remarqué Pastour de *Jure feudali* liv. 1. tit. 10. n. 5. Ils peuvent seulement leur laisser quelque chose à titre d'alimens: ce qui a lieu tant pour les simples bâtards que pour les bâtards adulterins & incestueux, comme nous l'avons vu au titre de la Justice & du Droit n. 8.

LI. Quant aux donations & aux legs faits par un do-

nateur ou un testateur en faveur de sa concubine, ces libéralités étoient tolérées par le Droit Romain, suivant la Loi *Donationes 31. D. de donationibus*. Mais la pureté de nos maximes a rejeté cette Jurisprudence. Pastour de *Jure feudali* liv. 1. tit. 10. n. 5, rapporte un Arrêt du Parlement d'Aix du mois de juin 1627, qui déclara nul le legs fait à une concubine : *Nobis non licet*, dit-il, *in odium incontinentiæ, ut de legato relicto concubinæ judicatum fuit Arresto mensis junii anni 1627*. Par un autre Arrêt du même Parlement du 11 décembre 1727, prononcé par M. le Premier Président Lebret, en faveur du sieur de Saint-Amant, une promesse de la somme de 3000 liv. pour valeur reçue, fut déclarée nulle, sur le fondement que c'étoit une libéralité déguisée. Par les Arrêts rapportés dans le Journal des Audiences tom. 2. liv. 4. chap. 10. & tom. 3. liv. 1. chap. 15. l'un du 25 février 1665, l'autre du 22 août 1674, des contrats passés en faveur de concubines ont été déclarés nuls sur le même principe. Et cela a lieu à plus forte raison, lorsqu'il ne s'agit pas d'un simple concubinage, mais d'un commerce entre des personnes qui ne sont pas libres, comme si les deux personnes ou l'une d'elles sont mariées, ou qu'il y ait quelque autre empêchement de mariage. Voyez les Arrêts rapportés par Louet & Brodeau lett. D. som. 43. par Catellan liv. 2. chap. 84. celui du 21 février 1727, rapporté dans les Causes Célèbres tom. 4. pag. 57 & suiv. le Traité des Donations de Ricard part. 1. chap. 3. sect. 8. Néanmoins les donations ou legs modiques servant d'alimens au donataire, sont quelquefois confirmés selon les circonstances, sur-tout lorsqu'il s'agit d'un simple concubinage. Voyez l'Arrêt du 28 mars 1730. rapporté dans les Causes célèbres tom. 7. pag. 92. & suiv. celui du 13 décembre 1629. dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 2. chap. 57 & 58.

LII. Il faut remarquer que quoiqu'un mariage soit nul par un empêchement dirimant, la bonne foi des conjoints peut rendre les enfans qui en sont nés, légitimes & capables de successions. Si une femme passe à un second mariage sous la foi des preuves qu'on lui a données de la

mort de son premier mari, les enfans nés de ce mariage seront légitimes par la bonne foi des conjoints, quoique le premier mari vienne à paroître, & que la femme soit obligée de le rejoindre. Voyez l'Arrêt du 13 juin 1656, rapporté dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 8. chap. 42.

LIII. Il suffit même de la bonne foi de l'un des conjoints, suivant le chap. *ex tenore 14. extra qui filii sint legitimi*, où il est décidé qu'une femme ayant épousé un homme dans l'ignorance qu'il fût marié, l'enfant de cette femme né de son mariage est légitime. C'est ainsi que les Arrêts l'ont jugé. Ils sont rapportés par Louet & Brodeau lett. L. fom. 14. Le Prestre cent. 1. chap. 1. de Renuffon en son Traité des Propres chap. 2. sect. 1. n. 11. & suiv. dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 10. chap. 32. Arrêt du 21 juin 1669. Il y a le fameux Arrêt du Parlement de Toulouse du 12 septembre 1560 dans le procès de Martin Guerre. Arnault du Thilh, après une longue absence de Martin Guerre, avoit pris le nom de Martin Guerre, étoit venu dans son pays & à la faveur de la parfaite ressemblance qu'il y avoit entr'eux, s'étoit supposé le mari de Bertrande de Rolz femme de Martin Guerre & en avoit eu une fille. Tous les parens de Martin Guerre & sa femme y furent trompés. Mais le vrai Martin Guerre ayant paru, & l'imposture ayant été découverte, Arnault du Thilh fut condamné à être pendu; néanmoins par le même Arrêt ses biens furent adjugés à la fille procréée de ses œuvres & de Bertrande de Rolz, attendu la bonne foi de celle-ci. Cet Arrêt a été donné au Public avec des notes par M. Coras, Conseiller au Parlement de Toulouse, qui fut le rapporteur du procès. Il est rapporté dans le premier tome des Causes célèbres.

LIV. Il faut observer encore que les enfans ne peuvent être rendus légitimes par la bonne foi de l'un des conjoints, si le mariage n'a pas été fait publiquement & avec les solemnités requises. C'est la décision du chap. *cum inhibitio 3. §. si quis verò extra de clandestinâ desponsatione*, & la doctrine de Coquille sur l'art. I. de la Coutume de Nivernois chap. 23. des Droits appartenans à gens mariés, d'He-

ricourt en ses Loix ecclésiastiques part. 3. chap. 5. art. 1. n. 39. & suiv. de De Cormis dans ses Consultations tom. 1. col. 1175. chap. 35.

LV. La possession d'état est encore un moyen pour assurer la légitimité des enfans : *Movetur temporis diuturnitate*, dit la Loi qui in provinciâ 57. §. 1. D. de ritu nuptiarum ; c'est la décision du chap. per tuas 10. extra de probationibus. Ce chapitre, dit Mornac sur la Loi filium 6. D. de his qui sunt sui vel alieni juris, nous apprend qu'il suffit que l'enfant ait été nommé & publiquement reconnu de tous pour être le fils d'un tel & d'une telle : *Discimus ex cap. per tuas de probationibus, satis esse ad ejusmodi de natalibus quæstiones, ut quis nominetur filius, & publicè agnoscatur, passimque habeatur & credatur apud omnes*. Plusieurs Arrêts sur ce fondement ont déclaré les enfans légitimes, & leur ont adjugé les successions qu'on ne pouvoit leur faire perdre qu'en les faisant déchoir de leur état. Tels sont l'Arrêt du Parlement de Paris du 12 mai 1665, & celui du 6 juillet 1666, rapportés dans le Journal des Audiences tom. 2. liv. 4. chap. 18. & liv. 5. chap. 14. l'Arrêt du 7 janvier 1676, rapporté par Soëfve tom. 2. cent. 4. chap. 92. celui du 12 août 1729, rapporté dans les Causes célèbres tom. 20. pag. 75 & suiv. Mais s'il est prouvé que les enfans sont nés d'un commerce adulterin, *ex damnato & nefario coitu*, la prétendue possession d'état ne couvrira pas ce défaut. Voyez Furgole dans son Traité des testamens tom. 1. chap. 6. sect. 2. n. 186. & suiv.

LVI. Le premier mariage mérite toute la faveur des Loix. Les secondes nœces n'ont pas la même faveur. De là vient que s'il a été fait un legs à une fille, à condition qu'elle ne se mariera pas, la condition est nulle & rejetée ; & soit que la fille se marie ou qu'elle ne se marie pas, le legs est dû, comme si la condition n'avoit pas été écrite, suivant la Loi Cum tale 72. §. Mævia 5. & la Loi Titia 100. D. de conditionibus & demonstraionibus. Au contraire, la condition de ne pas passer à de secondes nœces, imposée au legs fait en faveur d'une femme, est valable ; & la veuve perd le legs, si elle se remarie, suivant la Nouvelle

22. chap. 43. & 44. d'où a été tirée l'Authentique *Cui relictum. C. de indictâ viduitate.* Mornac sur ce titre cite deux Arrêts qui l'ont ainsi jugé. C'est ce qui a été jugé encore par l'Arrêt du 27 février 1674, rapporté dans le Journal du Palais part. 3. pag. 220. & suiv. Voyez Ranchin dans ses décisions *verb. legatum*, art. 2. Mantica *de coniecturis ultimarum voluntatum* liv. 11. tit. 19. Barry *de Successionibus* liv. 17. tit. 15.

LVII. La prohibition générale de se marier est une condition nulle & de nul effet, comme nous l'avons dit, lorsqu'il s'agit d'un premier mariage; mais la condition est valable lorsque la prohibition ne regarde que certaines personnes, parce qu'alors elle ne détruit pas la liberté du mariage, l'héritier ou le légataire à qui cette condition est imposée, pouvant se marier ailleurs. C'est la décision de la Loi *Cum ita 63. D. de conditionibus & demonstrationibus.* les Auteurs qui ont écrit sur cette matiere l'attestent ainsi. C'est l'avis de Ranchin dans ses Décisions *verb. legatum.* art. 2. de Mantica dans son Traité de *Coniecturis ultimarum voluntatum* liv. 11. tit. 19. n. 9. de Gomez *resolut.* tom. 1. chap. 12. n. 78. Et Boniface tom. 4. liv. 5. tit. 1. chap. 7. n. 8. fait mention d'un Arrêt remarquable du Parlement d'Aix. » C'est en ce même cas, dit-il, que » la Cour fit cet Arrêt célèbre du 18 mai 1673, en la » cause des Lyons, freres, de la Ville de Guillaume, l'un » desquels ayant été prohibé par le testament du pere de » n'épouser aucune fille dudit Guillaume, & ayant de » mandé que sans avoir égard à cette prohibition, il lui » fût permis de se marier où il voudroit, par ledit Arrêt » il fut débouté de sa requête, par cette raison qu'il » pouvoit se marier ailleurs que dans le lieu de Guillaume.

LVIII. Le Droit a établi des peines pour les secondes nôces. Il y en a de particulieres pour les mariages contractés dans l'an de deuil; les autres ont lieu seulement en faveur des enfans du premier mariage, en quelque tems que le second mariage ait été contracté. On peut voir le Traité que j'ai donné sur cette matiere dans mon Com-

mentaire des Statuts de Provence tom. 1. sur le Statut des tuteles sect. 2. des peines des secondes nôces.

LIX. Du mariage naissent les droits du mari & de la femme , & ceux de la puissance paternelle dont nous allons parler dans les titres suivans.



TITRE III.

De la Puissance maritale.

I. Suivant les premières Loix des Romains, les maris avoient le droit de vie & de mort sur leurs femmes dans certains cas, notamment pour le crime d'adultere, comme l'a remarqué Bodin dans sa République liv. 1. chap. 3. pag. 22. Il fut ordonné par la Loi 23. du Code Papyrien rapportée par M. Terrasson dans son histoire de la Jurisprudence Romaine part. 1. §. 7. pag. 49. que lorsqu'une femme mariée s'étoit rendue coupable d'adultere ou de quelqu'autre crime tendant au libertinage, son mari seroit son juge & pourroit la punir lui-même après en avoir délibéré avec ses parens. L'usage & les loix postérieures ont adouci la rigueur de ces premières Loix. Par la nouvelle 134. chap. 10. d'où a été tirée l'Auth. *Sed hodiè. C. ad L. Juliam de adulteriis*, la peine imposée à la femme coupable d'adultere, est d'être condamnée au fouet & renfermée dans un Couvent, d'où le mari pourra la retirer pendant deux ans, après lesquels, s'il ne l'a pas reprise ou s'il est mort dans cet intervalle sans l'avoir reprise, il est ordonné qu'elle sera rasée & prendra l'habit monastique. Elle est privée de sa dot qui est adjugée les deux tiers à ses enfans & l'autre tiers au Monastere, sans préjudice des conventions portées par son contrat de mariage, qui sont exécutées en faveur du mari. Les Arrêts ont suivi cette Authentique, sans toutefois ordonner la peine du fouet, & ils ont privé la femme adultere de sa dot & l'ont adjugée au mari ou aux enfans s'il y en a, à la charge de nourrir & entretenir la femme dans le Couvent ou la Maison de force. Voyez l'Arrêt rapporté par M. de Catellan liv. 4. chap. 15. celui du Parlement de Paris du premier décembre 1701, rapporté dans le 3^e. tome des Causes Célèbres pag. 337. les Arrêts de Papon liv. 22. tit. 9.

la Roche-Flavin liv. 1. tit. 7. Fevret Traité de l'Abus liv. 5. chap. 3. n. 15. & 16. Brodeau sur Louet lett. A. fom. 18. n. 5. & 6. Henrys & Bretonnier tom. 2. liv. 4. quest. 65. & tom. 3. liv. 6 quest. 20.

II. Suivant la Loi *Si adulterium* 38. §. 8. *D. ad L. Juliam de adulteriis coercendis*, le mari qui emporté par la vivacité de son ressentiment, tuoit sa femme surprise en adultere, n'étoit point sujet à la peine prononcée par les Loix contre les homicides. Et la Loi *Marito* 24. du même titre & la Loi *Gracchus* 4. *C. ad L. Juliam de adulteriis & stupro*, déchargeoient de la peine le mari qui avoit tué l'homme dans le tems qu'il commettoit l'adultere. On exceptoit néanmoins certains cas & lorsqu'il s'agissoit d'un homme de condition illustre. Il n'est plus permis au mari d'user de la permission que les loix anciennes lui donnoient de tuer sa femme & l'homme qu'il surprend en adultere avec elle, & celui qui commet une telle action, se rend coupable d'homicide; mais il peut obtenir des lettres de grace. Henrys tom. 2. liv. 4. qu. 65. rapporte un Arrêt du Parlement de Paris qui entérina les lettres de grace obtenues par un mari qui avoit tué sa femme & l'homme qu'il avoit surpris en adultere. L'Auteur observe que ce ne fut pas sans peine & sans difficulté, parce que le mari avoit tendu un piège à sa femme. Albert lett. A. chap. 9. rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse du dernier mai 1660, qui entérina les lettres d'abolition obtenues par un mari qui avoit tué l'homme surpris en adultere avec sa femme & blessé sa femme qu'il vouloit tuer, si elle ne lui eût crié d'avoir pitié de son ame.

III. Le mari qui a tué sa femme surprise en adultere, ne gagne point la dot. La raison en est, suivant la glose sur la Loi *Si ab hostibus* §. *Si vir uxorem D. soluto matrimonio*, que le mari ne doit pas faire un gain par un fait pour lequel il doit être puni: *Unde debet quis puniri, non debet lucrari*. C'est le sentiment de Bartole sur la même loi §. *Si vir uxorem* n. 5. Charondas dans ses Réponses liv. 13. rép. 39. rapporte un Arrêt du Parlement de Paris par lequel un mari qui avoit tué sa femme & l'homme

surpris

surpris en adultere, fut débouté de sa demande du gain de survie stipulé dans le contrat de mariage. Il avoit obtenu du Roi des lettres de rémission entérinées par la Cour avec la clause qu'il aumôneroit trois cents écus aux pauvres.

IV. L'accusation d'adultere est privée parmi nous; & c'est au mari seul qu'appartient le droit de venger l'outrage fait au lit nuptial. Le Procureur Général du Roi est non recevable en une telle accusation. J'ai rapporté les Arrêts qui l'ont ainsi jugé dans mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. pag. 547. Le Procureur Général du Roi n'est recevable à accuser une femme d'adultere que lorsque le mari est complice de la débauche & de la prostitution de sa femme. Il accuse alors le mari de maquerelage & la femme d'adultere.

V. La femme au contraire n'est pas recevable à accuser le mari d'adultere suivant la loi premiere C. *ad L Juliam de adulteriis*. La raison de différence est que l'honnêteté & la pudeur est plus fortement requise dans les femmes, parce qu'elles peuvent donner des successeurs étrangers, & ravir le bien des familles. C'est la doctrine de Tiraqueau dans son *Traité de Legibus connubialibus* Loi 1. n. 44. & suiv. de Papon en ses Arrêts liv. 24. tit. 2. n. 6. de Despeiffes tom. 2. pag. 657. n. 8. Par un Arrêt du Parlement d'Aix de l'année 1634, rapporté dans les Mémoires de M. Julien tit. *Condemnatio fol. 11.* il fut jugé que la femme n'étoit pas recevable à accuser son mari d'adultere. Aulu-Gelle dans ses *Nuits Attiques* liv. 10. chap. 23. fait mention du discours de Caton touchant l'adultere. Il y est dit : *In adulterio uxorem tuam si apprehendisses, sine judicio impunè necares. Illa te, si adulterares, digito non auderet contingere, neque jus est.*

VI. L'homme ne commet proprement l'adultere que lorsqu'il a commerce avec une femme mariée, soit qu'il soit marié lui-même ou qu'il ne le soit pas. L'homme marié qui a un commerce avec une femme qui n'est point mariée, *cum solutâ*, pèche certainement contre les Loix divines & humaines, mais suivant le Droit civil, ni l'un ni

l'autre ne sont point appellés proprement adulteres ni sujets aux peines qui sont prononcées par les Loix contre les adulteres. C'est la doctrine de Julius Clarus dans sa Pratique criminelle §. *Adulterium* n. 2. où il dit que c'est le sentiment indubitable des Docteurs : *Propriè verò adulterium in viro est, quando violat alienum thorum, licet ipse non sit conjugatus : in muliere autem quando violat proprium thorum, etiamsi adulter non sit matrimonio copulatus. Cæterum, quando vir conjugatus coit cum solutâ, tunc de jure civili, neque ex parte viri, neque ex parte mulieris dicitur adulterium. Ideoque non possunt puniri eâ pænâ quâ adulteri puniuntur. Et hæc est indubitata Doctorum Sententia.* Toutefois les enfans qui naissent d'un tel commerce sont réputés *adulterins*.

VII. Quoique la rigueur des Loix anciennes ait été modérée, le mari conserve toujours l'empire domestique qui lui appartient comme mari & chef de la famille ; & la femme lui doit obéir dans les choses honnêtes. Cette puissance est établie sur l'autorité des Livres Saints : *Sub viri potestate eris, & ipse dominabitur tibi* (*). Par conséquent le mari a le droit d'établir le domicile de la famille où il trouve à propos, comme l'a remarqué Grotius dans son *Traité de Jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 5. n. 8 : *Ob sexus differentiam (dit-il) imperium non est commune, sed maritus uxoris caput, nempe in rebus conjugii & in rebus familiae ; nam uxor pars fit familiae maritalis. Ideò de domicilio constituere jus est marito.* Et la femme est obligée de suivre son mari dans le domicile qu'il a établi. Albert lett. F. chap. 5. rapporte un Arrêt remarquable du Parlement de Toulouse. Un Président en la Cour des Aides de Montpellier demouroit à Aigue-Mortes la plus grande partie de l'année. Sa femme refusoit de le suivre, disant que lorsqu'elle l'avoit épousé, il étoit Officier en la Cour des Aides de Montpellier, qu'ainsi elle avoit cru & dû croire qu'il ne pourroit demeurer ni habiter ailleurs que dans la Ville où il étoit obligé de résider à cause de sa charge ; que le lieu étoit

(*) Genèse chap. 3. v. 16.

mal sain, & qu'elle n'y étoit jamais allée qu'elle ne fût malade. Nonobstant ces allégations, l'Arrêt ordonna que la femme suivroit son mari, quelque part qu'il voulût aller. Voyez Despeiffes tom. 1. pag. 280. sect. 3. n. 9. de Cormis tom. 1. col. 1193. chap. 41. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi à l'Audience du rôle par Arrêt du 4 février 1737, prononcé par M. le Premier Président de la Tour. Laurent Cadriere, de la ville de Toulon, ayant été exilé par ordre du Roi & rappelé ensuite, avec interdiction néanmoins de la ville & du territoire de Toulon, se pourvut contre Therese Sibon, sa femme, pour l'obliger à le joindre au lieu de Souliers où il avoit établi sa demeure. Cela fut ainsi ordonné par la Sentence du Lieutenant de Toulon, dont la femme se rendit appellante, & qui fut confirmée par l'Arrêt. Le mariage est une société de biens & de maux, & la femme doit partager la bonne & la mauvaise fortune de son mari.

*Non me latorum sociam, rebusque secundis
Accipis; in curas venio partemque laborum (*).*

VIII. Le mariage formant un lien indissoluble, il n'est pas permis aux parties de donner atteinte aux engagemens qui en résultent, par une séparation volontaire de corps & de biens; les transactions, les accords que font le mari & la femme, portant une telle séparation, sont nuls; & il est défendu aux Notaires par les Arrêts de réglemeut du Parlement d'Aix d'en recevoir les actes. Les Arrêts sont rapportés par Boniface tom. 1. liv. 5. tit. 8. chap. 1. & tom. 4. liv. 5. tit. 14. chap. 2. Voyez Louet & Brodeau lett. S. fom. 16. Le Prestre cent. 1. chap. 67.

IX. Le Juge ne peut même ordonner une séparation de corps que sur des preuves & pour des causes très-graves. Les sévices du mari sont une juste cause de séparation; mais suivant le chap. *litteras 13. extra de restitutione spoliatorum*, il faut qu'ils soient tels qu'il n'y ait pas

(*) Lucain.

de sûreté suffisante pour la femme : *Si tanta sit viri sævitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solum non debet ei restitui, sed ab eo potiùs amoveri.* Une première plainte ne suffit pas ordinairement, & l'on ordonne que la femme retournera chez son mari, avec injonction à lui de la traiter maritalement, comme on le voit dans les Arrêts de Boniface tom. 1. liv. 5. tit. 8. chap. 2. & tom. 4. liv. 5. tit. 13. chap. 1. n. 10. & chap. 3. & dans les Arrêts de Basset tom. 1. liv. 4. tit. 9. chap. 1. Mais quand les causes sont graves & les sévices extraordinaires, la séparation peut être ordonnée sur une première plainte. Il y en a divers Arrêts qui sont rapportés par Boniface tom. 1. liv. 5. tit. 8. chap. 3. & tom. 4. liv. 5. tit. 13. chap. 1. De Cormis tom. 1. col. 1177. chap. 36. Voyez les Arrêts de M. Le Prestre cent. 1. chap. 67. & chap. 100.

X. Outre les droits qui regardent la personne & dont on vient de parler, le mari a encore des droits sur les biens de sa femme, & la femme sur les biens du mari. Cela dépend des conventions du mariage, ou de la coutume du lieu où le mariage est contracté. Ce sera le sujet du titre suivant. Nous aurons l'occasion d'y parler de la séparation des biens & de la répétition de la dot que la femme a droit de demander dans le cas de la décadence des affaires de son mari.

XI. Coquille dans son Institution au Droit françois tit. des droits des mariés pag. 75. observe qu'il y a trois cas où la femme peut ester en jugement sans l'autorité de son mari : l'un si elle est appelée en jugement pour des injures ou un autre délit ; le second si elle est marchande publique, au vu & sçu de son mari ; le troisieme si elle est séparée de biens.



TITRE IV.

Des Conventions matrimoniales , de la Dot , des Avantages nuptiaux.

I. Le contrat n'est point de l'essence du mariage. Dans les Pays coutumiers où la communauté des biens entre les mariés & le douaire en faveur de la femme, sont établis par la seule force de la Coutume & sans stipulation, la Coutume fait le contrat. L'art. 220. de la Coutume de Paris est en ces termes : » Homme & femme conjoints » ensemble par mariage, sont communs en biens meubles » & conquets immeubles faits durant & constant ledit ma- » riage, & commence la communauté du jour des épou- » sailles & bénédiction nuptiale. » Et l'art. 247 de la même coutume dit : » Femme mariée est douée de douaire cou- » tumier, posé que par exprès au traité de son mariage, » ne lui eût été constitué ni octroyé aucun douaire.

II. Il en est autrement dans cette Province, qui est régie par le droit écrit. S'il n'y a point de contrat, la femme conserve la libre disposition de ses biens, & nulle charge, nulle obligation n'est imposée sur ceux du mari.

III. S'il y a un contrat, les conventions des parties sont pour elles des loix inviolables. Toutes sortes d'avantages y sont permis entre les conjoints. Il est susceptible de toutes clauses, conditions & conventions, pourvu qu'elles ne soient pas contraires au Droit public & aux bonnes mœurs. On y peut déroger au droit positif : on y peut renoncer à la Communauté, lorsqu'on contracte dans un lieu où la communauté des biens est établie par la Coutume. Dans les Pays de Droit écrit, on peut convenir que le mari pourra aliéner le fonds dotal, & que l'aliénation en étant faite, il fera seulement débiteur du prix, & le fonds ne fera ni dotal, ni subsidiairement dotal. Le pacte est valable par lequel il est dit que le mari gagnera la dot ou une partie de la dot, comme l'a remarqué Ranchin

dans ses Décisions, *verb. Dos* art. 46. Mais quand on dit que toute sorte d'avantages sont permis dans les contrats de mariage, il faut en excepter ceux qui sont sujets à une Loi ou une Coutume qui restraint la liberté des contractans. Telles sont les secondes nœces, où il n'est pas permis au conjoint de donner à l'autre plus qu'à l'un de ses enfans du premier lit le moins prenant. Voyez Tiraqueau *de jure primogenitorum* qu. 6. n. 7 & suiv. Le Prestre & Gueret cent. 1. chap. 46. Le Grand sur la coutume de Troyes art. 96. n. 13. Furgole dans ses Questions qu. 49.

IV. La dot est le patrimoine de la femme, que la femme ou un autre pour elle donne au mari pour soutenir les charges du mariage. Ainsi pendant le mariage, les fruits & les revenus de la dot appartiennent au mari : *Dotis fructum ad maritum pertinere debere æquitas suggerit : cum enim ipse onera matrimonii subeat, æquum est eum etiam fructus percipere*, dit la Loi 7. D. *de jure dotium*. C'est ce qu'exprime encore la Loi unique §. *Cùmque ex stipulatu* 9. C. *de rei uxoriæ actione*, en ces termes : *Omnia quæ fructuum nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonii, sive æstimata, sive non æstimata sint.*

V. La constitution de dot est ou générale de tous les biens présens & à venir de la femme, ou particulière de certains biens, d'une certaine somme d'argent. Les constitutions de dot générales, si ordinaires parmi nous, étoient rares parmi les Romains. Suivant la Loi *Papia*, une femme ne pouvoit donner tous ses biens en dot, comme l'a remarqué Cujas sur la Loi *Mulier bona* 72. D. *de jure dotium* : *Mulier* (dit-il) *omnia bona sua in dotem dedit, quod ex Lege Papia, quæ dotibus modum imposuerat, non poterat.* Mais cette Loi fut abrogée, & les constitutions générales furent permises. On trouve deux textes dans le Droit qui en parlent ; la Loi *Mulier bona* 72. D. *de jure dotium*, & la Loi *Nulla* 4. C. *de jure dotium*, qui dit que nulle Loi ne défend à la femme de donner tous ses biens en dot à son mari : *Nullâ lege prohibitum est universa bona in dotem marito feminam dare.* Voyez Despeiffes tom. 1. pag. 417. nomb. 3.

VI. Si un usufruit a été donné en dot ou a fait partie de la dot générale ou particulière qui a été constituée, le mari ou son héritier sera-t-il obligé de restituer les fruits perçus pendant le mariage? La Loi *dotis fructum* 7. §. *si ususfructus* 2. *D. de jure dotium* décide que le mari ou son héritier n'est pas obligé de rendre les fruits perçus pendant le mariage, s'il ne paroît que les parties aient eu l'intention que les fruits fussent restitués: *Si ususfructus in dotem datus sit, videamus utrum fructus reddendi sint necne? Et Celsus lib. X. Digestorum, ait interesse quid acti sit: Et nisi appareat aliud actum, putare se jus ipsum in dote esse, non etiam fructus qui percipiuntur.* On cite encore la Loi *si convenerit* 4. *D. de pactis dotalibus*. Et c'est ainsi que l'atteste Duperier dans ses *Maximes de Droit tit. de la dot.* » Quand, » dit-il, une femme qui avoit un droit d'usufruit sur l'héritage de son premier mari, ou de son pere ou autrement, se constitue en dot tous ses biens & droits en général, ou bien cet usufruit en particulier, sans autre expression ni convention, le mari ou son héritier ne restitue point les fruits qu'il a perçus en force du droit d'usufruit à sa femme ou son héritier, *sed tantum jus ipsum*, c'est-à-dire, le droit de jouir à l'avenir dudit usufruit durant la vie de sa femme, si elle est survivante. *L. dotis fructum D. de jure dotium, L. 4. D. de pactis dotalibus*, comme l'a observé Cujas sur la Loi unique §. *cumque C. de rei uxoriæ actione*. Et je l'ai vu toujours observer ainsi tant aux Jugemens qu'aux Consultations. » Les Arrêts que rapporte Boniface tom. 1. liv. 6. tit. 3. chap. 13. sont conformes à cette doctrine; & Thesaurus dans ses *Questions forenses* liv. 3. qu. 41. rapporte un Arrêt du Sénat de Piémont qui jugea la question en faveur du mari ou de ses héritiers. Le Président Faber dans son *Code tit. de jure dotium* défin. 20. rapporte une décision contraire; mais Duperier dans ses *Notes manuscrites sur le Code du Président Faber* dit qu'il faut se défier de cette définition, qu'elle est injuste. *Cave ab hac definitione injustâ.* Voyez Thesaurus au lieu cité, *Def. peiffes* tom. 1. pag. 416. sect. 2. n. 2.

VII. Si la constitution de dot est particulière de certains biens, tous les autres biens de la femme sont appelés paraphernaux. La femme en a la jouissance & la libre disposition. Elle peut les aliéner, comme l'a remarqué M. de St. Jean, décis. 5. Ils ne sont point communs au mari. C'est la décision de la Loi *hâc lege* 8. C. de *pactis conventis*, en ces termes : *Hâc lege decernimus ut vir in his rebus quas extrâ dâiem mulier habet, quas Græci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat.* Et la Loi *cum maritum* 11. C. de *solutionibus* décide que le paiement d'une somme, provenant des biens paraphernaux de la femme fait au mari, sans le consentement de la femme, ne préjudicie point à la femme, si elle ne l'a pas ratifié dans sa majorité. Mais le paiement fait au mari des sommes dotales libère les débiteurs ; & l'on ne peut pas l'obliger à donner des cautions suivant les Loix qui sont sous le titre du Code *ne fidejussores vel mandatores dotium dentur.* Duperier dans ses Arrêts lett. P. n. 11. rapporte un Arrêt du Parlement d'Aix du 18 février 1637, par lequel il fut jugé qu'un paiement de dot d'une femme mineure fait au mari, quoique insolvable, déchargeoit le débiteur.

VIII. Quant aux fruits des biens paraphernaux, Duperier dans ses Maximes, tit. *des fruits des biens paraphernaux*, observe que » les Arrêts & l'usage de cette Province char-
 » gent le mari de la restitution des fruits depuis le jour
 » qu'il a commencé de les prendre, si ce n'est en trois
 » cas. 1°. Quand il n'est pas justifié qu'il les ait pris ac-
 » tuellement ; car en ce cas de doute, la femme est pré-
 » sumée avoir joui de son bien. 2°. Quand ce sont des
 » fruits de peu de valeur, & qui ont été raisonnable-
 » ment consumés à l'usage commun, tant de la femme que
 » du mari, qui n'en est pas devenu plus riche. 3°. Quand
 » il y a preuve que la femme les a donnés à son mari ou
 » quittés, parce que la donation des fruits entre mariés
 » est permise & valable. *L. de his* 17. C. de *donationibus*
 » *inter virum & uxorem* ; outre que, quand le mari n'est pas
 » devenu plus riche de ce que la femme lui a donné, la
 » donation tient. *L. 11. C. eod. L. 5. §. 18. & L. 55. D. eod.*

IX. La

IX. La femme a pour sa dot une hypothèque légale & tacite sur les biens de son mari du jour du mariage, suivant la Loi unique §. *Et ut plenius C. de rei uxoriæ actione*. Les Arrêts du Parlement d'Aix l'ont ainsi jugé, même pour les mariages contractés en Pays étrangers, & les dots constituées par des articles de mariage d'écriture privée. Je les ai rapportés dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 2. sur les Statuts concernant la Cour des Soumissions n. 15. & suiv. On ne suit point en Provence la Loi *Affiduis 12. C. Qui potiores in pignore habeantur*, qui donne aux femmes pour leur dot une hypothèque préférable à celle des créanciers antérieurs. Et pour ce qui est des biens paraphernaux, il est décidé dans la Loi dernière *C. de Pactis conventis*, que la femme a hypothèque sur les biens de son mari du jour de son contrat de mariage, si elle l'a stipulée, & que s'il n'y a point de stipulation, elle a hypothèque du jour que le mari a reçu le paiement des débiteurs. Voyez le Commentaire des Statuts de Provence au lieu cité n. 47.

X. Les dots peuvent être augmentées & constituées pendant le mariage : *Dotes constante matrimonio non solum augmentur, sed etiam fiunt*, dit le §. 3. *Inst. de donationibus*; mais cette augmentation de dot n'aura pas la même hypothèque que la dot particulière constituée dans le contrat de mariage. L'hypothèque n'aura lieu que du jour du contrat contenant cette augmentation. Ce nouveau contrat ne doit pas préjudicier aux créanciers antérieurs du mari. Cela est fondé sur la Nouvelle 97. chap. 2. d'où a été tirée l'Auth. *Sed jam necesse C. de donationibus ante nuptias*, en ces termes : *Si mulier res mobiles in augmentum dederit, in hac parte dotis nullo utetur adversus alios creditores privilegio*.

XI. Mais si la constitution de dot est générale des biens présens & à venir, tout ce qui est reçu en conséquence par le mari, prend son hypothèque du jour du mariage. Il faut toutefois qu'il conste de la réalité des deniers ou des effets reconnus pendant le mariage, ou confessés reçus en augmentation de dot. La seule confession du mari ne suffit pas, & sa reconnaissance ne peut valoir que comme

une libéralité à cause de mort *in vim relicti*, & après tous les créanciers, s'il n'y a pas d'autre preuve. Voyez *Mantica de tacitis & ambiguis conventionibus* liv. II. tit. 27. n. 10. *Fontanella de pãctis nuptialibus* clauf. 4. glos. 1. n. 76. & les Arrêts rapportés par Expilly chap. 113. *Cambolas* liv. 4. chap. 20. *Boniface* tom. 1. liv. 6. tit. 9. chap. 1.

XII. Les fruits de la dot appartiennent au mari qui supporte les charges du mariage, suivant la Loi *Dotis fructum* 7. *D. de jure dotium*. Et pour sçavoir si les créanciers de la femme peuvent porter leurs exécutions sur les biens dotaux, l'on fait cette distinction : ou le créancier a une hypothèque antérieure à la constitution de dot, ou sa créance est postérieure. Au premier cas, les biens dotaux sont sujets aux exécutions du créancier, parce que la femme n'a pu se constituer une dot au préjudice de ses créanciers : la dot n'a pu passer au mari qu'avec ses charges. Au second cas, les exécutions faites durant le mariage sont nulles, parce que le droit étoit acquis au mari sur les biens dotaux avant que la dette fût contractée. C'est la Doctrine de Guy Pape qu. 447. de Faber déf. 1. C. *ne uxor pro marito*, de *Cancerius, variar. resol.* part. 1. chap. 13. n. 56. & suiv.

XIII. Ainsi dans la Loi *Mulier bona* 72. *D. de jure dotium*, où il s'agit d'une constitution de dot générale de tous les biens d'une femme, il est décidé que la dot ne peut consister qu'en ce qui reste après la déduction des dettes : *non plus esse in promissione bonorum quàm quod superest deducto ære alieno*. Le mari n'est pas tenu personnellement de la dette de la femme sur ses biens propres ; mais les biens dotaux sont sujets aux exécutions des créanciers antérieurs à la constitution de dot. Et c'est ainsi que le Parlement le jugea par Arrêt du 4 décembre 1730, en faveur du sieur de Villages, contre le sieur Gervais. Cela a lieu également, lorsqu'il s'agit d'une constitution de dot particulière de certains biens. Ces biens sont sujets au paiement des créanciers de la femme antérieurs au mariage. Mais dans ce cas, si la femme a des biens paraphernaux, le créancier doit agir tout premièrement sur ces biens qui sont libres & non compris dans la constitution de dot.

XIV. Si la dette a été contractée après la constitution de dot, soit générale ou particulière, les exécutions faites sur les biens dotaux sont nulles, comme on l'a dit ci-dessus. Le Parlement le jugea ainsi par Arrêt du 31 janvier 1730, prononcé par M. le Président de Coriolis, en faveur de Louis Allemand de la ville de Manosque, pour lequel je plaidois, contre Louis Nicolas, Boulanger de la ville d'Aix, sur le fait suivant : Marguerite Gleise, épouse de Louis Allemand, avoit formé une plainte contre Catherine Amoureux, & fait prendre une information sur laquelle Catherine Amoureux avoit été décrétée de prise de corps & mise en prison. Louis Nicolas, Boulanger, ayant fourni le pain du Roi à la Prisonnière, fit faire commandement à Marguerite Gleise de le payer ; & en conséquence, il fit procéder à la saisie du fonds & des fruits d'une terre dotale, & députer un Sequestre des fruits. Louis Allemand demanda la cassation de la saisie des fruits & des procédures faites en conséquence ; & quoique la créance fût favorable, néanmoins parce que le créancier de la femme avoit porté ses exécutions sur des fruits qui appartenoint au mari, la saisie & les procédures furent cassées avec dépens. Le même Arrêt accorda au Sequestre sa garantie contre le créancier saisissant. Voyez l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 1. liv. 6. tit. 3. chap. 15.

XV. Les immeubles donnés en dot peuvent être de trois sortes : les uns qui sont purement dotaux, les autres qui ne sont dotaux que subsidiairement, d'autres qui ne sont ni dotaux, ni subsidiairement dotaux, quand ils ont été aliénés par le mari en vertu de la permission qui lui en a été donnée par le contrat de mariage.

XVI. Le fonds dotal est le fonds donné en dot, dont le mari n'est pas devenu l'acheteur par l'estimation. Quoique le mari en ait le domaine civil durant le mariage, la constitution qui en est faite n'opere point de translation de domaine en sa faveur. La femme en conserve la vraie propriété ; & si le fonds est accru ou s'il souffre quelque diminution, l'avantage & la perte la regardent, suivant la Loi *plerumque* 10. §. 1. *D. de jure dotium*, en ces termes :

Si prædiis inæstimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet: si aliquid decessit, mulieris damnum est. Le mari néanmoins seroit tenu du déperissement, si le dommage étoit arrivé par sa faute ou sa négligence, suivant la Loi *in rebus* 17. du même titre. Le cas de la restitution de la dot arrivant, la femme ou ses héritiers reprennent le fonds dotal; & si le mari y a fait des réparations utiles & nécessaires, il en doit recevoir le remboursement suivant les Loix qui sont sous le titre du Digeste de *impensis in res dotales factis*. Duperier dans ses Maximes de Droit, tit. de la dot, observe que notre usage ne fait point de différence entre les réparations nécessaires & les réparations utiles, pourvu qu'elles soient permanentes.

XVII. Le fonds dotal ne peut être aliéné ni par la femme ni par le mari. Par la Loi *Julia*, le mari pouvoit l'aliéner avec le consentement de sa femme. Cette Loi fut corrigée par l'Empereur Justinien dans la Loi unique §. & *cum Lex Julia* 15. C. de *rei uxoriæ actione*, qui défendit au mari d'aliéner & d'obliger ou hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme: *Ut fundum dotalem non solum hypothecæ titulo dare nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare; ne fragilitate nature suæ in repentinam deducatur inopiam.* Et cela comprend tout acte par lequel le fonds dotal seroit rendu de pire condition & de moindre valeur, en y imposant des servitudes ou en remettant celles qui lui sont dues, suivant les Loix 5. 6. & 7. D. de *fundo dotali*.

XVIII. La femme peut donc demander la cassation de l'aliénation de son fonds dotal faite par le mari, lorsque le cas de la restitution est arrivé, Boniface tom. 1. liv. 6. tit. 2. chap. 2. Et après la mort du mari, pouvant disposer de ses biens & ratifier l'aliénation, elle a le choix de reprendre son fonds dotal ou de prendre le prix, comme il fut jugé par l'Arrêt rapporté par Boniface, au lieu cité chap. 5.

XIX. Le mari même qui a fait l'aliénation, peut pendant le mariage la faire casser & reprendre le fonds dotal, sans être tenu des dommages & intérêts, quoiqu'il eût

promis la garantie, quand il paroît par les termes du contrat que l'acheteur n'a point été trompé, & qu'il a sçu que le fonds étoit dotal: *Contra legum interdicta mercatus est*. C'est la Jurisprudence du Parlement d'Aix. Voyez les Arrêts de M. de St. Jean décisif. 88. Duperier dans ses Maximes de Droit tit. de l'Aliénation du fonds dotal, Boniface tom. 1. liv. 6. tit. 2. chap. 8. & 10. & tit. 3. chap. 1.

XX. Le fonds qui est donné au mari sous une estimation, n'est pas dotal. Il n'est dotal que subsidiairement. Le mari en est l'acheteur & débiteur du prix. C'est la décision de la Loi *quotiens 3. C. de jure dotium*, en ces termes: *Quotiens res æstimatæ in dotem dantur, maritus dominium consecutus, summæ velut pretii debitor efficitur*. L'estimation fait la vente, & les détériorations ou les accroissemens qui arrivent au fonds, regardent le mari, comme dit la Loi 10. du même titre: *Cum dotem te æstimatam accepisse profitearis, apparet jure communi per pactum quod doti insertum est, formato contractu, ex empto actionem esse. Quis enim dubitet æstimationem à te mulieri deberi, cum periculo tuo res deteriores fiant, vel augmenta lucro tuo recipiantur*. Il y a la même décision dans la Loi unique §. 9. C. de rei uxoriæ actione, & la Loi *creditor 52. §. prædium æstimatum 1. D. de actionibus empti*; & l'on dit communément *æstimatio facit emptionem*. C'est la doctrine de M. de St. Jean décisif. 18. n. 2. de M. de Catellan liv. 4. chap. 32. de Bossius dans son *Traité de dote* chap. 16. §. 1. n. 4. pag. 645.

XXI. Mais les biens estimés sont subsidiairement dotaux; & si le mari est insolvable, la femme a son recours sur ces biens préférablement à tous autres créanciers du mari. C'est la décision de la Loi *in rebus 30. C. de jure dotium*, en ces termes: *In rebus dotalibus sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus, si tamen extant, sive æstimate sive inæstimate sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam jubemus, & neminem creditorum mariti qui anteriores sunt, posse sibi potiorrem causam in his per hypothecam vindicare, cum eadem res & ab initio uxoris fuerint, & naturaliter in ejus permanferint*

dominio. M. de St. Jean atteste ces Maximes décif. 18. n. 2. en ces termes : *Constat inter omnes dominium marito quæri cum æstimatæ datæ sint L. quoties C. de Jure dotium ; nec dici poterit dotalis nisi in subsidium L. ex pecuniâ C. eod. putà si maritus solvendo non sit L. uxor marito , ubi Bartolus D. de donationibus inter virum & uxorem.*

XXII. Il faut toutefois remarquer que l'estimation ne rend pas toujours le mari acheteur du fonds donné en dot. Cela dépend des termes dans lesquels les conventions des parties ont été conçues : *Videamus an statim efficiantur mariti ; & putem , si sic dentur ut fiant , effici mariti* , dit la Loi *si ego* 9. §. *cæterum* 3. D. *de jure dotium*. De là les Auteurs se sont livrés à des dissertations peut-être trop subtiles , pour sçavoir à quels traits l'on doit reconnoître que le fonds est dotal ou subsidiairement dotal. On peut voir ce qu'ont écrit Fontanella dans son *Traité de pactis nuptialibus* clauf. 5. glos. 8. part. 13. Gratien *discept. forens.* chap. 489. n. 4. & suiv. Du Moulin sur la Coutume de Paris §. 78. glos. 1. n. 100. & suiv. le Cardinal de Luca *de dote disc.* 158. Henrys tom. 2. suite du liv. 4. qu. 164. Sanleger *resol. civil.* chap. 52. Il n'y aura nulle difficulté que le fonds estimé demeurera dotal , lorsque les parties sont convenues dans le contrat de mariage que le cas de la restitution de la dot arrivant , la femme reprendra le fonds. Il n'y a point alors de vente. C'est la décision de la Loi *cum post divortium* 69. §. 7. D. *de jure dotium* , en ces termes : *Cum res in dotem æstimatas , soluto matrimonio , reddi placuit , summa declaratur , non venditio contrahitur*. Il en sera de même lorsque le fonds sera tout premièrement constitué en dot , & que la déclaration du prix viendra ensuite pour en marquer la valeur , sans qu'il paroisse que l'intention des parties ait été d'en rendre le mari l'acheteur , sur-tout aujourd'hui que la déclaration du prix des choses est nécessaire pour régler le droit du contrôle.

XXIII. Mais si c'est une somme d'argent qui est constituée en dot , en paiement de laquelle ou d'une partie , un immeuble ait été cédé au mari , on ne peut douter que l'estimation n'opere la vente & ne rende le mari l'acheteur

du fonds, s'il n'y a point de clause contraire dans le même acte. C'est la doctrine de Sanleger *resol. civil. chap. 52. n. 1. Fundus dotalis non dicitur, dit-il, quando dote in pecuniâ promissâ, census annuus aut res seu prædium aliquod insolutum marito datur.* Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par Arrêt du 26 juin 1759, au rapport de M. de Boutassy, en faveur du sieur Arnaud Renaudy de la ville de Marseille, pour lequel j'écrivois, contre Dame Therese Bucan, épouse, ayant le libre exercice de ses actions, de Me. François Baux, Docteur en Médecine. Une mere avoit constitué en dot à sa fille, & pour elle au futur mari, la somme de 4500 liv. En paiement de 3000 liv. de cette dot, elle avoit donné aux nouveaux mariés une propriété située au terroir de Marseille que les parties avoient évaluée à la somme de 3000 liv. Le mari avoit reconnu & assuré sur ses biens cette somme de 3000 liv. Il fut jugé que le fonds n'étoit point dotal, & que le mari avoit été l'acheteur & seulement débiteur du prix.

XXIV. Sur le même principe, le fonds acquis par le mari des deniers de la dot n'est pas dotal. La propriété en appartient, non à la femme, mais au mari. Il n'est dotal que subsidiairement : *Ex pecuniâ dotali fundus à marito tuo comparatus, non tibi quaeritur; dotis tantum actio tibi competit,* dit la Loi *Ex pecuniâ 12. C. de jure dotium.* Il en est de même du fonds donné au mari en paiement de la dot constituée en deniers, ou du fonds sur lequel il s'est colloqué pour les deniers dotaux, suivant les Arrêts rapportés par Morgues pag. 101. & Boniface tom. 1. liv. 6. tit. 2. chap. 6. Voyez mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. tit. de la quinte part. n. 6. pag. 250.

XXV. Les fonds donnés en dot pourront être vendus par le mari, & ne seront point dotaux, s'il a été convenu dans le contrat de mariage que le mari les pourroit vendre, & qu'il en ait fait la vente en conséquence. Les contrats de mariage sont susceptibles de toutes clauses & conditions, pourvu qu'elles ne soient point contraires au Droit public & aux bonnes mœurs. On y peut déroger au droit positif, comme nous l'avons dit ci-dessus n. 3. M. de Ca-

tellan liv. 4. ch. 45, s'explique sur ce sujet, en ces termes : » Ce que j'ai dit que le fonds dotal est inaliénable, » est constamment vrai. Les Loix en défendent l'aliénation ; il y a néanmoins deux cas qui font deux exceptions à la règle générale. Le fonds dotal peut être vendu dans le contrat même de mariage, où il a été constitué. Il peut être vendu postérieurement au contrat de mariage, s'il a été convenu qu'il pourroit l'être. Pour la première exception, il y a un Arrêt du 24 mai 1652, au rapport de M. de Rabaudy ; & pour la seconde exception, il y a un autre Arrêt du 22 décembre 1656, au rapport de M. de Barthelemy de Gramont. » On a vu souvent dans nos contrats de mariage de pareils pactes, portant que les fonds donnés en dot pourroient être vendus par le mari ; & qu'étant vendus, ils ne seroient ni dotaux ni subsidiairement dotaux, & le mari seroit seulement débiteur du prix ; & ces pactes ont eu leur exécution.

XXVI. Les biens dotaux peuvent être aliénés par le mari pour payer les dettes auxquelles ils sont hypothéqués. La défense d'aliéner ne comprend pas les aliénations nécessaires, suivant la Loi *Alienationes* 13. D. *Familiæ exerciscundæ*. Et c'est une règle de droit dans la Loi *non possunt* 11. D. *de jure fisci*, & la Loi 39. §. 1. D. *de verborum significatione*, qu'il n'y a de biens que ce qui reste après le paiement des dettes : *bona intelliguntur cujusque quæ deducto ære alieno supersunt*. Ainsi les mêmes Loix qui ont défendu l'aliénation des fonds dotaux, l'ont permise quand elle a été nécessaire, & pour en acquitter les dettes. La Loi dernière D. *de jure dotium* décide qu'un fonds donné en dot par le père à sa fille, peut être vendu pour payer les dettes & conserver les autres biens qui font d'un plus grand revenu : *Creditoribus patris urgentibus, utilius videbatur potius fundum qui dotalis erat distrahere, quod minus fructuosus esset : & alios hæreditarios uberiore redditu retinere ; maritus consensit, si nulla in eâ re captio futura sit. Quæro an pars dotis quæ in hoc fundo est, mulieri, manente matrimonio rectè solvatur ? Respondi si pretium creditoribus solvatur, rectè solutum*. Cette Loi est dans le cas où il n'y auroit point de

de fraude : *si nulla in eâ re captio futura sit* ; car autrement l'aliénation seroit nulle. Le mari, comme l'héritier grevé, n'est point assujetti à des formalités dans l'aliénation qui est faite pour acquitter les dettes. Il faut seulement qu'il y ait nécessité. *Hæres gravatus & maritus non tenentur adhibere solemnitates*, dit M. Julien dans ses Mémoires tit. *Matrimonium* fol. 22. Par l'Arrêt rapporté par Boniface, tom. 4. liv. 6. tit. 4. chap. 2, il fut ordonné qu'avant dire droit aux Lettres royales, l'acquéreur seroit apparoir que le mari avoit vendu la propriété dotale pour le bien & avantage de la femme, & pour la conservation des autres biens plus importants.

XXVII. Le fonds dotal peut être valablement échangé avec un autre fonds, si l'échange est à l'avantage de la femme. C'est la décision de la Loi 26. D. *de jure dotium: ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit*. Le fonds reçu en échange est alors subrogé au fonds dotal aliéné, & il en prend la nature & la qualité, suivant la règle du Droit *subrogatum sapit naturam ejus in cujus locum subrogatur* ; de sorte que le profit de l'échange appartient à la femme, & le mari ou ses créanciers n'ont droit qu'aux réparations qu'il y a faites, comme il fut jugé par l'Arrêt rapporté par Boniface, tom. 1. liv. 6. tit. 2. chap. 4.

XXVIII. La femme ne peut pendant le mariage, aliéner ni engager sa dot, soit que la dot consiste en argent, en meubles ou en immeubles : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere*, dit la Loi 2. D. *de jure dotium*. Boniface tom. 1. liv. 7. tit. 4. chap. 3. rapporte des Arrêts qui ont jugé que la donation étoit nulle pour les biens dotaux, & valable pour les biens paraphernaux.

XXIX. Il y a pourtant des cas où la femme peut valablement aliéner ou obliger sa dot. Elle le peut pour une cause nécessaire & légitime, *L. Mutus 73. §. 1. D. de jure dotium. L. 1. D. de fundo dotali*. Boniface tom. 1. liv. 6. tit. 2. chap. 1. rapporte un Arrêt par lequel il fut jugé qu'une femme avoit pu engager son fonds dotal pour une

cause nécessaire & utile. La femme peut faire une donation de sa dot à ses enfans avec le consentement de son mari. Boniface tom. 1. liv. 7 tit. 4. chap. 2. & M. de Catellan liv. 4. chap. 4. rapportent des Arrêts qui l'ont ainsi jugé.

XXX. La femme peut aussi obliger sa dot pour tirer son mari de prison. Domat dans ses Loix civiles liv. 1. tit. 9. des Dots sect. 1. n. 15. observe que » si pendant » le mariage il arrive quelque cas extraordinaire qui pa- » roisse obliger à l'aliénation du bien dotal, comme pour » racheter de captivité, ou tirer de prison le mari, la » femme ou leurs enfans, ou pour d'autres nécessités, » l'aliénation pourra être permise en Justice, avec con- » noissance de cause, selon les circonstances. » Il cite la Loi 73. §. 1. D. de jure dotium, & les Loix 20. & 21. C. soluto matrimonio. Le Président Faber déf. 16. C. ad S. C. Velleianum, estime que la femme s'oblige valablement pour tirer son mari de prison, lorsqu'il est prisonnier pour crime, & non lorsqu'il est prisonnier pour dette civile, parce que dans ce cas, il peut se délivrer de la prison par la cession des biens. Et Boniface tom. 2. liv. 4. tit. 20. chap. 7. rapporte des Arrêts qui ont fait cette distinction : l'un du 26 janvier 1652, par lequel l'obligation d'une femme pour délivrer de prison son mari, détenu pour dette civile, fut rescindée ; l'autre du 28 juin 1642, par lequel une femme qui s'étoit obligée pour obtenir des Lettres de grace de son mari, détenu prisonnier pour crime, fut déboutée des Lettres royales par elle obtenues contre cette obligation. Mais il y a bien des cas où la cession des biens n'est pas reçue même pour dette civile ; & M. de Catellan liv. 4. chap. 1. observe que la cession des biens est une extrémité si dure & si cruelle à des personnes de quelque condition & qui ont quelque honneur, qu'elles aiment mieux tout risquer que souffrir cette honte ; il rapporte des Arrêts qui ont jugé que dans un tel cas, la femme s'oblige valablement sans espoir de restitution. Voyez Louet & Brodeau lett. A. som. 9. l'Arrêt du 2 janvier 1651, rapporté dans

le Journal des Audiences tom. 1. liv. 6. chap. 14. & par Soëfve tom. 1. cent. 3. chap. 54.

XXXI. Boniface tom. 1. liv. 7. tit. 4. chap. 6. 7. & 8. rapporte des Arrêts qui ont confirmé des donations faites par des femmes qui n'avoient point d'enfans, de leurs biens dotaux, avec le consentement de leurs maris dans un contrat de mariage, en faveur des mariés. Il y a un Arrêt semblable du 6 février 1727, rapporté par Vedel sur Catellan liv. 4. chap. 4. qui confirma la donation faite par une tante de la somme de 500 liv., faisant partie de sa dot, payable après son décès & celui de son mari, en faveur de sa niece, & dans le contrat de mariage de cette niece. La faveur des contrats de mariage a été le fondement de ces Arrêts. Il y a pourtant des Arrêts qui ont déclaré nulles les donations. Et par Arrêt du Parlement d'Aix, rendu à l'Audience du rôle le 27 novembre 1730 en faveur de la Dlle. Decugis, veuve du sieur Sicard, contre François Sicard, il fut jugé que la donation d'une somme de 1500 liv., faite par une femme en faveur de son beau-fils, avec le consentement de son mari, pere du donataire, & dans le contrat de mariage de ce donataire, étoit nulle; la dot de cette femme étoit de 4200 liv. On regarda cette donation comme faite au mari lui-même en la personne de son fils; & les donations entre mariés, pendant le mariage, étant prohibées, *ne concordia pretio conciliari videretur, neque melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret*, comme dit la Loi *hæc ratio 3. D. de donationibus inter virum & uxorem*, de telles donations ne peuvent être confirmées que par le silence & la mort du conjoint qu'il les a faites, suivant la Loi *donationes 25.* au même titre du Code. La même chose fut jugée par l'Arrêt du Parlement de Paris du 17 juin 1687, en faveur d'une femme qui avoit fait une donation à la fille de son mari. Il est rapporté dans le Journal du Palais part. 11. pag. 394. & suiv. & le 7^e. Plaidoyer de Gillet.

XXXII. La femme ne peut point demander la restitution de sa dot pendant le mariage. L'administration & la pleine jouissance des biens dotaux appartient au mari :

Hij

Dotis causa perpetua est; & cum voto ejus qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit, dit la Loi 1. *D. de jure dotium*. Mais il est des cas où la femme peut demander la séparation des biens, & répéter sa dot pendant la vie du mari.

XXXIII. Cela arrive lorsque les biens du mari sont mis en générale discussion. La femme est rangée dans la Sentence d'ordre des créanciers, pour sa dot & ses avantages nuptiaux, & colloquée sur les biens de son mari suivant son rang & son hypothèque. Cette collocation est définitive & irrévocable; & si elle est faite sur des biens emphytéotiques, le lods en est dû dès ce moment au Seigneur direct, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par Boniface tom. 4. liv. 2. tit. 1. chap. 11. & 12.

XXXIV. Il y a un autre cas, mais différent, où la femme peut répéter sa dot pendant le mariage, quoiqu'il n'y ait point d'instance d'ordre des créanciers du mari. C'est lorsque le mari gouverne mal ses affaires ou dissipe ses biens, *marito vergente ad inopiam*. De pareilles questions ne sont point jugées par l'ancien Droit. La répétition de dot n'étoit ouverte par les Loix du Digeste, que lorsqu'il paroïssoit évidemment que les facultés du mari ne suffisoient pas au paiement de la dot, *ex quo evidentissimè apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere*: ce sont les termes de la Loi *si constante 24. D. soluto matrimonio*. Mais par les Loix du Code & les Nouvelles, la collocation que fait la femme dans un tel cas, n'opere pas un transport absolu & irrévocable de la propriété des biens. Elle tombe si le mari vient en meilleure fortune, ou si la femme meurt avant le mari. Et il n'en est pas dû de lods, s'il s'agit d'une collocation faite sur un bien emphytéotique. Ce n'est pas toutefois une simple assurance de la dot, & la collocation devient irrévocable & définitive, lorsque la femme survit au mari; & c'est alors seulement que le lods est dû du bien emphytéotique. Voyez Duperier dans ses Maximes de Droit, tit. de la Collocation, mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. tit. de la Directe, du Droit de prélation & du lods sect. 3. du Droit de lods

n. 13. pag. 339. & tom. 2. tit. des prescriptions sect. 5
n. 23. pag. 569. & suiv.

XXXV. Ainsi l'action de répétition de dot est ouverte toutes les fois que le mari commence à dissiper la dot & ses biens, suivant la Loi *ubi adhuc* 29. C. de jure dotium & sur-tout la Nouvelle 97. chap. 6. Cette Nouvelle met l'action de répétition de dot dans les mains de la femme, si le mari gouverne mal ses affaires, *si malè res maritus gubernet*, si le mari commence à dissiper ses biens, *viro inchoante malè substantiâ uti*. D'où Godefroy sur la Loi *si constante* dit qu'aujourd'hui il suffit que le mari commence à mal user de son bien: *Hodiè sufficit, si inchoaverit malè substantiâ uti*. Et Bartolè, sur la même Loi n. 1. observe que les Loix du Code ont pourvu plus amplement à la sûreté de la dot, & les Nouvelles très - amplement: *Mihi videtur (dit-il) quod circa hoc sunt tria jura, scilicet jus digessorum, & hoc providet mulieri plenè: jus codicis, & hoc providet plenius; & jus authenticorum, & hoc providet plenissimè*. On ne doit donc pas attendre, pour assurer les dots des femmes, que les maris soient devenus insolvables, & réduits à une extrême pauvreté. Le remede alors arriveroit trop tard, & le secours des Loix seroit impuissant & inutile, comme dit la glose sur la Loi *Ubi adhuc*, en ces termes: *Aliàs si demùm cùm nihil haberet, deberet agi, nullum esset legis consilium*. C'est la doctrine de M. de Clapiers caus. 102. n. 13. de Bossius en son Traité de Dote chap. 12. n. 97. pag. 504. de Marius Giurba décif. 16. n. 1. de Gaill liv. 2. Observ. 83. n. 11. de Perezus sur le titre du Code de jure dotium n. 3. de Coquille en son Institution au Droit françois tit. des droits des mariés tom. 2. pag. 86. & sur la coutume de Nivernois chap. 24. de douaire art. 6. & c'est ainsi que l'ont jugé les Arrêts rapportés par Papon liv. 15. tit. 4. n. 8. Maynard liv. 4. chap. 56. Boniface tom. 1. liv. 6. tit. 9. chap. 2. Bonnet lett. D som. 13.

XXXVI. La forme de procéder dans cette matiere, suivant nos usages, est que la femme fait informer sur les dissipations du mari. On fait entendre des témoins. On peut produire des preuves littérales. Sur l'information le

Jugé permet à la femme de répéter sa dot. Elle reprend ses biens dotaux, s'il y en a; & pour les sommes qui lui sont adjudgées pour sa dot, elle est colloquée sur les biens du mari, suivant l'estimation qui en est faite. Elle ne doit point être colloquée sur des meubles, parce que les meubles ne produisent point de fruits, & qu'ils peuvent être facilement dissipés & consumés : *Possessio rei mobilis est vilis & abjecta, eo quod facile perditur*, dit la glose sur la Loi *si rem mobilem* 47. *D. de acquirendâ vel amittendâ possessione*. La collocation doit être faite sur des immeubles, s'il y en a; & s'il n'y a que des meubles, ils doivent être vendus à l'encan, & le prix doit être placé ou mis entre les mains de Marchands refféans & solvables, pour le tenir à honnête gain au profit de la femme, & pour l'assurance de sa dot. C'est la disposition de l'Arrêt général du Parlement d'Aix du 30 octobre 1614, rapporté dans les Mélanges de Bomy chap. 9. Par cet Arrêt, il est fait » défenses à tous » Juges & Lieutenans de permettre lefdites collocations » être faites sur les meubles du mari, finon en défaut » d'immeubles, auquel cas, ils doivent ordonner lefdits » meubles être vendus au public inquant, & le prix » en provenant être mis entre mains de Marchands ref- » féans & solvables, pour le tenir à honnête gain au » profit de la femme, & pour l'assurance de la dot d'icelle, » fans pouvoir le fonds être expédié à la femme durant la » vie du mari. » Le chap. *per vestras* 7. *extrâ de donationibus inter virum & uxorem*, dit que les deniers de la dot peuvent être mis dans les mains d'un Marchand qui les tienne à honnête gain : *Mandamus alicui Mercatori committi, ut de parte honesti lucri dictus vir onera possit matrimonii sustentare*. A l'égard de la donation de survie, la femme est colloquée séparément, parce qu'elle ne la gagne qu'au cas qu'elle survive à son mari, & n'en peut jouir qu'après le décès du mari, si elle lui survit. Voyez mon Commentaire des Statuts de Provence, tom. 2. tit. des Prescriptions sect. 5. de la Prescription de l'action hypothécaire n. 23. & suiv. pag. 569. & suiv.

XXXVII. La femme ainsi colloquée, ne peut aliéner

ni obliger la dot pendant le mariage ; & les fruits doivent être employés à son entretien, & à celui de son mari & de leurs enfans, s'il y en a. C'est la décision de la Loi *ubi adhuc* 29. *C. de jure dotium*, en ces termes : *Ita tamen ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente marito & matrimonio inter eos constituto ; sed fructibus earum ad sustentationem tam sui, quam mariti, filiorumque, si quos habet, abutatur.* Tel est notre usage, comme l'a remarqué Duperier dans ses Maximes de Droit, tit. de la Collocation ; & la vente des fonds sur lesquels la femme a été colloquée, faite pendant le mariage, est nulle, comme il fut jugé par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 4. liv. 5. tit. 14. chap. 3.

XXXVIII. La Loi *si pro dote* 2. *C. de dotis promissione*, dit que les intérêts de la dot sont dûs, si le pere, qui l'a constituée, les a promis. Et si les intérêts n'avoient pas été stipulés, celui qui avoit promis la dot, en devoit les fruits ou les intérêts après deux ans depuis le mariage, suivant la Loi dernière §. *Præterea* 2. *C. de jure dotium*. Par un usage communément reçu, les intérêts de la dot sont dûs depuis la demeure sans interpellation : *dies interpellat pro homine*. La dot étant constituée pour supporter les charges du mariage, il est juste & raisonnable qu'elle produise des fruits ou des intérêts. Duperier dans les Arrêts qu'il a recueillis tom. 2. lett. D. *verb.* Dot n. 31. rapporte trois Arrêts du Parlement d'Aix qui l'ont ainsi jugé. » Dot, » dit-il, produit intérêt du jour du terme, par Arrêt en » Audience du 8 mars 1619, contre le Sr. de Camelin, » Evêque de Fréjus, qui avoit constitué une dot à sa » niece : plus le 12 juin 1612, contre François David, » & le 26 mars 1620, pour le sieur Dugaud contre le » sieur de Pontevés Bargeme, pour la dot promise à Bap- » tistine de Pontevés ». Et nous l'observons ainsi, tant en faveur du mari qu'en faveur de la femme & de ses héritiers. Voyez le Président Faber déf. 6. *C. de jure dotium*, Mornac sur la Loi 22. *C. de rei vindicatione*, Louet & Brodeau lett. J. fom. 10. Duperier dans ses Maximes de Droit, tit. de la Dot, Boniface tom. 1. liv. 6.

tit. 4. chap. 2. Mais s'il y a dans les pactes du mariage un terme stipulé pour le paiement de la dot, quoiqu'il n'y soit pas dit que ce sera sans intérêts, les intérêts ne seront dûs que du jour du terme du paiement. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi, au sujet d'une dot constituée par un pere à sa fille, par Arrêt du 14 août 1734, prononcé par M. le Président de Piolenc, en faveur de Magdeleine Arluc du lieu de Cannes, appellante de Sentence du Lieutenant des Soumissions au Siege de Grasse, pour laquelle je plaïdois, contre César Mottet, intimé. La Sentence du Lieutenant avoit adjugé les intérêts du jour du contrat de mariage. L'Arrêt en infirmant la Sentence les adjugea seulement du jour de l'échéance des paiements. La même chose avoit été jugée par l'Arrêt du Parlement de Toulouse, rapporté par M. de Catellan liv. 4. chap. 42. en ces termes : » Nous avons dit que l'intérêt de la dot » constituée par le pere à sa fille, court sans interpellation » du jour du contrat; si néanmoins dans le contrat de » mariage de la fille il est dit que cette dot constituée » par le pere sera payable après son décès, l'intérêt n'en » sera dû que depuis le terme du payement échu, quoi- » que les pactes de mariage ne portent pas que ce sera » sans intérêt. Il fut ainsi jugé le 24 novembre 1679 en » la Grand'Chambre, au rapport de M. de Rech de » Penautier. Le motif de l'Arrêt fut que le cours naturel » & ordinaire des intérêts de la dot sans interpellation, » ne fait pas qu'ils soient dûs depuis le contrat de ma- » riage, lorsque dans ce contrat il y a un terme pour » le payement & qu'il n'y a point de réservation d'intérêts.

XXXIX. On dit communément que c'est le devoir du pere de doter sa fille: *Paternum est officium filiam dotare. L. 19. D. de ritu nuptiarum.* Et il est décidé dans la Loi *Si pater dotem 7. C. de dotis promissione*, que si le pere a constitué une dot à sa fille dont la mere est morte & qui a des biens maternels, & que la constitution de dot soit faite pour tous droits paternels & maternels, *ex rebus paternis & maternis*, sans spécifier ce qui est donné du chef paternel & du chef maternel, toute la dot sera censée constituée.

constituée du bien du pere. Cette décision a paru extraordinaire & contraire aux vrais principes du Droit. Car telle est la regle qu'on est censé tout premierement s'acquitter de ce qu'on doit. C'est la décision de la loi *filius à patre* 38. *D. de hæreditatis petitione* & la doctrine de Bartole sur cette Loi & sur la Loi *Nezennius D. de negotiis gestis* n. 5. de *Cancerius variar. resol.* part. 1. chap. 16. n. 23. & ce qui fut jugé par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 2. part. 2. liv. 4. tit. 5. chap. 1. Et c'est un autre principe que l'imputation se fait sur la dette la plus onéreuse & la plus ancienne, suivant les Loix 1. 3. 4. & 97. *D. de solutionibus* & la doctrine de M. de Cormis tom. 1. col. 1311. & suiv. chap. 80. Aussi l'Empereur Leon le Philosophe Nov. 21. appella cette loi *si pater dotem*, un renversement d'équité, *æquitatis subversionem*; & Henrys liv. 4. quest. 52. dit qu'elle a plus de subtilité que de solidité. Cependant la décision de cette loi a été adoptée par l'Arrêt général du Parlement d'Aix du 29 octobre 1646, prononcé en robes rouges, rapporté dans le recueil de Boniface. tom. 1. liv. 6. tit. 1. chap. 1. Cet Arrêt déclara semblables constitutions faites pour tous droits paternels & maternels, présens & à venir, devoir être rejetées sur les biens des peres constituans, en cas qu'ils soient suffisans & capables pour lescdites constitutions. Et il y est enjoint aux Notaires d'avertir les parties contractantes lors de la passation des contrats de mariage & constitutions de dot, de la teneur du présent Arrêt.

XL. Mais comme cette loi *Si pater dotem* est extrêmement rude, dit Duperier dans ses *Maximes de Droit tit. de la Dot*, il la faut abandonner, quand il y a quelque circonstance qui peut différencier tant soit peu le cas dont il s'agit & l'espece de cette loi. M. de Cormis tom. 1. col. 1311. chap. 80. observe pareillement que comme cette loi est grandement singuliere & extraordinaire, elle doit être restrainte en son cas précis; ainsi l'on ne doit point suivre la décision de cette loi, lorsque la dot passeroit les bornes de ce qu'un pere peut donner raisonnablement en dot à sa fille, & qu'il ne seroit pas autrement vraisemblable-

ble que le pere eût voulu constituer toute la dot de son chef. C'est la remarque de M. Julien dans ses Mémoires tit. *Matrimonium* fol. 13. en ces termes : *Fallit, si dotandi modum excedat, vel aliter non sit verisimile quod totum de suo dare voluerit.* Et l'Arrêt de 1646 dit expressément que les dots ne seront prises sur les biens du pere qu'en cas qu'ils soient suffisans & capables pour lesdites constitutions.

XLI. De ce que la Loi *Si pater dotem* doit être étroitement restreinte dans son cas, il suit, comme l'a remarqué Duperier, que cette loi n'a pas lieu quand le pere & la mere ont constitué la dot, encore qu'ils n'ayent pas parlé des biens paternels & maternels, parce que la Loi ne parle que de la constitution faite par le pere seul.

XLII. Il faut encore tenir pour certain qu'en quelque cas que ce soit la décision de la Loi *Si pater dotem* ne peut avoir lieu pour la somme que le pere donne pour l'entrée en religion de sa fille, qu'on appelle improprement dot spirituelle. Il ne peut y avoir de dot que dans le mariage, & s'il n'y a point de mariage, il ne peut y avoir de dot, *ubicumque matrimonium non est, nec dos est*, dit la Loi 3. *D. de jure dotium*. Le Cardinal de Luca dans son *Traité de dote* disc. 167. n. 10. observe que la dot des Religieuses n'est ni véritablement, ni proprement une dot : *Ista verè & propriè non potest dici dos; cum hæc non detur sine matrimonio, à quo nomen & essentiam recipit.* D'où l'on doit conclure que la décision singulière de la Loi *Si pater dotem* ne peut être étendue à la dot ou plutôt à l'aumône qui est donnée au Monastere pour les filles qui entrent en religion. C'est ainsi que les Arrêts du Parlement d'Aix ont jugé cette question. Boniface tom. 4. liv. 6. tit. 1. chap. 2. rapporte un Arrêt du 18 mai 1656, par lequel le paiement de la dot spirituelle constituée par le pere à sa fille pour tous ses droits, tant paternels que maternels, fût imputé sur les droits que la fille avoit recueillis dans la succession de sa mere. La même chose fut jugée par Arrêt du 26 juin 1759, au rapport de M. de Boutassy, en faveur du sieur Arnaud Renaudy de la ville de Marseille, pour lequel j'écrivois, contre Dame Marie-

Therese Bucan, épouse ayant le libre exercice de ses actions, de Me. François Baux, Docteur en Médecine. La fille étoit cohéritière de sa mere & de sa sœur; le pere débiteur de ces droits de succession, avoit constitué une dot spirituelle à sa fille de la somme de 3000 liv. *tenant lieu de payement de ses droits paternels & maternels*. Il fut jugé par cet Arrêt que cette somme devoit être prise sur les biens maternels.

XLIII. De ce que c'est le devoir du pere de doter sa fille, le pere sera-t-il tenu de la redoter, lorsque la dot est perdue par l'insolvabilité du mari. M. de Catellan liv. 4. chap. 17. observe qu'il n'y a point de texte précis dans le Droit, qui oblige les peres à redoter les filles qu'ils ont mariées à des époux insolvables. Il dit que les Arrêts ont établi cette jurisprudence & l'ont prise du principe établi dans l'Authentique *quod locum C. de collationibus* & dans la nouvelle 97. au chapitre dernier, qui exemptent la fille non émancipée, mariée avec un époux insolvable par le pere décédé ensuite *ab intestat*, de l'obligation de rapporter la dot reçue. On tient donc communement dans les pays de Droit écrit, que le pere est obligé de redoter sa fille, parce que lui choisissant un mari, il devoit le choisir solvable ou du moins assurer la dot, pourvu néanmoins que la perte de la dot ne soit pas arrivée par la faute & la négligence de la fille. C'est l'avis de Cancerius *variar. resol.* part. 1. chap. 3. n. 18. de Ranchin *decis. verb. dos*, art. 29. de Despeiffes tom. 1. part. 1. tit. 15. sect. 1. n. 1. pag. 412. & suiv. de Duperier dans ses maximes tit. de la dot. Ce dernier observe que par la jurisprudence du Parlement d'Aix, on ne compte le tems de la négligence de la femme que depuis qu'elle a demandé la permission au Juge de répéter sa dot, ou depuis le tems que les biens du mari ont été mis en discussion.

XLIV. Mais l'obligation de redoter n'a lieu qu'à concurrence de la légitime, comme l'ont remarqué Despeiffes, Duperier & Bornier sur les décisions de Ranchin aux lieux cités, & Boniface tom. 1. liv. 6. tit. 7. chap. 1.

XLV. Il faut remarquer encore que cette obligation

ne regarde que le pere. La mere qui a constitué la dot à sa fille, ni le frere qui a constituée une dot à sa sœur, n'en sont pas tenus. C'est l'avis de Despeiffes tom. 1. pag. 415. n. 18. de Duperier dans ses maximes de Droit tit. de la dot, de Bellus conf. 88. Duperier dans ses Arrêts lett. R. n. 25. rapporte un Arrêt du 29 mars 1634, qui jugea que cette action n'a pas lieu contre les tiers possesseurs des biens du pere.

XLVI. Dans les différens pays où cette action *de dote malè collocatâ* a été reçue, la jurisprudence n'est pas uniforme sur toutes les questions auxquelles elle peut donner lieu. M. de Catellan liv. 4. chap. 17. rapporte que la jurisprudence des Arrêts du Parlement de Toulouse sur cette matiere a été étendue aux enfans de la fille mariée par son pere à un époux insolvable. On a jugé autrement au Parlement d'Aix. L'action *de dote malè collocatâ* ayant été introduite par une espece d'équité, nous tenons que c'est une faveur personnelle à la femme, & qui ne passe pas à ses héritiers ni à ses enfans. Par un Arrêt du 23 décembre 1655 entre Esprite Darbonne, femme de Simon Hugolin & Laurent Barronil, il fut jugé que ce droit étant une faveur personnelle à la femme, ne passoit point à son héritier. Cet Arrêt est rapporté par Duperier tom. 2. dans ses Arrêts lett. R. n. 27. Et par Arrêt du 30 mars 1740, au rapport de M. de Beauval; la même chose fut jugée dans les termes les plus exprès. C'étoient des enfans héritiers de leur mere qui demandoient une seconde dot contre leur ayeul maternel, leur pere étant insolvable. Ils y furent déclarés non recevables. Voyez Henrys liv. 4. qu. 53. tom. 2. pag. 375. & suiv. Duperier tom. 3. liv. 1. quest. 17. pag. 77.

XLVII. Nous avons dit que toutes fortes d'avantages sont permis entre conjoints dans leur contrat de mariage, lorsqu'ils sont stipulés. Il y en a d'autres qui sont acquis sans stipulation, en vertu de la Coutume du lieu où l'on contracte. Dans bien des Provinces du Royaume l'augment de dot est en usage. C'est un avantage que la femme gagne & qu'elle prend sur les biens de son mari, si elle lui survit.

Dans certaines Provinces, cet avantage est acquis par la Coutume du lieu & sans convention. C'est la moitié ou le tiers de la dot. Dans d'autres Provinces il n'est point dû sans stipulation. La quotité dépend de la Coutume des lieux ou des conventions des parties.

XLVIII. L'augment de dot n'est point en usage en Provence. Mais les donations de survie y ont lieu. C'est une donation que le survivant gagne. La somme que la femme donne au mari, en cas qu'il lui survive, est ordinairement la moitié de celle que le mari donne à la femme, si elle lui survit. Mais elle peut être plus ou moins grande; cela dépend des conventions des parties. Et les donations de survie ne sont jamais dues sans une convention expresse dans le contrat de mariage.

XLIX. Lorsqu'il n'y a point d'enfans, la donation de survie est acquise en pleine propriété au conjoint survivant; & s'il y a des enfans, il en conserve la jouissance pendant sa vie, & lorsqu'il meurt elle se divise en portions viriles ou égales entre le conjoint & les enfans qui lui survivent, suivant la Nouvelle 127. chap. 3. d'où a été tirée l'Authentique *Si tamen C. de secundis nuptiis*. Le conjoint peut disposer de sa portion virile en faveur de qui il trouve bon. S'il n'en dispose pas, elle appartient à son héritier, comme il fut jugé par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 5. liv. 1. tit. 28. chap. 1. Mais s'il a passé à de secondes nœces, il en a perdu la propriété qui est divisée, après son décès, entre ses enfans du premier lit pour la peine des secondes nœces. Voyez mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. sur l'Edit concernant les tutelles, sect. 2. des peines des secondes nœces n. 23. pag. 147, & sur le Statut des Successions *ab intestat* sect. 1. n. 28. pag. 447.

L. Ordinairement en Provence le prix des coffres, robes, bagues & bijoux que la femme apporte en se mariant, est reconnu en dot par le mari; & soit qu'il y ait dans le contrat de mariage la donation des coffres, robes, bagues & bijoux en faveur du survivant, ou qu'il n'y en ait point de donation, le mari est l'acheteur des coffres, robes, bagues & bijoux, & débiteur du prix;

& ce prix, qui fait partie de la dot, est dû à la femme ou à ses héritiers, comme le reste de la dot. S'il n'y a point de donation des coffres en faveur du survivant des conjoints, la femme, qui survit au mari, impute sur le prix des coffres stipulé dans le contrat de mariage, la valeur des coffres en l'état qu'ils sont lors du décès du mari. Et s'il y a une donation des coffres, elle gagne les especes des coffres. S'il y a dans le contrat de mariage la donation des coffres, robes, bagues & bijoux en faveur du survivant, ensemble du prix & reconnu d'iceux, comme on le stipule ordinairement, cette donation ne produit d'autre effet en faveur de la femme, si ce n'est qu'elle gagne, à titre de donation, les especes des coffres qui sont en nature, & le prix des coffres, stipulé dans le contrat de mariage, lui est dû comme faisant partie de sa dot. Mais si le mari survit à la femme, outre les especes des coffres qui lui restent, à la faveur de la clause *prix & reconnu d'iceux* il gagne, à titre de donation, cette partie de la dot, qui consiste au prix des coffres. Boniface tom. 1. liv. 7. tit. 9. chap. 2. Mémoires de M. Julien tit. *Matrimonium* fol. 48. lett. E, Consultation des Avocats de Provence dans le Traité des Gains nuptiaux pag. 251.

LI. Il semble sur ce qu'on vient d'observer, que lorsque les gains de survie sont divisés en portions viriles entre les enfants du conjoint survivant & son héritier, si c'est le mari qui a survécu, c'est le prix des coffres qu'il a gagné qui doit être divisé en portions viriles, & non les especes des coffres; & qu'au contraire si c'est la femme qui survit au mari, ce sont les especes des coffres que la femme a gagnées qui doivent être partagées. C'est l'observation de M. Julien dans ses Mémoires tit. *Matrimonium* fol. 48 lett. F. Mais il y rapporte un Arrêt par lequel il fut jugé dans le cas où les donations du survie sont gagnées par la femme, que c'étoit le prix des coffres qui devoit être partagé en portions viriles, comme dans le cas où les donations de survie ont été gagnées par le mari, sur le fondement qu'on présume que la femme au

tems du décès du mari a des coffres de la valeur portée par la reconnoissance qui en a été faite. *Pretium*, dit-il, *non dividitur, quia facit partem dotis; & solæ species sunt in donatione: ita ex usu; quod intellige ex parte uxoris; secus si maritus supervivat; tunc enim pretium est in donatione & dividi debet inter liberos. Imò etiam ex parte uxoris pretium dividitur, ita judicatum 17 maii 1673, referente D. d'André in causa Gonaones, Pallas, Lautier &c. Apertium, quia uxor præsumitur habere vestes apud se tempore mortis viri, quarum valor æquivalet recognitioni, & consumi non debent in præjudicium filiorum.*

LII. Suivant le Droit la dot qui consiste en deniers, n'est payable qu'une année après le décès du mari ou de la femme, & sans intérêts jusqu'alors. Il a paru équitable de donner ce délai au mari ou à ses héritiers pour se procurer l'argent nécessaire pour la restitution de la dot. C'est la décision de la loi unique §. *Cum autem 7. C. de rei uxorie adione*. Mais si c'est le mari qui est mort le premier, il doit être pourvu à la nourriture & à l'entretien de la femme pour l'année de deuil, suivant la glose qui a passé en force de Loi. On n'y prend point pour règle la valeur ou les intérêts de la dot, mais l'état & les facultés du mari. Et si la femme a des revenus de biens immeubles ou de droits adventifs ou des pensions dont elle puisse s'entretenir selon sa qualité, il ne lui est rien dû pour l'année de deuil. Et si ses revenus ne suffisent pas pour son entretien, on déduit, en liquidant les frais de l'an de deuil, la valeur des fruits ou revenus, rentes ou pensions. Duperier dans ses *Maximes de Droit*, tit. de la *Dot*. » Mais pour ce qui est des habits de deuil, ajoute » le même Auteur, il faut toujours que l'héritier du mari » les lui paye, quand même elle auroit de quoi les fournir » du sien, parce que la loi obligeant la veuve de porter » le deuil de son mari & de lui rendre cet honneur, il » faut que ce soit aux dépens du défunt; & l'on considère » les habits de deuil comme partie des frais funéraires.

TITRE V.

De la Puissance paternelle.

I. La nature donne des droits aux peres sur leurs enfans. Les enfans doivent honorer leur pere & lui obéir. Les Livres saints en ont fait un précepte. (*) On peut voir sur ce sujet ce qu'ont écrit Grotius *de jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 5. Bodin dans sa République liv. 1. chap. 4. Mais les Loix civiles ont donné bien plus d'étendue à la puissance paternelle, & nul peuple n'a porté plus loin ce pouvoir que les Romains : *Nulli alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus*, dit l'Empereur Justinien §. 2. *Inst. de patriâ potestate.*

II. Suivant ce droit les enfans nés du légitime mariage de celui qui n'est pas sous la puissance d'autrui, sont sous la puissance de leur pere; & ceux qui naissent du légitime mariage d'un fils de famille ne sont pas sous la puissance de leur pere, mais sous celle de leur ayeul paternel. C'est la décision du §. 3. *Inst. de patriâ potestate*, en ces termes : *Qui igitur ex te & uxore tuâ nascitur in tuâ potestate est. Item qui ex filio tuo & uxore ejus nascitur, id est nepos tuus & neptis æque in tuâ sunt potestate, & pronepos & proneptis & deinceps ceteri.* Et le petit-fils dont le pere étoit fils de famille, ne tombe sous la puissance de son pere que par la mort de son ayeul paternel : *Si moriente avo, pater eorum vivit & in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Princ. Inst. quibus modis jus patriæ potestatis solvitur.* Cela s'observe dans la plupart des Pays de Droit écrit, & sur-tout dans cette Province, où l'on voit souvent des petits-fils qui sont sous la puissance, non de leur pere, mais de leur ayeul paternel : ce qui n'arrive jamais dans les Pays coutumiers où les enfans sont éman-

cipés

(*) Exode chap. 20. v. 12.

cipés par le mariage , comme l'a remarqué Coquille dans son Institution au Droit françois tit. de l'état des personnes. Les enfans qui naissent d'un tel mariage , étant nés d'un pere qui est émancipé & *sui juris* , sont certainement sous la puissance de leur pere , & ne peuvent être sous celle de leur ayeul.

III. La puissance paternelle s'étend sur la personne & sur les biens des enfans. La Loi de Romulus & celle des XII. tables tab. 4. chap. 2. donnoit au pere le droit de vie & de mort sur ses enfans nés de légitime mariage , comme juge de la famille dont il étoit le chef. La Loi des XII. tables s'en expliquoit en ces termes : *Endo liberis justis jus vitæ , necis , venundandique potestas ei esto*. Les anciens Gaulois avoient un pareil droit de vie & de mort sur leurs enfans , comme le rapporte Cesar dans ses Commentaires de bello gallico liv. 6. n. 19. *Viri in uxores , sicuti in liberos , vitæ necisque habent potestatem*. Des mœurs plus douces ont succédé à ces Loix barbares. Le droit de vie & de mort fut aboli , & le pouvoir du pere réduit à une correction ou à un châtement modéré , comme on le voit dans la Loi *si filius 3. C. de patriâ potestate*. Suivant la Loi dernière du même titre le pere ne pouvoit vendre ses enfans & les réduire en servitude. Et on lit dans la Loi *Divus Adrianus 5. D. de lege Pompeiâ de parricidiis* , qu'un pere qui avoit tué son fils , parce que ce fils avoit un commerce avec sa marâtre , fut condamné à la déportation dans une isle : *Nam , dit cette Loi , patriâ potestas in pietate debet , non atrocitate consistere*.

IV. Pour ce qui est du pouvoir du pere sur les biens de ses enfans , ce que le fils de famille a des biens du pere , *ex re patris* , qu'on appelle pécule profectif , est acquis au pere , comme on le voit dans le §. 1. *Inst. per quas personas cuique acquiritur*. *Sancitum à nobis est ut , si quid ex re patris ei obveniat , hoc secundum antiquam observationem totum parenti acquiratur*.

V. Mais pour ce qui est du pécule adventif du fils de famille , qui embrasse tout ce que le fils de famille ac-

quiert par d'autres causes, par succession, par son travail ou son industrie ou autrement, il faut distinguer le Droit ancien & le Droit nouveau. Par l'ancien Droit, ces biens étoient tellement acquis au pere, qu'il pouvoit les donner à un autre enfant ou à un étranger, & les vendre ou en disposer de toute autre maniere; *Et hoc ità parentum fiebat, ut etiam esset eis licentia quod per unum vel unam eorum acquisitum esset, alii filio vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerant applicare*, dit le §. 1. ci-dessus cité. Mais cette dureté, qui prenoit sa source dans cette puissance absolue que l'ancien Droit donnoit aux peres sur leurs enfans, fut corrigée insensiblement par les Constitutions des Empereurs. Constantin excepta de cette disposition les biens maternels. Il n'en laissa au pere que l'usufruit *L. 1. C. de bonis maternis*. Arcade & Honorius en excepterent les biens de l'estoc maternel *L. 2. eod. tit.* Théodose & Valentinien, les gains des nôces *L. 1. C. de bonis quæ liberis*. Leon & Anthemius, ceux des fiançailles *L. 5.* Et enfin Justinien en excepta généralement tous les biens adventifs du fils de famille, par la Loi *Cùm oportet 6.* au même titre *de bonis quæ liberis*. La propriété de ces biens fut réservée aux fils de famille, & l'usufruit laissé au pere; & le pere peut disposer, comme il lui plaît, & en faveur de qui il trouve à propos, des sommes provenues des fruits qu'il a perçus, & des meubles ou des immeubles qu'il a acquis de leur produit, suivant la Loi *Cùm oportet §. non autem 2: Et si quid ex usu earum pater, avus vel proavus collegerit, habeat licentiam quemadmodum cupit, hoc disponere & in alios hæredes transmittere; vel si ex earum rerum fructibus res mobiles vel immobiles vel se moventes comparaverit, eas etiam quomodo voluerit habeat & transmittat, & in alios transferat, sive extraneos, sive liberos suos, seu quamlibet personam.*

VI. Le pécule militaire du fils de famille *peculium castrense*, fut excepté des dispositions du Droit ancien & du Droit nouveau. Ce pécule appartient de plein droit au fils de famille, tant pour la propriété que pour l'usufruit. Le fils est réputé pere de famille pour les biens qu'il a

acquis dans le service des armes, & il en peut tester §. 1. *Instit. per quas personas cuique acquiritur.* C'est ce qu'a exprimé Juvenal par ces vers, Sat. 16.

*Solis præterea testandi militibus, jus
Vivo patre datur; nam quæ sunt parta labore
Militiæ, placuit non esse in corpore census,
Omne tenet cujus regimen pater.*

VII. Le privilege du pécule militaire fut encore accordé au pécule quasi militaire que les fils de famille gagnent dans les fonctions du Barreau & de la Magistrature §. 6. *Instit. de militari testamento L. velut.* 7. *C. de adfessoribus, L. Fori* 4. *C. de Advocatis diversorum judiciorum, L. cum antiquis* 37. *C. de inofficioso testamento.* Telle étoit à Rome la faveur des armes & des Loix. C'est par ces privileges que les jeunes Romains étoient invités à servir la patrie dans les emplois militaires, & ceux du Barreau & de la Magistrature. Leur pécule militaire ou quasi militaire leur étoit acquis en toute propriété, en fonds & en fruits; & ils en pouvoient disposer par testament & des donations entrevifs ou à cause de mort, suivant la Loi *Filius familias* 7. §. dernier *D. de donationibus.*

VIII. Il en est de même de ce que le fils de famille gagne dans l'état ecclésiastique. C'est un pécule quasi militaire dont il a la pleine propriété, & dont il peut tester, *L. Sacrosanctæ* 34. *L. cum lege* 50. *Auth. Præsbyteros C. de Episcopis & Clericis.* Cette Authentique *Præsbyteros* & la Nouvelle 123. chap. 19. d'où elle a été tirée, disent que les Prêtres & les autres Ecclésiastiques ont en pleine propriété, tant en fonds qu'en usufruit, les choses qu'ils acquierent de quelle maniere que ce soit, *res quolibet modo ad eorum dominium venientes*: ce qui paroît embrasser non seulement ce que l'Ecclésiastique gagne dans le service de l'Eglise, mais généralement tous ses biens adventifs. Il semble néanmoins que cela doit être restreint aux biens que le fils de famille Ecclésiastique acquiert de son état & des fruits de son bénéfice, comme l'atteste Papon dans ses Arrêts liv. 7. tit. 1. art. 24. C'est ce qui forme son pé-

cule quasi militaire, le seul qui soit affranchi du pouvoir paternel. Les autres biens de l'Écclésiastique y sont sujets, s'il n'est pas émancipé; & il n'y a que la dignité de l'Épiscopat qui rompe les liens de la puissance paternelle, comme nous le verrons ci-après.

IX. Il paroît certain que les deniers qui proviennent du pere sans le travail & l'industrie du fils, sont un pécule profectif qui appartient tout au pere, & qui doit être rapporté dans la succession paternelle. C'est l'avis de Gomez *ad leges Tauri L. 29. n. 24. Ista, dit-il, est verior & æquior opinio quod si filius totum lucrum acquisivit ex pecuniâ & patrimonio patris, absque operâ & labore suo, quia pecuniam mutuavit, vel posuit apud campsores, vel mercatorem, vel aliter potest constare; tunc illud lucrum est profectitium & venit dividendum inter omnes fratres.* Par l'Arrêt rapporté par M. de St. Jean décif. 21. il fut jugé que le fils ayant négocié au nom du pere, le pécule étoit profectif.

X. Il est également certain que tout ce que le fils de famille gagne par son travail & son industrie, comme ce qui lui est donné par des parens ou des étrangers, par des actes entre-vifs ou de dernière volonté, est un pécule adventif dont la propriété lui appartient, & dont le pere a seulement l'usufruit pendant sa vie, & qui par conséquent ne doit pas être rapporté dans la succession paternelle, suivant la Loi *cum oportet 6. C. de bonis quæ liberis.* C'est le sentiment de Gomez au lieu cité: *Si verò (dit-il) filius totum lucrum acquisivit ex operâ & industriâ suâ, & labore proprio, & hoc potest constare; tunc illud lucrum est adventitium & sibi soli quæritur, & non venit conferendum, nec dividendum cum fratribus.* Boniface tom. 2. liv. 4. tit. 17. chap. 2. rapporte deux Arrêts qui l'ont ainsi jugé.

XI. Mais que faudra-t-il dire de ce que le fils gagne par son industrie avec l'argent du pere? Ce pécule sera-t-il partie profectif & partie adventif? M. de St. Jean décif. 21. n. 11. dit que la fixation de la part qui doit être adjugée au fils pour son travail, est commise à l'arbitrage du Juge eu égard à la quantité de l'argent du pere

& à l'industrie du fils : *Totum judicis arbitrio committitur consideratâ pecuniâ paternâ quantitate & filii industriâ.* Mais plusieurs ont estimé que sans entrer dans une estimation arbitraire, les profits devoient être partagés par égales parts entre le pere & le fils. Il y a alors une société où l'un met les fonds, & l'autre le travail & l'industrie; & les parts doivent être égales dans une société, lorsqu'il n'y a pas de convention contraire, §. 1. *Inst. de societate.* Gomez au lieu ci-dessus cité est de cet avis: *Si verò (dit-il) sumus in dubio, quia non potest constare an sit quaesitum ex ipsâ pecuniâ & substantiâ patris, an ex operâ, industriâ & labore filii, tunc dimidia pars hujus lucri attribuitur pecuniâ & substantiâ patris, alia verò dimidia attribuitur personæ filii & ejus labori & industriâ.* C'est la Doctrine de Bartole sur la Loi 1. §. *nec castrense D. de collatione bonorum* n. 5. de Du Moulin *contract. usur.* qu. 74. n. 504. de Ranchin *verb. filius* art. 7. de Despeisses tom. 1. pag. 544. sect. 1. n. 2. de Coquille qu. 65. Ce dernier observe que c'est une équité fondée en raison de droit: » les » plus sages Jurisconsultes (dit-il) ont estimé être meilleur leur prendre cette voie, que de se soumettre aux inconveniens de l'incertitude des preuves.

XII. Le pere a l'usufruit des biens adventifs de ses enfans qui sont sous sa puissance, comme nous l'avons dit; mais s'il ne retient pas cet usufruit, s'il leur en laisse prendre la jouissance, cet usufruit ou ce qui leur en est venu, leur est pleinement acquis, & ne peut être revendiqué par les autres héritiers du pere, ni être rapporté dans l'héritage paternel. C'est la décision de la Loi *cum oportet* 6. §. *sin autem C. de bonis quæ liberis*, en ces termes: *Sin autem res sibi memorato modo acquisitas parens noluerit retinere, sed apud filium aut filiam, vel deinceps personas reliquerit, nullam post obitum ejus licentiam habeant hæredes alii patris, vel avi, vel proavi eundem usumfructum, vel quod ex hoc ad filios-familias pervenit, utpote patri debitum, sibi vindicare, &c.* Godefroi sur ce §. observe que le fils de famille ne rapporte pas les fruits de son bien adventif que le pere lui a donnés: *fructum adventitiorum sibi à patre donatum filius non confert.*

XIII. La même Loi *cum oportet* §. *non autem* donne au pere un plein pouvoir pour l'administration des biens adventifs de ses enfans qui font sous sa puissance. Ce pouvoir est plus grand que celui des autres administrateurs. Il est seulement défendu au pere d'aliener & d'hypothéquer les biens de ses enfans , mais pour tout le reste il a une administration libre & impunie : *Gubernatio rerum earum sit penitus impunita : habeat pater plenissimam potestatem uti , frui , gubernareque res prædicto modo acquisitas.* De là l'on tient que le pere en qui résident les actions du fils , est partie légitime pour recevoir le paiement des dettes actives du fils & en donner quittance , sans qu'il soit obligé de donner caution : *Reverentia patris pro satisfactione est.* C'est ainsi que l'ont jugé les Arrêts rapportés par Cambolas liv. 3. chap. 47. Boniface tom. 2. liv. 4. tit. 20. chap. 2. de Cormis tom. 2. cent. 4. chap. 34. col. 1430. & dans les décisions de Me. Daix à la suite des Statuts de Marseille décis. 73.

XIV. Cette regle néanmoins reçoit des limitations ; & la question peut dépendre des circonstances du fait , comme s'il s'agit d'un pere dissipateur ou suspect d'insolvabilité , & d'une somme principale qui tienne lieu de fonds. Me. Buisson dans ses Mémoires manuscrits sur le titre du Code de *bonis quæ liberis* , rapporte un Arrêt rendu à l'Audience du 10 octobre 1661 , par lequel il fut jugé qu'un pere ne pouvoit pas exiger 600 liv. de la dot de feu sa femme , sans assurer le débiteur par fonds ou par caution. Une semblable question se présenta à la Chambre des Vacations du Parlement sur le fait suivant. Claude-Caietan Geoffroi de la ville de Marseille ayant été accusé de crime de rapt par le pere de la fille ravie , il y eut Arrêt le 23 juin 1734 , qui condamna l'accusé à payer la somme de 3000 liv. *par forme & maniere de dotation* en faveur de la fille. Il s'agissoit de sçavoir si le pere de cette fille pouvoit recevoir cette somme sans l'assurer par fonds sûr & solvable ou par caution. Par l'Arrêt prononcé par M. le Premier Président Lebret le 7 août 1734 , il fut ordonné que le pere de la fille indiqueroit un fonds sûr & solvable pour

placer la somme de 3000 liv. adjudgée à la fille ; ou conviendrait d'un Négociant à qui cette somme seroit remise, si mieux il n'aimoit donner bonne & suffisante caution. Fontanella en son *Traité de pactis nuptialibus* clauf. 5. glos. 5. part. 1. n. 98. observe que la somme adjudgée pour la dot d'une fille, doit être déposée jusqu'à ce qu'on en puisse faire l'emploi auquel elle a été destinée, afin que la fille la trouve lorsqu'elle sera mariée, sans être obligée d'essuyer un procès qui pourroit être un obstacle à son établissement.

XV. Il y a des biens adventifs du fils de famille sur lesquels le pere n'a aucun droit d'usufruit ni d'administration par sa puissance paternelle. Tels sont les biens qui sont donnés ou laissés au fils de famille par des parens ou des étrangers, avec la condition que le pere n'en aura pas l'usufruit. C'est la décision de la Nouvelle 117. chap. 1. d'où a été tirée l'Auth. *Excipitur C. de bonis quæ liberis*. De maniere que si le fils de famille est majeur, il lui est permis de disposer de ces biens, quoiqu'il soit d'ailleurs sous la puissance paternelle; & s'il est impubere ou mineur, le gouvernement en est donné à la personne que le testateur ou le donateur a commise; & si le testateur ou le donateur n'y a pas pourvu, le Juge doit nommer un curateur pour ces biens. C'est la décision de la même Nouvelle 117. chap. 1. §. 1. *Res autem ità relictas sive donatas, positas sub potestate personis, si quidem perfectæ sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant quo volunt modo disponere. Si verò ætate minores sint, per quem perspexerit testator aut donator hæc gubernentur. Si verò forsan is qui relinquit aut donat, nullum his dispensatorem ordinaverit, tunc jubemus Judicem competentem curatorem fide dignum cum legitimâ fidejussione rebus talibus ordinare*. La décision de la Nouvelle est fondée sur ce principe, que chacun peut disposer de son bien comme il lui plaît. On ne fait aucun tort au pere, puisque ce que le testateur laisse au fils de famille, il pouvoit le donner à un étranger.

XVI. Mais la prohibition doit être expresse. Une prohibition tacite ne suffiroit pas. L'usufruit du pere est si fa-

vorable, qu'il tient lieu de l'absolue propriété que l'ancien Droit lui donnoit des biens adventifs de ses enfans. Et la Nouvelle a voulu que ce droit ne pût lui être enlevé que par une clause expresse. Il y est dit que la Loi qui donne l'usufruit au pere, aura lieu dans tous les cas où il n'y aura pas cette condition spéciale : *In illis casibus legem quæ usum parentibus præbet volumus custodiri, quibus non inest specialiter hujusmodi conditio.* Et quoique Pascalis en son *Traité de viribus patriæ potestatis* part. 1. chap. 3. n. 38. ait prétendu que la prohibition tacite tirée des conjectures de la volonté du testateur, peut suffire, nous suivons l'opinion contraire, comme plus conforme aux principes du Droit & à la décision de la Nouvelle. C'est le sentiment de Despeisses tom. 1. pag. 571. n. 13. Dans les Mémoires de Me. Buisson sur le Code au titre *de bonis quæ liberis*, il est fait mention d'un Arrêt par lequel une testatrice ayant institué sa fille son héritière, & légué l'usufruit à sa mere, avec la clause qu'après la mort de cette usufruitière l'usufruit seroit consolidé à la propriété, il fut jugé que cette clause ne privoit pas le pere de l'usufruit.

XVII. Il faut remarquer que la prohibition de l'usufruit ne doit regarder que ce qui part de la libéralité du donateur ou du testateur : car si, par exemple, une mere institue son fils son héritier, avec la prohibition au pere de l'usufruit, cette prohibition ne comprendra pas la légitime qui est due au fils sur les biens de la mere, & dont le pere avoit droit de jouir. Cette question toutefois a été controversée parmi les Docteurs : Les uns ont pensé que la prohibition expresse faite au pere, le prive des fruits de la légitime du fils. C'est le sentiment de la glose sur la Nouvelle 117. chap. 1. de Vasquius dans son *Traité de Successionibus* liv. 1. §. 10. n. 234. de Pascalis *de Viribus patriæ potestatis* part. 1. chap. 3. n. 38. de Le Brun *des successions* liv. 2. chap. 3. sect. 4. n. 22. D'autres & en plus grand nombre ont estimé que la prohibition ne privoit point le pere des fruits de la légitime du fils. C'est l'avis de Bartole sur l'auth. *excipitur C. de bonis quæ liberis*, de Cujas sur le même titre du Code, de Fachineus *controversiarum juris*

juris liv. 5. chap. 21. de Despeiffes tom. 1. pag. 572. n. 13. de De Cormis tom. 2. col. 535. chap. 22. Et c'est ainsi que l'ont jugé les Arrêts rapportés par Papon liv. 7. tit. 1. art. 5. Boerius décif. 194. d'Olive liv. 3. chap. 38. Catellan liv. 4. chap. 80. Ce dernier sentiment est celui qu'on doit suivre, comme plus conforme aux vrais principes du Droit & au texte de la Nouvelle. Il est des premiers principes que la légitime qui est une dette naturelle, doit être laissée entière, & ne reçoit ni charge ni condition L. 32. L. 36. Auth. *novissimâ lege C. de inofficioso testamento*. Et la Nouvelle 117. chap. 1. admet ce principe dans le cas de la prohibition de l'usufruit faite au pere. 1°. Elle dit que la mere ou l'ayeule, après avoir laissé à leurs enfans leur légitime, pourront disposer du reste de leurs biens, en tout ou en partie, en faveur de leurs fils ou petits-fils, sous la condition que le pere n'en aura pas l'usufruit : *Postquam reliquerint filiis partem quæ Lege debetur*. 2°. La raison que la Nouvelle donne pour fonder la prohibition de l'usufruit, c'est que la mere ou l'ayeule pourroient laisser leurs biens à des étrangers, & par ce moyen priver le pere de l'usufruit : *Hæc enim & extraneis relinquere poterant ; undè nulla parentibus utilitas nasceretur*. Et ce pouvoir de donner leur bien à des étrangers, ne tombe pas sur la légitime qui est due aux enfans.

XVIII. Un autre cas où le pere est privé de l'usufruit des biens adventifs de ses enfans, est celui où le pere & les freres germains du défunt, recueillent sa succession par égales parts. Le pere alors ne peut point révéndiquer l'usufruit des portions des freres, parce qu'il succede en toute propriété dans sa portion virile. C'est la décision de la Nouvelle 118. chap. 2. Voyez mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 2. tit. des Successions *ab intestato* sect. 2. de la succession des ascendans n. 5. & suiv. pag. 457. & suiv.

XIX. Quelque respectable que soit le pouvoir paternel, si le pere, chargé de fidéicommis envers ses enfans, dissipe les biens fidéicommissaires, les substitués sont autorisés à demander la restitution du fidéicommis, suivant

la Loi *Imperator 50. D. ad S. C. Trebellianum*. Le pere & ses enfans prennent leurs alimens & leur entretien sur les fruits de ces biens; & le surplus des fruits, s'il y en a, appartient aux créanciers du pere, jusqu'à l'événement de l'échéance du fidéicommiss, suivant les Arrêts que j'ai rapportés dans mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. tit. des Substitutions sect. 2. de la substitution fidéicommissaire n. 33. pag. 396 & suiv.

XX. Nous avons vu dans le titre précédent que la femme peut répéter sa dot, lorsque le mari gouverne mal ses affaires, *marito vergente ad inopiam, viro inchoante malè substantiâ uti*. Lorsque la femme est morte, les enfans ses héritiers auront-ils le même droit de répéter la dot de leur mere? La difficulté est qu'il s'agit alors d'un usufruit qui est acquis au pere par le droit de sa puissance paternelle sur les biens maternels & adventifs de ses enfans. Et il y a eu diversité d'opinions sur cette question. Bartole sur la Loi *si constante D. soluto matrimonio* n. 62. & 63. dit qu'il semble d'abord que les enfans doivent avoir le même droit; mais il embrasse l'opinion contraire, sur le fondement que les textes du Droit sur cette question ne sont qu'en faveur de la femme. Il ajoute pourtant que si le mari dissipe la dot & son patrimoine, de maniere qu'il n'y ait pas de sûreté pour la dot, on doit venir au secours des enfans par l'office du Juge: *Cùm dos sit in quantitate & patrimonium suum taliter destruit quod dos filiis non sit salva, puto eis esse consulendum per officium Judicis, ut suum salvum habeant*. Despeisses tom. 1. part. 1. tit. 15. sect. 2. n. 33. pag. 435. estime au contraire que les enfans peuvent contraindre leur pere qui tombe en pauvreté, de leur restituer la dot maternelle qu'il a reçue. Et dans les Arrêts de M. Debezieux liv. 7. chap. 3. §. 2. il est fait mention d'un Arrêt du 28 mars 1609, qui jugea que les enfans sont en droit de répéter la dot de leur mere, *patre vergente ad inopiam*. La regle qu'il paroît qu'on doit suivre parmi ces divers sentimens, est que les enfans doivent être admis à la répétition de la dot de leur mere, à l'effet d'assurer la dot, & de se faire adjuger sur les fruits des biens pris en collocation,

contre les créanciers de leur pere, des alimens proportionnés à leur qualité & à la dot de leur mere, suivant la définition dernière de M. le Président Faber *C. de bonis maternis*. Ranchin dans ses décisions *verb. filius art. 2.* dit que lorsque le pere dissipe les biens de ses enfans, l'administration lui en doit être ôtée par l'office du Juge: *Quoties pater dissipat bona filiorum, officio Judicis aufertur sibi administratio.*

XXI. Hors des cas exceptés, le pere a l'usufruit & l'administration des biens adventifs de ses enfans qui sont sous sa puissance, comme nous l'avons dit. Mais il lui est défendu de les aliéner & de les hypothéquer: *Alienatione vel hypothecâ suo nomine patribus denegatâ*, dit la Loi *Cùm oportet 6. §. non autem C. de bonis quæ liberis*. Et s'il aliéne les biens de ses enfans, l'aliénation est nulle & doit être cassée.

XXII. Mais il lui est permis d'aliéner les biens de ses enfans, & la vente est légitime, si elle est faite pour une cause nécessaire & *urgente ære alieno*, suivant la Loi dernière §. *sin autem 4. C. de bonis quæ liberis*. S'il y a des dettes procédant de la personne du défunt, dit cette Loi, le pere aura le pouvoir de vendre les biens héréditaires, & tout premièrement les meubles; & s'ils ne suffisent pas, une partie suffisante des immeubles pour acquitter les dettes: *Sin autem æs alienum ex defuncti personâ descendit, habeat pater licentiam ex rebus hereditariis, primùm quidem mobilibus, si autem non sufficiant ex immobilibus, sufficientem partem nomine filii venundare, ut illicò reddatur æs alienum, & non usurarum onere prægravetur*. Et le décret du Juge, ni aucune autre formalité, ne sont requis pour la validité de l'aliénation. Nulle Loi ne l'a ordonné. En quoi le pere a un pouvoir plus grand que celui des autres Administrateurs. Peregrinus *de fideicommissis art. 40. n. 24.* s'en explique en ces termes: *Pater qui ex Lege Administrator est adventitiorum filii in potestate & eorum retinet usumfructum, quorum etiam jure antiquo proprietarius erat, potest absque decreto res adventitias filiorum, ex justâ causâ alienare, quia quoad patrem jure patriæ potestatis administrantem nulla est Lex quæ decretum re-*

quirat. C'est aussi la Doctrine de Faber déf. 3. *C. de bonis quæ liberis*, de Ranchin dans ses Décisions *verb. pater* art. 14. Et M. Julien dans ses Mémoires tit. *Matrimonium* fol. 22. atteste que nous l'observons ainsi : *Et ita servamus.*

XXIII. Ce que nous venons de dire regarde seulement les biens adventifs des fils de famille, dont le pere a l'usufruit & l'administration par le droit de la puissance paternelle. Ainsi le pere d'un enfant émancipé dont il est le curateur, ne peut point aliéner les biens de son fils mineur, même pour une juste cause, sans le décret du Juge. C'est la décision de la Loi *Cum emancipatis* 3. *C. de prædiis & aliis rebus minorum sine decreto non alienandis*, en ces termes : *Cum emancipatis vobis prædium acquisitum foret, alienari à patre eodemque curatore sine Præsidis auctoritate non potuit.* Le pere étoit le tuteur légitime de ses enfans & de ses petits-fils émancipés *Inst. de legitimâ parentum tutelâ.*

XXIV. Il faut dire la même chose des biens du fils de famille non émancipé dont, le pere n'a pas l'usufruit & l'administration. Tels sont le pécule militaire ou quasi militaire, à l'égard desquels le fils de famille est considéré comme pere de famille, quoiqu'il soit d'ailleurs sous la puissance paternelle, suivant la Loi dernière *C. de inofficioso testamento.*

XXV. Tels sont encore les biens qui ont été donnés ou laissés au fils de famille par un parent ou un étranger, avec la prohibition de l'usufruit au pere, suivant la Nouvelle 117. chap. 1. §. 1. Et il en est de même des portions viriles que les enfans recueillent dans la succession de leurs freres ou sœurs avec leurs peres, suivant la Nouvelle 118. chap. 2. dont on a parlé ci-dessus. Ces biens sont indépendans du gouvernement paternel, & ne peuvent être aliénés, si les enfans sont impuberes ou mineurs, qu'avec les formes prescrites pour l'aliénation des biens des pupilles & des mineurs.

XXVI. La glose sur l'auth. *excipitur* *C. de bonis quæ liberis*, dit que le pere n'ayant pas l'usufruit de ces biens, n'en est pas le légitime administrateur : *Cum pater non habens usumfructum, non sit legitimus administrator.* C'est la doctrine

de Faber déf. 6. *C. de bonis quæ liberis*, de Bornier sur les décisions de Ranchin *verb. Pater* art. 14.

XXVII. Il faut remarquer qu'il y a une sorte de biens profectifs sur lesquels le pere n'a nul droit de propriété ni d'usufruit. Ce sont les biens que le pere a donnés à ses enfans en propriété & en usufruit dans leur contrat de mariage. Il est bien vrai qu'il ne peut se former de vrai engagement entre le pere & le fils qui est sous la puissance paternelle, considérés dans le Droit comme une seule & même personne, suivant la Loi 38. *D. de conditione indebiti*; & les donations faites par le pere à son enfant non émancipé peuvent être révoquées, suivant la Loi *donationes* 25. *C. de donationibus inter virum & uxorem*. Mais il en est tout autrement des donations faites en contrat de mariage. La faveur de ce contrat est telle qu'on y peut déroger au Droit positif. Il est susceptible de toutes sortes de clauses & de conditions, pourvu qu'elles ne soient pas contraires au Droit public & aux bonnes mœurs, comme nous l'avons remarqué dans le titre précédent. Ainsi les biens que le pere donne à ses enfans dans leur contrat de mariage en propriété & en usufruit, ne sont plus dépendans du pouvoir paternel. Et si le fils donataire vient à mourir, laissant des enfans, le même droit leur est transmis, & l'ayeul paternel ne peut pas reprendre l'usufruit des biens qu'il a donnés, quoique ces enfans soient sous sa puissance. Les Arrêts qui l'ont ainsi jugé sont rapportés par Boniface tom. 2. liv. 1. tit. 17. chap. 3. & à la fin du même volume aux additions chap. 3. & par M. De Cormis tom. 1. col. 1677. chap. 83. & col. 1761. chap. 8. Il suit de ces principes que de tels biens ne pourront être aliénés par l'ayeul paternel sans décret du Juge & les formes du Droit, quoique ses petits-fils impuberes ou mineurs soient sous sa puissance. Le Parlement le jugea ainsi au rapport de M. de Beauval, par Arrêt du 7 juillet 1778, en faveur de Me. François de Pochet, Avocat, en qualité de mari & maître de la dot & droits de Dame Theresé de Bessiere, contre la Dame de Burlé de Champclos, le sieur André de Gassaud & Me. Joseph Robert. Par cet Arrêt les alié-

nations des biens faites par un ayeul sans aucune formalité, furent cassées, quoique le prix eût été employé à payer des dettes.

XXVIII. On décide par les mêmes principes que si le pere présent & ne contredifant pas, sa fille se constitue dans son contrat de mariage tous ses biens présens & à venir, le pere ne pourra point, en vertu de sa puissance paternelle, prétendre l'usufruit des biens adventifs de sa fille. Il est censé s'en être départi. C'est l'avis de Sangleger *resol. civil.* chap. 63. n. 2. Et les Arrêts l'ont ainsi jugé, comme l'atteste M. De Cormis tom. 1. col. 1243. chap. 55. & tom. 2. col. 319. chap. 63. & col. 1566. chap. 65. Mais à l'égard des biens adventifs dont l'usufruit étoit acquis au pere avant le mariage de sa fille, il a été décidé que le pere qui avoit continué d'en jouir, n'en avoit pas perdu l'usufruit. Le Parlement d'Aix l'a jugé ainsi par Arrêt du 23 juin 1783, après partage porté de la Chambre des Enquêtes à la Grand'Chambre, Mr. d'Alpheran, Rapporteur, Mr. d'Espagnet, Compartiteur, en faveur du sieur Louis-Antoine Monginot, en qualité de mari & maître de la dot & droits d'Anne Garjane contre sieur Jean-Baptiste André, en qualité de mari & maître de la dot & droits de Rose-Antoinete Garjane. Le pere en mariant sa fille lui avoit constitué en dot la somme de douze mille livres, dont huit mille livres avoient été payées au prix des coffres, en argent comptant & en contrats de rentes constituées, & les quatre mille livres restantes n'étoient payables qu'après le décès du pere & sans intérêts jusqu'alors. Il n'avoit rien été constitué du chef de la mere qui étoit décédée auparavant : & il étoit dit par le même contrat, que la fille se constituoit tous ses biens & droits présens & à venir. Le pere vécut encore treize ans après le mariage de sa fille, pendant lesquels il continua de jouir des biens maternels. Après le décès du pere le gendre demanda qu'il lui fût tenu compte des fruits de sa portion des biens maternels depuis son mariage. Il fut débouté de sa prétention par la Sentence du Juge de Pellissane. Il appella de cette Sentence qui fut confirmée par la

Sentence du Lieutenant au Siege d'Aix, de laquelle il appella encore; & les voix ayant été partagées en la Chambre des Enquêtes, le partage porté en la Grand'Chambre, toutes les voix, hors une seule, furent pour la confirmation de la Sentence.

XXIX. Les actions du fils de famille pour les biens & les droits adventifs dont le pere a l'usufruit & l'administration, résident en la personne du pere. Par conséquent la prescription ne court point contre le fils de famille pour ces biens & ces droits, tant qu'il est sous la puissance paternelle. Il n'a pas le pouvoir d'agir, & *non valenti agere non currit prescriptio*. C'est la décision de la Loi 1. & de la Loi 2. C. de bonis maternis, de l'Authentique *nisi tricennale* au même titre, & de la Loi 1. §. 2. C. de annali exceptione. Mais par la même raison la prescription court contre le fils de famille pour les biens dont le pere n'a pas l'usufruit & l'administration, comme le pécule militaire ou quasi militaire, les biens donnés ou legués au fils de famille avec la prohibition de l'usufruit au pere, & les autres biens & droits qui sont indépendans du pouvoir paternel. Le fils de famille ayant pour de tels biens le libre exercice de ses actions, la prescription court contre lui. Il faut seulement excepter de cette regle le cas où l'action doit être intentée contre le pere même. La prescription dans ce cas ne doit point courir contre le fils de famille, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par Boniface tom. 1. liv. 8. tit. 2. chap. 3. Voyez mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 2. au Traité des Prescriptions sect. 1. n. 8. 9. & 10. pag. 506. & suiv.

XXX. Outre les droits de la puissance paternelle dont nous avons parlé dans ce titre, il en est un autre bien important. C'est le droit qu'a le pere en faisant son testament de tester aussi pour ses enfans impuberes qu'il a en sa puissance, & de leur donner un héritier ou des héritiers par la substitution pupillaire au cas qu'ils meurent en pupillarité. Cela regarde la matiere des testamens & des substitutions dont nous parlerons dans le second livre.

TITRE VI.

De la Légitimation.

I. Les enfans naturels ne font pas sous la puissance de leur pere. Ils sont rendus légitimes & ils entrent dans la puissance paternelle par la légitimation.

II. Il y avoit trois sortes de légitimation selon les Loix Romaines : la légitimation par le mariage subséquent §. dernier *Inst. de nuptiis*, §. 2. *Inst. de hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur*, L. 5. 10. & 11. C. de naturalibus liberis, *Novel. 89. cap. 1.* Celle qui se faisoit par les Lettres du Prince, *Novel. 89. cap. 9. & 10.* Il y avoit une autre maniere de légitimer les enfans. C'étoit lorsque le fils naturel étoit présenté par le pere ou qu'il se présentoit lui-même du consentement de son pere, pour être reçu dans l'ordre des Decurions, §. dernier *Inst. de nuptiis*, §. 2. *Inst. de hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur*, L. 3. & 9. C. de naturalibus liberis, *Novel. 89. cap. 2. & seq.* Ce moyen fut introduit par l'Empereur Théodose le Jeune pour procurer aux Villes des sujets qui prissent la charge de Decurion, qui étoit onéreuse & que plusieurs refusoient, comme l'a remarqué Janus à Costa sur le §. dernier *Inst. de nuptiis. Hoc primum*, dit-il, *Theodosius Imperator, ut refert Justinianus Imperator Novel. 89. cap. 2. excogitasse videtur in gratiam civitatum, quarum Curia ferè destitutæ erant idoneis curialibus, quod multi curialia hæc onera detrectarent & refugerent, tum ob dura nimis & gravia onera quæ Decurionibus imponebantur, tum ob intolerabilem exactorum injuriam : propter quæ omnia, etiam aliquando Christiani pœnæ loco curiis addicti fuerunt, ut testatur Cassiodorus.* Toutefois cette sorte de légitimation rendoit seulement le fils successeur légitime du pere, & non d'autres personnes, soit ascendans ou descendans ou collatéraux du pere, suivant la *Novelle 89. chap. 4. Sancimus oblatum Curia naturalem filium solummodò patri legitimum fieri successorem ; nullum tamen habere participium ad ascendentes,*

ascendentes, aut descendentes, aut ex latere agnatos vel cognatos patris. Ce moyen de légitimer les enfans naturels cessa d'avoir lieu, comme l'a remarqué M. Lebreton dans son Traité de la Souveraineté du Roi liv. 2. chap. 9. » Cela fut de puis révoqué (dit-il) sur ce qu'on jugea qu'il étoit impertinent de laisser la dispensation de ce droit souverain à des Décurions de Ville, qui n'étoient que des Magistrats populaires, bien qu'institués sur l'exemple du Sénat Romain. Cela même a été de tout temps observé en France, qu'il n'y a que le Roi seul qui puisse donner des Lettres de légitimation, & rendre les bâtards capables d'exercer toutes sortes d'Offices.

III. Nous n'avons donc que deux sortes de moyens de légitimer les enfans naturels, le mariage subséquent & les Lettres patentes du Prince, comme l'ont remarqué Bacquet dans son Traité du Droit de bâtardise part. 2. chap. 9. Mornac sur la Loi 10. C. de *Transactionibus*.

IV. La légitimation qui se fait par le mariage subséquent, est la plus parfaite. Elle égale la condition des enfans ainsi légitimés, à celle des enfans nés légitimes. C'est la décision de la Loi *Cum quis 10. C. de naturalibus liberis*, & du chapitre *tanta est vis 6. extra qui filii sint legitimi*.

V. Ainsi les donations sont révoquées par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, comme elles le sont par la naissance d'un enfant né légitime, suivant la doctrine de Tiraqueau sur la Loi *Si unquam C. de revocandis donationibus, verb. susceperit liberos* n. 71. de Brodeau sur Louet lett. D. fom. 52. n. 4. & 5. & l'Ordonnance des Donations de 1731. art. 39. Ainsi le fils légitimé par mariage subséquent succède au fief dont l'investiture a été donnée au feudataire, avec la clause pour lui & ses enfans légitimement nés, Grassus de *successione* §. *successio ab intestato* qu. 19. n. 7. de Luca de *feudis disc. 15. conflict. legis & rationis* obs. 202. Pareillement le fidéicommissaire fait avec la clause si l'héritier meurt sans enfans nés de légitime mariage, cesse & s'évanouit, si l'héritier laisse un seul enfant légitimé par mariage subséquent, Chorier Jurisprudence de Guy Pape liv. 3. sect. 5. art. 4. Le Brun des Successions liv. 1. chap. 2.

sect. 1. dist. 1. n. 16. & suiv. Ricard des dispositions conditionnelles chap. 5. sect. 5. n. 535. & suiv. Et dans les lieux où il y a un Statut par lequel les enfans mâles excluent les filles dans la succession *ab intestat* du pere & de la mere, les enfans mâles légitimés par le mariage subséquent jouissent de cet avantage, comme je l'ai remarqué dans mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. tit. des Successions *ab intestat* sect. 1. n. 13. pag. 442.

VI. Le Droit Romain exigeoit pour la légitimation par mariage subséquent, qu'il y eût un contrat de mariage, *dotalibus instrumentis composuis*, §. dernier *Inst. de nuptiis*. Mais cela ne s'observe point. Nous suivons le chapitre *tanta est vis 6. extrà qui filii sint legitimi*, selon lequel le seul mariage suffit pour légitimer les enfans, pourvu qu'il ait été valablement contracté, Le Brun des successions liv. 1. chap. 2. sect. 1. dist. 1. n. 3. Arrêts de Bardet tom. 2. liv. 1. chap. 31. Furgole des testamens tom. 1. chap. 6. sect. 2. n. 176. & 177. n. 184.

VII. Afin que les enfans naturels soient légitimés par le mariage subséquent, il faut qu'ils soient nés de deux personnes entre lesquelles le mariage ait pu être légitimement contracté au tems de leur fréquentation: *Cum quâ poterat habere conjugium* §. 2. *Inst. de hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur*. Ainsi les enfans nés d'un commerce adulterin *ex damnato & nefario coitu*, ne sont pas légitimés par le mariage subséquent du pere & de la mere, suivant le chap. *tanta est vis 6. extrà qui filii sint legitimi*. Ils sont toujours illégitimes & incapables de succéder à leur pere & à leur mere, Journal des Audiences tom. 2. liv. 1. chap. 4. Arrêt du 3 février 1661. Arrêts de Catellan liv. 4. chap. 23. Le Brun des Successions liv. 1. chap. 2. sect. 1. dist. 1. n. 8. Furgole des Testamens chap. 6. sect. 2. n. 182.

VIII. Les enfans nés de deux personnes qui sont parentes aux degrés où le Pape peut accorder des dispenses, seront-ils légitimés par le mariage subséquent fait avec la dispense du Pape? Le Brun au lieu cité n. 10. 11. & 12. estime que les enfans dans ce cas seront légitimés par le mariage subséquent. L'empêchement qu'il y avoit au tems de la

fréquentation n'étoit pas absolu & pouvoit être levé. De La Combe dans sa Jurisprudence civile *verb.* Légitimation sect. 1. n. 2. rapporte un Arrêt du Parlement de Paris du 11 août 1738 qui le jugea ainsi au sujet d'un mariage entre cousins-germains fait avec dispense. Voyez les Arrêts d'Albert lett. B. chap. 10. Furgole des Testamens chap. 6. sect. 2. n. 179.

IX. Nous avons remarqué dans le titre du mariage que suivant l'art. 5. de la Déclaration de 1639, les enfans nés d'un mariage que les parties ont tenu secret pendant leur vie, sont incapables de toutes successions. Et la même peine a lieu suivant l'art. 6. pour les mariages faits à l'extrémité de la vie. Il suit du même principe que les enfans nés du concubinage ne sont pas légitimés par de tels mariages à l'effet de succéder. Voyez Le Brun des Successions liv. 1. chap. 2. sect. 1. dist. 1. n. 4. 5. & 6.

X. Nous avons vu dans le titre du mariage n. 52. & suiv. que la bonne foi des deux conjoints, ou même de l'un des conjoints, rend les enfans légitimes & capables de succéder, quoique le mariage fût nul. Le mariage subséquent rendra-t-il légitimes & capables de succéder les enfans nés du concubinage qui l'a précédé, sous le prétexte que lors de la fréquentation les deux conjoints, ou l'un d'eux ignoroient l'empêchement qui rendoit le mariage nul? Il est décidé par les Auteurs & les Arrêts que les enfans ne sont pas légitimes, parce qu'il n'y a point de concubinage de bonne foi. Et il ne peut y avoir de légitimation par mariage subséquent que pour les enfans qui sont nés de deux personnes libres, *ex soluto & solutâ*, au tems de leur fréquentation. C'est la remarque de Gueret sur Le Prestre cent. 1. chap. 1. » La légitimation par la bonne » foi, dit-il, n'a son application qu'aux enfans qui sont » nés pendant un mariage effectif & revêtu de toutes les » formalités entre deux personnes, dont l'une est dans » un engagement que les deux conjoints ou l'un d'eux » ignorent. A l'égard de la légitimation, par mariage » subséquent, elle n'a lieu que lorsque l'enfant de l'état » duquel il s'agit, est né pendant le concubinage *ex so-*

» *luto & solutâ*, c'est-à-dire, de deux personnes entre lesquelles le mariage ne peut être interdit par aucun empêchement étranger ». C'est l'avis de Le Brun des Successions liv. 1. chap. 2. sect. 1. dist. 1. n. 14. Et c'est ainsi que la question fut jugée par le fameux Arrêt de Jean Maillard du 15 mars 1674, rapporté dans le Journal du Palais part. 4. pag. 1. & suiv.

XI. Deux personnes entre lesquelles il n'y a aucun empêchement de mariage, ont des enfans de leur commerce. Ils se marient ensuite l'un & l'autre ou l'un d'eux ailleurs; mais après la mort de celui & de celle avec lesquels ils avoient été engagés, ils se marient ensemble, on demande si les enfans seront légitimés par le mariage subséquent? Il est certain qu'ils sont légitimés. Le mariage intermédiaire ne fait point d'obstacle à la légitimation. Le droit ne fait point de distinction, s'il y a eu un autre mariage ou d'autres enfans. C'est l'avis de du Moulin sur la Coutume de Paris §. 13. glof. 1. *in verb. le fils aîné n. 34. Matrimonium intermedium (dit-il) non impedit legitimatorem proles per subsequens matrimonium. Hanc enim vim priorem legitimandi prolem jura concedunt matrimonio indistinctè, non distinguendo an aliquod medium matrimonium intercesserit vel non: vel an alia subsit legitima proles vel non.* Il suffit, suivant le même Auteur, qu'on puisse unir les deux extrêmes, que le mariage ait pu être contracté au tems du commerce, d'où les enfans sont nés, & qu'il y ait un mariage subséquent: *Sufficiunt duo extrema, videlicet coitum potuisse per consensum esse uxorium & matrimonium postea secutum.* Conséquemment la légitimation doit avoir lieu, soit qu'il y ait des enfans du mariage intermédiaire, ou qu'il n'y en ait point. C'est le sentiment de Furgole des Testamens chap. 6. sect. 2. n. 183.

XII. Mais dans le cas où il y a des enfans d'un tel mariage, c'est une question qui a ses difficultés de sçavoir, lorsqu'il s'agit d'un droit d'aînesse, qui sera l'aîné; sera-ce celui qui étoit né dans le mariage, ou celui qui étoit né auparavant & que le mariage subséquent rend légitime? Le mariage subséquent aura-t-il un effet rétroactif au préjudice du tiers, & l'enfant qui étoit l'aîné avant le ma-

riage subséquent cessera-t-il de l'être par la légitation de l'enfant qui est né avant lui? Du Moulin au lieu cité n. 35. estime que dans ce cas la légitation n'a pas un effet rétroactif au préjudice de l'enfant né de légitime mariage, qui étoit en possession du droit d'aînesse : *Quod hujusmodi legitimitio non trahitur retrò in præjudicium eorum qui jam fuerant nati vel effecti legitimi, & quibus hæc ratioe fuit aliquod jus quæsitum.* C'est l'avis de Benedicti sur le chap. *Raynutius verb. in eodem testamento* n. 202. de Guymier sur la préface de la Pragmatique Sanction §. *in qua quidem verb. Primogenito*, de Duperray dans son traité des Dispenses de mariage chap. 47. n. 4. & 5. de Ferrerius sur la quest. 482 de Guy Pape. Le Brun dans son traité des Successions liv. 1. chap. 2. sect. 1. dist. 1. n. 23. estime au contraire que les légitimés par mariage subséquent ont le droit d'aînesse, non seulement entre eux, mais encore à l'égard des enfans nés d'un mariage intermédiaire entre la naissance des bâtards & le second mariage qui a fait la légitation, nonobstant la possession où l'aîné de ce mariage intermédiaire auroit été pendant quelque tems d'être réputé l'aîné de la maison. Il en donne des raisons qui paroissent solides au liv. 2. chap. 2. sect. 1. n. 15. D'autres écrivains qui sont cités par Tiraqueau *de jure primogenitorum* qu. 34. n. 24. & suiv. avoient été du même avis, & Furgole a suivi ce sentiment dans son traité des Testamens chap. 6. sect. 2. n. 183. il observe néanmoins que s'il y avoit eu des successions ou fidécumms échus avant la légitation, ils seroient acquis à celui qui étoit alors l'aîné.

XIII. Un Clerc tonsuré ayant deux bénéfices simples; avoit eu plusieurs enfans d'une concubine qui n'avoit aucun engagement, & qu'il épousa ensuite. Il fut question si les enfans nés de ce commerce étoient légitimés par le mariage subséquent. Par l'Arrêt du 5 septembre 1675, rapporté dans le Journal du Palais part. 5. pag. 175. & suiv. l'état des enfans légitimés par le mariage fut maintenu. Le mariage fait vaquer les bénéfices; mais les bénéfices ne le rendent pas nul. Il est fait mention de cet

Arrêt par Le Brun dans son traité des Successions liv. 1. chap. 2. sect. 1. dist. 1. n. 9. & par Duperray dans son traité des Dispenses de mariage chap. 47. n. 6.

XIV. L'autre espece de légitimation est celle qui se fait par les Lettres patentes du Prince. C'est un droit de la souveraineté du Roi, & le Roi seul en France peut légitimer les bâtards, Bacquet du droit de bâtardise part. 2. chap. 9. n. 3. Leuret de la Souveraineté du Roi liv. 2. chap. 9. Libertés de l'Eglise Gallicane art. 21. Mais il faut que les Lettres ayent été obtenues du consentement exprès du pere & de la mere, afin que les enfans, quoique nés de deux personnes libres *ex soluto & solutâ*, puissent leur succéder, Louet & Brodeau lett. L. fom. 7. Le Brun des Successions liv. 1. chap. 2. sect. 1. dist. 2. n. 8. & les Lettres doivent être vérifiées en la Chambre des Comptes, Bacquet du droit de bâtardise part. 2. chap. 9. n. 5. Mornac sur la Loi 10. C. *de transactionibus*.

XV. Cette sorte de légitimation n'a pas tous les avantages de celle qui se fait par le mariage subséquent. L'enfant légitimé par les Lettres du Prince, ne fait pas défaillir le fidéicommiss dont le pere est chargé, avec la clause s'il meurt sans enfans nés de légitime mariage. Il ne succede point au fief dont l'investiture a été donnée au féudataire, avec la clause pour lui & ses enfans légitimement nés. La donation faite auparavant par le pere ou la mere n'est point révoquée par cette sorte de légitimation. On le voit dans l'art. 39. de l'Ordonnance de 1731. concernant les donations, en ces termes : » Toutes donations faites par des » personnes qui n'avoient point d'enfans, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant » légitime du donateur même d'un posthume, ou par la » légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, » & non par aucune autre sorte de légitimation. » Et dans les lieux où il y a un Statut par lequel les enfans mâles excluent les filles dans la succession *ab intestat* du pere & de la mere & des autres ascendants, les enfans mâles légitimés par rescrit du Prince ne sont pas compris dans cette disposition, comme l'enseignent du Moulin sur la coutume

de Paris §. 13. glof. 1. *in verb.* le fils aîné n. 47. & fuiv. Ferrerius sur la question 482. de Guy Pape.

XVI. L'enfant naturel qui étoit légitimé *per oblationem Curie* étoit rendu capable de succéder à son pere *ab intestat* & par testament, & de recevoir de lui des donations; mais le pere ne pouvoit lui donner plus qu'à l'un de ses enfans nés légitimes qui avoit le moins. C'est la décision de la Nouvelle 89. chap. 3. *Si quis naturalis fiat curialis, erit patri & ab intestato successor & ex voluntate, nihil diffimilis legitimis & ex donatione percipere poterit patris; ita tamen ut non amplius habeat uno eorum qui ab initio legitimi sunt & inter omnes minus habente.* Il a été décidé sur ce fondement que le pere qui a des enfans nés légitimes, ne pouvoit laisser à son fils légitimé par lettres du Prince plus qu'à l'un de ses enfans nés légitimes qui avoit le moins. C'est l'avis de Ferrerius sur la qu. 482. de Guy Pape, de Leuret de la Souveraineté du Roi liv. 2. chap. 9. de Paf-tour *de jure feudali* liv. 1. tit. 10. n. 4. *Moribus nostris*, dit ce dernier, *pater filio naturali per rescriptum legitimato plus relinquere non potest quam reliquerit uni ex suis liberis legitimis, cui minus reliquit.* Ferrerius au lieu cité, dit que lorsqu'un pere qui a des enfans légitimes, veut faire légitimer par le Prince un enfant naturel, il doit être fait mention des enfans légitimes dans les Lettres; sans quoi la légitimation ne sera pas valable, à l'effet que l'enfant légitimé puisse succéder à son pere avec les enfans légitimes, & vaudra seulement quant à l'état de la personne & aux honneurs: *Légitimatio*, dit-il, *quæ fit à Principis rescripto, non factâ mentione legitimorum liberorum, non valet; quod est intelligendum, ut scilicet ita legitimatus nullo modo succedat cum his de quibus non est cogitatum, non autem quod ad statum personæ legitimatæ, quæ admittitur ad honores & dignitates & similia tanquam legitimus.*

XVII. D'autres Auteurs ont estimé qu'un bâtard ne peut pas être légitimé par rescrit du Prince, au préjudice des enfans légitimes nés avant la légitimation. Cela peut être fondé sur la Nouvelle 89. chap. 9. qui permet au pere de légitimer ses enfans naturels, s'il n'a point d'enfans légi-

times : *Damus ei fiduciam ad legitimum jus filios educere naturales, legitimis non existentibus.* C'est l'avis de Bacquet dans son Traité du Droit de Bâtardise part. 2. chap. 12. n. 10. Cet Auteur dit n. 7. que si après les Lettres de légitimation obtenues par un pere pour son fils bâtard, duement vérifiées, le pere se marie & a des enfans naturels & légitimes, le fils légitimé avec le consentement du pere, succédera avec les enfans naturels & légitimes, tout ainsi que les enfans légitimés par mariage subséquent ; & il ajoute n. 8. que si les enfans ainsi légitimés ne sont pas institués héritiers par leur pere, ils peuvent demander la légitime ou le supplément. C'est dans ce cas que fut rendu l'Arrêt qu'il cite, & qui est rapporté par Le Vest som. 79. par lequel il fut jugé que le fils légitimé du consentement du pere, étoit bien fondé à demander sa légitime contre les enfans légitimes & naturels. Mais le même Auteur n. 10. estime que cela doit être entendu, quand le pere naturel, lors des lettres de légitimation par lui obtenues pour des enfans bâtards, n'avoit aucuns enfans légitimes, & que si lors de l'impétration des Lettres ou de la vérification il avoit des enfans légitimes avec lesquels il voulût faire succéder le fils bâtard, en ce cas, les enfans naturels & légitimes majeurs doivent prêter leur consentement à la légitimation du fils bâtard, autrement il ne succédera aucunement, encore que le pere, par les Lettres de légitimation, ait fait mention de ses enfans naturels & légitimes. Furgole est de cet avis dans son Traité des Testamens tom. 1. chap. 6. sect. 2. n. 201. pag. 452.

XVIII. Les Lettres de légitimation contiennent ordinairement la clause que le bâtard légitimé pourra succéder à ses pere, mere & parens, tout ainsi que s'il étoit né en vrai & légitime mariage, pourvu que ce soit du consentement de ses pere, mere & parens, auquel ou auxquels il succédera. On le voit par la formule des Lettres de légitimation que rapporte Bacquet du Droit de Bâtardise part. 2. chap. 10. & les Auteurs conviennent que par ce moyen l'enfant naturel né de personnes libres, est légitimé quant au droit de succéder à l'égard du pere, de la mere

&

& des autres parens qui ont consenti à la légitimation, & qu'il ne succede pas aux parens qui n'ont pas consenti. Lebret de la Souveraineté du Roi liv. 2. chap. 9. Bacquet du Droit de Bâtardise part. 2. chap. 12. & chap. 13. Papon dans ses Arrêts liv. 5. tit. 5. art. 2.

XIX. Quelques Auteurs ont écrit qu'afin que le bâtard légitimé par lettres du Prince pût succéder *ab intestat* à ses pere & mere, il falloit avoir le consentement des héritiers présomptifs qui se trouvent les parens les plus proches du pere & de la mere au tems de leur décès. C'est le sentiment de Le Brun des Successions liv. 1. chap. 2. sect. 1. dist. 2. n. 13. & suiv. de Ferriere sur la Coutume de Paris art. 318. §. 3. des bâtards som. 3. n. 8. tom. 4. col. 731. Mais cette Doctrine ne peut regarder que les Pays coutumiers, parce que, suivant les Coutumes, on n'a d'autres héritiers que les plus proches. Il en est tout autrement dans les Pays régis par le Droit écrit, où tous les biens qui sont sur la tête d'un citoyen, de quelque part qu'ils viennent, ne forment qu'un seul & même patrimoine, dont il peut disposer par des testamens & des actes de derniere volonté en faveur de qui il trouve bon; de sorte que le fils naturel légitimé par rescrit du Prince, avec le consentement de son pere & de sa mere, n'a pas besoin pour leur succéder *ab intestat* du consentement des plus proches parens de son pere ou de sa mere, dans quelques termes que les lettres de légitimation soient conçues. C'est ainsi que l'attestent Benedicthi sur le chap. *Raynutius verb. & uxorem nomine Adelasiam* n. 186. Papon dans ses Arrêts liv. 21. tit. 3. art. 14. Bacquet du Droit de bâtardise part. 2. chap. 12. n. 6. Furgole des Testamens tom. 1. chap. 6. sect. 2. n. 209. pag. 454.

XX. Quant aux bâtards nés d'un commerce adulterin ou incestueux *ex damnato & nefario coitu*, la légitimation par les lettres du Prince, en quelques termes qu'elles soient conçues, ne les rend pas capables de succéder à leur pere ni à leur mere, soit *ab intestat* ou par testament. Ils ne peuvent recevoir que des alimens. Ils peuvent être légitimés par le Prince, à l'effet de tenir des offices & des

bénéfices , mais non à l'effet de succéder à leur pere & à leur mere , quand même les lettres les porteroient expressément , Lebrét de la Souveraineté du Roi liv. 2. chap. 9. Bacquet du Droit de bâtardise part. 2. chap. 12. n. 18. Le Brun des Successions liv. 1. chap. 2. sect. 1. dist. 2. n. 6. & 7. Furgole des Testamens tom. 1. chap. 6. sect. 2. n. 199. pag. 451. Par l'Arrêt de la Chambre des Comptes d'Aix du 6 juin 1676 , rapporté dans le Journal du Palais part. 5. pag. 209. La Cour entérina les lettres de légitimation obtenues par le pere d'une fille adultérine , & faisant droit sur la requête en opposition des héritiers présomptifs , la déclara incapable de succéder à son pere *ab intestat* & par testament.

XXI. C'est une question importante & fort controversée , si les enfans nés du légitime mariage d'un bâtard adultérin ou d'une bâtarde adultérine , peuvent être institués héritiers par leur ayeul. Ricard en son Traité des Donations part. 1. chap. 3. sect. 8. n. 419. & suiv. estime qu'ils sont incapables de recevoir des donations de leur ayeul , parce qu'il s'agit (dit-il) de défendre le bien public contre l'intérêt particulier , & d'empêcher que ceux qui se sont fouillés par ces sortes de conjonctions , ne puissent jamais reconnoître le fruit malheureux qui en est sorti. Il importe , ajoute-t-il , qu'ils effacent à perpétuité de leurs esprits toutes les images qui pourroient servir à leur représenter devant les yeux une action si déshonnête. Pithou sur l'art. 117. de la Coutume de Troyes , Charondas dans ses Réponses liv. 10. chap. 75. Bacquet du Droit de Bâtardise chap. 4. n. 2. Maynard liv. 6. chap. 13. La Roche-Flavin liv. 6. tit. 40. art. 16. Cambolas liv. 1. chap. 1. rapportent des Arrêts par lesquels des donations faites par des Prêtres aux enfans légitimes de leurs enfans bâtards , ont été déclarées nulles.

XXII. Le contraire fut néanmoins jugé pour les enfans légitimes d'une bâtarde adultérine , par Arrêt du Parlement d'Aix , dans les circonstances que je vais rapporter. Joseph Michel , Marchand de bois de la ville d'Aix , étant marié & n'ayant point d'enfans , eut un commerce avec Magde-

leine Martin, dont il eut une fille baptisée à l'Eglise Paroissiale de St. Sauveur sous le nom de Marguerite. Devenu veuf, il épousa Magdeleine Martin, après avoir obtenu du Pape des bulles de dispense & d'absolution, & il fit assister à la célébration de son mariage Marguerite, âgée alors de dix ans, qu'il reconnut pour sa fille. Il obtint ensuite des lettres de légitation pour sa fille avec les clauses les plus amples; & il fit un dernier testament par lequel il légua quatre mille livres à Marguerite Michel sa fille, pour sa dotation spirituelle ou son établissement en mariage, lui laissant cette somme pour subvenir à ses besoins, entretien & alimens. Il légua par préciput à Magdeleine Martin sa femme, la somme de 1500 liv. » & » disposant du surplus de ses biens, il institue Magdeleine Martin sa femme, son héritière universelle pour » jouir de tous les fruits de son héritage sa vie durant, » & faire d'iceux à tous ses plaisirs & volontés, à la » charge néanmoins de nourrir & entretenir sadite fille » jusqu'à ce qu'elle soit mariée ou Religieuse, & l'élever à la vertu & en la crainte de Dieu: voulant qu'à » l'égard des fonds elle en dispose en faveur des enfans à naître de ladite Marguerite Michel sa fille, légitimes & naturels & de loyal mariage, lesquels enfans » ledit testateur informé de ce qu'il peut faire à cet égard, » & de ce qui lui est permis par les Arrêts de la Cour, » il nomme & institue, en tant que de besoin, ses héritiers à seldits biens & héritage après que l'usufruit par » lui laissé à ladite Dlle. Martin sa femme sera fini, & » en cas que ladite Marguerite Michel n'eût point d'enfans ou qu'elle mourût sans enfans, veut & entend » ledit testateur qu'il soit libre à sadite femme de laisser » seldits biens à tels des parens & amis de lui testateur » qu'elle voudra nommer ». Tels étoient les termes du testament. Après la mort de Joseph Michel, Jean-Louis Fouque en qualité de mari & maître de la dot & droits de Marie-Anne Vasse, niece germaine du testateur, demanda la cassation de ce testament, sur le fondement de la prétendue incapacité des héritiers institués. Il citoit les

Doctrines qu'on a rapportées ci-dessus , disant que les héritiers institués n'étoient que des personnes interposées pour faire jouir la fille adultérine de l'héritage de Joseph Michel , que l'incapacité de la mere se répandoit sur les enfans qui naîtroient d'elle ; & par Sentence de la Sénéchaussée d'Aix du 8 février 1724 , le testament fut cassé quant à l'institution d'héritier de Magdeleine Martin & des enfans à naître de Marguerite Michel , les legs faits à la mere & à la fille furent confirmés ; & il fut adjugé à la fille une pension alimentaire de 300 liv.

XXIII. Magdeleine Martin & le Curateur des enfans à naître de Marguerite Michel appellerent de cette Sentence au Parlement. Fouque y présenta une requête en opposition envers les Lettres de légitimation & l'Arrêt qui les avoit enrégistrées , au chef qui déclaroit Marguerite Michel capable de succéder aux biens de son pere ; & il foutenoit la Sentence par les mêmes moyens qui avoient été employés pardevant la Sénéchaussée. Les appellans au contraire disoient que Magdeleine Martin étoit l'épouse légitime de Joseph Michel , & par conséquent capable des dispositions qu'il avoit faites en sa faveur dans son testament , que le legs fait à Marguerite Michel lui tenant lieu d'alimens , n'avoit rien que de légitime : & venant à la principale question concernant l'institution des enfans à naître , on disoit 1°. que toute institution d'héritier est permise dès qu'il n'y a point de loi qui l'ait prohibée , *permissum quod non prohibitum*. 2°. Qu'il n'y a aucune loi qui défende à l'ayeul qui n'a point d'enfans légitimes , d'instituer ses héritiers les enfans nés du légitime mariage de ses enfans naturels , tels qu'on entend sous le mot *spurii* , qui comprend les bâtard adulterins. On citoit Balde *conf. 488. Peregrinus de jure Fisci liv. 3. tit. 18. n. 46.* qui s'explique en ces termes : *Omnia in rebus nostris nobis consentur permissa , nisi reperiantur prohibita. Undè cum nulla Lex prohibeat avum relinquere nepoti legitimo ex filio spurio , id censetur permissum*. 3°. Que non seulement il n'y a aucune Loi qui prohibe à l'ayeul d'instituer ses héritiers les enfans nés du légitime mariage de son enfant bâtard &

tel qu'on peut l'entendre par le mot *spurius*, mais qu'il y a une loi expresse qui autorise une pareille institution d'héritier, dans le cas où le testateur n'a point d'enfant légitime, la Loi dernière C. de *naturalibus liberis* & la glose sur cette Loi. On citoit Bartole sur la Loi *Gallus §. quid si is D. de liberis & posthumis*, Du Moulin sur le conf. 74. d'Alexandre liv. 3. Barry de *successionibus* liv. 1. tit. 8. n. 19. les Arrêtés de M. le President de Lamoignon tit. des testamens art. 31. L'Arrêt rapporté par Henrys tom. 3. liv. 6. qu. 10. qui confirma le legs universel fait par un ayeul en faveur des enfans de sa fille adulterine nés en légitime mariage & d'autres Arrêts qui avoient confirmé des dispositions faites par des ayeuls en faveur des enfans légitimes d'une bâtarde adulterine. L'on disoit que la tache de la mere n'alloit pas jusqu'aux enfans qui étoient nés dans l'ordre des Loix divines & humaines; qu'un testateur peut disposer en faveur des enfans légitimes nés du mariage de ses enfans naturels, comme il le pourroit en faveur d'un étranger : que dans aucun tems Marguerite Michel ne pouvoit avoir la jouissance de l'héritage; que si elle avoit des enfans, ces enfans seroient sous la puissance de leur pere, que si elle n'avoit point d'enfans, le testateur y avoit pourvu par la substitution dont il avoit chargé dans ce cas Magdeleine Martin sa femme. Sur ces moyens, par Arrêt du 22 mars 1725, prononcé par M. le Premier Président Lebrét, sur les conclusions de M. l'Avocat général de Gueidan, la Sentence fut infirmée & le testament de Joseph Michel confirmé.



TITRE VII.

De l'Adoption.

I. On acqueroit la puissance paternelle, non seulement sur les enfans nés d'un légitime mariage ou légitimés, mais encore sur ceux qu'on adoptoit, *Inst. de Adoptionibus*. On peut voir dans le même titre ce qui étoit observé à l'égard du fils de famille qui étoit donné en adoption, & à l'égard de celui, qui n'étant point sous la puissance d'autrui, se donnoit en adoption qu'on appelloit adrogation. Aulugelle dans ses Nuits attiques liv. 5. chap. 19. parle de ces deux sortes d'adoptions.

II. Anciennement l'adoption a eu lieu en France. On lit dans le Recueil des Rois de France de du Tillet pag. 29. que Sigibert, second Roi d'Austrasie, adopta Ildebert, fils de Grimoald. Pasquier dans ses Recherches de la France liv. 2. chap. 18. cite le même exemple. Il y rapporte encore que Gontran Roi d'Orléans, adopta son neveu Childebert Roi de Metz, & moyennant cette adoption, le fit héritier universel de tous ses Pays. Dans les Formules du Moine Marculfe liv. 2. chap. 13. on trouve une formule d'adoption, mais bien différente de celle des Romains. C'étoit une donation qu'un homme infirme & qui ne pouvoit subvenir à ses affaires, faisoit de tous ses biens à l'adopté, à la charge de le nourrir & entretenir pendant sa vie, comme l'a remarqué M. Bignon dans ses Notes sur Marculfe: *Fit ab eo qui rebus suis superesse non potest; ideòque statim bonorum suorum possessionem in adoptatum transfert, eà conditione ut victum & vestitum quandiù vixerit ei suppeditet*. Dans le Recueil d'Arrêts de Papon liv. 5. tit. 2. art. 4. Il est fait mention d'un Arrêt du 8 juin 1576, rendu sur un fait remarquable. Un étranger du Royaume ayant obtenu des Lettres de naturalité, pourvu qu'il eût enfans regnicoles, il adopte un de son nom. L'adoptant étant mort, la succession fut adjugée par cet Arrêt au fils adoptif contre le Procureur du Roi.

III. Il est certain que les adoptions ne font plus d'usage en France, comme l'ont remarqué Bugnyon dans ses Loix abrogées liv. 4. somm. 99. Bacquet du Droit d'Aubaine part. 3. chap. 23. n. 8. Il ne nous en reste de vestige que dans les institutions d'héritier ou les donations faites à la charge de porter le nom & les armes du testateur ou du donateur, comme il est observé dans les notes sur les Loix abrogées de Bugnyon liv. 4. fom. 99. : *Species tamen quædam adoptionis seu arrogationis est, cum quis asciscitur ad hoc ut nomen & arma alterius familiæ circumferat.* Voyez encore du Moulin sur la coutume de Paris §. 2. glof. 2. n. 10. Coquille sur les coutumes de Nivernois chap. 27. des Donations art. 12. Henrys tom. 3. liv. 6. qu. 35. & Montholon Arrêt 91. Barry dans son *Traité de Successionibus* liv. 17. tit. 18. *de conditione nomen & insignia sive arma ferendi*, traite les questions qui peuvent se présenter touchant la condition de porter le nom & les armes d'une famille.

IV. Selon les Loix Romaines, un testateur peut instituer un héritier, ou faire un legs, à condition que l'héritier ou le légataire portera son nom. C'est la décision de la Loi *Facta* 63. §. *si verò* 10. *D. ad S. C. Trebellianum*. Il est dit dans cette loi que l'héritier ou le légataire fera bien de remplir la condition, parce qu'il n'y a point de mal de porter le nom d'un homme honnête. Mais elle ajoute qu'il ne seroit pas obligé de remplir la condition, si le nom du testateur étoit un nom déshonnête & honteux : *Si verò nominis ferendi conditio est, quam Prætor exigit, rectè quidem facturus videtur, si eam expleverit; nihil enim malè est, honesti nominis nomen adsumere. Nec enim in famosis & turpibus nominibus hanc conditionem exigit Prætor; sed tamen si recuset nomen ferre remittenda est ei conditio.*

V. Il y a quelques Provinces de France où l'on pratique les affiliations ou associations. On peut voir ce qu'écrit sur ce sujet Le Brun dans son *Traité des Successions* liv. 3. chap. 3.

VI. Il y a encore des traces de l'adoption dans celle des enfans orphelins qui se fait par les Administrateurs de l'Hôpital de l'Aumône générale de Lyon. Voyez Henrys tom. 3. liv. 6. qu. 35. & les Lettres patentes du mois de novembre 1672. qui y sont rapportées.

TITRE VIII.

Par quels moyens la Puissance paternelle finit.

I. Le titre des *Institutes quibus modis jus patriæ potestatis solvitur*, propose quatre moyens par lesquels la puissance paternelle finit; la mort naturelle, la mort civile, les dignités, l'émancipation.

II. La puissance paternelle finit par la mort naturelle du pere qui a ses enfans sous sa puissance. En fera-t-il de même de la mort de l'ayeul paternel, qui a ses petits-fils sous sa puissance? Il faut distinguer: ou les petits-fils doivent retomber dans la puissance de leur pere par la mort de leur ayeul, ce qui arrive quand le pere est vivant & n'a pas été émancipé; & dans ce cas la puissance paternelle ne finit point par la mort de l'ayeul: ou ils ne doivent pas retomber sous la puissance du pere, ce qui arrive lorsque leur pere est mort, ou qu'il a été émancipé après leur naissance; & dans ce cas, ils sont affranchis de la puissance paternelle par la mort de leur ayeul. C'est la décision du *Droit Inst. quibus modis jus patriæ potestatis solvitur*, en ces termes: *Mortuo verò avo non omnimodò nepotes nuptesve sui juris fiunt, sed ità si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque si moriente avo pater eorum vivit & in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si verò is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut per emancipationem exiit de potestate patris: tunc ii, qui in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.* Dans les Pays coutumiers, les petits-fils ne sont jamais sous la puissance de leur ayeul, parce que le mariage y émancipe les enfans.

III. La puissance paternelle finit pareillement par la mort civile du pere ou du fils. La mort civile produit ordinairement les mêmes effets que la mort naturelle, comme l'ont remarqué *Duperier liv. 1. qu. 6. Boniface tom. 1. liv. 6.*

6. tit. 6. chap. 1. & tom. 2. liv. 2. tit. 2. chap. 10. Ainsi par la déportation du pere ou du fils dans une isle pour quelque délit, la puissance paternelle cessoit, parce qu'on perdoit par là le droit de Cité. Mais si le pere ou le fils étoient rétablis par la grace du Prince, ils reprenoient leur premier état §. 1. *Instit. quibus modis jus patriæ potestatis solvitur.* Il en est de même parmi nous du bannissement perpétuel hors du Royaume. L'on dit du bannissement perpétuel; car le bannissement à tems n'emporte point de mort civile, parce qu'on ne meurt pas pour un tems. L'Ordonnance de 1667. tit. 2. des Ajournemens, suppose cette maxime, lorsqu'elle ordonne en l'art. 8. que ceux qui seront condamnés au bannissement ou aux galeres à tems, seront assignés à leur dernier domicile. Voyez Richer dans son Traité de la Mort civile chap. 2. sect. 2. pag. 28 & suiv. Il n'en est pas de l'exil, comme de la déportation. Si le pere ou le fils sont relégués, les droits de la puissance paternelle ne sont point éteints §. 2. *Inst. quibus modis jus patriæ potestatis solvitur.*

IV. La servitude de la peine étoit encore parmi les Romains une mort civile. Les serfs de la peine étoient ceux qui étoient condamnés aux mines ou à combattre contre les bêtes féroces: *Servi pænæ efficiuntur, qui in metallum damnantur, & qui bestiis subjiciuntur, §. 3. Inst. quibus modis jus patriæ potestatis solvitur.* Cette espece de servitude fut abolie par l'Empereur Justinien dans la Nouvelle 22. chap. 8. La condamnation aux galeres perpétuelle est parmi nous ce qu'étoit parmi les Romains la condamnation aux mines, comme l'a remarqué Godefroy sur le §. 3. ci-dessus cité: *His hodiè, dit-il, comparari possunt qui ad remos & opus publicum damnantur.*

V. Il en est de même de tous ceux qui sont condamnés à la peine de mort pour un crime capital. Ils sont serfs de la peine & morts civilement, dès l'instant que le Jugement en dernier ressort a été rendu, comme dit Boerius décis. 278. n. 1. *Statim latâ Sententiâ super morte naturali perditur civitas & libertas, etiam antequam Sententia mittatur executioni:* ce qui a lieu à quelque genre de mort vio-

lente que le coupable ait été condamné : *Et intellige de condemnato ad mortem sive gladio , vel ferro , securi aut fuste , vel laqueo occidatur.* Et à l'égard de ceux qui sont condamnés par contumace à la mort ou à une peine qui emporte la mort civile , ils ne sont réputés morts civilement & privés des effets civils , qu'après les cinq ans qui leur sont donnés pour se représenter , à compter depuis l'exécution du Jugement de contumace. C'est la disposition de l'Ordonnance de 1670. tit. 17. des défauts & contumaces art. 29. en ces termes : » Celui qui aura été » condamné par contumace à mort , aux galeres perpétuel- » les ou qui aura été banni à perpétuité du Royaume , qui » décédera après les cinq années , sans s'être représenté ou » avoir été constitué prisonnier , fera réputé mort civile- » ment du jour de l'exécution de la Sentence de contumace.

VI. Il y a plusieurs Provinces de France où les biens des condamnés à la mort pour crime , sont confisqués. Il n'en est pas de même dans cette Province où nous suivons l'Authentique *bona damnatorum C. de bonis proscriptorum.* Notre Jurisprudence va même encore plus loin. Car cette Authentique n'appelle à la succession du condamné que les descendans & ascendans , & les collatéraux jusqu'au troisième degré ; & notre usage a étendu cette disposition à toute sorte de successeurs légitimes , comme l'a remarqué Duperier tom. 1. liv. 2. qu. 4.

VII. La confiscation des biens du condamné a lieu toutefois dans cette Province comme par-tout ailleurs , lorsqu'il s'agit de certains crimes atroces. Tel est le crime de leze-Majesté. L'Authentique *bona damnatorum* s'en explique expressément en ces termes : *In Majestatis verò crimine condemnatis veteres leges servari jubemus.* La même peine a lieu contre les coupables du crime de duel , suivant l'art. 13. de l'Edit du mois d'août 1679. Et dans le crime de félonie du vassal envers son Seigneur , les biens du vassal situés dans la justice du Seigneur , sont confisqués en faveur du Seigneur. Voyez Lebret de la Souveraineté du Roi liv. 3. chap. 13. Pastour *de jure feudali* liv. 1. tit. 12.

VIII. Il y a une autre sorte de mort civile honorable

& volontaire qui rompt les liens de la puissance paternelle ; c'est la profession par laquelle le Religieux renonce généralement aux choses de ce monde en s'engageant par des vœux sacrés dans une religion approuvée. Un pere ayant appelé comme d'abus de la profession religieuse de son fils dans l'Ordre des Capucins, sur le fondement qu'il n'y avoit pas donné son consentement : par Arrêt du 26 janvier 1730, prononcé par M. le Premier Président Lebret en la cause de Claude Jouvin de la ville de Marseille, il fut dit n'y avoir abus. Voyez le cinquieme Plaidoyer de Gillet, le premier Plaidoyer d'Erard, le Journal du Palais part. 10. pag. 1. & suiv. le quatrieme Plaidoyer de Duperier, Boniface tom. 1. liv. 2. tit. 31. chap. 5.

IX. C'est une question où il y a eu des sentimens & des Arrêts différens, si la mort civile de l'héritier grevé donne ouverture au fidéicomis qu'il est tenu de restituer lorsqu'il mourra. On peut voir ce qu'écrivit Ricard dans son Traité des Dispositions conditionnelles chap. 5. sect. 4. n. 329. & suiv. On jugeoit au Parlement de Toulouse que le bannissement perpétuel hors du Royaume étant comparé à la déportation, ne donnoit pas lieu à l'ouverture du fidéicomis, & qu'il falloit attendre la mort naturelle du condamné, mais que la condamnation aux galeres perpétuelles comparée à la condamnation *ad metalla*, qui rendoit les condamnés serfs de la peine, donnoit ouverture à la substitution, comme la mort naturelle. Les Arrêts sont rapportés par Maynard liv. 5. chap. 80. Cambolas liv. 1. chap. 41. Catellan & Vedel tom. 1. liv. 2. chap. 77. Duperier tom. 2. liv. 4. n. 323. & suiv. fait la même distinction. Il dit que la condamnation à la mort ou à la mort civile par défaut, ne fait point ouverture à la substitution. Par les Arrêts du Parlement de Grenoble rapportés par Expilly Plaidoyer 29. & par Chorier en la Jurisprudence de Guy Pape liv. 3. sect. 3. art. 17. pag. 185. & suiv. il a été jugé que la condamnation aux galeres perpétuelles, ne donnoit pas lieu à l'ouverture du fidéicomis. L'Ordonnance de 1747 concernant les substitutions voulant établir une regle uniforme dans cette matiere, ordonne dans l'art.

24. du tit. 1. » que dans tous les cas où la condamnation » pour crime emporte mort civile, elle donnera lieu à » l'ouverture du fidéicommiss, comme la mort naturelle: ce » qui sera pareillement observé à l'égard de ceux qui auront » fait profession solennelle de la vie religieuse ». Cette Ordonnance n'a point été enrégistrée au Parlement de Provence. Mais il a été jugé par l'Arrêt du même Parlement du dernier mai 1640 rapporté par Boniface tom. 2. liv. 2. tit. 2. chap. 10. que le fidéicommiss étoit ouvert par la profession religieuse de l'héritier chargé de rendre après sa mort; & on l'a toujours ainsi tenu, suivant cet Arrêt & ceux du Parlement de Toulouse rapportés par d'Olive liv. 5. chap. 8. Et quant aux autres cas de mort civile, il paroît qu'on doit suivre le sentiment adopté par l'art. 24. du titre 1. de l'Ordonnance de 1747, qui admet l'ouverture du fidéicommiss pour tous les cas de mort civile. Voyez Richer dans son Traité de la Mort civile part. 2. liv. 3. chap. 2. pag. 444. & suiv. Le Traité des Successions de M. de Montvalon tom. 2. chap. 7. art. 35.

X. Dans les stipulations & les pactes des contrats le cas de mort doit être entendu régulièrement de la mort naturelle seulement. Tels sont le bail d'un fonds à vie, les rentes à fonds perdu établies sur la tête d'une personne. Cela fut ainsi jugé par l'Arrêt du Parlement de Paris, rapporté par Bouguier lett. M. fom. 4. Il fut décidé que le bail d'une maison à vie n'étoit point éteint par la profession religieuse. C'est le sentiment de Brodeau sur Louet lett. C. fom. 26. de Le Grand sur la Coutume de Troyes art. 133. glos. un. n. 30. On tient pareillement que les pensions viagères ne sont point éteintes par la mort civile, Richer dans son traité de la mort civile part. 2. chap. 4. sect. 2. pag. 474. de La Combe dans ses matières criminelles part. 1. chap. 1. n. 18. Ferrière dans son Dictionnaire de Droit *verb.* pension viagère. On se fonde sur la Loi *Legatum 10 D. de capite minutis.*

XI. Mais en ce qui est de la répétition des conventions matrimoniales & des gains nuptiaux, la mort civile produit le même effet que la mort naturelle, comme l'ont remar-

qué Brodeau sur Louet lett. C. fom. 26. Le Grand sur la Coutume de Troyes art. 133. n. 29. Coquille qu. 150. Boniface tom. 1. liv. 6. tit. 6. chap. 1. Richer dans son traité de la Mort civile part. 2. liv. 3. chap. 7. pag. 480. & suiv.

XII. Le pere par le décès de ses enfans ne perd pas l'usufruit de leurs biens adventifs qui lui étoit acquis par le droit de sa puissance paternelle. C'est la décision de la Loi dernière C. *de usufructu*. L'Arrêt du Parlement de Toulouse rapporté par Cambolas liv. 2. chap. 7. & celui qui est rapporté par d'Olive liv. 5. chap. 12. l'ont ainsi jugé. On a douté si cette décision devoit avoir lieu lorsqu'il s'agit de biens que le fils étoit chargé de rendre après son décès sans enfans. Duperier liv. 3. quest. 9. estime que dans ce cas le pere ne conserve pas l'usufruit après le décès de son fils. M. de Cormis dans ses notes sur les questions de Duperier, met cette question au rang des questions douteuses. Et Bretonnier dans ses observations sur Henrys tom. 2. suite du liv. 4. quest. 127. n. 25. estime que le pere conserve l'usufruit des fidéicommiss qui commencent en la personne des enfans. Lorsque le pere succede à l'un de ses enfans, conjointement avec ses autres enfans, succédant alors en pleine propriété dans sa portion virile, suivant la Nouvelle 118. chap. 2. retiendra-t-il sur les portions de ses enfans l'usufruit qu'il y avoit auparavant? J'ai traité cette question dans mon Commentaire des Statuts de Provence, tom. 1. tit. des Successions *ab intestat* sect. 2. n. 6. & suiv. pag. 457. & suiv.

XIII. Les dignités dont les fils de famille sont revêtus, sont un troisieme moyen par lequel ils sortent de la puissance paternelle. Mais toutes les dignités ne produisent pas cet effet. Par le Droit Romain, les emplois militaires, la dignité de Sénateur, celle de Consul ne rompoient pas les liens de la puissance paternelle; mais la dignité du Patriciat en affranchissoit les enfans §. 4. *Inst. quibus modis jus patriæ potestatis solvitur*. Le même privilege fut accordé par la Nouvelle 81. de l'Empereur Justinien à toutes les charges qui exemptoient de celle de Decurion. On trouve l'énu-

mération de ces charges dans la Loi dernière C. de *Decurionibus*.

XIV. Nous n'avons point de règle bien sûre pour déterminer quelles sont parmi nous les charges par lesquelles les enfans sont affranchis de la puissance paternelle. Il paroît néanmoins certain que les premières dignités de la Robbe & de l'Épée ont ce privilège. Rebuffe sur le Concordat tit. de *electionis derogatione in verb. Regium Advocatum privil.* 30. a prétendu que les Avocats & Procureurs du Roi en Cour Souveraine sont affranchis de la puissance paternelle; & il a été suivi par Barry de *successionibus* liv. 1. tit. 7. n. 2. Despeisses tom. 2. part. 1. sect. 1. n. 18. pag. 6. Bretonnier sur Henrys, tom. 2. suite du liv. 4. qu. 127. n. 11. Ce dernier dit la même chose des charges de Présidens en Cour Souveraine. On peut douter que ce sentiment fût adopté, si la question se présentait. Mais tous nos Auteurs conviennent que la charge de Conseiller au Parlement, ou en une autre Cour Souveraine, ne délivre pas les enfans de la puissance paternelle. C'est l'avis du Président Faber déf. 3. C. de *patriâ potestate*, de Barry, de Despeisses, de Bretonnier aux endroits ci-dessus cités. Cela a lieu à plus forte raison pour les Magistratures d'un ordre inférieur.

XV. À l'égard des Dignités ecclésiastiques, il n'y a que celle de l'Épiscopat qui affranchisse les enfans de la puissance paternelle, suivant la Nouvelle 81. chap. 3. d'où a été tirée l'Authentique *Sed Episcopalis C. de Episcopis & Clericis*; & c'est ainsi que nous l'observons, Papon dans ses Arrêts liv. 7. tit. 1. n. 24. Barry de *Successionibus* liv. 1. tit. 7. n. 3. Despeisses tom. 2. pag. 6. n. 18. Bretonnier au lieu cité n. 14.

XVI. Le quatrième moyen par lequel la puissance paternelle finit, est l'émancipation. Il y a deux sortes d'émancipation: l'expresse & la tacite. L'émancipation expresse est celle que le père ou l'ayeul paternel fait pardevant le Juge ordinaire du lieu où l'acte est passé, suivant le §. 6. *Inst. quibus modis jus patriæ potestatis solvitur* & la Loi dernière C. de *emancipationibus liberorum*. Le père ou l'ayeul

doit être présent, & il ne peut faire l'émancipation par Procureur. La Loi *Jubemus 5. C. de emancipationibus liberorum* exige que le pere en personne fasse l'émancipation *precibus à semet oblatis*. Mais suivant la même Loi, le pere ou l'ayeul présent peut émanciper ses enfans ou ses petits-fils absens *absentes & peregrè degentes*. Il y faut toutefois le consentement des enfans ou petits-fils. Un enfant ne peut être émancipé malgré lui, suivant la Nouvelle 89. chap. 11. C'est un avantage pour les enfans d'être sous la puissance paternelle, pour les retenir dans le devoir, & pour la conservation de leurs biens. On peut voir encore ce que j'ai écrit sur cette matiere dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. sur l'Edit des Donations n. 31. & suiv. pag. 202.

XVII. Dans cette Province l'émancipation est nulle, si elle n'est pas faite devant le Juge, suivant les Arrêts rapportés par Boniface tom. 1. liv. 6. tit. 3. chap. 10. & liv. 7. tit. 6. chap. 2. & tom. 2. liv. 1. tit. 6. chap. 1. n. 2. Par la dernière Jurisprudence du Parlement de Toulouse, l'émancipation peut être faite seulement devant un Notaire & deux témoins, Albert lett. E chap. 10. Catellan liv. 4. chap. 52.

XVIII. L'émancipation tacite est celle qui se fait lorsque l'enfant a vécu séparé de son pere pendant dix ans, faisant ses affaires comme un pere de famille. C'est la décision de la Loi *post mortem 25. D. de adoptionibus & emancipationibus*, & de la Loi 1. C. *de patriâ potestate*, sur laquelle la glose remarque au mot *diu*, que c'est l'espace de dix ans, *putà decennium*. Nos Arrêts ont admis cette sorte d'émancipation. Il a même été jugé, & c'est le sentiment le plus commun, que l'émancipation parfaite & accomplie par le laps de dix ans, a un effet rétroactif au tems où la séparation a commencé; le fils est réputé émancipé de droit du moment qu'il a été séparé de son pere. Mais afin que la séparation du pere & du fils pendant dix ans opere, l'émancipation, il faut qu'elle ait été volontaire & non forcée. Conséquemment le fils qui quitte la maison de son pere pour servir une Cure ou un autre Bénéfice qui de-

mande sa présence, la fille mariée qui est obligée de suivre son mari, le fils ou la fille qui quittent la maison de leur pere pour gagner leur vie ailleurs en qualité de serviteurs, ne sont point émancipés, quoiqu'ils aient été séparés de leur pere pendant plus de dix ans. Voyez mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. sur l'Edit des Donations n. 36. & suiv. pag. 204. & suiv.

XIX. J'y ai parlé aussi n. 41. & suiv. pag. 206. & suiv. d'une sorte d'émancipation imparfaite qu'on appelle habilitation, qui est en usage en Provence. Elle se fait par contrat de mariage, ou par un autre acte passé pardevant un Notaire & deux témoins, par lequel le pere donne au fils le pouvoir de contracter & de jouir des biens qu'il acquiert. Le pere est par là privé de l'usufruit des biens adventifs de son fils; mais pour tout le reste, la puissance paternelle subsiste. Le fils ne peut pas tester, & les enfans sont sous la puissance de leur ayeul.

XX. Dans les Pays coutumiers où la puissance paternelle a moins d'étendue, il y a plus de moyens d'en affranchir les enfans. Coquille sur la Coutume de Nivernois tit. 22. des Communautés & Associations art. 2. *verb.* puissance du pere, dit qu'elle finit, » soit par émancipation, soit » par mariage en âge compétent, soit par prêtrise, soit par » promotion à quelque office public par la volonté ou sans » la contradiction du pere. En tous ces cas (ajoute-t-il) » selon la commune usance de ce Royaume, l'émancipation » est présumée, comme aussi par la majorité en l'âge de » vingt-cinq ans.

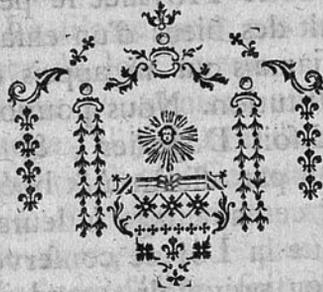
XXI. Les peres ne peuvent être forcés d'émanciper leurs enfans, suivant le §. dernier *Inst. quibus modis jus patria potestatis solvitur*, la Loi *non potest 31. D. de adoptionibus & emancipationibus*, la Loi *nec avus 4. C. de emancipationibus liberorum*. Il y a néanmoins des cas exceptés de cette regle. Ils sont remarqués par Bretonnier sur Henrys tom. 2. suite du liv. 4. qu. 127. n. 36. 1°. Si le pere a reçu un legs à cette condition L. 9. *de conditionibus & demonstrationibus*. 2°. S'il maltraite les enfans *contra pietatem*

L.

L. fn. D. si à parente quis manumissus sit. 3°. S'il les engage au mal *L. si lenones* 12. *C. de Episcopali audientiâ*, *L. lenones* 6. *C. de spectaculis*. 4°. Si le pere expose ou abandonne ses enfans ou leur refuse des alimens *L. fn. C. de infantibus expositis*, cap. un. extra de *infantibus & languidis expositis*.

XXII. Le pere qui se dépouille de la puissance paternelle en émancipant ses enfans, perd l'usufruit que sa puissance paternelle lui donnoit sur leurs biens ; mais la Loi lui réserve la moitié de l'usufruit de ces biens en récompense de l'émancipation. C'est la décision de la Loi *cum oportet* 6. §. *cum autem C. de bonis qua liberis*, & du §. 2. *Inst. per quas personas cuique acquiritur*. Duperier tom. 1. liv. 3. quest. 12. observe qu'il n'a jamais vu pratiquer cette décision, & qu'en cette Province le pere ne prend jamais de part en l'usufruit des biens d'un enfant émancipé ; mais il ajoute qu'il n'a jamais vu ni appris de Jugement contraire à cette constitution. Nous pouvons dire encore aujourd'hui ce que disoit Duperier, & conclure avec lui que si par erreur ou par affection & libéralité les peres ont jusqu'ici abandonné cet avantage à leurs enfans émancipés, il ne s'ensuit pas que la Loi ne conserve son autorité, & qu'ils ne puissent s'en prévaloir quand ils en auront la volonté. Cette question est agitée avec plusieurs autres dans le quatrieme tome des Arrêts de Boniface liv. 5. tit. 7. chap. 1. il dit que les questions restent indéçises. Voyez les Arrêts de M. de Catellan liv. 4. chap. 53. Bretonnier sur Henrys tom. 2. suite du liv. 4. quest. 127. pag. 720. & suiv. Auzanet dans ses Mémoires tit. de la Puissance paternelle pag. 10. rapporte que dans le procès entre M. le Duc d'Orléans & Mademoiselle sa fille du premier lit, il fut jugé par une Sentence arbitrale en forme de transaction, que la fille ayant été émancipée purement & simplement pour les biens qu'elle possédoit en Pays de Droit écrit, Monsieur avoit droit de retenir *pro præmio emancipationis*, la jouissance de la moitié des biens de sa fille. Le même Auteur observe cependant que le contraire avoit

été jugé auparavant contre un pere, Bourgeois de Lyon. Ce qui peut être la cause qu'en Provence on ne voit point d'exemple où le pere ait retenu la moitié de l'usufruit, après avoir émancipé son fils, c'est que dans nos actes d'émancipation l'usage est que le pere donne à ses enfans leurs acquets. Il ne doit pas y avoir lieu à la réserve de la moitié de l'usufruit, lorsqu'il paroît que le pere y a renoncé expressément ou tacitement, & si l'on peut présumer par les circonstances du fait qu'il n'a voulu se rien réserver.



TITRE IX.

Des Tutelles.

I. Une autre division des personnes est que parmi ceux qui ne sont pas sous la puissance d'autrui, les uns sont en tutelle ou en curatelle, les autres ne sont ni dans l'une ni dans l'autre: *Ex his personis quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutelâ sunt vel in curatione, quædam neutro jure tenentur, princ. Inst. de tutelis.*

II. Les pupilles étant dans un âge trop foible pour pouvoir se conduire & gouverner leurs affaires, on leur donne pour la conservation de leur personne & de leurs biens des défenseurs légitimes, appelés tuteurs: *Appellantur tutores, quasi tutores atque defensores §. 2. Inst. de tutelis.* La tutelle est définie au §. 1. du même titre, l'autorité & la puissance que la Loi donne ou permet de donner à un citoyen, pour défendre ceux qui par la foiblesse de leur âge ne peuvent pas se défendre eux-mêmes: *Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter ætatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissa.*

III. Il y avoit trois sortes de tutelles, selon les Loix Romaines: la tutelle testamentaire, la tutelle légitime, & la tutelle dative.

IV. La tutelle testamentaire est celle que le pere dans son testament donne à ses enfans impuberes qui sont sous sa puissance. Et l'ayeul a le même droit de donner un tuteur à ses petits-fils qu'il a sous sa puissance, si ces petits-fils ne doivent point tomber par sa mort dans la puissance de leur pere: ce qui arrive quand le pere est mort, ou que vivant il a été émancipé après la naissance de ses enfans qui sont restés sous la puissance de leur ayeul; mais si le pere vit & n'a pas été émancipé, l'ayeul ne peut pas nommer un tuteur à ses petits-fils, parce que par sa mort ils tombent dans la puissance de leur pere §. 3. *Inst. de tutelis.*

V. La tutelle légitime est celle qui étoit donnée par la

Loi, lorsqu'il n'y avoit point de tuteur testamentaire. Il y en avoit de quatre sortes : celle des agnats, celle des patrons, celle des peres, celle des freres. Le plus proche agnat, c'est-à-dire, le parent collatéral du côté paternel étoit appelé à la tutelle, parce qu'on jugeoit que la charge de tutelle devoit être ou étoit le droit de succéder, *ubi successione est emolumentum ibi & tutelæ onus esse debet, princ. Inst. de legitimâ patronorum tutelâ, L. quo tutela 73. D. de diversis regulis juris*. Et les parens du côté maternel y furent également appelés, lorsque le Droit nouveau eut fait cesser la différence que le Droit ancien avoit mise entre les collatéraux paternels & les collatéraux maternels, & les eut appelés sans distinction les uns & les autres aux successions *ab intestat*, & conséquemment aux tutelles, comme on le voit dans la Nouvelle 118. chap. 4. & 5. Par la même raison la tutelle des enfans des affranchis fut donnée à leurs patrons & aux enfans de leurs patrons, parce qu'ils leurs succédoient *ab intestat, princ. Inst. de legitimâ patronorum tutelâ*. Les peres eurent pareillement la tutelle légitime de leurs enfans ou petits-fils impuberes émancipés, *princ. Inst. de legitimâ parentum tutelâ, §. 6. Inst. quibus modis jus patriæ potestatis solvitur*. Le pere étant mort, le frere étoit le tuteur légitime de son frere & de sa sœur pupilles; cette tutelle étoit appelée fiduciaire, *princ. Inst. de fiduciariâ tutelâ*. Et par la Nouvelle 118. chap. 5. il fut généralement ordonné que les parens seroient appelés à la tutelle légitime, dans le même rang & le même ordre qu'ils étoient appelés à la succession *ab intestat*.

VI. S'il n'y avoit point de tuteur testamentaire ou légitime, le tuteur étoit nommé par le Magistrat. C'étoit la tutelle dative, *princ. Inst. de Atiliano tutore & eo qui ex lege Juliâ & Titiâ dabatur*.

VII. Les usages du Royaume & les Loix de cette Province ont fait du changement à cette Jurisprudence. On tient communément en France que toutes les tutelles sont datives, comme l'a remarqué Godefroi sur la Loi 1. C. de testamentariâ tutelâ. *In Galliâ (dit-il) neque lege, neque testamento tutores, sed tantum ex inquisitione dari*. Mais nous

avons retenu en Provence l'usage de la tutelle testamentaire telle qu'elle étoit par les Loix Romaines ; de sorte que les tutelles dans cette Province sont ou testamentaires ou datives. L'Edit du Roi René concernant les tutelles, & qui se rapporte à des Statuts plus anciens, maintient expressément les tutelles testamentaires. Après avoir prescrit la forme en laquelle les tuteurs doivent être nommés par le Juge, il en excepte formellement les tuteurs donnés par le pere ou l'ayeul paternel dans leur testament : *Hoc tamen non intelligatur de tutoribus vel curatoribus in testamento datis per patrem & avum paternum* ; & c'est ainsi que nous l'observons, comme l'atteste Duperier dans ses Maximes, tit. de l'administration des biens.

VIII. S'il n'y a point de tuteur testamentaire, le tuteur est nommé par le Juge dans une assemblée des parens suivant l'art. i. du même Edit, ces parens donnent chacun leur voix & répondent de l'administration du tuteur, soit en qualité de cautions, soit comme certificateurs & nominateurs ; mais ceux qui ont une excuse légitime qui est admise par le Juge, sont dispensés de donner leur avis & déchargés du cautionnement.

IX. L'on voit dans les paragraphes 3. 4. & 5. *Inst. de Atiliano tutore* quels étoient parmi les Romains les Magistrats qui donnoient les tuteurs. Parmi nous le Juge qui doit donner des tuteurs aux pupilles, est celui du lieu de leur domicile. Si les pupilles sont dans une Justice royale, c'est le Bailli ou Sénéchal, si le pupille est noble, suivant l'art. 6. de l'Edit de Cremieu de 1536 : le Juge royal, si le pupille est roturier. Et si le pupille a son domicile dans la Justice d'un Seigneur, le tuteur sera nommé par le Juge du Seigneur, soit que le pupille soit noble ou roturier, parce que l'Edit de Cremieu n'a point préjudicié à la Justice des Seigneurs, comme il fut déclaré par la Déclaration du 24 février 1536, donnée en interprétation de l'Edit de Cremieu.

X. Les femmes ne peuvent point être tutrices, parce qu'elles sont exclues de toutes charges civiles & publiques, suivant la loi 2. *D. de diversis regulis juris*, & la loi 1. C.

quando mulier tutelæ officio fungi possit. Mais la mere & l'ayeule qui n'ont point passé à de secondes nôces, sont exceptées de cette regle, suivant la loi *matres* 2. du même titre. & la nouvelle 118. chap. 5. d'où a été tirée l'Authentique *matri & avia* au même titre du code. La mere & l'ayeule auront donc la tutelle de leurs enfans si elles la demandent. Elles y sont invitées sans y être obligées; mais si elles ne sont pas nommées tutrices dans le testament du pere ou de l'ayeul paternel, & qu'elles demandent la tutelle, elles ne pourront l'obtenir qu'autant qu'on trouvera en elles les qualités requises & par le suffrage des parens & le décret du Juge.

XI. Je ne m'arrêterai pas davantage sur les questions qui concernent cette matiere. On peut voir ce que j'ai écrit dans mon Commentaire des Statuts de Provence sur l'Edit concernant les tutelles sect. 1. tom. 1. pag. 113. & suiv. J'y ai parlé encore de l'éducation des pupilles. Car elle n'est pas toujours donnée au tuteur, *aliud tutela, aliud educatio*. J'y ai traité les questions concernant l'obligation du tuteur de faire inventaire, de rendre compte de son administration après que sa charge est finie.

XII. La tutelle finit par divers moyens, & premièrement par la puberté du pupille, c'est-à-dire, à l'âge de quatorze ans pour les mâles & de douze ans pour les filles: *Pupilli pupillæque cùm puberes esse ceperint à tutelâ liberantur princ. Inst. quibus modis tutela finitur.* Il en est autrement dans les Pays coutumiers, où la tutelle est confondue avec la curatelle, & dure jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, comme l'a remarqué Du Moulin *contract. usur. qu. 39. n. 300. Non facimus differentiam (dit-il) inter tutelam & curam, sed durat tutela semel suscepta usque ad 25. annum.*

XIII. Mais quoique le pupille ne soit plus en tutelle, dès qu'il a atteint l'âge de puberté, le tuteur n'est déchargé de ses engagemens que lorsqu'il a rendu compte de son administration, suivant le §. 7. *Inst. de Autiliano tutore.* L'Ordonnance de 1667, tit. de la reddition des comptes art. 1. dit : » Les Tuteurs, Procureurs, Curateurs, Fermiers » judiciaires, Sequestres, Gardiens & autres qui auront

» administré le bien d'autrui, seront tenus de rendre compte
 » aussitôt que leur gestion sera finie, & seront toujours
 » réputés comptables, encore que le compte fût clos &
 » arrêté, jusqu'à ce qu'ils aient payé le reliquat, s'il en
 » est dû, & remis toutes les pieces justificatives. » Suivant
 la Loi Tutor 21. C. *arbitrium tutelæ*, si après la puberté
 du pupille le tuteur continue de gérer, il en sera tenu
 par l'action de la tutelle, *tutelæ actio*, pour tout le tems
 qu'il aura eu cette administration. Et si après son adminis-
 tration il ne se mêle plus des affaires du pupille, le péril
 du tems qui suit ne le regardera pas; de maniere que si
 le mineur a été pourvu de curateur, le tuteur, quoiqu'il
 n'ait pas rendu compte, sera seulement tenu de ce qui fait
 la matiere & l'objet de son compte. C'est ainsi que la ques-
 tion fut jugée par Arrêt du Parlement de Grenoble de
 l'année 1673, entre Poucard, Greffier de la Jurisdiction
 des Soumissions de la ville d'Aix, & Me. Colomb, Con-
 seiller au Siege. Cet Arrêt est rapporté dans les Mémoires
 de M. Antoine Julien tit. *Tutela* fol. 10. en ces termes:
 1673. *in causâ Poucard Actuarii Submissionum Aquensium &*
D. Colomb Consiliarii in Sede, Senatus Gratiopolitanus judicavit
cessare periculum tutelæ à die provisionis curatoris.

XIV. La tutelle finit aussi par la mort naturelle ou la
 mort civile du pupille ou du tuteur §. 1. 3. & 4. *Inst.*
quibus modis tutela finitur. On peut voir ce que nous avons
 dit ci-dessus de la mort civile sur le titre 8. *par quels moyens*
la puissance paternelle finit. Si c'est le tuteur qui meurt, on
 donne un nouveau tuteur au pupille, à moins qu'il ne soit
 près de la puberté.

XV. La mere qui est tutrice de ses enfans, passant à de
 secondes nôces, perd la tutelle & l'éducation de ses enfans,
 suivant la Nouvelle 22. chap. 40. & la Nouvelle 94. chap. 2.
 d'où ont été tirées l'Authentique *Eisdem pœnis C. de secundis*
nuptiis, & l'Authentique *Sacramentum C. quando mulier tutelæ*
officio fungi possit. La Loi présume mal des femmes qui se
 remarient, comme dit d'Argentré sur la Coutume de Bre-
 tagne, art. 480. glos. 2. *Malè enim Lex præsumpsit de mu-*
lieribus nuptias iterantibus, ob maritorum blanditias & præsentis
delicias fœminarum, quæ priorum oblivionem facillè inducant.

Voyez mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. sur l'Edit des Tutelles sect. 1. des Tutelles & Curatelles n. 25. & suiv. & sect. 2. des Peines des secondes noces.

XVI. Suivant le §. 5. *Inst. de Autiliano tutore*, & les Loix qui sont sous les titres du Digeste & du Code de *Magistratibus conveniendis*, les pupilles avoient une action subsidiaire contre les Magistrats qui leur avoient donné un tuteur sans caution, ou avoient reçu une caution insolvable. Cela ne peut gueres avoir lieu parmi nous, parce que le tuteur est donné dans une assemblée de parens, qui sont garans & tenus solidairement de l'administration du tuteur. Morgues pag. 42. & Boniface tom. 1. liv. 1. tit. 32. n. 3. rapportent néanmoins d'anciens Arrêts rendus sur une pareille question. L'Arrêt du 1. Décembre 1654 rapporté par Boniface, déclara les héritiers des Greffiers responsables de l'insolvabilité de la caution du tuteur. Et selon Duperier dans ses Maximes tit. de l'Administration des biens, cette action subsidiaire a lieu contre le Greffier & le Juge. On n'a pas vu depuis long-tems que de pareilles questions aient été élevées. Et la regle étant certaine en France, que les Juges ne peuvent être pris à partie qu'en cas de dol, concussion, fraude, comme l'a remarqué Louet dans ses Arrêts lett. J som. 14. le Juge, qui sans dol ni fraude, & suivant les regles ordinaires, a nommé un tuteur sur l'avis & par le suffrage des parens & nominateurs, ne doit pas être sujet à cette action subsidiaire. Voyez Choppin sur la Coutume de Paris liv. 2. tit. 7. n. 11. Ferriere sur le titre du Digeste de *Magistratibus conveniendis*.

XVII. L'autorité du tuteur est nécessaire dans tous les cas où le pupille peut souffrir du préjudice, *princ. Inst. de auctoritate tutorum*. Et le paiement fait au tuteur des sommes principales dues au pupille, comme des rentes & des intérêts, est bon & valable sans autre formalité, & libere les débiteurs. Nous ne suivons pas la Loi *Sancimus 25. C. de Administratione Tutorum vel Curatorum*, qui veut que le paiement des sommes principales soit fait de l'autorité du Juge, comme l'a remarqué Duperier dans ses Maximes de Droit, tit. de l'Administration des biens.

TITRE

TITRE X.

Des Curateurs.

I. On donne des Curateurs aux enfans mâles & aux filles, depuis leur puberté jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis, parce que bien qu'ils soient puberes, ils sont encore dans un âge trop foible pour pouvoir gouverner leurs affaires: *Ejus ætatis sunt ut sua negotia tueri non possint*, *Inst. de Curatoribus.*

II. Il y a plusieurs différences entre les tuteurs des pupilles & les curateurs des mineurs de vingt-cinq ans. Le tuteur est donné à la personne, & conséquemment aux choses. Le Curateur du mineur n'est donné qu'aux choses, & *solam rei familiaris sustinet administrationem*, comme dit la Loi *in copulandis* 8. C. de nuptiis.

III. On peut donner un curateur pour une certaine affaire ou une certaine cause. On ne peut donner un tuteur pour une certaine affaire ou une certaine cause, *certæ rei vel causæ* §. 4. *Inst. qui testamento tutores dari possunt. L. certarum* 12. D. de testamentariâ tutelâ. Si cependant les affaires & les biens de la tutelle étoient répandus en diverses parties du monde, on pouvoit donner un tuteur aux affaires d'Afrique ou d'Asie, suivant la Loi *Si tamen* 25. D. de testamentariâ tutelâ: *Si tamen tutor detur rei Africanæ vel Syriacæ, utilis datio est; hoc enim jure utimur.*

IV. Les tuteurs sont ou testamentaires ou donnés par le Juge. Les Curateurs sont tous donnés par le Juge, & s'ils sont donnés par testament, ils doivent être confirmés par le décret du Juge. *Curator testamento non datur: datus tamen confirmatur decreto Prætoris vel Præsidis* §. 1. *Inst. de Curatoribus.* Lorsqu'il n'y a point de tuteur testamentaire, le tuteur est nommé par le Juge dans une assemblée des parens. Le curateur, c'est le mineur lui-même qui le choisit & le nomme, & sur sa nomination que le Juge le donne.

Q

Cela se fait en jugement & sans assemblée des parens. Il y en a un Acte de notoriété de Mrs. les Gens du Roi du Parlement de Provence du 21 février 1720.

V. Le pupille est nécessairement sous l'autorité d'un tuteur. Le mineur n'est point obligé d'avoir un curateur malgré lui, si ce n'est pour être autorisé en Justice lorsqu'il plaide : *Inviti adolescentes curatores non accipiunt præterquam in liem §. 2. Inst. de Curatoribus.*

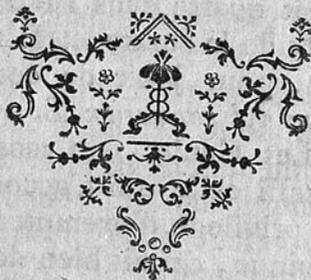
VI. Le pupille ne peut point exiger ses rentes, ses revenus. Tout le pouvoir dans l'administration de ses biens réside en la personne de son tuteur. Le mineur peut recevoir ses rentes, ses revenus, & en donner quittance sans l'assistance d'un curateur; mais s'il s'agissoit d'une somme principale, l'intervention de son curateur y est nécessaire, & le débiteur ne seroit pas libéré par le paiement fait au mineur sans l'assistance du curateur, si les deniers n'avoient pas été employés utilement au profit du mineur, Boniface tom. 1. liv. 4. tit. 6. chap. 5. tom. 2. liv. 4. tit. 2. chap. 3. Duperier dans ses Maximes tit. du Curateur aux actes.

VII. On donne des curateurs aux furieux ou insensés & aux prodigues §. 3. *Inst. de Curatoribus L. 12. D. de Tutoribus & Curatoribus datis.* Mais le pouvoir de ces curateurs est plus grand que celui des curateurs des mineurs, & le Juge compétent doit procéder à leur nomination avec connoissance de cause & dans une assemblée des parens.

VIII. S'il s'agit d'un furieux ou insensé, on doit constater la fureur ou la démence par une information ou enquête. Le Juge doit interroger l'insensé. Comme il s'agit de son état, on ne peut le juger sans l'avoir entendu. Il faut même que l'état de la maladie soit constaté par un rapport de Médecins, Boniface tom. 4. liv. 4. tit. 3. chap. 3. & tom. 5. liv. 2. tit. 1. chap. 1. de Cormis tom. 2. chap. 1. col. 23. La Loi *Observare 6. C. de Curatoribus furioso aut aliis extrà minores dandis*, veut qu'on y procede avec la plus grande connoissance de cause : *Ne cui temerè citrà causæ cognitionem plenissimum curatorem det.*

IX. On doit aussi procéder à la nomination des curateurs des prodigues avec connoissance de cause, & par infor-

mation, tant par actes que par témoins, & la partie appelée & ouïe, Arrêts de la Roche-Flavin liv. 3. tit. 17. art. 1. Les curateurs sont donnés aux prodigues par le Juge compétent, comme ceux des furieux ou insensés, à la requête & sur la nomination des parens; & la même Sentence qui nomme un curateur aux prodigues, leur interdit l'administration de leurs biens.



TITRE XI.

Des Excuses des Tuteurs & des Curateurs.

I. Dans le titre des *Institutes de excusationibus tutorum vel curatorum*, celui du *Digeste de excusationibus*, & celui du *Code de excusationibus tutorum & curatorum*, l'Empereur Justinien explique les moyens par lesquels on peut s'excuser de la tutelle ou de la curatelle.

II. Le citoyen qui avoit trois enfans vivans à Rome, & celui qui en avoit quatre dans l'Italie, pouvoient s'excuser de la tutelle & de la curatelle. Il falloit en avoir cinq dans les Provinces, pour jouir de cet avantage, *Inst. de excusationibus tutorum vel curatorum L. 1. C. qui numero liberorum se excusant*. Les Gaules, en recevant les Loix Romaines, reçurent aussi celle qui n'accordoit qu'au nombre de cinq enfans, le privilege d'exempter de la tutelle & de la curatelle; & quoique, depuis bien des siècles, les Gaules aient secoué le joug des Romains, & que par là elles ne dussent plus être à l'instar des Provinces conquises à l'Empire, cet usage s'y est pourtant conservé. La seule ville de Paris a retenu le privilege qu'avoit la ville de Rome, quoiqu'au fond elle n'ait pas sur les autres Villes du Royaume, les avantages qu'avoit la ville de Rome sur les Provinces dépendantes de l'Empire, comme l'a remarqué Coquille qu. 177. Dans nos Provinces, dit M. de Catellan, liv. 8. chap. 7. le nombre de cinq enfans est requis pour excuser de la tutelle. Il suffit pour être excusé de la tutelle, qu'on ait ce nombre d'enfans vivans lorsque la tutelle est décernée. Le décès qui arrive ensuite de quelqu'un de ces enfans, ne change point cette disposition. L. 2. §. oportet 4. D. de excusationibus. S'il y a des petits enfans nés d'un fils qui est décédé, ils servent d'excuse; mais ils ne sont comptés que pour un, §. non solum 7. de la même loi. Voyez Despeisses tom. 1. pag. 500 & suiv. n. 51.

III. Celui qui a quatre enfans vivans & sa femme enceinte, sera-t-il exempt de la tutelle? S'il falloit décider cette question par les Loix Romaines, il faudroit dire qu'il n'est pas exempt. La Loi 7. D. de *Statu hominum*, dit que celui qui est dans le ventre de la mere, est considéré comme vivant pour ce qui lui peut être avantageux, mais qu'il ne peut être utile à d'autres personnes avant qu'il soit né : *Qui in utero est, perinde ac si in rebus hominis esset, custodiatur, quoties de commodis ipsius partus quæritur, quanquam alii, antequam nascatur, nequaquam proficit.* Et la Loi 2. §. *Qui autem* 6. D. de *excusationibus*, décide expressément que celui qui est dans le ventre de la mere, ne donne aucun avantage au pere pour l'exemption de la tutelle & de la curatelle & les autres charges civiles, quoiqu'en bien des choses on le compare aux enfans déjà nés : *Qui autem in ventre est, etsi in multis partibus legum comparatur jam natis, tamen neque in præsentii quæstione neque in reliquis civilibus muneribus prodest patri.* Les Arrêts en ont jugé autrement, & leur décision est fondée sur une grande équité. Albert lett. T. chap. 54. rapporte deux Arrêts du Parlement de Toulouse, par lesquels il fut jugé qu'un homme qui avoit quatre enfans & sa femme enceinte, étoit exempt de tutelle. C'est l'avis de M. de Catellan liv. 8. chap. 7. qui rapporte l'un de ces Arrêts. Lapeyrere lett. T. pag. 513. rapporte des Arrêts du Parlement de Bordeaux qui l'ont ainsi jugé. Et par l'Arrêt du Parlement de Paris du 23 avril 1668, rapporté dans le Journal des Audiences tom. 2. liv. 7. chap. 9. un homme élu tuteur, ayant quatre enfans & sa femme grosse, & dont la femme avoit accouché pendant l'appel, fut déchargé de la tutelle.

IV. On ne peut s'excuser de la tutelle & de la curatelle que par le nombre des enfans vivans. Ceux qui sont morts ne sont pas comptés; mais on compte ceux qui sont morts en combattant pour le service de la patrie, parce qu'une mort si glorieuse les fait vivre perpétuellement dans la mémoire des hommes, comme dit Justinien, *princ. Inst. de excusationibus Tutorum vel Curatorum.* Et constat dit-il, *eos solos prodesse, qui in acie amittuntur; hi enim, qui pro*

republicâ ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur : cela s'observe indubitablement parmi nous, Despeiffes tom. 1. pag. 500. & suiv. n. 51.

V. En fera-t-il de même des enfans qui font morts au monde par la profession religieuse ? Il est décidé qu'ils doivent être comptés. C'est l'avis de Despeiffes au lieu ci-dessus cité, d'Henrys tom. 2. suite du liv. 4. qu. 187. Le Parlement de Paris le jugea ainsi par l'Arrêt du 22 mai 1640, rapporté par Soëfve tom. 1. cent. 1. chap. 12. par lequel un homme qui avoit six enfans, dont trois étoient Religieux, fut déchargé de la curatelle d'une fille tombée en démence. Et M. Julien dans ses Mémoires tit. *Tutela fol. 4.* rapporte un Arrêt du Parlement d'Aix du 12 septembre 1665, qui jugea que les Religieux étoient comptés dans le nombre des enfans pour l'exemption d'une tutelle : *Ità judicatum*, dit-il, *12. Septembris 1665. in causâ Ripert & Negre Tolonenfium.* Il en est des filles Religieuses comme des enfans mâles Religieux. Le pere est obligé de fournir bien des choses à une fille Religieuse ; & si le Monastere devient pauvre, il est obligé de la redoter, ou de payer une pension pour ses alimens. *Pater tenetur multa subministrare filiæ Religiosæ. Et si Monasterium labatur facultatibus, tenetur redotare*, dit M. Julien au même endroit : & il y rapporte une Sentence de la Sénéchaussée d'Aix du mois de décembre 1673 dont il n'y eut point d'appel, qui jugea que la fille Religieuse devoit être comptée : *Ità judicatum in Sede . . . Decembris 1673. in gratiam Honorati Arquier, civis Aquensis, quæ Sententia approbata est ab omnibus partibus.*

VI. Le nombre de cinq enfans exempte le pere des charges civiles & municipales, suivant la Loi 3. §. 6. & la Loi 4. D. de *Muneribus*. Le Parlement le jugea ainsi pour la charge de Consul, par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 4. liv. 10. tit. 2. chap. 13.

VII. Les Administrateurs des deniers publics peuvent s'excuser de la tutelle & de la curatelle tant que leur administration dure §. 1. *Inst. de excusationibus Tutorum vel Curatorum, L. Administrantes 41. D. de excusationibus.* Cela a lieu pour les Trésoriers, Receveurs & Fermiers des droits

& deniers royaux, & a été introduit plutôt en faveur du Fisc qu'en faveur des Administrateurs, le Fisc ayant intérêt qu'ils ne prennent pas de nouveaux engagemens : *Non honori conductorum datum, ne compellantur ad munera municipalia, sed ne extenventur facultates eorum quæ subsignatae sunt Fisco*, dit la Loi *Semper 5. §. Conductores 10. D. de Jure immunitatis*. Voyez Despeisses tom. 1. pag. 504. n. 54.

VIII. L'absence pour les affaires de la République est encore un moyen légitime pour s'excuser de la tutelle & de la curatelle §. 2. *Inst. de excusationibus Tutorum vel Curatorum*, Despeisses au lieu ci-dessus cité.

IX. Les Magistrats *qui potestatem aliquam habent*, étoient excusés de la tutelle & de la curatelle, mais ils ne pouvoient abandonner celle qu'ils avoient eue auparavant §. 3. *Inst. de excusationibus Tutorum vel Curatorum*. Le mot *potestas* signifie en la personne des Magistrats *imperium*, comme on le voit dans la Loi *potestatis 215. D. de verborum significatione*. En France il y a beaucoup de charges qui exemptent de la tutelle. Celles de Conseillers en Cour Souveraine ont indubitablement cet avantage, Arrêts de la Roche-Flavin liv. 4. tit. 9. art. 7. & 8. de La Combe Jurisprudence civile *verb.* Tutelle sect. 7. dist. 3. n. 9. Despeisses tom. 1. pag. 505. n. 55. Les Secretaires de la Chancellerie ont le même privilege, suivant les Lettres patentes qu'ils en ont obtenues; mais il n'en est pas de même des Référendaires, Boniface tom. 1. liv. 4. tit. 1. chap. 1.

X. Celui qui a un procès avec le pupille ne peut pas s'excuser de la tutelle, à moins que le procès ne fût de la plus grande importance, qu'il s'agit de tous les biens de l'un ou de l'autre ou d'une hérédité : *Nisi forte de omnibus bonis, vel hæreditate controversia sit* §. 4. *Inst. de excusationibus Tutorum vel Curatorum*. Et lorsque le Tuteur a un procès contre son pupille, on donne au pupille un Curateur pour cette affaire, curateur dont la charge cesse, dès que l'affaire est finie §. 3. *Inst. de auctoritate Tutorum, L. propter litem 21. D. de excusationibus*.

XI. On peut conclure de là que le créancier ou le débiteur du pupille ou du mineur peut être son tuteur ou

son curateur. C'est la décision de la Loi *Creditorem 8. C. qui dare Tutores*, de la Loi *neque à tutelâ 7. C. de excusationibus Tutorum & Curatorum*. Et il est dit dans la Loi *non fit 12. D. de rebus eorum qui sub tutelâ vel curâ sunt*, qu'un Tuteur peut payer la dette du pere du pupille & se faire subroger au droit du créancier : *Non fit contra Senatus-Consulium, si cujus Tutor creditori patris pupilli exsolvit, ut ejus loco succedat.*

XII. Il fut dérogé à ces Loix par la Nouvelle 72, d'où a été tirée l'Authentique *minoris debitor C. qui dare tutores*. Il est décidé dans cette Authentique, que le débiteur ou le créancier du pupille ou du mineur, ne doit point être son tuteur ou son curateur : que si avant toutes choses, le tuteur ou le curateur ne fait pas la déclaration de la créance ou de la prétention qu'il a sur le pupille ou le mineur, il en sera déchu, *actionis sustinebit jacturam* ; & que s'il rapporte la cession d'une dette du pupille ou du mineur, il la perd, & le pupille ou le mineur est libéré. Par la Nouvelle 94, les meres furent exceptées des dispositions de la Nouvelle 72. La rigueur de l'Authentique *minoris debitor*, ne doit proprement s'appliquer qu'à la tutelle légitime qui n'a point lieu parmi nous, dans laquelle on ne considéroit ni la qualité ni la capacité du tuteur, & où l'on parvenoit seulement par la proximité du degré de parenté, *L. quo tutela 73. D. de diversis regulis juris*. Nous ne connoissons que les tuteurs testamentaires dont la probité est reconnue & approuvée par le pere des pupilles, & les tuteurs nommés par le Juge qui ont le suffrage & l'approbation des parens nominateurs & cautions de l'administration du tuteur : ce qui a fait dire à plusieurs de nos Auteurs, que l'Authentique *minoris debitor* n'est point observée en France, Ferriere sur le titre du Code *qui dare tutores*, Catellan liv. 8. chap. 1. Augeard dans ses Arrêts tom. 2. fom. 14. Tous les Auteurs se sont réunis à dire que le tuteur testamentaire est excepté de la disposition de l'Authentique *minoris debitor*. C'est l'avis de Cancerius *variar. resol. part. 1. chap. 7. n. 32.* d'Automne sur la Loi *creditorem C. qui dare tutores*, de Bugnyon dans ses Loix abrogées liv. 1. fom. 240. de

de Lapeyrere lett. T. n. 166. Et l'on doit dire avec M. de Catellan au lieu cité, qu'on » excepté encore celui » à qui la nomination des parens assemblés dans les formes, a déferé la tutelle ; le choix des parens (dit-il) » fait alors le même effet que le jugement du pere. Ils » sont, à la vérité, moins intéressés que le pere du côté » de l'affection & de la tendresse, mais responsables du » choix, d'ailleurs étant plusieurs en nombre: on peut sans » risquer donner autant à leur jugement & à la confiance.

XIII. Ainsi celui qui est créancier du pupille, ne peut pas sur ce moyen s'excuser de la tutelle, comme l'ont jugé les Arrêts du Parlement de Toulouſe, rapportés par M. de Catellan au lieu cité & par Albert lett. T. chap. 55. Le créancier ne perd pas sa créance, étant nommé à la tutelle, quoiqu'il ne l'ait pas d'abord déclarée & si le tuteur rapporte la cession d'une dette du pupille, il ne la perd pas. On y suit seulement cet équitable tempéramment des Loix *per diversas & ab anastasio C. mandati*, que si la cession a été rapportée pour une moindre somme, le tuteur ne pourra demander que la même somme qu'il a véritablement payée, comme l'ont jugé les Arrêts du Parlement de Paris, rapportés par Louet & Brodeau lett. T. fom. 4. & par Augeard tom. 2. fom. 14.

XIV. Trois différentes tutelles ou curatelles, font un moyen légitime pour s'excuser d'une quatrième tutelle ou curatelle, §. 5. *Inst. de excusationibus tutorum*. Toutefois, comme on doit plus considérer la qualité que le nombre des tutelles, si une tutelle est si étendue & chargée de tant d'affaires qu'elle tienne lieu de plusieurs tutelles, cette seule tutelle suffira pour exempter le tuteur d'une autre tutelle ou curatelle. C'est la décision de la Loi *si is qui 31. §. dernier D. de excusationibus: Putarem rectè faciendum Præ-torem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si iam diffusa & negotiosa sit, ut pro pluribus cedat*. L'on peut ajouter qu'il est de l'intérêt du pupille qu'on ne lui donne pas pour tuteur, celui qui a déjà contracté les engagemens d'une tutelle si importante & si considérable.

XV. La pauvreté est une excuse légitime de la tutelle.

R

& de la curatelle, §. 6. *Inst. de excusationibus tutorum vel curatorum*; celui qui est pauvre & occupé de ses propres besoins, ne peut point en prendre la charge ni répondre d'une telle administration : *Paupertas quæ operi & oneri tutelæ impar est, solet tribuere vacationem*, dit la Loi *post susceptam* 40. §. 1. *D. de excusationibus*.

XVI. Des infirmités qui ne permettent pas à quelqu'un de vaquer à ses propres affaires, sont une excuse légitime de l'administration de celles d'autrui, §. 7. *Inst. de excusationibus tutorum vel curatorum*, *L. non solum* 10. *D. de excusationibus*. Celui qui est aveugle, ou sourd, ou muet, ou qui est tombé dans la démence ou dans une infirmité perpétuelle, est excusé de la tutelle & de la curatelle : *Luminibus captus, aut surdus, aut mutus, aut furiosus, aut perpetuâ valetudine tentus, tutelæ seu curæ excusationem habet* *L. un. C. qui morbo se excusant*. Et celui qui étant déjà tuteur tombe dans quelqu'une de ces infirmités, peut déposer la tutelle, *L. post susceptam* 40. *D. de excusationibus*. Voyez Despeiffes tom. 1. pag. 503. & suiv. n. 54

XVII. L'éloignement du domicile du tuteur de celui du pupille, peut être une excuse légitime de la tutelle. Il est décidé dans plusieurs Loix, que celui qui a son domicile dans une autre Province que celle du pupille, pouvoit s'excuser de la tutelle, *L. non solum* 10. §. 4. *L. illud* 19. *L. propter litem* 21. §. 2. *D. de excusationibus* *L. 2. L. II. C. de excusationibus tutorum & curatorum*. Et la Loi dernière, §. 2. *D. de excusationibus*, décide qu'on peut s'excuser de la tutelle, si on a un autre domicile que celui du pupille : *Et hoc genus excusationis est, si quis se dicit ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam datus est*. Deux raisons ont été le fondement de ces décisions : l'une, qu'il ne seroit pas juste qu'un tuteur quittât sa demeure & abandonnât ses propres affaires, pour aller gérer la tutelle dans un lieu éloigné de celui de son domicile ; l'autre, que les frais des voyages & d'une telle administration, tourneroient à la ruine des pupilles : il y a telles tutelles dont les revenus ne suffiroient pas pour de telles dépenses. Cette question peut beaucoup dépendre des circonstances du fait, & est du nombre de

celles qui sont laissées à la prudence du Juge. Boniface tom. 1. liv. 4. tit. 1. chap. 1. rapporte un Arrêt du Parlement d'Aix, par lequel le tuteur fut déchargé de la tutelle sur le fondement de l'éloignement de son domicile de celui du pupille, dans le cas même où l'un & l'autre étoient dans la même Province. Voyez la Roche-Flavin liv. 4. tit. 9. art. 2. le Journal des Audiences tom. 1. liv. 1. chap. 31. la Jurisprudence civile du fleur de La Combe, verb. tuteur, sect. 7. dist. 3. n. 16.

XVIII. Suivant le §. 8. *Inst. de excusationibus tutorum vel curatorum*, ceux qui ne savent ni lire ni écrire doivent être excusés de la tutelle : *Eos qui litteras nesciunt, esse excusandos*. La Loi *si duas* 6. §. *de rusticis* 19. *D. de excusationibus*, paroît contraire à cette décision. Il y est dit que quelquefois la rusticité sert d'excuse : *Mediocritas & rusticitas interdum excusationem præbent* ; & il est ajouté que l'excuse de celui qui dit ne savoir lire & écrire, ne doit pas être reçue, s'il est capable d'affaires : *Ejus qui se neget litteras scire, excusatio accipi non debet, si modo non sit expers negotiorum*. C'est l'avis de Papon dans ses Notaires tom. 2. liv. 5. *des tutelles & des curatelles* pag. 299. » L'on voit » ordinairement, dit-il, que la solide prudence de bien » négocier & conduire un ménage, procede plus d'usage » & de bon sens que des livres & lettres ». Le §. *de rusticis* de la Loi *si duas*, se sert du terme *interdum* quelquefois. La question doit donc dépendre des circonstances du fait & de la qualité de la tutelle. S'il s'agit, par exemple, de la tutelle des enfans d'un Paysan ou d'un Artisan où il y ait peu d'affaires, le parent qui ne sçait ni lire ni écrire, ne fera pas excusé, s'il est d'ailleurs homme de bon sens & qui gouverne bien ses propres affaires.

XIX. L'âge de soixante & dix ans est une excuse légitime de la tutelle & de la curatelle, §. 13. *Inst. de excusationibus tutorum vel curatorum*, & il faut que cet âge de soixante & dix ans soit complet. La Loi 2. *D. de excusationibus* le décide expressément : *Excusantur à tutelâ & curâ qui septuaginta annos compleverunt*. Voyez Despeisses tom. 1. pag. 503. n. 53. Boniface tom. 1. liv. 4. tit. 1. chap. 1.

Il est dit dans l'Ordonnance de 1667, tit. 34. de la décharge des contraintes par corps art. 9. que les septuagénaires ne pourront être emprisonnés pour dettes purement civiles. Il ne suffit pas d'être entré dans la soixante & dixième année pour jouir de ce privilège, il faut avoir soixante & dix ans accomplis, comme il a été jugé par les Arrêts du Parlement de Paris, rapportés par Augeard tom. 1. fom. 78. & dans le Recueil du sieur de La Combe chap. 12. pag. 111.

XX. Le mineur de vingt-cinq ans ne peut point être chargé d'une tutelle & d'une curatelle *dict.* §. 13. Il seroit déraisonnable & mal séant que celui qui a besoin lui-même du secours d'autrui pour gouverner ses affaires, fût chargé de la tutelle ou de la curatelle d'un autre : *Cùm sit incivile eos qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.* Voyez Despeisses tom. 1. pag. 495. n. 34.

XXI. Le soldat est non seulement excusé de la tutelle & de la curatelle, mais il ne lui est pas même permis d'en accepter la charge : *Ut nec volens ad tutelam onus admittatur* §. 14. *Inst. de excusationibus tutorum vel curatorum.*

XXII. Les Grammairiens, les Rhéteurs, les Médecins étoient excusés de la tutelle & de la curatelle §. 15. *Inst. de excusationibus tutorum vel curatorum. L. si duas 6. §. Grammatici 1. D. de excusationibus.* Cela n'est point observé. Par l'Arrêt du Parlement de Paris du 2 décembre 1652, rapporté dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 7. chap. 9. il fut jugé que les Docteurs en Médecine, & qui en font profession, ne sont pas exempts de la tutelle. Il n'y a que les Professeurs dans les Universités du Royaume qui soient exempts de la tutelle & de la curatelle. La Roche-Flavin liv. 5. tit. 1. art. 9. rapporte un Arrêt par lequel les Docteurs Régens furent déclarés exempts de toutes charges. Voyez le Journal des Audiences tom. 1. liv. 3. chap. 38. Les Avocats fort employés dans l'exercice de leur profession, jouissent du même avantage : *Advocatis nullum ratiocinium imponatur*, dit la Loi *Sancimus 6. C. de Advocatis diversorum judiciorum*; & la Loi *Advocati 14.* du même titre met leur profession dans le même rang que celle des ar-

mes. On le juge ainsi au Parlement de Toulouse, suivant Maynard liv. 9. chap. 49. & La Roche-Flavin liv. 4. tit. 9. Arr. 7. C'est l'avis de Duranti qu. 34. où il dit que cela n'est accordé qu'aux Avocats fort employés *primi ordinis*, & nous le pratiquons ainsi. Voy. Despeiffes tom. 1. p. 506. n. 55.

XXIII. Les Prêtres, les Diacres, les Sous-Diacres sont exempts de la tutelle & de la curatelle, suivant la Loi *Generaliter 52. C. de Episcopis & Clericis*, & la Nouvelle 123. chap. 5. d'où a été tirée l'Authentique *Præsbyteros* au même titre. Leur état les éloigne de l'administration des affaires temporelles, suivant le titre des Décrétales de Gregoire IX. *Ne Clerici vel Monachi Sæcularibus negotiis se immisceant*. L'Authentique *Præsbyteros* leur permet néanmoins de prendre la tutelle ou la curatelle de leurs parens : *Præsbyteros, Diaconos aut Subdiaconos, jure cognationis ad tutelam vel curam vocatos, suscipere permittimus*.

XXIV. Le mari se peut excuser de la curatelle de sa femme §. 19. *Inst. de excusationibus tutorum vel curatorum*. Il ne peut pas même être curateur de sa femme quand il voudroit en accepter la charge, suivant la Loi *Maritus 2. C. qui dare tutores*, & la Loi *virum 14. D. de curatoribus furioso & aliis extrâ minores dandis*. La raison qu'en donne Godefroi sur cette dernière Loi, est la difficulté de lui faire rendre compte : *Quod difficile postea sit ab eo rationes exigere*. Cela ne s'observe point parmi nous. Le mari peut être curateur *ad lites* de sa femme, & même curateur aux actes. Il peut être Procureur de sa femme, suivant la Loi *Cùm rem 2. C. de procuratoribus*.

XXV. Le paragraphe 16. *Inst. de excusationibus tutorum vel curatorum* marque la maniere en laquelle on devoit s'excuser de la tutelle & de la curatelle, & le tems dans lequel l'excuse devoit être proposée. Parmi nous celui qui a été nommé tuteur dans le testament du pere, doit se pourvoir pardevant les Juges ordinaires du pupille, pour se faire décharger de la tutelle ; & celui qui a été nommé par le Juge, doit appeler de l'Ordonnance du Juge, pour être déchargé de la tutelle ou de la curatelle.

TIT. XII.

Des Tuteurs & Curateurs suspects.

I. Le tuteur ou le curateur suspect est celui qui malverse dans l'administration de la tutelle ou de la curatelle, bien qu'il soit solvable : *Suspectus est qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit §. 5. Inst. de suspectis tutoribus vel curatoribus.* Ceux-là sont encore suspects dont les mœurs rendent la fidélité suspecte : *Suspectum eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit §. 12.* Ils peuvent être dépouillés de la fonction de leur charge, avant qu'ils l'aient commencée §. 5. & les tuteurs ou curateurs suspects doivent être éloignés de la tutelle ou curatelle, quand même ils offriroient de donner caution : *Quia satisfactio tutoris propositum malèvolum non mutat §. 12.*

II. Le droit de connoître des accusations intentées contre les tuteurs & les Curateurs suspects, appartient aux mêmes Juges qui ont droit de donner les tuteurs ou les curateurs §. 1. du même titre. Nous avons remarqué dans le titre des tutelles quels sont parmi nous les Juges qui doivent nommer les tuteurs & les curateurs.

III. L'accusation de tuteur suspect parmi les Romains étoit comme publique. Tout citoyen pouvoit l'intenter : *Sciendum est, quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est omnibus patere §. 3. Inst. de suspectis tutoribus & curatoribus.* Il n'en est pas de même en France, où les actions de cette nature ne peuvent être intentées que par le Procureur du Roi, ou ceux des Seigneurs, & les parties qui y ont intérêt ; de sorte que l'action ne peut compéter qu'aux parens ou au Procureur du Roi & à celui des Seigneurs.

IV. Il est rare de voir s'élever parmi nous de pareilles questions. Le tuteur testamentaire est une personne de confiance que le pere des pupilles a lui-même choisie ; & les autres tuteurs, comme les curateurs des insensés & des prodigues, sont nommés par le Juge avec connoissance de cause, & le suffrage des parens qui répondent de l'administration.

Fin du premier Livre.

LIVRE II.

DES CHOSES ET DES MOYENS DE LES ACQUÉRIR.

TITRE I.

De la Division des choses.

I. LA premiere Division des choses suivant le Droit Romain, est en celles qui sont dans le Commerce & celles qui ne sont pas dans le Commerce : *Quæ vel in nostro patrimonio, vel extrâ patrimonium nostrum habentur.* Les choses qui sont dans le Commerce, sont celles des particuliers, & qu'on peut acquérir, *pleraque singulorum, quæ ex variis causis cuique acquiruntur, princ. Inst. de rerum divisione.*

II. Les choses qui sont hors de Commerce, sont les choses communes de Droit naturel, les choses publiques, celles qui appartiennent aux Villes & Communautés, celles qui n'appartiennent à personne : *quæ nullius sunt.* C'est ce qu'exprime Loyseau dans son Traité des Seigneuries chap. 3. n. 83. & suiv. en ces termes : » Nos Jurisconsultes Romains » en ont fait de quatre sortes : à sçavoir, les communes, » qui sont communes à tous les animaux, comme les éléments, la mer, la pluye du ciel : celles qui sont communes aux hommes seulement, qu'ils ont appellées publiques, comme qui diroit *peupliques*, c'est-à-dire, dont l'usage est commun aux hommes & non aux bêtes ; à sçavoir, les rivières, les chemins, &c. : celles qui sont communes à certaines communautés d'hommes seulement, qu'ils ont appellées *universitatis ut stadia, theatra* ; & finalement,

» celles qui, par un respect particulier, ne sont attribuées
 » à aucun *ut res sacra, religiosa, sancta* ».

III. De Droit naturel, l'air, l'eau, la mer, & par une conséquence les rivages de la mer, sont choses communes à tous : *Naturali jure communia sunt omnium hæc, aer, aqua profluens & mare & per hoc littora maris*, §. 2. *Inst. de rerum divisione*. La Loi 3. §. 1. *D. ne quid in loco publico vel itinere fiat*, dit que l'usage de la mer est commun à tous les hommes comme l'usage de l'air : *Maris communem usum esse ut aeris*. Dans ce sens, Ovide *Metam.* liv. 6. v. 349. dit :

*Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est;
 Nec solem proprium natura, nec aera fecit,
 Nec tenues undas.*

IV. La mer est donc commune à tous, & nul n'en peut avoir la propriété, comme l'a remarqué Grotius dans son *Traité de jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 2. n. 3. Seldenus dans son *Traité de dominio maris*, a prétendu que les Rois d'Angleterre étoient Rois de la mer, à l'exclusion des autres Souverains. Grotius dans son *Traité mare liberum*, & l'Autheur des *Us & Coutumes de la mer* part. 1. art. 44. pag. 140. ont réfuté cette intolérable prétention. Grotius *de jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 11. n. 5. proposant la question, à quelles Loix seront soumises les conventions passées en pleine mer ou dans une Isle déserte, résout qu'elles seront régies par le Droit naturel ou le Droit des gens, comme les conventions des Souverains : *Talia enim pacta jure solo natura reguntur, ut & pacta eorum qui summam habent potestatem*. Voyez Lebret de la Souveraineté du Roi liv. 2. ch. 11. Dunod des Prescriptions part. 1. chap. 12. pag. 76. Loccenius *de Jure maritimo* liv. 1. chap. 3. & 4.

V. Quant aux rivages de la mer, ils sont devenus publics par le Droit des gens. La Loi *littora* 3. *D. ne quid in loco publico vel itinere fiat*, décide que les rivages sur lesquels le peuple Romain étendoit son empire, lui appartenoient : *Littora in quæ populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror*. La mer même qui avoisine les côtes, est devenue publique, & appartient au Prince ou à
 la

la République à qui les terres appartiennent. La Loi *venditor 13. D. communia prædiorum*, dit qu'on ne peut imposer aucune servitude sur la mer, par la seule autorité des particuliers : *Lege privatâ mari servitus imponi non potest*; d'où l'on conclut qu'il y peut être imposé une servitude par l'autorité publique. Ainsi, en France les rivages de la mer & les mers même qui avoisinent nos côtes, appartiennent au Roi en qui réside l'autorité souveraine. Voyez Lebret de la Souveraineté du Roi liv. 2. chap. 11. Grotius de *Jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 3. n. 8. Loccenius de *Jure maritimo* liv. 1. chap. 4.

VI. Les rivages de la mer sont ouverts à tout le monde. Chacun y peut aborder; mais il n'est pas permis d'y bâtir ni d'y faire d'autres ouvrages, §. 1. *Inst. de rerum divisione. L. 3. D. ne quid in loco publico vel iinere fiat*; ce qui est confirmé par l'Ordonnance de la Marine de 1681. liv. 4. tit. 7. du Rivage de la mer art. 2. en ces termes : » Faisons » défenses à toutes personnes de bâtir sur les rivages de la » mer, d'y planter aucuns pieux, ni faire aucuns ouvrages » qui puissent porter préjudice à la navigation, à peine de » démolition des ouvrages, de confiscation des matériaux » & d'amende arbitraire ».

VII. Le rivage de la mer est cet espace de terre où s'étendent les plus grands flots de la mer en tems d'hiver, *quatenus hybernus fluctus maximus excurrit* §. 3. *Inst. de rerum divisione*. L'Ordonnance de la Marine de 1681, au titre ci-dessus cité, art. 1. dit : » Sera réputé bord & rivage de la » mer tout ce qu'elle couvre & découvre pendant les » nouvelles & pleines lunes, & jusqu'où le grand flot de » mars se peut étendre sur les greves.

VIII. Les fleuves & les rivières sont choses publiques, §. 2. *Inst. de rerum divisione*. Quant aux fleuves & rivières navigables, & portant bateaux, la propriété en appartient au Roi. C'est un droit naturellement attaché à la souveraineté; & puisque les choses publiques appartenoient au peuple dans la République Romaine, elles doivent appartenir parmi nous à nos Souverains. C'est par le moyen des rivières navigables, que les Provinces se communiquent

des unes aux autres les biens qu'elles recueillent avec abondance ; & il y auroit des inconvéniens que tout autre que le Roi en eût la propriété. Voyez Lebret de la Souveraineté du Roi liv. 2. chap. 12. Salvaing de l'Usage des Fiefs chap. 37. & 60. Pastour de *Jure feudali* liv. 1. tit. 5.

IX. L'Ordonnance des Eaux & Forêts de 1669 tit. de la police & conservation des forêts, eaux & rivières art. 41. s'explique en ces termes : » Déclarons la propriété de » tous les fleuves & rivières portant bateaux de leur fonds, » sans artifices & ouvrages de main dans notre Royaume » & terres de notre obéissance, faire partie du domaine » de notre Couronne, nonobstant tous titres & possessions » contraires, sauf les droits de pêche, moulins, bacs ou » autres usages que les particuliers peuvent y avoir par » titres & possessions valables, auxquels ils seront main- » tenus. » L'article 42. du même titre porte que » nul, » soit propriétaire ou engagiste ne pourra faire moulins, » batardeaux, écluses, gords, pertuis, murs, plans d'arbres, » amas de pierres, de terre & de fascines, ni autres édi- » fices ou empêchemens nuisibles au cours de l'eau dans » les fleuves & rivières navigables & flottables, ni même » y jeter aucunes ordures, immondices, ou les amasser » sur les quais & rivages, à peine d'amende arbitraire. » Et l'article 44. défend » à toutes personnes de détourner » l'eau des rivières navigables & flottables, ou d'en affoi- » blir & altérer le cours par tranchées, fossés & canaux, » à peine, contre les contrevenans, d'être punis comme » usurpateurs, & les choses réparées à leurs dépens.

X. Quant aux rivières non navigables ou petites rivières, elles appartiennent aux Seigneurs hauts-justiciers dans le territoire desquels elles coulent. C'est un usage généralement reçu dans le Royaume, Bouteiller Somme rurale liv. 1. tit. 73. Choppin du Domaine liv. 1. tit. 15. n. 6. Coquille sur les Coutumes de Nivernois chap. 16. des Eaux, Rivières & Etangs art. 1. La Roche - Flavin des Droits seigneuriaux chap. 17. art. 1. Ferrerius sur Guy Pape qu. 514. Henrys tom. 2. suite du liv. 3. qu. 50. de Livoniere Traité des Fiefs liv. 6. chap. 7. Boutaric des Droits sei-

gneuriaux chap. 6. des Rivieres pag. 467. De Cormis tom. 1. col. 1030. chap. 88.

XI. Si une riviere sépare deux Fiefs & Justices, chacun des deux Seigneurs en a la moitié de son côté & jusqu'au fil de l'eau. Par l'Arrêt rapporté par Henrys au lieu ci-dessus cité, il fut jugé qu'un Seigneur n'avoit pas pu appuyer son écluse sur l'autre côté de la riviere qui étoit dans le Fief & la Justice d'un autre Seigneur.

XII. Mais les fleuves & les rivieres qui séparent deux Etats, appartiennent au plus considérable. Ainsi le fleuve du Rhône appartient entièrement au Roi de France, à l'exclusion du Duc de Savoie & de toute autre Puissance. Et s'il s'y commet quelque délit en quelque endroit que ce soit, les Officiers du Roi de France ont droit d'en connoître, comme l'a remarqué Guy Pape qu. 577. *Rex Franciæ Dominus noster*, dit-il, & *sui Officarii dicunt quod in solidum periinet Rhodanus & per consequens in eo jurisdictio ad ipsum Regem Franciæ. Quandò Officarii Domini Ducis Sabaudie in ipso Rhodano aliquid exercitii jurisdictionis facere attemptant, Officarii Regis Lugdunenses ipsos inquestant & condemnant, prout vidi temporibus meis pluriès fieri in Curia Ballivi Lugdunensis.* Chorier a fait la même observation dans sa Jurisprudence de Guy Pape liv. 2. sect. 7. art. 7. pag. 98. C'est aussi la remarque de Choppin dans son Traité du Domaine de la Couronne de France liv. 1. tit. 15. n. 2. de Boërius conf. 24. n. 16. de Salvaing de l'Usage des Fiefs chap. 60. Il faut dire la même chose du fleuve du Var, qui sépare les Etats du Roi de France du Comté de Nice. En sera-t-il de même des fleuves ou rivieres qui séparent les Justices ou héritages du Roi, d'avec ceux d'un Seigneur? L'Auteur de la Pratique des Terriers tom. 4. chap. 4. qu. 32. pag. 497. rapporte un Arrêt qui jugea que la riviere appartenoit au Roi, sans que le Seigneur particulier y pût rien prétendre.

XIII. Quant aux ruisseaux & torrens, plusieurs ont estimé qu'ils appartiennent aux particuliers tenanciers qui possèdent les terres de l'un & de l'autre côté. C'est le sentiment de Loysel dans ses Institutes coutumieres liv. 2. tit.

S ij

2. art. 6. de Bacquet des Droits de Justice chap. 30. n. 25. de Le Grand sur la Coutume de Troyes art. 179. glos. 1. n. 7. & suiv. D'autres ont estimé que les ruisseaux & torrens appartenoient aux Seigneurs, par le droit qu'ils ont sur les eaux qui coulent dans l'étendue de leur Seigneurie, comme l'a remarqué l'Auteur de la Pratique des Terriers tom. 4. chap. 4. qu. 33. pag. 497. & suiv. Cela peut dépendre de la teneur du bail emphytéotique. Si le ruisseau ou torrent a été donné pour confront à la terre inféodée ou donnée à bail emphytéotique, le ruisseau ou torrent n'y fera pas compris, parce que le confront n'est point la chose confrontée, comme l'a remarqué *Hieronimus de Monte* dans son *Traité Finium regundorum* chap. 107. n. 4. Il en seroit autrement, s'il avoit été donné en emphytéose une terre dans la contenance de laquelle il y eût un ruisseau ou un torrent.

XIV. Par le Droit Romain, il étoit permis à chaque particulier de pêcher, soit dans la mer, soit dans les fleuves & les rivières §. 2. *Inst. de rerum divisione*. Il n'en est pas de même parmi nous; & il faut distinguer la pêche qui se fait dans la mer, & celle qui se fait dans les fleuves & les rivières.

XV. La pêche de la mer est déclarée libre & commune à tous les sujets du Roi par les Ordonnances. L'Ordonnance de la Marine de 1681 liv. 5. tit. 1. de la liberté de la pêche » art. 1. s'explique en ces termes : » Déclarons la pêche » de la mer libre & commune à tous nos Sujets, auxquels » nous permettons de la faire, tant en pleine mer que sur » les greves, avec les filets & engins permis par la présente Ordonnance. » La même Ordonnance liv. 5. tit. 3. des Parcs & Pêcheries art. 9. dit : » Faisons défenses » aux Seigneurs des Fiefs voisins de la mer & à tous autres » de lever aucun droit en deniers ou en especes sur les » parcs & pêcheries, & sur les pêches qui se font en mer » ou sur les greves, & de s'attribuer aucune étendue de » mer pour y pêcher à l'exclusion d'autres, sinon en vertu » d'aveux & dénombremens reçus en nos Chambres des » Comptes avant l'année 1544, ou de concession en bonne

» forme , à peine de restitution du quadruple de ce qu'ils
 » auront exigé , & de quinze cens livres d'amende.

XVI. La pêche dans les fleuves & les rivières navigables est une suite de la propriété qui appartient au Roi : *Jus piscandi in fluminibus navigabilibus ad Regem pertinet*, dit Ferrerius sur la question 514. de Guy Pape. C'est l'avis de Salvaing de l'Usage des Fiefs chap. 37. & l'Ordonnance des Eaux & Forêts de 1669, tit. de la Pêche art. 1. défend à toutes personnes, autres que les Maîtres Pêcheurs, reçus ez Sieges des Maîtrises, de pêcher sur fleuves & rivières navigables, à peine de 50 liv. d'amende & de confiscation du poisson, filets & autres instrumens de pêche. Les Seigneurs dans le territoire desquels ils coulent, & même les particuliers, peuvent néanmoins y avoir des droits, par titre ou la possession d'un tems immémorial, comme l'ont remarqué Bacquet des Droits de Justice chap. 30. n. 23. & suiv. Pastour de *Jure feudali* liv. 1. tit. 6. n. 3. L'Ordonnance de 1669 tit. de la police & conservation des Forêts, Eaux & Rivières art. 41. le suppose ainsi en ces termes : » Sauf les droits de pêche, moulins, bacs & » autres usages que les particuliers peuvent y avoir par » titres & possessions valables auxquels ils feront main- » tenus.

XVII. Mais si les rivières ne sont ni navigables ni flottables, & ne passent pas dans les terres d'un Seigneur, mais dans celles du Roi, la pêche y sera-t-elle libre, ou faudra-t-il avoir une permission du Roi pour y pêcher ? Nos Rois ne s'étant réservé par les Ordonnances, que la propriété des rivières navigables, on en peut conclure qu'ils ont laissé la liberté de la pêche dans toutes les autres rivières qui coulent dans l'étendue de leur justice, à l'exemple de ce qui a été fait pour la pêche de la mer.

XVIII. Quant aux rivières non navigables qui passent dans les terres des Seigneurs, on tient communément que la pêche appartient aux Seigneurs à qui les régales ont été inféodées, ou qui ont titre ou possession. Voyez Guy Pape & Ferrerius qu. 514. Choppin du Domaine liv. 1. tit. 15.

n. 6. d'Olive liv. 2. chap. 3. Salvaing de l'Usage des Fiefs chap. 37. Geraud des Droits Seigneuriaux liv. 2. chap. 7. n. 19. Boniface tom. 4. liv. 2. tit. 5. chap. 1. de Cormis tom. 1. col. 1030. chap. 88. Les inféodations faites par les Comtes de Provence, contiennent ordinairement la clause *cum aquis & aquarum decursibus*; & les Seigneurs à qui les rivières appartiennent, y ont le droit de pêche & le droit de la prohiber. Divers Arrêts, l'ont ainsi jugé, notamment l'Arrêt de la Chambre des Eaux & Forêts du 20 mai 1738, au rapport de M. de Gautier du Poët, en faveur du Seigneur de Thorame basse, contre la Communauté du même lieu, & celui du 8 août 1742, au rapport de M. de Mas, en faveur du sieur Dedons, Marquis de Pierrefeu, contre la Communauté du même lieu, par lequel il fut fait inhibitions & défenses aux habitans d'aller à la pêche dans la rivière dudit lieu, sous les peines de l'Ordonnance, & d'en être informé.

XIX. Toutefois les communautés d'habitans peuvent avoir la faculté de pêcher dans les rivières des Seigneurs par titre ou par possession immémoriale, comme l'ont remarqué Choppin du Domaine liv. 1. tit. 15. n. 6. Salvaing de l'Usage des Fiefs chap. 37. de Livoniere dans son Traité des Fiefs liv. 6. chap. 7. L'Ordonnance de 1669 tit. de la Police & Conservation des Forêts, Eaux & Rivières, art. 41. maintient les droits de pêche que les particuliers pourront avoir par titre ou possession valable dans les rivières navigables. Ils doivent être à plus forte raison maintenus dans les petites rivières. Cela fut ainsi jugé en faveur de la Communauté de Souliers contre le Seigneur du même lieu, par Arrêt du 17 avril 1546, rendu par le Parlement de Grenoble, où l'affaire avoit été évoquée. Et par Arrêt de la Chambre des Eaux & Forêts du 15 mars 1717, entre la Communauté du lieu de Bras & le Sr. de Puget, Seigneur du même lieu, la Communauté fut reçue à prouver que ses habitans avoient pêché dans la rivière depuis un tems immémorial au vu & sçu du Seigneur. Il y a des lieux où un certain quartier de la rivière est assigné pour la réserve

du Seigneur, dans lequel nul ne peut pêcher sans sa permission, les habitans pouvant pêcher dans le reste de la riviere. Cela dépend des titres & de la possession.

XX. Les choses des Villes & Communautés *res Universitatis*, sont celles qui appartiennent au corps de la Communauté & non à chacun des particuliers qui la composent, comme les places, les théâtres, les lieux où se faisoient les exercices de la course & les autres choses semblables: *Universitatis sunt, non singulorum, quæ in Civitatibus sunt, theatra, stadia, & his similia, & si qua alia sunt communia Civitatum* §. 6. *Inst. de rerum divisione*. Nos Auteurs observent que la police, la garde & la conservation des choses, que le Droit Romain appelle *res Universitatis*, appartient au Roi ou à ses Officiers, & dans les terres des Seigneurs, au Seigneur ou à ses Officiers. C'est la remarque de Loyseau dans son Traité des Seigneuries chap. 3. n. 84.

XXI. Les choses qui n'appartiennent à personne *quæ nullius sunt*, sont celles qui, par un certain respect, ne sont attribuées à aucun, comme dit Loyseau des Seigneuries ch. 3. n. 84. Ce sont les choses sacrées, religieuses & saintes: *Nullius sunt res sacræ & religiosæ & sanctæ. Quod enim divini juris est, id nullius in bonis est*, dit le §. 7. *Inst. de rerum divisione*.

XXII. Les choses sacrées sont celles qui ont été consacrées solennellement à Dieu, comme les Temples, les Vases sacrés. Et un particulier ne peut, de sa propre autorité, se faire une chose sacrée: *Si quis autoritate suâ quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed prophanum* §. 8. *Inst. de rerum divisione*. Ainsi les Eglises & les Chapelles ne sont au nombre des choses sacrées, qu'autant qu'elles sont bâties par la permission de l'Evêque, *Can. Nemo Ecclesiam* 9. *de consecratione* dist. 1. Et il faut encore qu'elles aient été consacrées & bénites, *Can. Sicut non alii* 11. *Can. Nullus Præbyter* 15. *de consecratione* dist. 1. Voyez Ducasse de la Jurisdiction Ecclésiastique part. 1. chap. 8.

XXIII. Les choses sacrées ne peuvent être aliénées, *L. Sancimus* 21. *C. de Sacrosanctis Ecclesiis*. On peut néanmoins les aliéner dans certains cas; car elles sont confu-

fément divines & humaines. Et étant matérielles, & en cette qualité soumises naturellement au commerce des hommes, elles peuvent y retomber pour ce qu'elles ont de temporel, pourvu que la consécration n'en augmente pas le prix; car alors ce seroit vendre le spirituel. C'est la remarque de Duperier tom. 1. liv. 2. qu. 1. où il rapporte la Doctrine de M. l'Avocat Général Marion, qui cite St. Thomas, Cayetan & Azorius.

XXIV. Les cas où ces choses peuvent être aliénées, sont premièrement pour la rédemption des captifs, L. *Sancimus* 21. C. de *Sacro sanctis Ecclesiis*, Grotius de *Jure belli ac pacis* liv. 3. chap. 21. n. 23. 2°. On les peut aliéner pour cause de famine, & pour subvenir aux nécessités des pauvres, suivant la même Loi *Sancimus* & le Canon *Gloria Episcopii* 71. *caus.* 12. qu. 2. 3°. La Nouvelle 120. chap. 10. d'où a été tirée l'Auth. *præterea* C. de *Sacro sanctis Ecclesiis*, ajouta un autre cas où ces choses peuvent être aliénées; sçavoir, pour payer les dettes de l'Eglise, s'il n'y a pas d'autres moyens de les acquitter. Voyez Mornac sur la Loi *Sancimus*.

XXV. Par le Droit Romain, chaque particulier pouvoit rendre un lieu religieux en faisant inhumer dans son fonds un corps mort, §. 9. *Inst. de rerum divisione*. Mais parmi nous un lieu n'est religieux que par l'autorité & la bénédiction ecclésiastique. Les cimetières où l'on enterre les corps des fideles, doivent être bénits. Voyez Ducassé de la Jurisdiction Ecclésiastique part. 1. chap. 8. n. 5.

XXVI. Anciennement on n'enterroit dans les Eglises que les corps des martyrs, L. *Nemo Apostolorum* 2. C. de *Sacro sanctis Ecclesiis*. L'Empereur Constantin fut le premier qui voulut être enterré dans le porche du Temple des Apôtres de la ville de Constantinople. A l'exemple de Constantin, l'usage des sépultures dans les entrées des Eglises s'établit & fut autorisé, comme on le voit dans le Canon *præcipiendum* 15. *caus.* 13. qu. 2. Et les lieux qui étoient près des Eglises, destinés à la sépulture des morts, furent ensuite appelés cimetières, comme l'a remarqué Van-Espen *Jus ecclésiasticum universum* part. 2. tit. 38. chap. 2. n. 16. Enfin la
sépulture

fépulture dans les Eglises même, fut permise en faveur des Prêtres & des Fideles laïques *Can. nullus 18. Caus. 13. qu. 2.*

XXVII. Les Lettres patentes du Roi du 15 mai 1776, ont abrogé l'usage d'ensevelir les morts dans les Eglises, & voulu qu'ils fussent enterrés hors de l'enceinte des Villes & dans des Cimetieres. La Sépulture est seulement permise dans les Eglises pour certaines personnes privilégiées, & sous les conditions portées par ces Lettres patentes. Ce Règlement a eu pour objet les droits de l'humanité, la salubrité de l'air, la santé des habitans des Villes. La Loi des XII. Tables, Tab. X. défendoit qu'on enterrât ou qu'on brûlât un corps mort dans la Ville: *Hominem mortuum in Urbe non sepelito, neve urito.* L'Empereur Adrien fit la même défense à peine de 40. écus d'or, au rapport d'Ulpien, dans la Loi *Prætor 3. §. 5. D. de sepulchro violato.* Et comme ces Loix n'avoient pas été observées, une Loi des Empe-reurs Gratien, Valentinien & Théodose ordonna qu'on transporterait les corps morts hors de la Ville, & prononça des peines contre les contrevenans. C'est la Loi *Omnia 6.* du Code Théodosien au titre de *Sepulchris violatis.*

XXVIII. Les regles touchant la fépulture sont premièrement que chacun doit être enseveli dans le lieu où il l'a choisie, suivant le Chap. *Nos instituta 1. extra de sepulturis*; & on peut la choisir dans les Cimetieres des Réguliers, avec leur consentement, suivant le Chap. *Fraternitatem 3.* du même titre, & la Clémentine *Dudum de sepulturis.* C'est la doctrine de Pastour de *bonis temporalibus Ecclesia* tit. 3. n. 5. de Barbosa de *Officio & potestate Parochi* part. 3. chap. 26. n. 14. Par Arrêt du Parlement du 30 juin 1778 au rapport de M. de la Boulie, il a été jugé en faveur des PP. Dominicains de la ville de Barcelonette, contre le Curé de la même Ville, que les particuliers pouvoient élire leur fépulture dans le Cimetiere de ces Religieux. On ne pourroit pas choisir la fépulture dans un lieu profane. Il faut que le lieu soit religieux, comme l'a remarqué Van-Espen *jus Canonicum universum* part. 2. tit. 38. chap. 3. n. 23. *Unanimi consensu* (dit-il) *concludunt Canonistæ sepulturam eligendam esse in loco religioso; Elec-*

tionem autem factam in loco prophano, tanquam irrationabilem esse respuendam.

XXIX. L'élection de sépulture doit être prouvée. Elle peut être prouvée par témoins, Sanleger *Resol. benef.* chap. 114. n. 11. Journal des Audiences tom. 2. liv. 8. chap. 1. Arrêt du 25 janvier 1669. Hericourt dans ses Loix ecclésiastiques part. 3. chap. 11. n. 1. de Cormis tom. 1. col. 159. chap. 61.

XXX. Un pere peut choisir la sépulture de ses enfans impuberes & mineurs. Le Chap. de *Uxore* 7. §. 1. *extrà de sepulturis*, & le Chap. *Licet* 4. de *sepulturis in* 6°. approuvent la coutume qui donne ce droit au pere. Hericourt dans ses Loix ecclésiastiques part. 3. chap. 11. n. 3. dit que l'usage qu'on observe en France, est qu'un pere puisse faire inhumer ses enfans mineurs où il lui plaît.

XXXI. Lorsque la sépulture est faite dans l'Eglise ou le Cimetiere des Religieux, on réserve au Curé de l'Eglise paroissiale la quarte funéraire, suivant le Chap. *Cùm super* 8. *extrà de sepulturis*, & la Clémentine *Dudum* du même titre. Cette portion peut pourtant être au-dessus ou au-dessous de la quarte. Cela dépend de la Coutume du lieu, suivant le Chap. *Certificari* 9. *extrà de sepulturis*. Pastour de *bonis temporalibus Ecclesiæ* tit. 3. n. 4. dit: *Alibi quarta pars, alibi tertia debetur Ecclesiæ Parochiali*; mais s'il n'y a point de Coutume particuliere dans le lieu, il faut suivre la disposition du Droit commun, qui fixe cette portion à la quatrieme partie. Le Parlement le jugea ainsi par Arrêt du 25 février 1729, prononcé par M. le Premier Président Lebret, entre les Capucins de la ville de Martigues & le Curé de l'Eglise Paroissiale de Jonquieres de la même Ville.

XXXII. S'il n'a point été fait d'élection de sépulture, le défunt doit être inhumé dans le tombeau de ses peres & de sa famille, suivant le Chap. 1. *Extrà de sepulturis: Nos instituta majorum patrum considerantes statuimus unumquemque in majorum suorum sepulchris jacere.* Et la femme, si elle n'a point élu de sépulture, doit être inhumée dans le tombeau de son mari, *quos conjunxit unum connubium, conjungat unum sepulchrum* Can. *Ebron.* 2. §. 1. Can. *Unaquæque* 3.

caus. 13. qu. 2. cap. 3. §. 1. de sepulturis in 6°. Pastour de bonis temporalibus Ecclesiæ tit. 5. n. 2. Définitions du Droit canon verb. Sépultures n. 21.

XXXIII. S'il n'y a point d'élection de sépulture ni de tombeau de famille, le corps du défunt doit être inhumé dans la sépulture de l'Eglise paroissiale *Cap. Nos instituta 1. Cap. In nostrâ 10. extra de sepulturis.*

XXXIV. Les choses saintes, par le Droit Romain, sont les murailles & les portes de la Ville. On les appelle saintes, parce que ceux qui font quelque entreprise pour les détruire, sont punis de mort §. 10. *Inst. de rerum divisione.* Car autrement elles ne different en rien des choses des Villes & Communautés appellées *res universuatis*, comme l'observe Loyseau des Seigneuries chap. 12. n. 118. Et en effet nous ne reconnoissons pour choses saintes que celles que nous appellons sacrées; & nous mettons au nombre des choses publiques les murs & les portes des Villes.

XXXV. Il y a, selon le Droit Romain, une seconde division des choses en corporelles & incorporelles. Les choses corporelles sont celles qu'on peut toucher, comme un fonds, l'or, l'argent & une infinité d'autres choses §. 1. *Inst. de rebus corporalibus & incorporalibus.*

XXXVI. Les choses incorporelles sont celles qu'on ne peut toucher, & qui consistent dans le droit, comme les servitudes des héritages, l'usufruit, l'usage, l'habitation, une hérédité, les obligations; car quoique toutes ces choses aient des choses corporelles pour objet, le droit en lui-même est incorporel *ipsum jus incorporale est* §. 2. du même titre.

XXXVII. Outre la division des choses dont il est parlé dans les Institutes de Justinien, il y a une autre division des choses en meubles & immeubles. Les meubles sont ce qui se peut transporter d'un lieu à un autre: *Movendum, item mobilium appellatione idem significamus*, dit la Loi 93. *D. de verborum significatione.* Les immeubles sont ce qui ne peut pas être transporté, & comme dit la Loi *Quæstio 115.* du même titre, *fundus est omne quidquid solo tenetur.*

XXXVIII. Le Droit a établi des différences entre

les meubles & les immeubles, qu'il est important de connoître, comme l'a remarqué Delommeau dans ses Maximes du Droit François liv. 3. fom. 14. » L'on ne fait pas » estime (dit-il) des meubles comme des immeubles: *Mobilium vilis & momentanea possessio*. Ils n'ont point de subsistance, *nec ullo territorio finiuntur*. C'est pourquoi quand » les meubles sont vendus & sont hors de la possession » du débiteur, ils n'ont point de suite par hypothèque.

XXXIX. La connoissance de ce qui est meuble ou immeuble est encore plus nécessaire dans les Pays coutumiers, par rapport aux successions & à la communauté de biens, comme l'a remarqué Coquille dans son Institution au Droit François tit. *quelles choses sont meubles, conquests ou propres* pag. 95. » Selon les Romains (dit-il) » tout le patrimoine d'une personne étoit réputé une même » université, composée de plusieurs especes; mais en la » France coutumiere, d'une même personne sont divers » patrimoines, & l'un ne se gouverne pas comme l'autre, » soit en successions, en communautés, en testamens, en » retrait lignager & pour autres effets.

XL. Dans les Pays coutumiers, la division des choses en meubles & immeubles comprend toute sorte de biens. L'article 88. de la coutume de Paris est en ces termes: » En la Prévôté & Vicomté de Paris, y a deux sortes & » especes de biens seulement, c'est à savoir meubles & immeubles. » Delommeau dans ses Maximes liv. 3. fom. 14. dit: » Par le Droit François, il y a seulement deux » sortes de biens, c'est à savoir meubles & immeubles. » De sorte que dans les pays coutumiers, les droits incorporels sont réputés meubles ou immeubles, suivant les différens rapports qu'ils ont aux meubles ou aux immeubles, & même sur ce point, il y a beaucoup de variation dans les Coutumes: car, par exemple, dans certaines Coutumes, les rentes constituées à prix d'argent sont réputées meubles, & dans d'autres elles sont réputées immeubles, comme l'a remarqué Delommeau au lieu cité fom. 16.

XLI. Mais dans les Pays de Droit écrit, outre les meubles & les immeubles, il y a une troisième espece de biens.

Les Jurisconsultes ont cru que le véritable caractère de meubles & d'immeubles ne peut convenir qu'aux choses corporelles; & ils ont fait une troisième espèce de biens des droits incorporels, comme on l'a vu ci-dessus. Ainsi par Arrêt du Parlement d'Aix du 20 mars 1568, rapporté dans le tome 2. des Œuvres de Duperier aux Arrêts de M. de Thoron tom. 2. il fut jugé qu'en une donation de meubles & immeubles les dettes & actions n'étoient pas comprises; & par Arrêt du même Parlement du 21 juin 1708, en faveur de l'Hôpital général de la Miséricorde de la ville d'Aix, il fut jugé que le legs d'une maison & de ce qui s'y trouvoit *porte fermée* ne comprenoit pas les billets & promesses. M. Debezieux rapporte cet Arrêt liv. 6. chap. 8. §. 3. pag. 452. Ces décisions sont fondées sur la Loi *Quæstium* 78. §. 1. & la Loi *Si mihi* 92. *D. de legatis* 3°. la Loi *Quæstium* 12. §. *Papinianus* 45. & la Loi *Cum de lationis* 18. §. *Domum* 14. *D. de instructo vel instrumento legato*. Les obligations sont un droit incorporel, une troisième espèce de bien, qui n'est ni meuble ni immeuble; & les billets ne sont que la preuve de la dette & du droit qu'on a de l'exiger.



TITRE II.

Des Servitudes des héritages.

I. Il y a deux sortes de servitudes des choses. Les servitudes réelles & celles qu'on appelle mixtes. La servitude réelle est un droit qui est dû à la chose par la chose, à l'héritage de l'un par l'héritage d'un autre. La servitude mixte est celle qui est due par un héritage à la personne d'un autre que celui qui en est le propriétaire. Tels sont l'usufruit, l'usage, l'habitation dont il sera parlé dans le titre suivant.

II. Les servitudes réelles sont de deux sortes, les servitudes rustiques, & les servitudes urbaines ou des bâtimens, *rusticorum & urbanorum prædiorum*. Les servitudes rustiques sont celles des champs; les servitudes urbaines, sont celles des bâtimens, *quæ ædificiis in hærent*, en quelque lieu qu'ils soient situés. Car que les édifices soient élevés dans la Ville ou à la campagne, la servitude qui sera imposée à l'un en faveur de l'autre sera urbaine: *Ideò urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus* §. 1. *Inst. de servitutibus prædiorum*.

III. Il y a plusieurs sortes de servitudes rustiques & premièrement celle de chemin ou passage dans le fonds d'autrui. Les Romains distinguoient le sentier, le chemin, la voie: *Iter, actus, via, princ. Inst. de servitutibus prædiorum*. Celui qui avoit le chemin avoit plus que celui qui n'avoit que le sentier, & celui qui avoit la voie avoit plus que celui qui n'avoit que le sentier ou le chemin. Nous ne faisons point cette distinction dans nos usages, mais la servitude de passage a plus ou moins d'étendue, eu égard aux titres par lesquels elle est établie.

IV. Il est fait mention au même endroit des Institutes, de la servitude d'aqueduc *aquæ ducendæ*. Sur quoi l'on peut voir *Cœpolla de servitutibus rusticorum prædiorum* chap. 4. Il y a d'autres servitudes rustiques, sçavoir, celles de puiser

de l'eau, d'abreuver ses bestiaux, de les faire paître, de cuire de la chaux, de tirer du sable dans le fonds d'autrui : *Inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari rectè putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pas-cendi, calcis coquendæ, & arenæ fodiendæ. §. 2. Inst. de ser-vitutibus prædiorum.*

V. Il est parlé des servitudes des bâtimens *urbanorum prædiorum* dans le §. 1. du même titre. La première est que la maison d'un voisin soit obligée de souffrir les charges de la maison voisine : *Ut vicinus onera vicini sustineat.* Il est fait mention de cette sorte de servitude dans la Loi *Eum debere 33. D. de servitutibus prædiorum urbanorum.*

VI. La seconde, est celle par laquelle il est permis au propriétaire d'une maison, de placer une poutre dans la muraille de la maison de son voisin : *Ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere.* Il faut remarquer que les murs mitoyens, si communs parmi nous, étoient presque inconnus à Rome, parce qu'on ne pouvoit bâtir une maison sans laisser un espace entre cette maison & la maison voisine, *intermissio legitimo spatio à vicinâ insulâ*, comme dit la Loi *imperatores 14. D. de servitutibus prædiorum urbanorum* ; & de là vient que les maisons sont appellées isles *insule*, comme on le voit dans plusieurs Loix. C'est pourquoi il falloit avoir la servitude *tigni immittendi*, pour pouvoir placer des poutres dans la muraille de la maison voisine.

VII. La troisième servitude des bâtimens, est celle par laquelle quelqu'un est obligé de recevoir sur le toit de sa maison, dans sa cour, ou dans son égout, les eaux qui tombent du toit de la maison voisine ou qui coulent de la maison du voisin : *Ut stillicidium vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam.*

VIII. La quatrième, que le propriétaire d'une maison ne puisse l'élever plus haut & ôter le jour à la maison de son voisin : *Ne altius quis tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat.* Il est décidé dans la Loi *altius 8. C. de servitutibus & aquâ*, que le propriétaire peut élever sa maison aussi haut qu'il lui plaît, si elle ne doit point de servitude : *Altius quidem ædificia tollere, si domus servitutem non debeat,*

dominus ejus minimè prohibetur. C'est aussi la décision de la Loi *si in adibus* 9. du même titre. Il y a une pareille disposition dans l'art. 187. de la Coutume de Paris, en ces termes : » Quiconque a le sol, appelé l'étage du rez de » chauffée d'aucun héritage, il peut & doit avoir le dessus » & le dessous de son sol, & peut édifier par-dessus & » par-dessous, & y faire puits, aisemens & autres choses » licites, s'il n'y a titre au contraire ». Cette liberté peut néanmoins avoir des bornes dans le cas où un particulier voudroit élever ses bâtimens à une hauteur démesurée & extraordinaire qui priveroit les voisins du jour. C'est dans ce sens, qu'on doit entendre la Loi *qui luminibus* 11. *D. de servitutibus prædiorum urbanorum*, dont voici les termes : *Qui luminibus vicinorum officere, aliudvè quid facere contra commodum eorum vellet, sciat se formam ac statum antiquorum ædificiorum custodire debere.* Cela aura lieu sur-tout s'il y a des Ordonnances de Police qui reglent la forme & la hauteur des édifices des Villes, suivant la Loi 1. *C. de ædificiis privatis.* Voyez l'Histoire de la Jurisprudence Romaine de M. Terrasson part. 2. §. 10. pag. 160. & suiv. les Plaidoyers de M. de Corberon Plaid. 68. Dunod des Prescriptions part. 1. chap. 12. pag. 71. Ferriere sur l'art. 187. de la Coutume de Paris n. 3. & suiv.

IX. C'est une regle générale que chacun a la liberté de faire dans son propre fonds ce qu'il lui plaît, si le fonds n'est sujet à aucune servitude. Il peut s'y procurer telle commodité & y faire tels ouvrages qu'il trouve à propos. C'est la décision de la Loi *Proculus* 26. *D. de damno infecto.* Cette regle néanmoins reçoit des limitations. Elle n'a lieu qu'autant que les ouvrages que le propriétaire fait dans son fonds, ne se répandent point au-dehors & ne vont pas nuire aux voisins, *quatenus nihil in alienum immittat*, comme dit la Loi *sicut* 8. §. *Aristo Cerellio* 5. *D. si servitus vindicetur.* Sur le fondement de cette Loi, fut rendu l'Arrêt du Parlement d'Aix du 26 janvier 1672, rapporté dans le Journal du Palais part. 2. pag. 606, par lequel il fut jugé que le propriétaire de la partie inférieure de la maison ne pouvoit y faire une forge, parce qu'elle incommodoit par la trop grande

grande fumée, *gravi fumo*, le propriétaire de la partie supérieure. Le même Arrêt est rapporté par Boniface tom. 3. liv. 4. tit. 18. chap. 2. Sur le même principe, il est décidé dans la Loi première §. *Neraius D. de aquâ & aquæ pluvie arcendæ*, que l'ouvrage qu'un particulier a fait dans son fonds, pour en repousser l'eau qui y coule naturellement, doit être démolí, si cet ouvrage la fait regonfler au préjudice des fonds voisins. Et Brodeau sur la Coutume de Paris art. 71. n. 19. observe avec les Auteurs qu'il cite, » que celui qui bâtit un moulin au-dessous de l'ancien, ne » peut pas retenir l'eau pour la faire remonter & regorger; » ce que les Jurisconsultes appellent *restagnare*, *id est refluere* ». Voyez les Conseils de Bertrand vol. 2. conf. 296. le Président Faber déf. 5. C. de *servitutibus & aquâ*, Heringius de *molendinis* qu. 15. n. 32. & suiv. Despeisses tom. 3. pag. 196. n. 6. Par la même raison un particulier ne peut point dans son fonds exercer des arts nuisibles, & qui répandent au-dehors de mauvaises odeurs; & les voisins ont droit de l'empêcher, *Cœpolla de servitutibus rusticorum prædiorum* chap. 43. Sanleger *resol. civil. part. 2. chap. 140.* Boniface tom. 1. liv. 8. tit. 7. chap. 1.

X. Celui qui veut faire un fossé dans son fonds, doit garder autant de distance de l'héritage de son voisin, qu'il donne de profondeur au fossé; s'il fait un puits, ce puits doit être éloigné d'un pas. C'est la décision de la Loi dernière *D. finium regundorum*. Notre Coutume est conforme à cette disposition, comme l'a remarqué Bomy dans son Recueil de Coutumes chap. 6. Voyez *Cœpolla de servitutibus urbanorum prædiorum* chap. 80.

XI. Nul ne peut faire des ouvrages dans le lit d'une rivière pour en détourner le cours; mais le voisin peut faire des ouvrages dans son propre fonds & défendre ses rives, *L. quamvis 1. C. de alluvionibus*, *L. ait Prætor 1. D. ne quid in flumine publico fiat*, *L. Prætor ait 1. D. de ripâ muniendâ*, Perezius sur le titre du Code de *alluvionibus*.

XII. On acquiert les servitudes par les mêmes actes par lesquels on acquiert le domaine des choses. Elles s'établissent par des conventions & par des actes de dernière

volonté. Un testateur dans son testament ou un codicille ; peut défendre à son héritier d'élever sa maison plus haut , pour ne pas ôter le jour de la maison de son voisin. Il peut ordonner que son héritier recevra dans son mur les poutres de son voisin , qu'il souffrira une goutiere sur son toit ou sur sa cour , qu'il permettra à son voisin d'aller & venir par son fonds ou d'y conduire de l'eau : *Potest etiam testamento quis heredem suum damnare ne altius tollat ædes suas , ne luminibus ædium vicini officiat , vel ut patiatur eum tignum in parietem suam immittere , stillicidiumve adversus eum hadere , vel ut patiatur eum per fundum ire , agere , aquamve ex eo ducere* §. 4. *Inst. de servitutibus prædiorum.*

XIII. Une servitude s'établit encore par la destination du pere de famille , comme l'ont remarqué Despeisses tom. 1. pag. 590. Charondas dans ses Réponses liv. 2. chap. 69. Bouvot dans ses Arrêts tom. 1. part. 1. *verb.* servitude qu. 3. Le Parlement le jugea ainsi en faveur du sieur Claude-Mathieu Augier , pour qui j'écrivois , contre le sieur Raphaël Magalon , en qualité de tuteur des enfans du sieur André-Balthasar Magalon , sur le fait suivant. Michel Bergier possédoit à Marseille deux maisons qu'il avoit lui-même fait bâtir. Il n'avoit donné à l'une & à l'autre que deux étages ; & il avoit ménagé pour l'une de ces deux maisons , un tuyau de cheminée dans l'épaisseur du mur mitoyen. Par acte du 25 février 1740 , il vendit au sieur Mathieu Augier celle des deux maisons qui avoit le tuyau de cheminée dans l'épaisseur du mur mitoyen. Il la vendit avec tous ses droits , appartenances & dépendances , avec promesse de lui être tenu de toute éviction & garantie générale & particuliere. Onze ans après , par acte du 4 décembre 1751 , la Dame de la Vallée , héritiere de Michel Bergier , vendit au sieur André-Balthasar Magalon la seconde maison qui lui restoit. En 1767 , le tuteur des enfans de ce dernier voulant élever la maison d'un troisieme étage , présenta une requête au Lieutenant de Marseille , par laquelle il demanda que le sieur Claude-Mathieu Augier , fût condamné à démolir le tuyau de cheminée , pratiqué dans la muraille mitoyenne , ensemble cette muraille , jusqu'à l'endroit où

elle avoit son épaisseur. Le fleur Augier répondit qu'il avoit le droit de servitude établi par la destination du pere de famille, propriétaire des deux maisons, & que le droit lui en avoit été transmis par la vente passée à son auteur. Sur ce moyen, par Arrêt du 12 mai 1769, qui infirma la Sentence interlocutoire du Lieutenant de Marseille, au rapport de M. de Lubieres, il fut décidé que le tuyau de cheminée devoit subsister.

XIV. On acquiert aussi les servitudes par la prescription. Dans bien des Pays de Coutume, on tient qu'il n'y a point de servitude sans titre. C'est la disposition de l'art. 186. de la Coutume de Paris. Mais dans les Pays de Droit écrit, on les peut acquérir par la prescription. On y distingue les servitudes continues qui sont visibles & permanentes, qui ont leurs cours sans le fait de l'homme, & les servitudes discontinues qui s'exercent par le fait de l'homme & par des actes interrompus. Les premières, on les acquiert par la possession de dix ans entre présens, & de vingt ans entre absens, suivant la Loi *si quis diuturno* 10. D. *si servitus vindicetur* & la glose sur la Loi *servitutes* 14. D. *de servitutibus*; & les servitudes discontinues, on ne peut les acquérir que par la possession d'un tems immémorial, suivant la Loi *hoc jure* 3. §. *ductus aquæ* D. *de aquâ quotidianâ & æstivâ*. Voyez mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 2. tit. des Prescriptions sect. IV. de la Prescription des servitudes, où j'ai traité les questions concernant cette matiere.

XV. Les servitudes s'éteignent par les mêmes moyens par lesquels elles peuvent être établies. On les perd par le non usage. On prescrit la liberté contre la servitude. Voyez mon Commentaire sur les Statuts de Provence au lieu cité n. 25 & suiv.

XVI. La servitude s'éteint aussi, si le propriétaire de l'héritage servile, acquiert l'héritage auquel la servitude est due, ou si le propriétaire de l'héritage auquel la servitude est due, acquiert le fonds servile. Nul ne sert à soi-même : *Nulli res sua servit*, suivant la Loi *in re communi* 26. D. *de servitutibus prædiorum urbanorum* & la Loi 1. D. *quemadmodum servitutes amittantur*. La Loi *si quis ædes* 30. D. *de*

servitutibus prædiorum urbanorum, décide que si quelqu'un acquiert une maison qui doit une servitude à celle qu'il possède, la servitude est éteinte, & que s'il veut vendre ensuite cette maison, il y doit imposer la servitude, sans quoi la maison est vendue franche.

XVII. Peut-on changer le lieu de la servitude? Il est certain que celui à qui elle est due ne peut point y faire des changemens, sans le consentement de celui qui la doit; mais celui dont l'héritage doit la servitude, en peut changer le lieu, pourvu que celui à qui elle est due en puisse user aussi commodément qu'il en usoit auparavant. C'est l'avis de Cœpolla de *servitutibus rusticorum prædiorum* chap. 1. n. 11. & 12. *Puto, dit-il, quod liceat concedenti servitutem, mutare locum, dummodò faciat sine incommodo illius cui servitus est promissa, ità quod non minùs commodè per alium locum designatum servitus constituatur.* C'est aussi le sentiment de M. de Cormis tom. 2. col. 1731. chap. 3. Voyez la Loi *Servitutes* 20. §. 5. & 6. *D. de servitutibus prædiorum urbanorum*, le Président Faber déf. 4. *C. de servitutibus & aqua*,



TITRE III.

De l'Usufruit, de l'Usage & de l'Habitation.

I. L'usufruit est le droit de jouir des choses dont on n'a pas la propriété, sans en diminuer la substance : *Jus alienis rebus utendi fruendi, salvâ rerum substantiâ, princ. Inst. de usu-fructu.*

II. On peut établir l'usufruit non seulement sur les immeubles, mais encore sur les meubles, même sur les choses qui périment par l'usage, comme le bled, le vin, l'huile & les autres denrées, & l'argent monnoyé. Il semble que les choses qui périment par l'usage ne devoient pas être susceptibles d'usufruit ; mais il fut décidé, pour l'utilité publique, que l'usufruit pouvoit être établi sur ces sortes de choses, l'usufruitier donnant bonne & suffisante caution §. 2. *Inst. de usufructu.* Ainsi s'il s'agit du legs de l'usufruit d'une somme d'argent, la somme sera délivrée au légataire, à la charge de rendre à l'héritier, non les mêmes especes, mais une pareille somme, lorsque l'usufruit finira. Il en sera de même de l'usufruit du bled, du vin, de l'huile ; l'usufruitier ou son héritier rendra la même quantité de ces denrées. Cela est ordinaire dans l'usufruit d'une hérédité où il y a des immeubles, des meubles, de l'argent & des choses qui périment par l'usage. Il y a dans le Digeste un titre exprès de *usufructu earum rerum quæ usu consumuntur vel minuuntur.* Voyez *Mantica de conjecturis ultimarum voluntatum lib. 9. tit. 6. n. 1.*

III. L'usufruit s'établit par des conventions & par des testamens ou d'autres actes de dernière volonté §. 1. *Inst. de usufructu.* Il a lieu aussi de plein droit dans certains cas marqués par les Loix. Ainsi le pere, en vertu de sa puissance paternelle, a l'usufruit des biens adventifs de ses enfans suivant la Loi *cum oportet 6. C. de bonis quæ liberis.*

IV. L'usufruitier doit donner caution de bien user suivant la Loi *usufructu 4. C. de usufructu & habitazione,* & les Arrêts

rapportés dans le tom. 2. des Œuvres de Duperier aux Arrêts de M. de Thoron som. 37. & par Morgues sur nos Statuts pag. 223. On excepte de cette regle, le pere qui a l'usufruit des biens adventifs de ses enfans, par le droit de sa puissance paternelle. Cet usufruit tient lieu de la propriété que l'ancien Droit lui donnoit. On en excepte aussi le donateur qui s'est réservé l'usufruit des biens donnés. Voyez mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. tit. des Substitutions sect. 2. de la Substitution fidéicommissaire n. 34. & suiv.

V. L'usufruitier est tenu des réparations d'entretien, *ad facta recta*, suivant la Loi *usufructu* 7. §. 2. & 3. la Loi *sed cum fructuarius* 65. D. de *usufructu* & *quemadmodum quis utatur fruatur*, & la Loi *eum ad quem* 7. C. de *usufructu* & *habitatione*, & le propriétaire a action pour l'y obliger. C'est l'avis de Coquille sur la Coutume de Nivernois chap. 24. de douaire art. 4. de de Cormis tom. 2. col. 283. ch. 56. Les réfections, les grosses réparations sont à la charge du propriétaire, & l'usufruitier n'en est pas tenu, à moins que les ruines ne fussent survenues par sa faute, pour n'avoir pas fait les réparations d'entretien, comme l'a remarqué Coquille au lieu ci-dessus cité. M. Debezieux liv. 1. tit. 2. chap. 3. §. 2. rapporte un Arrêt du Parlement d'Aix, qui le jugea ainsi à l'égard d'un Bénéficiaire, en ordonnant qu'il vérifieroit que le mauvais état de la maison claustrale qui la rendoit inhabitable, étoit arrivé par vétusté ou par cas fortuit de ruine, & non par l'abandonnement volontaire ou par la négligence des précédens Prieurs à y faire les réparations d'entretien.

VI. La propriété seroit vaine & inutile, si elle étoit toujours séparée de l'usufruit. Il faut donc que l'usufruit ait un terme. Et il finit par divers moyens.

VII. L'usufruit finit premièrement par la mort naturelle ou civile de l'usufruitier, §. 3. *Inst. de usufructu*. Et s'il s'agit d'un usufruit légué jusqu'à un certain tems, ou sous une certaine condition, il finit également par la mort de l'usufruitier, quoiqu'elle arrive avant le tems marqué ou l'événement de la condition, suivant la Loi *ambiguitatem*

12. C. de usufructu & habitacione. M. de Catellan liv. 2. ch. 51. rapporte un Arrêt qui le jugea ainsi. Mais s'il s'agit de l'usufruit légué à une Communauté, quel en fera le terme? La Loi *an usufructus* 56. D. de usufructu, décide qu'il finira après cent ans, parce que ce terme est le plus long de la vie de l'homme. *Et placuit centum annis tuendos esse municipales, quia is finis vitæ longævi hominis est.* Il y a la même décision dans la Loi *si usufructus* 8. D. de usu & usufructu.

VIII. Mais comment se partagent les fruits de la dernière année après la mort de l'usufruitier? Nous suivons sur cette question, la distinction que fait Duperier dans ses Maximes de Droit tit. de la Dot. On distingue l'usufruit à titre onéreux & l'usufruit à titre lucratif. Lorsqu'il est à titre onéreux, comme l'usufruit du mari qui a supporté les charges du mariage ou celui du Bénéficiaire qui a fait le service de son bénéfice, le partage des fruits se fait à proportion du tems que l'usufruitier a vécu dans l'année de son décès. Et à l'égard du Bénéficiaire, on fait toujours le compte depuis le premier de janvier de l'année du décès, comme s'il étoit entré dans le bénéfice le premier jour de janvier. Mais lorsque l'usufruit est à titre lucratif, on considère l'état où les choses se trouvent lors de la mort de l'usufruitier. S'il s'agit des fruits de la Campagne, comme bleds, raisins & autres fruits, & que les fruits soient encore pendans lorsque l'usufruitier est décédé, ils sont acquis au propriétaire. Si au contraire les bleds étoient coupés & les fruits recueillis avant le décès de l'usufruitier, ils lui ont été entièrement acquis, & ils appartiennent à ses héritiers suivant la Loi *defuncta* 38 D. de usufructu & quemadmodum. On doit suivre la même règle pour les cens, les droits de lods, les taques & autres droits semblables qui ne sont dûs qu'une fois l'année. S'ils sont échus avant le décès de l'usufruitier, ils lui appartiennent; s'ils sont échus après son décès, ils sont dûs au propriétaire: mais à l'égard des fruits, rentes & revenus qui se recueillent successivement & *in quibus quotidie aliquid incipit deberi*, comme sont les fruits d'un jardin, les revenus d'un moulin ou des herbages, les loyers

des maisons, les rentes constituées, les intérêts des dettes à jour, qui croissent chaque jour & produisent de jour en jour quelque profit ou revenu, le partage s'en fait à proportion du tems que l'usufruitier a vécu dans la dernière année. *Et hoc jure utitur*, dit Duperier au lieu cité. Voyez Duperier tom. 2. dans ses Décisions liv. 1. n. 7. Louet & Brodeau lett. F. som. 12. Le Brun des Successions liv. 2. chap. 7.

IX. A l'égard du droit d'indemnité qui est dû par les Gens de main-morte qui possèdent des biens emphytéotiques, quoique ce soit un lods de vingt ans en vingt ans ou un demi-lods de dix ans en dix ans, notre usage est, contre l'avis de Duperier, que ce droit se divise, entre l'héritier de l'usufruitier & le propriétaire de la directe à qui il est dû, à proportion du tems que chacun a joui. Il se divise aussi par portion de tems entre ceux qui le doivent : de Cormis tom. 1. col. 779. chap. 8. Arrêts de M. Debezieux liv. 4. chap. 7. §. 12. Voyez mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. tit. de la directe, du droit de prélation & du lods, sect. 3. du droit de lods n. 34. & suiv.

X. L'usufruit ne finit point pendant la vie de l'usufruitier par le décès de celui qui a la propriété : *Usufructuario superstiti, licet Dominus proprietatis rebus humanis eximatur, jus utendi fruendi non tollitur*, dit la Loi *si patri* 3. §. 1. C. de usufructu ; & il est décidé dans la Loi *ambiguitatem* 12. du même titre, que si un testateur a légué un usufruit à sa femme ou à tout autre, jusqu'au tems ou son fils ou tout autre sera parvenu à un certain âge, l'usufruit aura lieu pour autant de tems ou d'années que porte la disposition, soit que la personne parvienne à l'âge exprimé dans le testament, ou qu'elle meure auparavant. Car, ajoutée cette Loi, le testateur n'a pas envisagé la vie de la personne, mais un certain nombre d'années : *Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula*. C'est la remarque de Perezius sur le titre du Code de usufructu n. 23. de Despeisses tom. 1. pag. 570. n. 9. & le Parlement d'Aix l'a jugé ainsi par l'Arrêt rapporté par Boniface tom.

2. liv. 2. tit. 1. chap. 2. Pour l'usufruit que le pere a des biens adventifs de ses enfans, par le droit de la puissance paternelle, voyez ce que j'ai dit ci-dessus liv. 1. tit. 8. par quels moyens la puissance paternelle finit n. 12.

XI. 2°. L'usufruit finit, si l'usufruitier abuse des choses dont il a l'usufruit, *non utendo per modum* §. 3. *Inst. de usufructu*. La glose dit, si l'usufruitier n'en use pas en bon pere de famille, *ut bonus pater familias*. C'est le sentiment du Président Faber déf. 2. C. de usufructu. J'estime néanmoins qu'il doit être fait auparavant des comminations & des injonctions à l'usufruitier de réparer les dommages. Si un pere dissipe les biens du fidéicommis, les substitués sont autorisés à demander la restitution des biens fidéicommissaires, suivant la Loi *Imperator 50. D. ad S. C. Trebellianum* & les Arrêts rapportés dans mon Commentaire sur les Statuts de Provence tit. des Substitutions sect. 2. de la Substitution fidéicommissaire n. 33. pag. 396. & suiv.

XII. 3°. L'usufruit finit, si l'usufruitier n'en a pas usé pendant le tems prescrit par la Loi, §. 3. *Inst. de usufructu*. La constitution dont il est fait mention dans ce §. est la Loi *corruptionem 16. C. de usufructu & habitatione*, par laquelle ce tems est le même que celui de l'usucapion, de dix ans entre présens & vingt ans entre absens; mais plusieurs sont d'avis que le non usage qui peut faire perdre l'usufruit, doit être de trente années, s'il s'agit d'un usufruit établi par convention ou par testament, ou un autre acte de dernière volonté. Il est certain que l'action qui naît d'un contrat dure trente ans, & que l'on a trente ans pour demander la chose léguée, suivant la Loi *sicut 3. C. de prescriptionibus 30 vel 40 annorum*.

XIII. 4°. L'usufruit finit, si l'usufruitier fait cession de son droit au propriétaire, *si domino proprietatis ab usufructuario cedatur* §. 3. *Inst. de usufructu*. L'usufruit alors est éteint suivant la regle de la Loi 26. *D. de servitutibus prædiorum urbanorum*, que nul ne sert à soi-même, *nulli res sua servit*. L'on dit la cession faite au propriétaire: car l'usufruitier ne peut pas transporter le droit même à un tiers, parce que ce droit est attaché à sa personne & s'éteint avec

lui ; mais il peut céder à un tiers les fruits & les émolumens qu'il est en droit de recueillir en vertu de son usufruit. C'est la décision de la Loi *arboribus* 12. §. 2. *D. de usufructu*, en ces termes : *Usufructuarius vel ipse frui eâ re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest.* Alors l'usufruit n'est point éteint. Il demeure sur la tête de l'usufruitier.

XIV. 5°. Par la même raison que l'usufruit est éteint par la cession que l'usufruitier fait de son droit au propriétaire, il est consolidé à la propriété, si l'usufruitier devient propriétaire du fonds : *Si usufructuarius proprietatem rei adquisierit, quæ res consolidatio appellatur*, §. 3. *Inst. de usufructu.*

XV. Enfin l'usufruit finit, si la chose sur laquelle il est établi vient à périr. Si la maison est consumée par un incendie, ou qu'elle croule par un tremblement de terre, ou autrement & par ses propres défauts, l'usufruit est éteint de manière que l'usufruitier ne peut plus le prétendre même sur le sol sur lequel la maison étoit bâtie : *Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio suo corruerint, extinguï usumfructum & ne aræ quidem usumfructum deberi*, §. 3. *Inst. de usufructu.*

XVI. Il faut néanmoins observer que si la maison n'a pas été entièrement détruite & qu'il en reste une partie, l'usufruit n'est pas entièrement perdu, suivant la Loi *si cui* 33. *D. de usufructu & quemadmodum quis utatur fruatur.* Par l'Arrêt du Parlement de Paris, rapporté par Papon liv. 14. tit. 2. n. 4. une maison, dont une veuve avoit l'usufruit, ayant été brûlée à la réserve d'un cellier & d'un puits, & les héritiers l'ayant fait rebâter, il fut jugé qu'ils en jouiroient, & que l'estimation seroit faite de ce qui n'avoit pas été brûlé, dont le revenu estimé à une certaine somme, seroit annuellement payé à la veuve.

XVII. Il faut observer encore que si l'on a l'usufruit d'une hérédité ou d'une portion héréditaire à titre universel, ou si l'on a l'usufruit d'une terre, dans laquelle il y ait des bâtimens, la ruine des bâtimens n'éteint point l'usufruit, parce que les bâtimens, dans ces cas, sont l'accessoire des fonds héréditaires ou de la terre dans lesquels ils ont été construits. C'est la décision de la Loi 8. *D. qui-*

bus modis usufructus vel usus amittitur, en ces termes : Fundi usufructu legato, si villa diruta sit, usufructus non extinguetur, quia villa fundi accessio est, non magis quam si arbores deciderint. Et la Loi 9 du même titre, ajoute que l'usufruitier pourra jouir du sol où la maison étoit construite : *Sed & eo quoque solo in quo fuit villa uti frui potero.*

XVIII. L'usage s'établit & finit par les mêmes moyens que l'usufruit, *princ. Inst. de usu & habitatione.*

XIX. Mais l'usage est renfermé dans des bornes plus étroites. L'usufruitier a droit de jouir de tous les fruits. Il peut les céder, les vendre, les donner gratuitement à un autre. Mais celui qui a l'usage, ne peut se servir des fruits que pour son usage & celui de sa famille. Ce droit est personnel, accordé seulement pour la commodité de la personne, & l'usager ne peut point en céder les fruits, les vendre, ni les donner gratuitement à un autre, §. 1. du même titre, Coquille qu. 303. Sur ces principes, il a été établi entre l'usufruitier & l'usager, plusieurs différences qu'on peut voir dans les Œuvres de Despeisses tom. 1. part. 2. tit. 1. art. 2. n. 15. & suiv. pag. 577.

XX. Il y a des usages accordés aux Communautés d'habitans dans les forêts du Roi ou celles des Seigneurs. Ces usages sont réels, comme dit Coquille au lieu cité. Ils sont acquis aux habitans du lieu & à ceux qui y possèdent des biens, & on les perd quand on cesse d'habiter dans le lieu & d'y posséder des biens. Voyez l'Ordonnance de Eaux & Forêts de 1669, tit. des Droits de pâturage & tit. des Chauffages & autres Usages des bois, & ce que j'ai écrit dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. sur les Statuts des pâturages.

XXI. L'habitation léguée ou établie par contrat, quoiqu'elle participe à la nature de l'usufruit & de l'usage, n'est cependant ni l'un ni l'autre, *quasi proprium aliquod jus videtur, §. 5. Inst. de usu & habitatione, L. cum antiquitas 23. C. de usufructu & habitatione.*

XXII. Suivant les mêmes textes du Droit, celui qui a l'habitation d'une maison, a non seulement le droit d'y demeurer, mais encore de la louer à un autre. En quoi il

paroît qu'elle participe plus à la nature de l'usufruit que de l'usage.

XXIII. L'habitation finit par les mêmes moyens que l'usufruit & l'usage, tels que la mort naturelle ou civile de celui en faveur de qui elle est établie, la cession faite au propriétaire & la ruine de la maison. Robert *rerum judicatarum* liv. 4. chap. 8. rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, qui jugea qu'une maison étant tombée en ruine & ayant été rebâtie de nouveau, le droit d'habitation étoit perdu.

XXIV. Il y a d'autres droits incorporels, comme les successions testamentaires & légitimes & les obligations. Ce sont des moyens d'acquérir, dont nous parlerons en leur lieu.



TITRE IV.

Des Moyens d'acquérir le domaine des choses.

I. On acquiert le domaine des choses par divers moyens : les uns, du Droit naturel & des gens ; les autres, du Droit civil. Justinien dans le titre des *Institutes de rerum divisione & acquirendo ipsarum dominio*, §. 11. & suiv. propose tout premierement les moyens par lesquels on acquiert le domaine des choses par le Droit naturel & des gens, comme le plus ancien.

II. Le premier de ces moyens est l'occupation. Dans les premiers tems, tous les biens étoient communs parmi les hommes, & ils en jouissoient par indivis, comme si ce n'eût été qu'un seul patrimoine : *Ut omnia communia & indivisa omnibus fuerint, veluti unum cunctis patrimonium esset*, dit Justin *histor.* liv. 43. chap. 1. De là vient, comme dit Grotius *de jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 2. n. 2. que chacun pouvoit prendre ce qu'il vouloit pour ses usages ; & cet usage tint lieu de propriété : de maniere que ce que l'un avoit acquis par ce moyen, un autre ne pouvoit le lui ôter sans injustice : *Hinc factum ut statim quisque hominum ad suos usus arripere posset quod vellet, & quæ consumi poterant consumere. Ac talis usus universalis juris erat tum vice proprietatis ; nam quod quisque sic arripuerat, id ei eripere alter, nisi per injuriam, non poterat.*

III. Il y a encore bien des choses qu'on acquiert par l'occupation. Et premierement on acquiert par cette voie les animaux sauvages, les oiseaux, les poissons : ils appartiennent à celui qui les a pris le premier, §. 12. *Inst. de rerum divisione.*

IV. Cette liberté néanmoins a reçu des limitations. Grotius *de jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 2. n. 5. observe que celui qui a la souveraineté des terres & des eaux, peut défendre d'y prendre les bêtes sauvages, les poissons & les oiseaux, & empêcher qu'on ne les acquiere en les prenant : *De feris,*

piscibus, avibus illud notandum est, qui imperium habet in terras & aquas, ejus lege impediri posse alios, ne feras, pisces, aves capere & capiendo acquirere eis liceat, atque hac lege teneri etiam exteros. Et l'Ordonance des Eaux & Forêts de 1669, tit. des Chasses art. 28. » défend aux Marchands, Artisans, » Bourgeois & habitans des Villes, Bourgs, Paroisses, » Villages & Hameaux, Payfans & Roturiers, de quelque » état & qualité qu'ils soient, non Possédans - fiefs, Sei- » gneurie & Haute - Justice, de chasser en quelque lieu, » sorte & maniere, & sur quelque gibier de poil ou de » plume que ce puisse être, à peine de cent livres d'amende » pour la premiere fois, &c. » Pour ce qui est de la pêche, voyez ce que j'ai écrit ci-dessus tit. 1. de la Division des choses.

V. Les abeilles sont farouches de leur nature. Si elles s'arrêtent sur votre arbre, elles ne sont pas plus à vous avant que vous les ayiez renfermées dans une ruche, que les oiseaux qui ont fait leur nid sur un arbre qui vous appartient; mais elles sont à celui qui les a renfermées dans une ruche, aussi bien que les rayons de miel qu'elles y ont faits. L'essain d'abeilles qui s'est envolé de votre ruche, est à vous tant que vous le voyez, & que vous pouvez le poursuivre facilement & le faire revenir, autrement il fera à celui qui s'en emparera. C'est ce qu'on lit dans le §. 14. *Inst. de rerum divisione.* Par la Coutume que nous observons en Provence, comme l'a remarqué Bomy dans son Recueil de Coutumes chap. 1. Si nos abeilles eschement & l'essain prend son vol, nous en conservons le droit, si nous le suivons par-tout où il s'envole. Et s'il se va mettre dans les ruches de notre voisin, il faut qu'il nous en paye la valeur, ou qu'il nous donne le premier essain qui en sortira; & si l'essain vient à mourir sans eschemer, le voisin doit donner les rayons de miel qui s'y trouveront. L'Auteur ajoute que si un voisin veut avoir des ruches à miel auprès des nôtres, il ne les peut avoir qu'à la distance & l'éloignement des nôtres de cinq cent pas pour le moins; l'on dit pour le moins, parce que, suivant l'ancienne Coutume, la distance devoit être de sept cent pas.

VI. L'on acquiert par le droit des gens les choses qu'on prend sur les ennemis : *Quæ ex hostibus capimus jure gentium statim nostra fiunt* §. 17 *Inst. de rerum divisione*. Les effets mobilières que l'on prend sur les ennemis, appartiennent aux Soldats qui s'en sont emparés les premiers, à l'exception des drapeaux & autres choses de cette espece. A l'égard des prises qui se font sur la mer, l'Ordonnance de la Marine de 1681. liv. 3. tit. 9. des Prises art. 32. réserve le dixieme de la prise à l'Amiral.

VII. Olea dans son *Traité de Cession juris* tit. 4. qu. 10. traite fort au long la question, si les billets & les obligations que l'on trouve dans les dépouilles des ennemis, appartiennent à celui qui les prend. Il résout n. 41. & suiv. qu'ils ne lui appartiennent pas. Le billet n'est que la preuve de la dette & de l'obligation; & les obligations sont des droits incorporels qui ne sont ni meubles ni immeubles. Cela est d'autant plus vrai parmi nous, que ceux qui sont pris par les ennemis, ne sont pas faits esclaves, & sont seulement prisonniers de guerre, comme je l'ai remarqué au liv. 1. tit. 1. Olea au lieu qu'on vient de citer n. 52. estime néanmoins, suivant l'Arrêt rapporté par Papon liv. 5. tit. 6. art. 2. que si le débiteur a payé contraint par l'ordre du Prince vainqueur, & que la paix ait été faite, le débiteur est bien libéré.

VIII. Les pierres précieuses qui se trouvent sur le rivage de la mer, appartiennent par le droit naturel, à celui qui les trouve §. 18. *Inst. de rerum divisione*. C'est l'avis de Pastour de *Jure feudali*. liv. 1. tit. 16. n. 3. *Beneficia naturæ censentur, & dona Dei, jure gentium fiunt inventoris*. D'argentré sur les Coutumes de Bretagne art. 477. glos. 2. n. 4. parlant de ces sortes de choses dit : *quarum pretia luxu & opibus augentur, minuuntur inopiâ, bello & cæteris casibus, quia earum pretia non usus per se, sed luxus facit*. Voyez, au sujet de l'ambre gris, l'Arrêt du Parlement de Bordeaux, rapporté dans les Arrêts de M. le Président de Nesmond art. 2. & par Automne sur la Loi 3. *D. de Divisione rerum*.

IX. Suivant le §. 39. *Inst. de rerum divisione*, le trésor

qui est un argent caché, dont on ignore le maître, appartient à celui qui l'a trouvé dans son fonds. S'il l'a trouvé dans le fonds d'autrui, il en a la moitié, pourvu que ce soit par hasard & sans l'avoir cherché qu'il l'ait trouvé, *non data ad hoc opera*, & l'autre moitié appartient au propriétaire du fonds. De là Grotius *de jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 8. n. 7. dit que le trésor appartient naturellement à celui qui l'a trouvé; mais que cela n'empêche pas que les Loix & les Coutumes n'en puissent disposer autrement. Anciennement on prétendoit qu'en France le trésor d'or appartenait au Roi. L'on disoit fortune d'or appartient au Roi seul; mais cela n'est pas ainsi observé. Voyez Coquille tom. 2. dans son Institution au Droit François tit. des Droits de Justice en commun pag. 15. & dans ses réponses qu. 7. Pastour *de jure feudali* liv. 1. tit. 15. n. 2. dit que selon nos usages, celui qui a trouvé un trésor dans son propre fonds en a la moitié, & l'autre moitié appartient au Roi, si le fonds est allodial, ou au Seigneur justicier dans la terre duquel le fonds est situé; mais que si le trésor a été trouvé dans le fonds d'autrui, on en fait trois parts, dont l'une appartient au Roi ou au Seigneur féodal, l'autre au propriétaire du fonds, & la troisième à celui qui a trouvé le trésor: *Moribus nostris si quis thesaurum invenit in loco suo, dimidiam partem lucratur, altera pars fit Regis, si locus sit allodialis, aut Domini justitiarum, si locus sit feudalis, ut judicatum refert.* Bacquet des Justices chap. 32. *si verò in loco alieno thesaurus sit inventus, fiunt tres partes, altera Regi, si locus sit allodialis, vel Domino feudali, si locus sit feudalis, altera loci Domino, & altera tribuitur inventori, Bacquet ibidem.*

X. Les mines, soit d'or, d'argent, de cuivre, d'étain ou d'autres matieres ne sont pas de même qualité que le trésor, ni régies par les mêmes regles; car le trésor est mis en son lieu par main d'homme, & les mines sont portion de la terre naturellement, & sont produites par la terre, & la propriété en appartient au propriétaire de la terre, comme dit Coquille sur les Coutumes de Nivernois chap. 1. de Justice & droits d'icelle art. 2. mais le Roi a des droits sur

sur les mines d'or & d'argent. Voyez Coquille au lieu cité & dans son Institution au Droit François tit. *des droits de Justice* pag. 15. Lebret de la Souveraineté du Roi liv. 3. chap. 6. Pastour de *Jure feudali* liv. 1. tit. 16. Geraud des Droits seigneuriaux liv. 2. ch. 10. n. 8. de Cormis tom. 1. col. 773. & suiv. chap. 6. Henrys tom. 2. liv. 4. qu. 45.

XI. Les pieces de monnoie & les autres présens que les Gouverneurs des Provinces & les Magistrats jettent au peuple dans les rejouissances publiques, appartiennent à celui qui s'en fait le premier : *Quia volunt quod quisque acceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt* §. 46. *Inst. de rerum divisione.*

XII. Les choses abandonnées par leurs maîtres, dans le dessein de ne les avoir plus dans leurs biens, sont acquises, par le Droit Romain, à celui qui s'en empare le premier, §. 47. *Inst. de rerum divisione.* Mais cela ne s'observe point ; car, comme l'a remarqué Grotius de *jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 3. n. 19. lorsque la propriété des particuliers dépend de la propriété générale de l'Etat, ce qui n'a point de maître particulier, n'est pas au premier occupant, mais retourne à tout le Corps ou au Seigneur supérieur : *Cum distributa dominia pendent à dominio generali, si quid domino particulari carere incipit, non fit occupantis, sed ad universitatem aut ad Dominum superiorem redit.*

XIII. Ainsi en France les biens vacans, soit qu'ils n'aient jamais appartenu à personne ou que le maître les ait volontairement abandonnés, appartiennent au Roi, ou aux Seigneurs Hauts-Justiciers s'ils se trouvent dans leurs terres. Voyez Pastour de *jure feudali* liv. 1. tit. 7. & suiv. Lebret de la Souveraineté du Roi liv. 3. chap. 12. Arrêts de Catellan liv. 3. chap. 41.

XIV. Il en est de même des épaves. On entend sous ce mot, les bêtes égarées & errantes, & les choses mobilières, qui ont eu un maître & que personne ne réclame. L'Ordonnance des Eaux & Forêts de 1669 tit. de la Pêche art. 16. porte » qu'il sera ordonné que si dans un mois les épaves » ne sont demandées & réclamées, elles seront vendues au » profit de Sa Majesté, au plus offrant & dernier enchérisseur,

» & les deniers en provenans, mis ès mains des Receveurs ;
 » sauf à les délivrer à celui qui les réclamera un mois après
 » la vente, s'il est ainsi ordonné en connoissance de cause ».
 Quant aux épaves qui se trouvent dans la terre d'un Seigneur Haut-Justicier, elles lui appartiennent, si après trois publications faites pendant trois Dimanches consécutifs, le maître ne les réclame point dans quarante jours, à compter depuis la première proclamation. Ces formalités étant remplies, le Seigneur se fait adjuger l'épave. Coquille en son Institution au Droit François, tit. des droits de Justice pag. 14. observe que si la forme des criées n'a été observée, le propriétaire sera reçu dans les trente ans à recouvrer son bien, si ce n'est que les Coutumes abrègent le temps. Il observe encore que si celui qui a trouvé l'épave, ne la revele pas à la Justice dans les vingt-quatre heures ou autre tems ordonné par la Coutume, il est condamné à l'amende : » Car (dit-il) bien que l'inventeur ne sache
 » pas à qui l'épave appartient, qui est l'excuse vulgaire,
 » il sçait bien qu'elle ne lui appartient pas ; & en retenant
 » le bien d'autrui, il commet larcin ». Voyez La Roche-Flavin des Droits seigneuriaux chap. 25. Catellan liv. 3. chap. 31. Pastour de *Jure feudali* liv. 1. tit. 13. Coquille sur les Coutumes de Nivernois chap. 1. de Justice & droits d'icelle.

XV. Il n'en est pas des choses qu'on jette dans la mer pour soulager le Vaisseau & le garantir de la tempête, comme des épaves. Ces choses ne sont pas censées abandonnées, & celui qui en est le maître n'en perd pas le domaine, parce que ce n'est point un abandonnement volontaire ; & celui qui s'en empareroit dans le dessein d'en profiter, les ayant trouvées sur le rivage ou sur les flots, seroit coupable de vol §. 48. *Inst. de rerum divisione*, Loccenius de *Jure maritimo* liv. 2. chap. 7. n. 5. L'Ordonnance de la Marine de 1681. liv. 4. tit. 9. des Naufrages, bris & échouemens art. 5. » fait défenses aux particuliers
 » employés au sauvement & à tous autres de porter dans
 » leurs maisons ni ailleurs qu'aux lieux à cet effet destinés
 » sur les dunes, greves ou falaises, & de receler aucune

» portion des biens & marchandises des Vaisseaux échoués
» ou naufragés, comme aussi de rompre les coffres, ou
» vrir les balots & couper les cordages ou mâtures, à
» peine de restitution du quadruple & de punition corpo-
» relle. » L'article 27. du même titre fait un Règlement
pour les effets naufragés, trouvés en pleine mer, ou tirés
de son fond, en ces termes : » Si toutefois les effets nau-
» fragés ont été trouvés en pleine mer ou tirés de son
» fond, la troisième partie en sera délivrée incessamment
» & sans frais, en espèce ou en deniers, à ceux qui
» les auront sauvés, & les deux autres tiers seront dé-
» posés pour être rendus aux propriétaires, s'ils les ré-
» clament dans le tems ci-dessus (c'est dans l'an & jour)
» après lequel ils seront partagés également entre nous &
» l'Amiral, les frais de Justice préalablement pris sur les
» deux tiers.

XVI. Un autre moyen d'acquérir par le droit des gens, est lorsqu'une chose qui nous appartient, en produit une autre. Ainsi nous acquérons le domaine des animaux qui naissent de ceux qui nous appartiennent §. 19 *Inst. de Rerum divisione*. Ainsi l'enfant qui naissoit d'une femme esclave appartenoit au maître qui avoit cette femme sous sa puissance §. 4. *Inst. de jure personarum*.

XVII. L'alluvion est encore un moyen d'acquérir par le Droit des Gens. C'est un accroissement de terre qui se fait imperceptiblement dans un héritage voisin d'un fleuve ou d'une rivière §. 20. *Inst. de Rerum divisione*. Cet accroissement prend la qualité du fonds auquel il s'attache, comme l'a remarqué Du Moulin sur la Coutume de Paris §. 1. glos. 5. *in verb.* le fief n. 115. & 116. Ce n'est pas un nouveau champ, mais il fait partie du premier, de manière que si le possesseur du fonds en a la pleine propriété, il aura l'accroissement en pleine propriété, & s'il n'a que le domaine utile du fonds, il aura seulement le domaine utile de l'accroissement; & celui qui a la haute, moyenne & basse juridiction, y aura le même droit : *Nec istud incrementum novus ager, sed pars primi. Unde habenti in prædio augmentato plenam proprietatem, istud incrementum acqui-*

ritur jure plene proprietatis, & habenti quasi dominium accrescit jure quasi dominii, & habenti territorium, jurisdictionem, merum & mixtum imperium, accrescit in eodem jure territorii, imperii & omnis jurisdictionis. Et si c'est un fonds emphytéotique, le cens n'en est point augmenté, comme il ne seroit pas diminué, si le fonds avoit souffert quelque diminution, dit Du Moulin au lieu cité n. 117: *Nec propter hoc debet augeri canon, vel aliud onus, aut servitium, sicut nec è converso diminueretur.* Voyez Geraud des Droits seigneuriaux liv. 2. chap. 8. n. 19. & chap. 10. n. 4. Bacquet des Droits de Justice chap. 30. n. 8. Salvaing de l'usage des Fiefs chap. 60. pag. 331. Despeisses tom. 3. tit. 5. art. 3. sect. 9. n. 10. pag. 197. Henrys & Bretonnier tom. 2. suite du livre 3. qu. 74. Duperier tom. 1. liv. 2. qu. 3. les Arrêts de Boniface tom. 4. liv. 3. tit. 3. chap. 1. la Pratique des Terriers tom. 1. pag. 727. qu. 23.

XVIII. Ce n'est pas le cas de l'alluvion qui se fait imperceptiblement, lorsque le fleuve, par l'impétuosité des eaux, a emporté une partie de votre fonds & l'a jointe à celui du voisin : cette partie ne cesse pas de vous appartenir. C'est la décision du §. 21. *Inst. de Rerum divisione.* Mais il y est ajouté que si cette partie est demeurée jointe aux terres de votre voisin pendant un long-temps, & que les arbres qui ont été emportés avec elle, aient pris racine dans ses terres, le tout lui est acquis. Et Du Moulin sur la Coutume de Paris §. 1. glos. 5. *in verb.* Le Fief n. 118. observe que cet accroissement apparent, lorsqu'il a été uni au fonds du voisin, de manière qu'il n'en puisse être distingué ni séparé, lui appartiendra : *Quantum autem ad incrementum apparens ex fluminis impetu, postquam coaluit & unitum fuit, ita ut discerni & separari non possit, non enim prius acquiritur desinendo esse prioris Domini.* Voyez néanmoins ce qu'observe Bacquet des Droits de Justice chap. 30. n. 5. & suiv. touchant les atterrissemens qui se font dans les fleuves publics & les rivières navigables. Voyez encore Salvaing de l'Usage des Fiefs chap. 60.

XIX. Suivant le Droit Romain, une nouvelle Isle qui naît dans la mer, appartient au premier occupant, & celle

qui se forme dans les fleuves, si c'est au milieu du fleuve, appartient à ceux qui possèdent les fonds de l'un & de l'autre côté, à proportion de l'étendue de leurs fonds; & si elle se forme plus proche d'un bord du fleuve que de l'autre, elle est à ceux qui possèdent les terres contigues, §. 22. *Inst. de rerum divisione.* Cette décision n'est point suivie en France, comme l'a remarqué Bacquet des Droits de Justice chap. 30. n. 6. Nos Rois ayant la propriété des mers qui avoisinent nos côtes, comme nous l'avons remarqué ci-dessus tit. 1. n. 5. les Isles qui y naissent leur appartiennent; & il en est de même des isles qui se forment dans les rivières navigables. La Déclaration du Roi du mois d'avril 1683, porte que les rivières navigables, les isles, îlots, crémens & atterrissemens qui s'y forment appartiennent au Roi. Et les particuliers qui avoient des titres anciens & authentiques de propriété, y furent maintenus par la même Déclaration. Et par l'Edit du mois de décembre 1693, il fut ordonné que les détenteurs qui rapporteroient des titres de propriété ou de possession avant le premier avril 1566, y seroient maintenus à perpétuité, en payant une année du revenu ou le vingtième de la valeur des biens, avec les deux sols pour livre, & annuellement une redevance seigneuriale de cinq sols par arpent, &c. Voyez la Pratique des terriers tom. 4. chap. 4. qu. 8. pag. 442 & suiv.

XX. A l'égard des rivières non navigables, dont les Seigneurs Hauts-Justiciers ont la propriété, les isles qui s'y forment leur appartiennent, comme faisant partie de la rivière. Et si la rivière sépare les terres des deux Seigneurs, l'isle appartiendra au Seigneur Haut-Justicier, en la Justice duquel elle est plus près, eu égard au fil de l'eau, comme dit Loysel *Institutes Coutumieres* liv. 2. tit. 2. n. 12.

XXI. Mais si le fleuve se divise en deux bras, & que se joignant ensuite, il réduise le fonds du particulier en forme d'isle, ce champ ne change point de maître, & il appartient toujours à celui auquel il étoit auparavant, §. 22. *Inst. de rerum divisione.* Ce n'est point une isle qui soit née & se soit formée dans la rivière. Le fonds demeure dans son premier état, & ceux qui y ont des droits, soit de pro-

priété, de censive ou de juridiction, les conservent.

XXII. Il est dit dans le §. 23. *Inst. de rerum divisione*, que si la riviere change de lit, celui qu'elle a abandonné, appartient à ceux qui possèdent les fonds voisins, à proportion de l'étendue des terres de chacun d'eux, & le nouveau lit que la riviere s'est fait, devient public. Et si quelque tems après la riviere retourne dans son ancien lit, le nouveau lit qu'elle a abandonné, appartient à ceux qui ont les terres contigues. On tient communément en France, que s'il s'agit d'une riviere navigable, le lit abandonné appartient au Roi comme un fonds vacant, & si la riviere n'est pas navigable, il appartient au Seigneur Haut-Justicier, à l'exclusion des riverains. Henrys tom. 2. suite du liv. 3. qu. 74. rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, qui adjugea le lit abandonné au Seigneur Haut-Justicier. Il a été jugé au contraire au Parlement de Toulouse, que dans le Languedoc, Pays de Droit écrit, le Seigneur Haut-Justicier ne pouvoit pas demander le fonds que la riviere a quitté & qu'il appartient aux riverains. Vedel dans ses Observations sur les Arrêts de Catellan liv. 3. ch. 40. rapporte un Arrêt du 5 mai 1728 qui le jugea ainsi. Il y fait mention d'un Jugement rendu en dernier ressort le 13 mars 1725, par lequel il fut jugé que le partage de l'ancien lit d'une riviere entre riverains, doit être fait par Experts, à prendre aux anciens bords de la riviere. Mais ce qui paroît sur-tout juste & bien équitable, c'est, si après quelque tems la riviere reprend son ancien lit & quitte le nouveau, d'adjuger le fonds abandonné à ceux qui en étoient les propriétaires. On ne fait que leur rendre ce que la riviere leur avoit ôté.

XXIII. Le changement du lit de la riviere, ne fait aucun changement aux champs voisins. Ceux qui en ont la propriété, en sont toujours les maîtres. Ceux qui y ont droits de censive, de juridiction ou d'autres droits, les conservent, comme l'a remarqué du Moulin sur la Coutume de Paris, §. 1. glos. 5. *in verb. le Fief n. 120: Non autem tali casu (dit-il) aliquid immutaretur in dominio prædiorum vicinorum illi alveo relicto: nec etiam quicquam immutaretur in jure territorii vel jurisdictionis quæ remanet in pristino statu.*

Hieronimus de Monte a fait la même observation dans son *Traité de finibus regundis* chap. 24. n. 1. en ces termes : *Et ideò dicas quod si flumen publicum duo dividit territoria & ea confinat, mutato post modum alveo aquarum impetu, ob id territoriorum fines, diæcesum, plebanatum & castrorum non mutari.*

XXIV. L'inondation ne change pas la face des terres, & par cette raison si l'eau se retire, le fonds sera toujours à celui à qui il appartient §. 24. *Inst. de rerum divisione. L. Si ager 23. D. quibus modis ususfructus vel usus amittitur.* Loccenius de *jure maritimo* liv. 1. chap. 6. n. 3. estime que cela est vrai, si l'inondation ne dure qu'un certain tems, mais que si elle est grande & perpétuelle, on présume l'abandonnement de la part du maître, à moins que des circonstances qui sont à l'arbitrage du Juge, ne prouvent le contraire : *Inundatio naturaliter agri dominium non tollit, si sit temporaria, quia substantiam agri non mutat. Si verò sit perpetua & gravissima inundatio quæ mutata re contingat, præsumitur animus derelinquendi, nisi circumstantiæ boni viri arbitrio æstimandæ aliud suadeant.* Mais quelles sont ces circonstances qui empêchent la prescription du fonds? L'Auteur de la *Pratique des Terriers* tom. 1. pag. 732. qu. 25. estime que le possesseur du fonds inondé qui en a payé le cens, en conserve la possession qui lui étoit nécessaire pour se maintenir dans la propriété, & qu'il peut le reprendre par quelque tems que l'inondation ait duré; mais que si au contraire le propriétaire s'est fait décharger du cens envers le Seigneur, il ne peut plus rien prétendre à cet héritage; il est censé avoir abandonné son droit. Et Grotius de *Jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 8. n. 10. atteste qu'il est d'usage en Hollande qu'au défaut de tout autre moyen, il suffit de pêcher dans les eaux qui couvrent les terres inondées pour être censé en avoir retenu la possession : *Quo in genere receptum apud nos non immeritò est, ut si aliter nequeat, vel piscando retineri possessio censeatur.*

XXV. Mais s'il n'y a point de signe ni d'acte, par lequel le propriétaire ait retenu la possession & empêché le cours de la prescription, quel sera le tems par lequel le propriétaire perdra son droit de propriété du fonds inondé.

Plusieurs estiment qu'il perdra son droit par l'usucapion ou la prescription de dix ans entre présens & de vingt ans entre absens. C'est l'avis de Mynfinger sur le §. 24. *Inst. de rerum divisione*, de Peregrinus *de jure fisci* liv. 8. n. 82. & suiv. de Grotius au lieu ci-dessus cité; & il y a eu des Jugemens des Commissaires du Terrier en Provence, qui ont jugé que les terrains inondés & couverts d'eau par la riviere de Durance pendant l'espace de dix années consécutives, demeureroient réunis au Domaine. Cette prescription doit avoir lieu dans les Provinces, dont les Coutumes ont admis pour le domaine des choses, la prescription de dix ans entre présens, & de vingt ans entre absens, appelée usucapion; mais il semble qu'en Provence, comme dans d'autres Pays de Droit écrit, où l'on a rejetté pour le domaine des choses, cette prescription de dix ans entre présens & de vingt ans entre absens, on ne devoit admettre que la prescription de trente ans, la seule par laquelle on puisse perdre la propriété d'un bien qui nous appartient, suivant la Loi *sicut 3. C. de Præscriptione 30. vel 40. annorum.*

XXVI. La confection d'une nouvelle espece, est la composition d'un nouvel ouvrage fait de la matiere d'autrui, comme si quelqu'un a fait du vin ou de l'huile des raisins & des olives d'un autre, des vases de l'or, de l'argent ou de l'airain d'autrui, un navire, une armoire des planches d'autrui. Après bien des contestations, parmi les Jurisconsultes, pour déterminer qui devoit être le propriétaire de ces nouveaux ouvrages, le propriétaire de la matiere ou celui qui a fait la nouvelle espece, il fut décidé que si l'espece peut être réduite dans sa premiere matiere, celui qui étoit le maître de la matiere, étoit le maître de la nouvelle espece, & si au contraire l'espece ne pouvoit pas être réduite dans son premier état, celui qui avoit fait la nouvelle espece, en étoit le propriétaire, §. 25. *Inst. de rerum divisione.* Cette décision paroît assez juste. On doit dire néanmoins que cette question est une question arbitraire, qui doit se décider par des principes d'équité, plutôt que par la rigueur du Droit, & qu'il faut juger en faveur de l'ouvrier ou en faveur du propriétaire, eu égard aux circonstances

rances du fait, ou selon que le travail est au-dessus de la matiere ou la matiere au-dessus du travail; & toujours il est certain que quand la propriété de la nouvelle espece reste à l'ouvrier, il doit indemniser le propriétaire de la matiere, & lui en payer la valeur. Il en est de même lorsque le propriétaire de la matiere devient propriétaire de la nouvelle espece & en profite; l'ouvrier alors doit être indemnisé de son travail, *L. jure naturæ 206. D. de diversis regulis juris.*

XXVII. La confusion est le mélange parfait qui se fait de deux especes du consentement des deux maîtres, comme si les vins de Titius & de Sempronius ont été confondus & mêlés ensemble; le corps qui se forme devient commun à l'un & à l'autre: *Totum id corpus quod ex confusione fit, utriusque commune est* §. 27. *Inst. de rerum divisione.* Cette communion néanmoins doit être entendue à proportion de la quantité de matiere qui appartient à l'un & à l'autre. C'est une société où celui qui a plus fourni, doit avoir une plus grande part.

XXVIII. L'accession est un moyen d'acquérir l'accessoire de la chose principale qui nous appartient, §. 26. *Inst. de rerum divisione.* Telle est l'alluvion dont nous avons parlé ci-dessus & qui ne differe de l'accession que comme l'espece differe du genre: car l'accession renferme plusieurs autres especes.

XXIX. Ainsi celui qui bâtit dans son fonds avec les matériaux d'autrui, devient propriétaire du bâtiment, parce que les bâtimens sont l'accessoire du fonds, §. 29. *Inst. de rerum divisione.* Mais le propriétaire des matériaux, sera en droit de demander la restitution du prix & les intérêts. On n'ordonneroit pas la peine du double de l'estimation dont il est parlé dans le §. 29.

XXX. Si au contraire quelqu'un bâtit de ses matériaux dans le fonds d'autrui, sachant que le fonds ne lui appartient pas, il perd la propriété des matériaux, §. 30. *Inst. de rerum divisione.* S'il y a planté des arbres qui y aient pris racine, ils appartiennent au propriétaire du fonds, §. 31. du même titre. Celui qui sciemment bâtit dans le fonds

d'autrui ou y seme, est censé en avoir fait le don au propriétaire, comme dit Cancerius *variar. resol. part. i. chap. 8. n. 77. Præsumitur donatio, si quis in alieno solo scienter ædificet aut seminet.* Cette regle pourtant reçoit des exceptions suivant le même Auteur & Menoch *de præsumptionibus liv. 3. præf. 32.* Et lorsqu'on ne peut pas présumer que celui qui a bâti, ou qui a semé ou planté des arbres dans le fonds d'autrui, ait voulu en faire le don au propriétaire, il sera fondé à répéter les impenses utiles & nécessaires qu'il a faites, suivant la Loi *planè 38. D. de hæreditatis petitione* & la doctrine de Cujas sur la Loi *Jure naturæ 206. D. de diversis regulis juris.*

XXXI. Si le Peintre a peint sur une toile qui ne lui appartient pas, on ne regardera point le tableau comme l'accessoire de la toile, mais la toile sera l'accessoire du tableau, & il appartiendra au Peintre, à la charge de payer le prix de la toile à celui à qui elle appartient, §. 34. *Inst. de rerum divisione.* Il doit en être de même de l'écriture, dont le papier ou le parchemin appartient à autrui; & ce qui est dit dans le §. 33. ne doit pas être suivi. Le papier cede à l'écriture, comme l'a remarqué Vinnius sur le §. 33. avec les Auteurs qu'il cite: *Hodiè, dit-il, totum hoc jus mutatum creditur, ut jam non amplius scriptura chartæ, sed charta scripturæ cedat, chartamque ad se per prævalentiam scriptura trahat*

XXXII. La tradition est encore un moyen pour acquérir le domaine des choses par le Droit des gens. Il n'y a rien qui soit plus conforme à l'équité naturelle, que d'approuver la volonté de celui qui veut transférer la propriété de son bien à un autre, dit le §. 40. *Inst. de rerum divisione.*

XXXIII. Il y a plusieurs autres moyens d'acquérir qui dépendent du Droit civil; sçavoir, la prescription, les donations, les successions testamentaires & *ab intestat*, les obligations. C'est aux Loix civiles qu'il appartient de donner des regles pour la prescription. Elle a néanmoins une sorte de fondement dans le Droit des gens, parce qu'elle suppose le consentement de celui qui la souffre, & l'abandonnement de la chose ou du droit qui lui appartient. Quoique les

donations & les dispositions testamentaires dépendent du Droit civil, parce que c'est de ce Droit qu'elles reçoivent la forme qui les rend valables, leur substance est de Droit naturel, comme l'a remarqué Grotius de *Jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 6. n. 14. *Quantum (dit-il) testamentum, ut actus alii, formam certam accipere possit à jure civili, ipsa tamen ejus substantia cognata est dominio & eo dato juris naturalis.* La succession *ab intestat* descend de la même source, suivant le même Auteur liv. 2. chap. 7. n. 3. Elle est déferée à ceux que la Loi y appelle, parce qu'on présume que c'est la volonté du défunt: *Sucessio legalis est ex mente defuncti*, dit Fufarius de *substitutionibus* qu. 311. n. 42. Et presque tous les contrats descendent du Droit des gens, §. 2. *Inst. de Jure naturali, gentium & civili.* Nous allons parler de ces différens moyens d'acquérir dans les titres suivans.



TITRE V.

De la Prescription.

I. Celui qui souffre la prescription de son héritage ou de ses droits, est semblable à celui qui les aliène, suivant la Loi 28. D. *de verborum significatione* : *Alienationis verbum etiam usucapionem continet. Vix est enim ut non videatur alienare, qui patitur usucapi.* Et celui qui prescrit ce qu'il doit est semblable à celui qui a payé : *Qui tempore liberatus est, similis est ei qui satisfecit*, dit la Loi *si pupillus* 45. D. *de administratione & periculo tutorum*. Les prescriptions ont été introduites pour le bien public, *bono publico*, comme dit la Loi 1. D. *de usurpationibus & usucapionibus*, afin que les procès ne fussent pas éternels, & le domaine des choses dans une perpétuelle incertitude.

II. La prescription ne peut pas être présumée. Il faut qu'on la prouve, & il ne suffit pas qu'il en conste par les actes ; c'est une exception qui doit être proposée par la partie, & le Juge ne peut pas la suppléer. C'est la doctrine de Guy Pape qu. 221. de Pierre Barbosa dans son Commentaire sur le titre du Code *de Præscriptione* 30. *vel* 40. *annorum* n. 2. & 3. *In primis*, dit ce dernier, *illud est prætermittendum, præscriptionem non præsumi, nisi probetur, neque à Judice suppleri potest, etiamsi ex actis de eâ constet, nisi pars de eâ opponat.* Il est bien vrai que le Juge doit suppléer pour le droit ce qui manque à la défense des parties, suivant la Loi unique C. *Ut quæ desunt Advocatis partium Judex suppleat*. Mais cela ne peut s'entendre d'une exception dont la partie peut user ou ne pas user, & qu'il est honnête de ne pas proposer.

III. Suivant la Loi unique C. *de usucapione transformanda*, dont il est fait mention dans le titre des Institutes *de usucapionibus & longi temporis præscriptionibus*, on prescrivait les choses mobilières par une possession de trois ans, & les immeubles par la possession de dix ans entre présens

& de vingt ans entre absens, pourvu que la possession fût fondée sur un titre & la bonne foi. Il y a des Coutumes qui ont admis cette sorte de prescription. Celle de Paris art. 113. est en ces termes : » Si aucun a joui & possédé » héritage ou rente à juste titre & de bonne foi, tant par » lui que ses prédécesseurs dont il a le droit & cause, fran- » chement & sans inquiétation, par dix ans entre présens » & vingt ans entre absens âgés & non privilégiés, il ac- » quiert prescription dudit héritage ou rente. » Et suivant l'art. 118. de la même Coutume, si le possesseur ne fait apparoir de titre, il ne prescrit que par trente ans.

IV. Nous n'avons point reçu cette usucapion ou prescription de dix ans entre présens & de vingt ans entre absens pour le domaine des choses; & soit que le possesseur soit en bonne foi ou non, il ne prescrit que par trente ans, suivant la Loi *sicut 3. C. de præscriptione 30. vel 40. annorum.* Bugnyon dans ses Loix abrogées liv. 1. fom. 184. observe que l'usucapion est hors du commun usage : *Mobilia, dit-il, non præscribuntur, etiam si per anni decursum spatium, longiusvè possessa fuerint, adque eorum præscriptionem tantum temporis opus est, quantum ad præscribenda immobilia sufficiat, quod fit post triginta annorum decursum spatium.*

V. La prescription de dix ans entre présens & de vingt ans entre absens, a lieu pour l'action hypothécaire & pour les servitudes continues. Il y a des prescriptions de trente ans, de quarante ans, de vingt ans, de dix ans, & d'un moindre espace de tems. Il y en a de cent ans & d'un tems immémorial. On peut voir pour ces différentes prescriptions & les questions qui se présentent sur cette matière, ce que j'ai écrit dans mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. & tom. 2. au traité des Prescriptions.



TITRE VI.

Des Donations.

I. Il y a deux fortes de donations : la donation à cause de mort & la donation entre vifs, *princ. Inst. de donationibus.*

II. La donation à cause de mort, est celle qui ne doit avoir d'effet que par la mort du donateur. C'est un acte de dernière volonté, qui peut être révoqué, qui est sans effet par le prédécès du donataire. Les donations à cause de mort sont comparées aux legs. Il y faut cinq témoins comme aux codiciles, §. 1. *Inst. de donationibus, L. 4. C. de donationibus causâ mortis.* Conformément à ces principes, il est ordonné par l'art. 3. de l'Ordonnance de 1731, concernant les donations, que » toutes donations à cause de mort, à » l'exception de celles qui se feront par contrat de mariage, » ne pourront d'ors en avant avoir aucun effet dans les » Pays mêmes où elles sont expressement autorisées par les » Loix ou par les Coutumes, que lorsqu'elles auront été » faites dans la même forme que les testamens ou les » codiciles; enforte qu'il n'y ait à l'avenir que deux » formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont l'une » sera celle des donations entre vifs, & l'autre celle des » testamens ou des codiciles. » Et il est dit par l'art. 14. de l'Ordonnance de 1735 concernant les testamens : » la » forme qui a eu lieu jusqu'à présent à l'égard des codi- » ciles, continuera d'être observée, & il suffira qu'ils » soient faits en présence de cinq témoins, y compris le » Notaire ou Tabellion. N'entendons pareillement déroger » aux Statuts ou Coutumes, qui exigent un moindre » nombre de témoins pour les codiciles.

III. La donation entre-vifs au contraire a son effet dès l'instant qu'elle est parfaite, & ne peut point être révoquée, §. 2. *Inst. de donationibus.*

IV. Les donations entre vifs sont sujettes à des formes, sans lesquelles elles ne peuvent être valables. L'Ordonnance

du mois de février 1731, a fixé la Jurisprudence sur la nature, la forme & les charges, ou les conditions des donations. Il est porté par l'art. 1. que tous actes portant donation entre vifs, seront passés pardevant Notaires, & il en restera minute, à peine de nullité. Mais les donations faites entre maris & femmes & celles qui sont faites par le pere de famille, aux enfans qu'il a en sa puissance, dans des articles de mariage d'écriture privée, sont exceptées de cette disposition suivant l'art. 46. On excepte encore les donations entre vifs de choses mobilières ou d'une somme d'argent dont il y a tradition réelle. Elles sont parfaites par la seule tradition, sans écriture ni aucune formalité, Louet & Brodeau lett. D. som. 24. Ricard des Donations part. 1. chap. 4. sect. 1. n. 890. Boniface tom. 1. liv. 7. tit. 2. chap. 2. Ordonnance des Donations de 1731 art. 22. On peut voir dans la même Ordonnance ce qui est ordonné pour l'acceptation & pour l'insinuation des donations.

V. L'art. II de cette Ordonnance, après avoir dit que les donations entre vifs seront faites en la forme ordinaire des contrats & actes passés pardevant Notaires, ajoute qu'on y observera les mêmes formalités qui y ont eu lieu jusqu'alors, suivant les différentes Loix, Coutumes & Usages des Pays soumis à la domination de Sa Majesté. Cette disposition regarde spécialement la Provence, où nous avons un Statut particulier, suivant lequel les donations entre vifs d'immeubles ou de droits incorporels, doivent être faites en présence & sous l'autorisation du Juge ordinaire du lieu où elles sont faites, & de l'un des Consuls ou Syndics du même lieu. C'est une Loi qui a été sagement introduite pour prévenir les surprises & garantir les personnes foibles des pièges qu'on peut leur tendre. Le Juge interroge le donateur & lui fait connoître la force de l'engagement qu'il va contracter; & c'est après avoir reconnu qu'il n'y a point de fraude, qu'il autorise le donateur à faire la donation. Une donation seroit nulle, si cette forme n'y étoit point observée.

VI. Les donations faites en contrat de mariage sont exceptées de cette disposition. On peut voir la résolution des questions auxquelles ce Statut a donné lieu & de plusieurs

autres questions concernant les donations dans mon Commentaire des Statuts de Provence au tom. 1. sur l'Edit du Roi René touchant les donations.

VII. Nous avons dit que la donation entre vifs est irrévocable dès qu'elle est parfaite. Il y a néanmoins deux moyens par lesquels elle est révoquée : la naissance ou survenance des enfans du donateur & l'ingratitude du donataire.

VIII. Si une personne a fait une donation n'ayant point d'enfans, la donation est révoquée par la naissance ou survenance d'un enfant. De telles donations sont toujours conditionnelles. La condition, si le donataire n'a point d'enfans y est sous-entendue. C'est la décision de la Loi *Si unquam* 8. C. de *revocandis donationibus*. Cette Loi est dans le cas de la donation faite par le Patron à ses affranchis, & semble d'abord faite pour ce cas particulier ; mais la raison en est générale, parce qu'elle s'applique à tous les donateurs, n'étant pas vraisemblable que celui qui n'ayant point d'enfans, fait une donation, l'eût faite, s'il avoit eu la pensée d'avoir des enfans, comme l'a remarqué Godefroi sur la même Loi, *quia in omnibus ratio hujus legis valet, posita in pietatis conjecturâ, quia nemo verisimiliter extraneo donat in perpetuum, qui de liberis suscipiendis cogitat*. Cette décision a été généralement reçue, & elle a été adoptée par l'art. 39. de l'Ordonnance des donations du mois de février 1731, en ces termes : » Toutes donations entre vifs faites par personnes » qui n'avoient point d'enfans ou descendans actuellement » vivans dans le tems de la donation, de quelque valeur » que lesdites donations puissent être & à quelque titre » qu'elles aient été faites, & encore qu'elles fussent mu- » tuelles ou rémunératoires, même celles qui auroient été » faites en faveur de mariage, par autres que par les con- » joints ou les ascendans, demeureront révoquées de plein » droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, » même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant » naturel par mariage subséquent, & non par aucune autre » sorte de légitimation. » La légitimation par le mariage subséquent égale la condition des enfans ainsi légitimés, à celle

celle des enfans nés légitimes, comme je l'ai remarqué ci-dessus liv. 1. tit. 6. de la légitimation n. 4. & 5.

IX. La renonciation pure & gratuite à un droit bien établi, est considérée comme une vraie donation, qui est révoquée par la survenance d'enfans : *Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur*, dit la Loi 29. *D. de donationibus*. C'est le sentiment de Tiraqueau dans son Commentaire sur la Loi *Si unquam verb. donatione largitus* n. 173. *Nam* (dit-il) *remissio, sive liberatio, sive etiam renunciatio gratis facta, vim prorsus donationis obtinet*. M. de Catellan liv. 5. chap. 8. rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse qui le jugea ainsi. Ce n'est pas par le nom qu'on juge de la nature & de la qualité des actes, mais par leur substance & leurs effets. Et l'Ordonnance de 1731 art. 39. s'en explique assez précisément, en ordonnant que les donations seront révoquées à quelque titre qu'elles aient été faites. Le Parlement d'Aix l'a jugé ainsi au sujet de la renonciation à un fidéicommis par Arrêt du 17 avril 1765, au rapport de M. de Fortis, en faveur de Catherine Martin, épouse, ayant le libre exercice de ses actions, de Pierre Ferrier, Marchand Droguiste de la ville d'Arles, pour laquelle j'écrivois, contre Claire Martin, épouse de Gaspar Quenin. Les parties avoient donné à l'acte le nom de transaction, mais la renonciation au fidéicommis étoit toute gratuite. Rien n'avoit été donné, ni promis, ni retenu pour cette renonciation. Catherine Martin n'avoit été amenée dans l'acte passé entre d'autres parties, que pour renoncer au fidéicommis. Il ne pouvoit par conséquent y avoir de transaction à cet égard, suivant la Loi 38. *C. de transactionibus* : *Transactio nullo, dato, vel retento, seu promisso minimè procedit*. Sur ce fondement, par l'Arrêt que je rapporte, le fidéicommis fut ouvert en faveur de Catherine Martin, qui s'étoit mariée depuis sa renonciation, & avoit eu des enfans. Voyez dans l'Ordonnance de 1731 art. 40. & suiv. la résolution des diverses questions concernant la révocation des donations par la survenance d'enfans du donateur.

X. Un autre moyen par lequel une donation entre vifs

A a

est révoquée, est celui de l'ingratitude du donataire §. 2. *Inst. de donationibus*. Cette révocation ne se fait pas de plein droit, comme celle de la survenance des enfans du donateur. Les héritiers du donateur ne peuvent point en intenter l'action, s'il ne l'a pas lui-même intentée pendant sa vie, & le donateur lui-même n'est pas recevable à l'intenter contre les héritiers du donataire, s'il ne l'a pas intentée du vivant du donataire, suivant la Loi 1. la Loi 7. & la Loi dernière C. *de revocandis donationibus*, & la Doctrine de Ricard dans son Traité des Donations part. 3. chap. 6. sect. 3. n. 704. & suiv.

XI. Les causes d'ingratitude pour lesquelles la donation peut être révoquée, sont marquées dans la Loi dernière C. *de revocandis donationibus*. Premièrement si le donataire a fait une injure atroce au donateur. 2°. S'il l'a frappé & battu. 3°. S'il lui a causé, de dessein prémédité, la perte de ses biens ou d'une partie. 4°. S'il a attenté en quelque sorte que ce soit à sa vie. 5°. S'il a refusé de remplir les conventions auxquelles il étoit obligé envers le donateur.

XII. Ricard dans son traité des Donations part. 3. chap. 6. sect. 2. n. 689, observe que quoique les causes d'ingratitude soient réduites à cinq par cette Loi, elles s'étendent bien loin & peuvent avoir sous elles quantité d'especes, & il ajoute n. 690. qu'à l'égard des donations faites par des ascendans, les causes pour lesquelles un enfant ou un descendant peut être exhérédé, sont des causes légitimes de révocation des donations. Si la fille mineure de 25 ans & le fils qui n'a pas 30 ans se marient sans le consentement de leur pere ou de leur mere, ou s'ils se marient, la fille ayant atteint l'âge de 25 ans accomplis & le fils celui de 30 ans aussi accomplis, sans avoir requis ce consentement, ils peuvent être exhérédés par leurs pere & mere, suivant l'Edit de Henri II. du mois de février 1556 & la Déclaration de Louis XIII. du 26 novembre 1639. Et par la même raison les donations que les peres & meres avoient faites à leurs enfans, peuvent être révoquées. L'Edit du mois de février 1556 s'en explique expressément en ces termes :

» Puissent aussi lesdits peres & meres', pour les causes que
 » dessus, révoquer toutes & chacunes les donations & avan-
 » tages qu'ils auroient fait à leurs enfans.

XIII. La donation révoquée par la survenance d'enfans, revient au donateur franche d'aliénations, engagements & hypotheques : *Totum quidquid largitus fuerat, revertitur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum*, dit la Loi *si unquam C. de revocandis donationibus*. C'est l'avis de Ricard dans son Traité des Donations part. 3. chap. 6. sect. 7. n. 651. » Personne (dit-il) de ceux qui ont pénétré dans l'esprit de cette Loi, ne révoque en doute que le donateur n'ait droit d'aller chercher jusques entre les mains des tiers détenteurs, les choses qui étoient comprises dans la donation; auxquels il ne reste autre espérance que de recouvrer contre leur vendeur le prix de leurs acquisitions, comme aussi que les hypotheques & toutes les autres charges qui peuvent avoir été imposées par le donataire, s'évanouissent avec la révocation du donateur; dont la raison est que la révocation étant en vertu d'une condition du contrat même de donation, le donataire n'a pu rien faire qui portât préjudice à cette convention ». L'Ordonnance de 1731, porte que la donation est révoquée de plein droit. Il en est autrement de la donation révoquée pour cause d'ingratitude. Les aliénations faites & les hypotheques contractées avant la demande en révocation de la donation, subsistent suivant la Loi *his solis 7. C. de revocandis donationibus*. Mais le donataire est obligé de racheter les hypotheques, & s'il a vendu le bien, d'en payer le prix au donateur, du Moulin sur la Coutume de Paris §. 33. glos. 1. *in verb.* droit de relief n. 57. Duperier tom. 2. décis. liv. 1. n. 239.

XIV. Outre les deux cas de la révocation des donations par la survenance d'enfans & pour cause d'ingratitude, il y a un autre moyen par lequel les biens donnés peuvent retourner au donateur. C'est le droit de retour, lorsque le donataire meurt sans enfans, ou ses enfans sans enfans du vivant du donateur. Le retour a lieu indubitablement lorsqu'il a été stipulé dans l'acte de donation, & dans les termes

A a ij

qu'il a été stipulé. Mais lorsqu'il n'y a point de stipulation, nous n'admettons dans cette Province le retour des donations qu'en faveur des ascendants, lorsque les donataires meurent sans enfans ou leurs enfans sans enfans. La matiere du retour des dots & des donations donne lieu à beaucoup de questions. On peut voir ce que j'ai écrit sur ce sujet dans mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. tit. du Droit de retour des Dots & des Donations.



TITRE VII.

Des Testamens & des formes qui y sont requises.

I. La Loi 1. *D. qui testamenta facere possunt*, nous donne la définition du testament, en ces termes: *Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit.* Ces mots *justa sententia* marquent que le testament doit être fait suivant les regles prescrites par le Droit. Les testamens reçoivent la forme des Loix civiles, & ne peuvent être valables, si les formes qui y sont requises n'ont pas été observées.

II. Il y a diverses sortes de testamens dont les formes sont différentes: le testament mystique ou solemnel, le testament nuncupatif. Il y a des testamens privilégiés qui exigent moins de formalités, comme le testament entre enfans & descendans, le testament militaire, le testament fait en tems de peste.

III. Le testament mystique ou solemnel, est celui qui est fait par écrit & avec les solemnités prescrites par le Droit. La Loi *hæc consultissimâ 21. C. de testamentis*, marque les formes qui y devoient être observées. La Loi *jubemus 29. du même titre*, vouloit que si le testateur pouvoit écrire, le nom de l'héritier fût écrit de sa main; mais cela fut corrigé par la Nouvelle 119. chap. 9. d'où a été tirée l'Authentique & *non observato eo C. de testamentis*, suivant laquelle le testament est valable, soit que le nom de l'héritier soit écrit de la main du testateur ou d'une autre main: *Testamentis subvenitur sive per se, sive per alium quis inscribat nomen hæredis.* L'Ordonnance des testamens de 1735, a conservé la plus grande partie des solemnités prescrites par la Loi *hæc consultissimâ*. Elle a rejeté celles qui ont paru inutiles, comme l'apposition des sceaux des témoins, & a donné une meilleure forme à cette sorte de testament. L'art. 9 est en ces termes: » Lorsque le testateur voudra faire un testament » mystique ou secret, il sera tenu de signer ses disposi-

» tions , foit qu'il les ait écrites lui-même ou qu'il les ait
 » fait écrire par un autre. Et fera le papier qui contiendra
 » lefdites dispositions, ensemble le papier qui servira d'en-
 » veloppe, s'il y en a une, clos & scellé avec les précautions
 » en tel cas requises & accoutumées. Le testateur présentera
 » ledit papier, ainsi clos & scellé, à sept témoins au moins,
 » compris le Notaire ou Tabellion, où il le fera clorre &
 » sceller en leur présence; & il déclarera que le contenu
 » audit papier, est son testament écrit & signé de lui, ou
 » écrit par un autre & signé de lui. Ledit Notaire ou Ta-
 » bellion en dressera l'acte de suscription, qui sera écrit
 » sur ledit papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe;
 » & fera ledit acte signé, tant par le testateur que par le
 » Notaire ou Tabellion, ensemble par les autres témoins,
 » sans qu'il soit nécessaire d'y apposer le sceau de chacun desd.
 » témoins. Tout ce que dessus fera fait de suite & sans divertir
 » à autres actes; & en cas que le testateur, par un em-
 » pêchement survenu depuis la signature du testament, ne
 » puisse signer l'acte de suscription, il sera fait mention de
 » la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin
 » en ce cas d'augmenter le nombre des témoins ». Il est
 » ajouté dans l'art. 10. que » si le testateur ne sçait signer ou
 » s'il n'a pu le faire lorsqu'il a fait écrire ses dispositions,
 » il sera appelé à l'acte de suscription, un témoin outre
 » le nombre porté par l'article précédent, lequel signera
 » ledit acte avec les autres témoins, & il sera fait mention
 » de la cause pour laquelle ledit témoin aura été appelé.

IV. Le testament nuncupatif est celui que le testateur fait en présence de sept témoins, devant lesquels il déclare ses dernières volontés, *septem testibus adhibitis & suâ voluntate coram eis nuncupatâ*, §. 14. *Inst. de testamentis ordinandis*, L. *hâc consultissimâ* 21. §. *per nuncupationem* 2. L. *in testamentis* 26. C. *de testamentis*.

V. Ce testament se faisoit sans écrit, & consistoit dans la foi des témoins, qui en étoient les dépositaires; mais il étoit sujet à bien des inconvéniens, soit parce que la preuve étoit mal assurée, soit parce que les témoins ou quelques uns d'entr'eux pouvoient mourir avant le testateur. Pour obvier à ces inconvéniens, les Notaires furent appelés pour

rédigé par écrit les dispositions prononcées par le testateur en présence des témoins. C'est la remarque de Vinnius sur le §. 14. *Inst. de testamentis ordinandis n. 3. Huic incommodo*, dit-il, *postea occursum est adhibito tabulario, qui voluntatem coram testibus nuncupatam acciperet, ac rem gestam scripturae suae auctoritate confirmaret.* Mantica a fait la même observation dans son *Traité de conjecturis ultimarum voluntatum* liv. 1. tit. 6. n. 6. L'usage des testamens nuncupatifs écrits est fort ancien en Provence. Le testament de Raymond Berenger, Comte de Provence, du 20 juin 1238, celui du Roi René du 22 juillet 1474, celui de Charles III, dernier Comte de Provence, de la Maison d'Anjou, du 10 décembre 1481, par lequel il institua ses héritiers le Roi, le Dauphin & leurs successeurs en la Couronne de France, tous ces testamens furent des testamens nuncupatifs écrits.

VI. Après l'Ordonnance de Moulins de 1566 dont l'art. 54. rejette la preuve par témoins de toutes choses excédant la somme & valeur de cent livres, il ne dut plus être permis de tester par des testamens nuncupatifs non écrits; & c'est ainsi qu'on l'observa en Provence, comme l'a remarqué Duperier dans ses *Maximes de Droit*, tit. du Testament nuncupatif. Cependant le Parlement de Toulouse & celui de Grenoble avoient conservé l'usage des testamens nuncupatifs non écrits, conformément aux Loix Romaines, comme l'attestent Maynard liv. 5. chap. 4. Expilly chap. 171. Catellan liv. 2. chap. 4. & 5. Barry *de successione* liv. 1. tit. 1. n. 6. Mais aujourd'hui la Loi est uniforme dans tout le Royaume. Il ne peut y avoir des testamens ni des dispositions à cause de mort que par écrit, suivant l'art. 1. de l'Ordonnance des Testamens de 1735 en ces termes: » Toutes dispositions testamentaires ou à cause » de mort, de quelque nature qu'elles soient, seront faites » par écrit. Déclarons nulles toutes celles qui ne seroient » faites que verbalement, & défendons d'en admettre la » preuve par témoins, même sous prétexte de la modicité » de la somme dont il auroit été disposé ». Il est dit dans l'art. 2. : » déclarons pareillement nulles toutes dispositions » qui ne seroient faites que par signes, encore qu'elles

» eussent été rédigées par écrit sur le fondement desdits
 » signes. » Et l'art. 3. ajoute : » Voulons aussi que les
 » dispositions qui seroient faites par lettres missives, soient
 » regardées comme nulles & de nul effet.

VII. La forme des testamens nuncupatifs a été réglée par l'article 5. de la même Ordonnance, en ces termes :
 » Lorsque le testateur voudra faire un testament nuncu-
 » patif écrit, il en prononcera intelligiblement toutes les
 » dispositions en présence au moins de sept témoins, y
 » compris le Notaire ou Tabellion, lequel écrira lesdites
 » dispositions, à mesure qu'elles seront prononcées par le
 » testateur; après quoi sera fait lecture du testament entier
 » audit testateur, de laquelle lecture il sera fait mention
 » par ledit Notaire ou Tabellion; & le testament sera signé
 » par le testateur, ensemble par le Notaire ou Tabellion
 » & par les autres témoins; le tout, de suite & sans divertir
 » à autres actes; & en cas que le testateur déclare qu'il
 » ne sçait ou ne peut signer, il en sera fait mention.

VIII. Les testamens entre enfans & descendans exigent moins de formalités. Ces sortes de dispositions sont moins des libéralités qu'un partage entre enfans, considérés comme maîtres des biens paternels suivant la Loi *in suis 11. D. de liberis & posthumis*. Le testament imparfait étoit valable entre enfans suivant la Loi *Hac consultissimâ 21. §. ex imperfecto C. de testamentis*. Et par la Nouvelle 107. chap. 1. le testament entre enfans, écrit, datté & signé de la main du testateur ou de la testatrice, est valable sans témoins ni aucune autre formalité. C'est ainsi que nous l'observons, comme l'a remarqué Duperier dans ses Maximes tit. des testamens privilégiés. L'Ordonnance des Testamens de 1735 s'est conformée à ces principes. Il est ordonné en l'art. 15. que » le nombre des témoins requis par les articles 5. 7.
 » 9. & 10. ne sera point nécessaire pour la validité des
 » testamens, codiciles ou autres actes de dernière volonté
 » faits entre enfans & descendans dans les Pays qui sont
 » régis par le Droit écrit; & il suffira que lesdits testa-
 » mens, codiciles ou autres actes soient faits en présence
 » de deux Notaires ou Tabellions, ou d'un Notaire & de
 » deux

» deux témoins. » Et l'article 16. maintient la forme des testamens olographes entre enfans, en ces termes : » Vous lons pareillement que les testamens, codiciles ou autres dispositions à cause de mort, qui seront entièrement écrits, dattés & signés de la main du testateur ou de la testatrice, soient valables dans lesdits Pays de Droit écrit entre les enfans & descendans. Déclarons nuls tous ceux qui ne seroient pas revêtus au moins d'une des formes portées par le présent article & par le précédent.

IX. Mais ce privilege n'est que pour les enfans & descendans ; & les dispositions qui sont faites dans de pareils testamens en faveur d'autres personnes que les enfans & descendans, sont nulles & de nul effet, suivant le §. *ex imperfecto* de la Loi *hâc consultissimâ*, & la Nouvelle 107. chap. 1. C'est la disposition de l'Ordonnance de 1735 art. 18. en ces termes : » Les dispositions qui seront faites au profit d'autres que les enfans & descendans dans les testamens & autres actes mentionnés aux articles XV. XVI. & XVII. seront regardées comme de nul effet, & ne seront exécutées que celles qui concernent lesdits enfans ou descendans.

X. Le testament militaire est encore un testament privilégié ; c'est le testament de ceux qui sont actuellement en expédition militaire. Suivant les Loix Romaines, de quelque maniere que le soldat eût déclaré sa dernière volonté, la preuve en étant rapportée, son testament étoit valable, *princ. & §. 1. Inst. de militari testamento*. Si le soldat avoit écrit de son sang sur son fourreau, ou sur son bouclier sa dernière volonté, ou s'il l'avoit écrite sur la poussiere avec la pointe de son épée, dans le combat où il avoit perdu la vie, cette volonté étoit exécutée *L. Milites 15. C. de testamento militis*. Mais le soldat devoit tester, selon le Droit commun, lorsqu'il n'étoit point en expédition militaire §. 3. *Inst. de militari testamento*.

XI. L'Ordonnance de 1735 a prescrit les formes dans lesquelles on peut faire un testament militaire. L'art. 27 est en ces termes : » Les testamens, codiciles & autres dispositions à cause de mort de ceux qui servent dans nos

» Armées, en quelque Pays que ce soit, pourront être
 » faits en présence de deux Notaires ou Tabellions, ou
 » d'un Notaire & Tabellion & de deux témoins, ou en
 » présence de deux des Officiers ci-après nommés, sçavoir,
 » les Majors & les Officiers d'un rang supérieur, les Pré-
 » vôts des camps & Armées, leurs Lieutenans ou Gref-
 » fiers & les Commissaires des Guerres, ou de l'un desdits
 » Officiers avec deux témoins; & en cas que le testateur
 » soit malade ou blessé, il pourra aussi faire ses dernières
 » dispositions en présence d'un des Aumôniers de nos Trou-
 » pes ou des Hôpitaux, avec deux témoins, & ce encore
 » que lesdits Aumôniers fussent réguliers. » Il est ajouté
 dans l'art. 28 : » Le testateur signera les testamens, codi-
 » ciles ou autres dernières dispositions mentionnées dans
 » l'article précédent, s'il sçait ou peut signer; & en cas
 » qu'il déclare ne sçavoir ou ne pouvoir le faire, il en
 » fera fait mention. Seront lesdits actes pareillement signés
 » par celui ou ceux qui les recevront, ensemble par les
 » témoins, sans néanmoins qu'il soit nécessaire d'appeler
 » des témoins qui sçachent ou puissent signer, si ce n'est
 » lorsque le testateur ne sçaura ou ne pourra le faire; &
 » à la réserve de ce cas, lorsque le témoin ou l'un d'eux
 » déclareront qu'ils ne sçavent ou ne peuvent signer, il
 » suffira d'en faire mention.

XII. Ceux qui servent dans les armées peuvent encore
 tester par un testament olographe écrit, datté & signé de
 leur main, sans témoins ni aucune autre formalité. C'est
 la disposition de l'art. 29. de la même Ordonnance, en ces
 termes : » Seront aussi valables les testamens, codiciles
 » & autres dispositions à cause de mort, de ceux qui ser-
 » vent dans nos armées, en quelque Pays que ce soit, lors-
 » qu'ils seront entièrement écrits, dattés & signés de la
 » main de celui qui les aura faits. Déclarons nuls tous
 » ceux qui ne seroient pas revêtus au moins d'une des for-
 » mes portées aux deux articles précédens & au présent
 » article.

XIII. Il est porté par l'art. 30. que » la disposition des
 » art. 27. 28. & 29. n'aura lieu qu'en faveur de ceux qui

» feront actuellement en expédition militaire, ou qui feront
» en quartier ou en garnison hors le Royaume, ou pri-
» sonniers chez les Ennemis, sans que ceux qui seront
» en quartier ou en garnison dans le Royaume, puissent
» profiter de la disposition desdits articles, si ce n'est qu'ils
» fussent dans une Place assiégée, ou dans une Citadelle, ou
» autre lieu dont les portes fussent fermées & la commu-
» nication interrompue à cause de la guerre.

XIV. Il est dit dans l'art. 31. de la même Ordonnance :
» Ceux qui n'étant, ni Officiers, ni engagés dans nos Trou-
» pes, se trouveront à la suite de nos Armées ou chez les
» Ennemis, soit à cause de leurs emplois ou fonctions,
» soit pour le service qu'ils rendent à nos Officiers, soit à
» l'occasion de la fourniture des vivres & munitions de nos
» Troupes, pourront faire leurs dernières dispositions dans
» la forme portée par les art. 27. 28. & 29. & dans les
» cas marqués par l'art. 30 ». Et il est porté par l'art. 32.
que » les testamens, codiciles & autres dispositions à cause
» de mort, mentionnés dans l'article précédent, demeu-
» reront nuls six mois après que celui qui les aura faits,
» sera revenu dans un lieu où il puisse avoir la liberté de
» tester en la forme ordinaire, si ce n'est qu'ils fussent faits
» dans les formes qui sont requises de Droit commun
» dans le lieu où ils auront été faits ». Cette nullité n'a
pas lieu pour les testamens des Officiers & de ceux qui sont
engagés dans les Troupes, puisque l'Ordonnance n'en dit
rien. Il faut donc suivre, à leur égard, le Droit commun,
suivant lequel le testament militaire du Soldat, n'est annullé
qu'après l'année, à compter du jour qu'il avoit obtenu son
congé, §. 3. *Inst. de militari testamento.*

XV. Les testamens faits en tems de peste, sont encore
privilegiés. La Loi *casus majoris* 8. *C. de testamentis*, dis-
pensoit les témoins de se trouver tous ensemble, & n'en
diminuoit pas le nombre. Les sentimens étoient partagés sur
le nombre des témoins : les uns prétendoient qu'il y falloit
sept témoins suivant la Loi *casus majoris*, d'autres qu'il en
falloit seulement cinq, d'autres que deux devoient suffire.
On jugeoit au Parlement de Provence, conformément à

l'Arrêt rapporté par M. de St. Jean décif. 19. qu'il falloit au moins cinq témoins, & les testamens pouvoient être reçus par les Curés, comme l'a remarqué Duperier dans ses *Maximes tit. des testamens privilégiés*; & c'est ainsi qu'on le pratiqua pour les testamens faits dans les Villes & les lieux de la Province, qui furent affligés de la peste en l'année 1720. Il y avoit eu un premier Arrêt du 23 avril 1722, qui avoit confirmé un testament fait avec trois témoins. Cet Arrêt est rapporté dans le tom. 2. des Discours de M. l'Avocat Général de Gueidan pag. 156. Mais par un autre Arrêt du 19 octobre de la même année, la Cour cassa un testament où il n'y avoit que trois témoins. Et ce dernier Arrêt fit la regle qui fut suivie.

XVI. Mais l'Ordonnance de 1735, a fixé les formes sous lesquelles on peut tester dans ces tems malheureux, où les hommes fuyent les hommes, & où il est si difficile d'assembler des témoins. L'art. 33. est en ces termes: » En tems » de peste, les testamens, codiciles & autres dispositions » à cause de mort, pourront être faits en quelque Pays » que ce soit, en présence de deux Notaires ou Tabellions, » ou de deux Officiers de Justice royale, seigneuriale ou » municipale, jusqu'aux Greffiers inclusivement, ou par » devant un Notaire ou Tabellion avec deux témoins, ou » pardevant un des Officiers ci-dessus nommés, aussi avec » deux témoins, ou en présence du Curé, ou Desservant, » du Vicaire, ou autre Prêtre chargé d'administrer les Sacramens aux malades, quand même il seroit régulier, & » de deux témoins ». Et il est ajouté dans l'art. 34. que » ce qui a été réglé par l'art. 28. pour les testamens militaires sur la signature, tant du testateur que de celui ou » ceux qui recevront le testament, & des témoins, sera » aussi observé par rapport aux testamens, codiciles ou » autres dispositions faites en tems de peste.

XVII. La même Ordonnance admet aussi par tout le Royaume, en tems de peste, la forme des testamens olographes écrits, dattés & signés de la main du testateur. L'art. 35. est en ces termes: » Seront en outre valables en tems » de peste, en quelque Pays que ce soit, les testamens,

» codiciles & autres dispositions à cause de mort, qui
» seront entièrement écrits, dattés & signés de la main de
» celui qui les aura faits. Déclarons nuls tous ceux qui ne
» seroient pas revêtus au moins d'une des formes portées
» aux deux articles précédens & au présent article ». L'art.
36. ordonne que » la disposition des art. 33. 34. & 35.
» aura lieu, tant à l'égard de ceux qui seroient attaqués de
» la peste, que pour ceux qui seroient dans les lieux atta-
» qués de ladite maladie, encore qu'ils ne fussent pas ac-
» tuellement malades.

XVIII. Et il est dit dans l'art. 37. que » les testamens,
» codiciles & autres dispositions à cause de mort, men-
» tionnés dans les quatre articles précédens, demeureront
» nuls six mois après que le Commerce aura été rétabli
» dans le lieu où le testateur se trouvera, ou qu'il aura
» passé dans un lieu où le Commerce n'est point interdit,
» si ce n'est qu'on eût observé dans lesdits actes les formes
» requises de Droit commun dans le lieu où ils auront
» été faits.

XIX. Dans les Pays Coutumiers les testamens ologra-
phes écrits, dattés & signés de la main du testateur, sans
Notaire, ni témoins, ni aucune autre formalité, ont lieu
généralement, soit que le testateur dispose en faveur de ses
ensans ou de ses proches, ou de personnes étrangères. On
y a considéré cette forme de disposer à cause de mort,
comme le témoignage le moins suspect & le plus sûr de la
volonté des testateurs. Il est dit dans l'art. 19. de l'Ordon-
nance de 1735. » L'usage des testamens, codiciles & au-
» tres dernières dispositions olographes, continuera d'avoir
» lieu dans les Pays & dans les cas où ils ont été admis
» jusqu'à présent ». Et l'art. 20. ordonne que » les testamens,
» codiciles & dispositions mentionnées dans l'article précé-
» dent, seront entièrement écrits, dattés & signés de la main
» de celui ou celle qui les aura faits ». Cette forme de
tester n'est point reçue dans les Pays de Droit écrit, si ce
n'est dans les cas dont on a fait mention ci-dessus des tes-
tamens entre ensans, des testamens militaires, & des testa-
mens faits en tems de peste

XX. Dans les Pays Coutumiers les Curés sont autorisés à recevoir les testamens de leurs Paroissiens en présence de témoins. On le voit par l'art. 289. de la Coutume de Paris. On s'y est conformé à la disposition du chap. *cum esset 20. extra de testamentis*. Cet usage a été confirmé par l'Ordonnance de 1735 art. 25. en ces termes : » Les Curés séculiers ou » réguliers pourront recevoir des testamens ou autres dispositions à cause de mort, dans l'étendue de leurs Paroisses, & ce seulement dans les lieux où les Coutumes ou Statuts les y autorisent expressément, & en y appelant avec eux deux témoins : ce qui sera pareillement permis aux Prêtres séculiers préposés par l'Evêque à la desserte des Cures, pendant qu'ils les desserviront, sans que les Vicaires ni aucunes autres personnes ecclésiastiques puissent recevoir des testamens ou autres dernières dispositions. N'entendons rien innover aux Réglemens & Usages observés dans quelques Hôpitaux, par rapport à ceux qui peuvent y recevoir des testamens ou autres dispositions à cause de mort ». Cela n'a pas lieu par conséquent dans cette Province & les autres lieux, où il n'y a point de Coutumes ou Statuts qui autorisent les Curés à recevoir les testamens, si ce n'est pour les testamens faits en tems de peste, suivant l'art. 33.

XXI. Avant l'Ordonnance de 1735, il n'y avoit point de Loi bien précise qui prononçât la nullité des testamens, sur le fondement qu'il n'y eût point la datte du jour, du mois & de l'année. Seulement la Nouvelle 47. de l'Empereur Justinien, en obligeant les personnes publiques d'intituler les actes du nom de l'Empereur, portoit qu'on y inséreroit le jour & l'année auxquels ces actes étoient passés. Et l'expression de la datte du jour & de l'année fut ordonnée pour les testamens olographes par la Nouvelle 117. chap. 1. Jacques Godefroy dans son sçavant Commentaire du Code Théodosien sur la Loi 6. du titre *de testamentis & codicillis* tom. 1. pag. 345. observe qu'il n'y a aucun texte dans le Digeste & dans le Code de Justinien qui rende nécessaire l'expression de la datte dans les testamens : *Nulla in Digestis aut Codice Justiniano Lex occurrit quæ necessitatem hanc in-*

jungat, vel inter solemnia testamenti temporis adscriptionem referat, ut apparet ex L. hâc consultissimâ 21. & L. Jubemus 29. C. de testamentis. Il ajoute que du tems de l'Empereur Gordien on avoit maintenu des testamens faits sans datte du jour & de l'année : *Imò testamenta aliquando sine die & Consule rata fuisse Gordiani temporibus edocet singulare admodum Modestini fragmentum.* Ricard dans son *Traité des Donations* part. 1. chap. 5. sect. 7. n. 1536 & suiv. rapporte les raisons respectivement alléguées & les différens Arrêts rendus sur cette question. Il estime toutefois que la datte est nécessaire dans les testamens. L'Ordonnance de 1735 a levé tous les doutes. Elle ordonne en l'article 38. que » tous testamens, » codiciles, actes de partage entre enfans & descendans, » ou autres dispositions à cause de mort, en quelque Pays » & en quelque forme qu'ils soient faits, contiendront la » datte des jour, mois & an, & ce encore qu'ils fussent » olographes : ce qui sera pareillement observé dans le cas » du testament mystique, tant pour la datte de la disposi- » tion que pour celle de la suscription.

XXII. Toutes personnes ne peuvent pas être témoins dans un testament. Les femmes dont le témoignage est reçu aux procédures civiles & criminelles, suivant la Loi *ex eo 18. D. de testibus*, ne peuvent pas être témoins dans un testament §. 6. *Inst. de testamentis ordinandis*, *L. qui testamento 20. §. mulier 6. D. qui testamenta facere possunt.* Cette Jurisprudence a pris sa source dans l'ancien Droit Romain, suivant lequel les testamens se faisoient dans les assemblées du Peuple, *calatis comitiis*, assemblées où il n'étoit pas permis aux femmes de se trouver; & quoique cette forme de tester n'eût plus eu lieu, le témoignage des femmes fut toujours rejetté des testamens. Les Coutumes se sont conformées au Droit Romain sur ce point. La Coutume de Paris art. 289. porte que les testamens seront passés pardevant des témoins mâles; & l'Ordonnance de 1735 art. 40. ordonne que les témoins seront mâles dans tous les actes à cause de mort, où la présence des témoins est nécessaire.

XXIII. Les impuberes ne peuvent pas être témoins dans les testamens §. 6. *Inst. de testamentis ordinandis.* Celui qui est

pubere, c'est-à-dire, le mâle qui a atteint l'âge de 14 ans accomplis & la fille à l'âge de 12 ans accomplis, peut tester §. 1. *Inst. quibus non est permiffum facere testamentum*. Le mâle qui a 14 ans accomplis peut par conséquent être témoin dans un testament. Dans les Pays dont les Coutumes ont réglé différemment l'âge auquel il est permis de tester, il faut que le témoin soit âgé de vingt ans accomplis. C'est la disposition de l'art. 39. de l'Ordonnance de 1735, en ces termes : » Dans » tous les actes à cause de mort où la présence des témoins » est nécessaire, l'âge desdits témoins demeurera fixé à ce » lui de vingt ans accomplis, à l'exception des Pays de » Droit écrit, où il suffira que lesdits témoins aient l'âge » où il est permis de tester dans lesdits Pays.

XXIV. Les témoins du testament doivent être citoyens Romains, *rogatis testibus septem numero civibus Romanis*, dit la Loi *hâc consultiſſimâ 21. C. de testamentis*. L'Ordonnance de 1735 a établi la même chose dans l'art. 40. Elle veut que les témoins soient regnicoles, à l'exception seulement du testament militaire dans lequel les étrangers non notés d'infamie pourront servir de témoins.

XXV. Les esclaves & ceux qui sont morts civilement ne peuvent être témoins §. 6. *Inst. de testamentis ordinandis*. Le même article 40. de l'Ordonnance de 1735 veut que les témoins soient capables des effets civils.

XXVI. La condition des Religieux, quoique morts au monde & privés des effets civils, est aussi honorable que celle des esclaves étoit vile & abjecte. Il n'y avoit aucune Loi qui rejettât leur témoignage dans les testamens. De là l'on jugeoit dans les Parlemens des Provinces régies par le Droit écrit, que les Religieux pouvoient être témoins dans les testamens : Guy Pape qu. 517. Barry de *ſucceſſionibus* liv. 1. tit. 1. n. 22. Cambolas liv. 5. chap. 37. Catellan liv. 2. chap. 11. Journal des Audiences tom. 2. liv. 2. chap. 35. Arrêt du 31 juillet 1663. Boniface tom. 5. liv. 1. tit. 2. chap. 1. Le Parlement de Paris jugeoit au contraire, même dans les causes du Lyonnais, qui est Pays de Droit écrit, que les Religieux, éloignés par leur état de tout commerce des affaires temporelles, ne pouvoient pas

pas être admis pour témoins dans les testamens, Ricard des Donations part. 1. chap. 5. sect. 8. n. 1597. & suiv. Journal des Audiences tom. 1. liv. 4. chap. 24. Arrêt du 22 mai 1645. Arrêts de Des-Maisons lett. T. fom. 3. pag. 53. L'Ordonnance de 1735 a adopté cette Jurisprudence dans l'art. 41. en ces termes : » Les réguliers, novices ou profez, » de quelque ordre que ce soit, ne pourront être témoins » dans aucuns actes de derniere volonté, sans préjudice » néanmoins de l'exécution des art. 25. 27. & 33. en ce » qui concerne le pouvoir de recevoir des testamens ac- » cordé aux réguliers, en conséquence des qualités men- » tionnées auxdits articles.

XXVII. Pour la condition des témoins & leur capacité, on doit considérer le tems où le testament a été fait, & non celui du décès du testateur; desorte que si après le testament, il leur arrive quelque changement d'état qui les rende incapables, cet événement ne donne point d'atteinte à la validité de la disposition. C'est la décision de la Loi *ad testium* 22. §. 1. *D. qui testamenta facere possunt*, en ces termes : *Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent, non mortis tempore : si igitur tunc cum signarent, tales fuerint ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit.*

XXVIII. Quoiqu'un esclave ne pût être témoin dans un testament, si cependant quelqu'un des témoins avoit passé publiquement pour un homme libre, & qu'on vint dans la suite à découvrir qu'il étoit esclave, le testament ne laissoit pas d'être valable, suivant le §. 7. *Inst. de testamentis ordinandis* & la Loi 1. *C. de testamentis*. Sur ce fondement, Furgole dans son Traité des Testamens tom 1. chap. 3. sect. 1. n. 7. dit que la capacité putative suffit, & quoique quelque témoin ait une incapacité inconnue, comme s'il étoit esclave ou moine, & que néanmoins il fût regardé comme libre ou séculier dans le public, le testament n'en seroit pas moins bon. On dit communément *error communis facit jus*, & l'on cite la Loi *Barbarius Philippus* 3. *D. de officio Prætoris*. C'est l'avis de Julius Clarus §. *testamentum* qu. 55. n. 10. de Ricard dans son Traité des Donations part. 1. ch. 5. sect. 8. n. 1584. & suiv.

XXIX. Le furieux , le muet , le sourd , le prodigue interdit , ne peuvent pas être témoins dans les testamens , §. 6. *Inst. de testamentis ordinandis*. L'Ordonnance de 1735 n'a rien changé à cette disposition. Il est dit dans l'art. 46. » Voulons au surplus que les dispositions du Droit écrit , » & autres Loix , Coutumes ou Statuts , en ce qui concerne » les qualités desdits témoins , soient exécutées en tout ce » qui n'est pas contraire aux six articles précédens.

XXX. On peut prendre plusieurs témoins d'une même famille , un pere & ses enfans qui sont sous sa puissance , deux freres qui sont sous la puissance d'un même pere §. 8. *Inst. de testamentis ordinandis* , Ricard des Donations part. 1. chap. 5. sect. 3. n. 1356. Mais ceux qui sont sous la puissance du testateur , ne peuvent pas être témoins dans son testament. Et pareillement lorsqu'un fils de famille teste de son pécule militaire ou quasi militaire , le pere ni ceux qui sont sous sa puissance , ne peuvent pas être témoins dans ce testament. On ne reçoit point dans ce cas le témoignage domestique , §. 9. *Inst. de testamentis ordinandis*. Ricard au lieu cité.

XXXI. Hors des cas marqués par les Loix , les parens peuvent être témoins dans le testament fait par leurs parens ou en faveur de leurs parens ; & leur témoignage ne peut pas être reproché , comme il le seroit dans une enquête ou une information. M. de St. Jean décif. 37. rapporte des Arrêts qui l'ont ainsi jugé. La raison en est , dit-il , soit pour la faveur des testamens , soit parce que la foi des témoins a été approuvée par le testateur , & parce que le nombre de sept témoins y est plus pour la solemnité de l'acte que pour la nécessité de la preuve : *Cum testamentorum favore , iùm quod sint ab ipso testatore probati testes & eorum fides ; ideò etiam Lex septem desideravit , ut quod in fide deficeret , suppleret numerus*. Par l'Arrêt du Parlement de Paris du mois de juillet 1673 , rapporté dans le Journal du Palais part. 5. pag. 438. & suiv. le testament où le frere de l'héritiere instituée étoit l'un des sept témoins , fut déclaré bon & valable. Voyez Ricard des Donations part. 1. chap. 5. sect. 3. n. 1356.

XXXII. Pourra-t-on dire des Notaires ce qu'on vient d'observer touchant les témoins? Peuvent-ils recevoir les testamens de leurs parens & les testamens contenant des dispositions en faveur de leurs parens? Le Senatusconsulte Libonien défendoit seulement à l'Ecrivain du testament, d'écrire des dispositions en sa faveur ou en faveur de ses enfans qui étoient sous sa puissance. On le voit par le titre du Code *de his qui sibi adscribunt*. Et j'estime qu'un Notaire ne pourroit point écrire des dispositions où il auroit intérêt, comme s'il s'agissoit de dispositions en sa faveur ou en faveur de sa femme ou de ses enfans. Mais hors de ces cas, les Arrêts ont confirmé les testamens reçus par des Notaires, soit de leurs parens ou en faveur de leurs parens. Voyez les Arrêts rapportés par Raviot dans les Arrêts de Dijon qu. 208. n. 14. & suiv. Il y a des Arrêts semblables dans les Décisions de Lapeyrere lett. N. n. 44. dans le Recueil d'Arrêts du sieur de La Combe chap. 91. Boniface tom. 5. liv. 1. tit. 11. chap. 1. rapporte un Arrêt qui confirma le testament où la belle-mere du Notaire qui l'avoit reçu, étoit instituée héritière. Par l'Arrêt du Parlement d'Aix du 18 mars 1719, rapporté dans le Recueil des Arrêts de Règlement pag. 285. il a été fait inhibitions & défenses à tous les Notaires de la Province, de recevoir aucuns actes des personnes illitrées en faveur de leurs proches parens ou alliés, jusques aux cousins germains inclusivement.

XXXIII. L'héritier institué, celui qui est sous sa puissance, le pere en la puissance duquel il est, les freres qui sont en la puissance du même pere, ne peuvent être témoins dans le testament §. 10. *Inst. de testamentis ordinandis*; les légataires & les fidéicommissaires & ceux de leur famille pouvoient être témoins §. 11. du même titre. L'Ordonnance de 1735 s'est conformée à la disposition du Droit Romain à l'égard des héritiers. Elle y a fait des changemens pour les autres, l'article 43. est en ces termes: » Les » héritiers institués ou substitués ne pourront être témoins » en aucun cas; & à l'égard des légataires universels ou » particuliers, ils ne pourront l'être que pour l'acte de

» suscription du testament mystique dans les Pays où cette
» forme de tester est reçue.

XXXIV. Avant l'Ordonnance de 1735, on pouvoit prendre pour témoins les Clercs du Notaire qui recevoit le testament. Nulle Loi ne le défendoit; & cet usage étoit reçu au Parlement d'Aix & dans d'autres Parlemens. L'art. 42. de l'Ordonnance de 1735 a décidé que les Clercs, Serviteurs ou Domestiques du Notaire qui reçoit le testament, ne peuvent point être témoins : » Ne pourront pareille-
» ment, dit cet article, être pris pour témoins les Clercs,
» Serviteurs ou Domestiques du Notaire ou Tabellion,
» ou autre personne publique qui recevra le testament,
» codicile ou autre dernière disposition, ou l'acte de sus-
» cription.

XXXV. Suivant l'art. 63. de l'Ordonnance de Blois, on pouvoit, dans les testamens, prendre des témoins qui ne sçussent ou ne pussent signer. Le Notaire, dans ce cas, devoit faire mention de l'interpellation qu'il avoit faite au témoin de signer & de la cause pour laquelle il n'auroit pu signer. L'Ordonnance de 1735 en a ordonné autrement. L'article 44. ordonne que » dans les cas & dans les Pays
» où le nombre de deux témoins est suffisant pour la va-
» lidité des testamens, codicules ou autres dispositions de
» dernière volonté, il ne pourra y être admis que des té-
» moins qui sçachent & puissent signer, à l'exception néan-
» moins des cas mentionnés dans les articles 28. & 34. » Et il est dit dans l'article 45 : » Dans les cas & dans les Pays
» où le nombre de deux témoins n'est pas suffisant, il ne
» pourra pareillement être admis que des témoins qui sça-
» chent & puissent signer, lorsque les testamens, codicules
» ou autres dispositions à cause de mort, se feront dans des
» Villes ou Bourgs fermés. Voulons que dans les autres
» lieux il y ait au moins deux témoins qui sçachent & puis-
» sent signer; & à l'égard de ceux qui ne sçauront ou ne
» pourront le faire, il sera fait mention qu'ils ont été pré-
» sents, & ont déclaré ne sçavoir ou ne pouvoir signer.

XXXVI. Si dans les testamens où l'on peut admettre des témoins qui ne sçavent ou ne peuvent signer, il n'étoit

pas fait mention de leur déclaration qu'ils n'ont sçu ou n'ont pu signer, le testament seroit nul par ce défaut. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi sur le fondement de l'art. 63. de l'Ordonnance de Blois, par Arrêt du 23 juin 1730, prononcé par M. le Premier Président Lebrét, en faveur de Pierre Bouterin, en qualité de tuteur de Pierre Fenaigre, de la ville de Tarascon, pour lequel je plaidois, contre Reymond Molinier. Il s'agissoit d'un testament fait en présence de sept témoins, quatre desquels n'avoient pas signé, sans qu'il y fût fait mention de l'interpellation de signer & de la cause pour laquelle ils n'avoient pas signé. Le testament fut cassé sur ce moyen. Duperier dans ses *Maximes de Droit tit. du Testament nuncupatif*, observe que suivant la Jurisprudence du Parlement d'Aix, cette clause, signé qui a sçu, suppléoit à ce que l'Ordonnance de Blois exigeoit qu'il fût fait mention de la requisition du Notaire & de la cause pour laquelle le témoin n'avoit pu signer. Je doute qu'elle pût suffire depuis l'Ordonnance de 1735, qui veut qu'il soit fait mention de la déclaration du témoin, qu'il n'a sçu ou n'a pu signer.

XXXVII. Il étoit permis chez les Romains de faire son testament en grec comme en latin *L. hâc consultissimâ §. dernier C. de testamentis*. Les testamens en Provence & ailleurs étoient anciennement écrits en latin, ainsi que les autres actes, les jugemens & les procédures de Justice. Mais depuis l'Ordonnance du mois d'août 1539, tous ces actes ne peuvent être écrits qu'en François. Nous voulons, dit l'article III. que » tous Arrêts, ensemble toutes autres procédures, soit de nos Cours Souveraines, ou autres » subalternes & inférieures, soit de registres, enquêtes, » contrats, commissions, Sentences, testamens & autres » quelconques actes & exploits de Justice ou qui en dépendent, soient prononcés, enrégistrés & délivrés aux » parties en langage maternel François & non autrement.

XXXVIII. Avant l'Ordonnance de 1735, deux personnes pouvoient faire leur testament mutuel dans un seul & même papier, par un seul & même acte, devant le même Notaire & les mêmes témoins, par lequel ils s'insti-

tuoiert réciproquement héritiers. Barry de *successionibus* liv. I. tit. I. n. 47. dit : *Duæ personæ possunt facere suum testamentum in eâdem charitâ : Et licet sint verè duo testamenta , sufficit numerus septem testium & idem Notarius.* L'Ordonnance de 1735 art. 77. a abrogé l'usage de ces testamens en ces termes :
 » Abrogeons l'usage des testamens ou codiciles mutuels
 » ou faits conjointement , soit par mari & femme , ou par
 » d'autres personnes. Voulons qu'à l'avenir ils soient re-
 » gardés comme nuls & de nul effet dans tous les Pays de
 » notre domination.

XXXIX. Mais si un mari ou une femme font leur testament séparément où ils s'instituent héritiers , le testament de l'un & de l'autre fera-t-il réputé mutuel & nul suivant cette Ordonnance ? Cette question se présenta au Parlement d'Aix. Il s'agissoit du testament d'une femme , où elle instituait son mari son héritier , le mari ayant fait son testament le même jour pardevant le même Notaire , où il instituait sa femme son héritière , y ayant dans le testament de la femme d'autres dispositions , & l'un & l'autre testament étant fait devant des témoins différens. Le mari qui soutenoit le testament , disoit que l'objet de l'Ordonnance avoit été de proscrire ces actes , qui portoient moins le caractère d'une disposition de dernière volonté que d'un contrat , qui étoient faits par un seul acte & compris dans le même acte ; mais que ni cette Ordonnance ni aucune Loi , n'ont défendu à un testateur d'instituer son héritier , celui qui l'auroit fait son héritier dans son testament ; que peu importe que les deux testamens fussent faits le même jour & devant le même Notaire ; qu'il n'y a point de Loi qui le défende ; que ce ne sont pas moins deux actes tout différens & indépendans l'un de l'autre. Sur ces considérations , par Arrêt du 20 juin 1769 , au rapport de M. de Boutassé , rendu en faveur de Me. Mourre , Docteur en Médecine de la ville de Lorgues , la Sentence du Lieutenant de Draguignan qui avoit infirmé celle du Juge de Lorgues & cassé le testament , fut mise au néant , & la Sentence du Juge de Lorgues qui avoit maintenu le testament , fut confirmée.

XL. Un Notaire ne peut recevoir un testament nuncu-

patif hors du lieu de son établissement. Cette regle néanmoins n'a pas lieu en cas d'absence des Notaires des lieux, ou de légitime cause de suspicion exprimée dans les actes. Elle n'a pas lieu encore pour les testamens solennels. Nous avons sur cette matiere divers Arrêts de Règlement du Parlement d'Aix, notamment celui du 11 mai 1646, rapporté par Boniface tom. 2. liv. 3. tit. 1. chap. 3. dont voici la teneur : » A fait & fait inhibitions & défenses à tous Notaires de la Province, de prendre aucuns testamens nuncupatifs, codiciles ou donations à cause de mort, hors de leur établissement, fors en cas d'absence des Notaires des lieux, ou légitime cause de soupçon contre iceux exprimée dans lesdits actes, à peine de nullité & de mille livres d'amende, dépens, dommages & intérêts des parties; déclare néanmoins ladite nullité, ne pouvoir être opposée aux testamens solennels ». Voyez les Arrêts rapportés par Morgues sur nos Statuts pag. 392. & suiv. L'Arrêt de 21 mai 1694, rapporté par M. De Cormis tom. 1. col. 1541. chap. 38. Duperier dans ses Maximes de Droit tit. du Testament nuncupatif & tit. du Testament solennel, Brodeau sur Louet lett. N. som. 10. Bretonnier sur Henrys tom. 1. liv. 2. qu. 28. Taissand sur la Coutume de Bourgogne tit. 7. art. 6. not. 10.

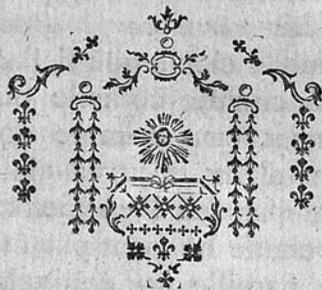
XLI. Les testamens & les autres actes de dernière volonté, n'ont d'exécution qu'après la mort des testateurs. Jusqu'alors le testateur les peut révoquer; & ses dispositions sont un secret qu'il n'est pas permis de pénétrer, L. *Tabularum* 2. §. *si dubitetur* 4. D. *testamenta quemadmodum aperiantur*. De là vient que les Notaires ne peuvent donner extrait ou connoissance des testamens pendant la vie du testateur, si ce n'est de son consentement exprès. Boniface tom. 1. liv. 1. tit. 20. n. 11. rapporte un Arrêt remarquable qui le jugea ainsi; & il y en a un Acte de Notoriété de de Mrs. les Gens du Roi du Parlement d'Aix du 16 juin 1693. La question néanmoins se présenta au Parlement entre Jacques Fournier, appellant de la Sentence du Lieutenant de Toulon & Marguerite Reine, intimée sur le fait suivant. Marguerite Reine, deux mois après la mort de son premier

mari, avoit passé à de secondes nôces. Elle fut accusée par l'héritier du premier mari d'avoir fait des expilations, & pour les prouver, cet héritier prétendit que par un testament du 26 janvier 1731, le second mari avoit fait en faveur de sa femme une déclaration ou une reconnoissance, de laquelle il devoit résulter que la somme reconnue procédoit des expilations qu'elle avoit faites. L'on disoit que cette déclaration étoit indépendante du testament, qu'elle formoit une véritable obligation, qu'on ne demandoit pas l'extrait du testament, mais seulement de la déclaration particulière. Ces considérations ne purent l'emporter sur une règle qui intéresse véritablement l'ordre public, & ne permet pas de donner extrait ou connoissance du testament d'un homme vivant. Et par Arrêt du 3 février 1736 sur les conclusions de M. l'Avocat Général de Gueidan, la Sentence qui avoit débouté l'héritier de sa demande, fut confirmée avec amende & dépens.

XLII. Lorsqu'un testament est nul par défaut de forme, le Notaire sera-t-il responsable de la nullité & tenu des dommages & intérêts envers les parties? Rebuffe sur les Ordonnances au *Traité de Litteris obligatoriis* art. 4. glos. 4. n. 4. & 5. estime que les Notaires en sont tenus; mais le sentiment contraire a été suivi par la Jurisprudence des Arrêts. Les Arrêts qui ont déchargé les Notaires ou leurs héritiers des dommages & intérêts, sont rapportés par Louet & Brodeau lett. N fom. 9. Bouguier lett. N fom. 3. Ferrière sur la Coutume de Paris tom. 4. tit. des Testamens §. 3. n. 9. col. 21. Furgole des Testamens tom. 4. chap. 12. n. 15. pag. 339. Les Notaires pourroient seulement être tenus des dommages & intérêts des parties, dans le cas où il y auroit dol & fraude de leur part, & non lorsqu'ils sont tombés par ignorance dans des défauts de forme. La maxime reçue en France, suivant laquelle le titre de *Magistratibus conveniendis* n'y a pas lieu, excepté dans les cas de dol, concussion & fraude, peut être appliquée à ce cas. Notre Jurisprudence est conforme à celle des autres Parlemens. On a souvent cassé des testamens sur des défauts de formalités; & on n'a jamais vu que les Notaires aient été
condamnés

condamnés à des dommages & intérêts. La question se présenta entre Marie Julien veuve de Pierre Roux, & les hoirs de Me. Roubion Notaire de la ville de Colmars. Il s'agissoit d'un testament nul, parce qu'il n'y avoit que cinq témoins. L'héritiere instituée demandoit des dommages & intérêts contre les héritiers du Notaire. Ils en furent déchargés par Arrêt du 12 mai 1755, au rapport de M. d'Esclapon.

XLIII. Il faut remarquer que pour la forme des testamens, on doit suivre la Loi ou la Coutume du lieu où l'acte est passé; & pour la capacité de tester, la Loi ou la Coutume du domicile du testateur. Voyez mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. sur l'Edit des Donations n. 6. & suiv. pag. 187. & suiv. & tit. du Droit de retour des Dots & des Donations n. 28. & suiv. pag. 519.



TITRE VIII.

Quelles sont les personnes à qui il n'est pas permis de tester.

I. Toutes fortes de personnes ne peuvent pas tester ; & premièrement le fils de famille ne peut pas faire un testament. Cette faculté n'est donnée qu'aux peres de famille par la Loi des douze Tables, Tab. 5. *Pater familias uti legasit super pecuniæ tutelæve suæ rei, ita jus esto.* Et le fils de famille ne peut pas faire un testament même avec la permission du pere. *Princ. Inst. quibus non est permissum facere testamentum.* La raison en est que les testamens sont de Droit public : *Testamenti factio non privati, sed publici juris est, L. 3. D. qui testamenta facere possunt.*

II. Mais le fils de famille peut faire une donation à cause de mort avec la permission de son pere, suivant la Loi *tam is 25. §. 1. D. de mortis causâ donationibus* ; & s'il a fait un testament avec la clause que si l'acte ne vaut comme testament, il vaudra comme codicile ou donation à cause de mort, le testament vaut comme donation à cause de mort. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par l'Arrêt du 4 juin 1701, rapporté par M. Debezieux liv. 6. chap. 4. §. 1. pag. 412. Cette clause ne peut pas être suppléée, & au défaut d'une clause pareille ou équivalente, le testament seroit nul, comme il fut jugé au rapport de M. du Bourguet par Arrêt du 12 juin 1770, confirmatif de la Sentence du Lieutenant de Draguignan, en faveur de Cyprien Deprat du lieu du Bauffet, contre Louis Leotard du lieu de Vidauban.

III. Le fils de famille, autorisé par son pere à faire une donation à cause de mort, la peut faire en faveur du pere ou de ses freres, enfans du même pere, ou de toute autre personne, comme l'ont remarqué Sanleger *resol. civil.* chap. 63. n. 25. Ferrerius sur la qu. 223. de Guy Pape. L'Arrêt

ci-dessus cité du 4 juin 1701, rapporté par M. Debezieux, le jugea ainsi.

IV. Mais la donation faite par le fils de famille en faveur de son pere ou d'autres personnes, ne peut être valable quand elle est faite au préjudice des enfans du donateur. Les Arrêts qui l'ont ainsi jugé, sont rapportés par M. de St. Jean décis. 57. Boniface tom. 1. liv. 7. tit. 10. chap. 1. & tom. 2. aux Additions chap. 3. de Cormis tom. 1. col. 1690. chap. 84. & tom. 2. col. 1089. & suiv. ch. 57. Mais par la dernière Jurisprudence, la donation à cause de mort n'est pas censée faite au préjudice des enfans du fils de famille donateur, lorsqu'ils sont chargés de substitution, au cas seulement où ils décéderont sans enfans. Il y en a un Arrêt rendu dans des circonstances remarquables sur le fait suivant. Antoine Vieil de la ville de Marseille, avoit donné sa fille en mariage à Jean-Baptiste Amy, sous une constitution de dot de 6000 liv. De ce mariage nâquirent deux filles. Leur mere brouillée avec son mari, se retira dans la maison paternelle, où se trouvant malade, elle fit avec la permission de son pere, une donation universelle à cause de mort en faveur de ses deux filles, les substituant réciproquement l'une à l'autre; & venant l'une & l'autre à mourir sans enfans, elle leur substitua Lazare-Augustin Vieil son frere; & elle légua une pension de 150 liv. à son pere, jusqu'à ce que ses filles fussent mariées, attendu, dit-elle, les grandes pertes que son pere avoit faites. La donante étant décédée & ses deux filles étant aussi décédées après elle, Lazare-Augustin Vieil demanda la substitution, & Jean-Baptiste Amy la cassation de la donation. Par Sentence arbitrale la donation fut cassée; mais par Arrêt du 24 octobre 1709, prononcé par M. le Président du Chainé, sur les conclusions de M. l'Avocat Général de Gaufridy, la Sentence arbitrale fut mise au néant, la donation confirmée & la substitution ouverte.

V. Ce qu'on vient de dire que le fils de famille ne peut pas tester, & qu'il ne peut pas faire une donation à cause de mort sans la permission de son pere, n'a pas lieu pour le pécule militaire ou quasi militaire du fils de famille. Il

D d ij

en peut disposer par testament ou par tout autre acte de dernière volonté, & sans avoir besoin du consentement de son père, comme je l'ai remarqué au liv. I. tit. 5. de la puissance paternelle n. 6. & suiv.

VI. Les impubères ne peuvent pas tester, parce qu'ils n'ont point encore un jugement formé, §. 1. *Inst. quibus non est permiffum facere testamentum*. Mais ceux qui ont atteint l'âge de puberté, c'est-à-dire, les mâles à l'âge de quatorze ans accomplis, & les filles à l'âge de douze ans aussi accomplis, peuvent disposer de leurs biens par testament ou par quelque autre acte de dernière volonté. Il n'en est pas de même dans les Pays coutumiers, où les Coutumes exigent un âge plus avancé pour pouvoir tester. Dans les lieux où les Coutumes n'ont point parlé de l'âge requis pour tester, les anciens Arrêts avoient jugé qu'on devoit suivre la disposition du Droit Romain. Mais par les derniers Arrêts, il a été jugé qu'on devoit avoir recours à la Coutume de Paris. Voyez l'Arrêt du Parlement de Paris du 5 avril 1672, rapporté dans le Journal du Palais part. I. pag. 1. & suiv. celui du même Parlement du 31 janvier 1702, rapporté par Augeard tom. I. som. 29.

VII. Les infensés ne peuvent point tester, parce qu'ils n'ont pas l'usage de la raison, *quia mente carent*; mais s'ils ont recouvré leur bon sens, le testament qu'ils auront fait dans des intervalles lucides, sera valable. Et quant au testament que l'infensé a fait lorsqu'il jouissoit de sa raison & avant de tomber dans la démence, ce testament sera bon §. 1. *Inst. quibus non est permiffum facere testamentum, L. furiosum 9. C. qui testamenta facere possint, L. in ambiguis 85. §. 1. D. de diversis regulis juris*.

VIII. Celui qui attaque un testament sur le fondement que le testateur étoit dans la démence, sera-t-il reçu à en faire la preuve par témoins? Suivant la dernière Jurisprudence du Parlement d'Aix, la preuve par témoins est reçue, sans commencement de preuve par écrit, pourvu que les circonstances du fait & des preuves écrites ne s'opposent pas à l'admission de cette preuve. J'ai rapporté les différens Arrêts intervenus sur cette question, dans mon Commen-

taire des Statuts de Provence tom. 1. sur l'Edit des Donations n. 9. 10. & 11. pag. 189. & suiv. Mais s'il s'agit d'un testament fait par un testateur qui étoit tombé dans la démence & que celui qui soutient le testament prétende qu'il a été fait dans de bons intervalles, c'est à lui à en rapporter la preuve. Le Parlement le jugea ainsi par Arrêt d'Audience, du 21 juin 1779, entre François & Louis Negrel & Philippe Verny, en qualité de légitime administrateur de ses enfans, demandeurs en exploit libellé, tendant à faire casser le testament d'Antoine Negrel, & Joseph Arnaud & Catherine Maurin, veuve d'Antoine Negrel défendeurs. Il s'agissoit d'un testateur interdit pour cause de démence, qui avoit testé depuis son interdiction. Les parties qui soutenoient le testament furent chargées de prouver que le testateur étoit dans son bon sens, avant, lors & après le testament; & partie au contraire.

IX. Le prodigue interdit ne peut pas tester. Mais le testament qu'il avoit fait avant l'interdiction, est valable. §. 2. *Inst. quibus non est permiffum facere testamentum, L. is cui 18. D. qui testamenta facere possunt*; le prodigue est comparé à l'insensé; & comme dit la Loi 40. *D. de diversis regulis juris*, l'un ni l'autre n'ont point de volonté: *Furiosi vel ejus cui bonis interdictum fit, nulla voluntas est*. Mais il y a cette différence entre l'insensé & le prodigue, que l'insensé est incapable de tester dès l'instant qu'il a été saisi de cette maladie d'esprit; au contraire, le prodigue n'est incapable de tester que du jour de la Sentence d'interdiction ou de la premiere procédure que les parens ont faite pour le faire pourvoir d'un curateur, Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 3. n. 145. & suiv.

X. Suivant la Nouvelle 39. de l'Empereur Léon, le testament du prodigue doit être exécuté, lorsqu'il a testé comme un homme sage & judicieux. Les Nouvelles de cet Empereur n'ont point l'autorité de Loi parmi nous. Toutefois des Arrêts du Parlement de Toulouse se sont conformés à cette Nouvelle, Maynard liv. 7. chap. 19. Cambolas liv. 5. chap. 50. Il semble que sans avoir recours aux Nouvelles de Léon, la décision de ces Arrêts peut être fondée sur les Loix

Romaines. Le testament de celui qui a été dans la démence est valable, s'il l'a fait dans des intervalles lucides. Pourquoi ne diroit-on pas la même chose du prodigue qui a donné des preuves certaines du retour de sa raison par la sagesse de ses dernières dispositions ? La Loi 1. *D. de curatoribus furioso & aliis extra minores dandis*, établit la même règle à cet égard pour les insensés & les prodigues interdits : *Tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit : quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.* On lit la même chose dans l'excellent ouvrage du Jurisconsulte Julius Paulus *receptorum Sententiarum* liv. 3. tit. 4. §. 12. *Prodigus recepta vite sanitate, ad bonos mores reversus, & testamentum facere & ad testamenti solemnia adhiberi potest.*

XI. Un testament fait dans un mouvement de colere, est nul. La colere est une espece de fureur, mais une fureur passagere : *Ira furor brevis est.* De sorte que l'on peut induire de la persévérance du testateur, que le testament est l'ouvrage de sa volonté. La Loi 48. *D. de diversis regulis juris*, dit : *Quidquid in calore iracundiæ vel fit vel dicitur, non prius ratum est quam si perseverentiâ apparuit judicium animi fuisse.* Ce moyen est plus facilement admis dans les Pays coutumiers, où les testamens ont beaucoup moins de faveur que dans les Pays régis par le Droit écrit. On peut voir Mornac sur la Loi *Imperatores* §. 1. *D. de probationibus*, le Journal des Audiences tom. 1. liv. 7. chap. 19. Arrêt du 3 mars 1653, le cinquieme Plaidoyer d'Erard, les Causes Célèbres tom. 18. pag. 1. & suiv. & tom. 19. pag. 112. & suiv. Dans les Pays de Droit écrit, lorsque le pere de famille a rempli le devoir que la Loi lui impose envers ses enfans, de les instituer ses héritiers en quelque portion de son hérédité, comme on le verra dans le titre suivant, il peut disposer du reste de ses biens comme il lui plaît ; & le moyen que le testament a été fait par des motifs de haine & de colere est rarement admis. On ne l'admet que dans des cas très-graves, & où la colere est évidemment injuste. Et si dans le recueil d'Arrêts de M. Debezieux liv. 6. chap. 1. §. 2. l'on trouve un Arrêt du Parlement d'Aix

qui cassa le testament d'un pere sur des faits de haine & de colere, l'Auteur dans le §. 3. qui suit rapporte des Arrêts du même Parlement qui ont rejetté ce moyen & maintenu les testamens. L'un de ces Arrêts est celui qui est rapporté par Boniface tom. 5. liv. 1. tit. 15. chap. 1. & dans le Journal du Palais part. 7. pag. 42. & il y en a d'autres semblables. Par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 5. liv. 1. tit. 4. chap. 1. des sœurs ne furent pas reçues à faire casser le testament de leur frere sur des moyens de haine & de colere.

XII. Un testament est encore nul par défaut de volonté, lorsqu'il est l'ouvrage de la captation & de la suggestion; ce n'est plus alors le testateur qui dispose. La seule présomption de la captation, suffit pour faire annuler les dispositions faites en faveur de certaines personnes à qui leur qualité a donné un empire & un ascendant sur la personne du testateur. L'Ordonnance de François I^{er}. de 1539 art. 131. » déclare toutes dispositions d'entre vifs ou testamentaires, » qui seront faites par des donateurs ou testateurs au profit » & utilité de leurs tuteurs, curateurs, gardiens, baillifres » & autres leurs administrateurs, être nulles & de nul effet » & valeur ». Sur ces mots & autres leurs administrateurs, la Jurisprudence des Arrêts a étendu ou appliqué la disposition de cette Ordonnance aux Confesseurs, Médecins, Chirurgiens, Apothicaires; car il n'y a pas d'empire plus fort que celui d'un Confesseur sur l'esprit de son pénitent, & celui d'un Médecin sur l'esprit de son malade. On y a compris encore les Précepteurs, Procureurs, Agens & Solliciteurs des procès des testateurs.

XIII. L'Edit de Henri II du mois de février 1549; » déclare également nulles les donations entre vifs & testa- » mentaires qui frauduleusement seront faites durant le tems » de ladite administration à personnes interposées, venant » directement ou indirectement au profit des susdits tuteurs, » curateurs, gardiens, baillifres & administrateurs ». Theveneau dans son Commentaire des Ordonnances liv. 2. tit. 4. art. 6. sur les mots à personnes interposées, observe que » quand ces mots n'eussent pas été inférés en l'Ordonnance,

» ils sont toujours sousentendus, parce que la fraude est plus grande quand il y a interposition de personnes ». L'on conclut de là avec raison que les dispositions faites en faveur des femmes ou des enfans des Tuteurs, Curateurs, Médecins, Chirurgiens, Apothicaires, ou en faveur de la Communauté des Confesseurs, sont nulles comme faites à personnes interposées. Et si c'est une autre personne qu'on prétende avoir été interposée, il faut alors qu'on le prouve, comme l'a remarqué Theveneau au lieu cité *verb.* venant directement ou indirectement. Par Arrêt du Parlement d'Aix du 27 janvier 1724, à l'Audience du rôle, en faveur de Roubaud contre Pelissier, le legs fait à la femme de l'Apothicaire pendant la dernière maladie de la testatrice, fut déclaré nul. Voyez Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 9. Boniface tom. 2. liv. 1. tit. 10. chap. un. & tom. 4. liv. 7. tit. 7. ch. 1. & 2.

XIV. La nullité de la disposition a lieu certainement pour ceux qui sont compris nommément dans l'Ordonnance, comme les tuteurs. La Jurisprudence a néanmoins fait une exception en faveur des pere, mere & autres ascendants, qui sont tuteurs ou curateurs de leurs enfans & descendans. Voyez Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 9. n. 459. & suiv. les Arrêts de Basset tom. 1. liv. 5. tit. 1. chap. 12.

XV. Quant aux dispositions faites en faveur de ceux qui ne sont compris dans l'Ordonnance que par extension, comme les Médecins, Chirurgiens, Apothicaires, Agens, Procureurs & Solliciteurs de procès, elles ont été annullées ou confirmées selon les circonstances du fait; & on les a entretenues, lorsque les personnes qui en étoient l'objet, avoient mérité la bienveillance des testateurs par d'autres liaisons que celles de leur profession. Voyez le Journal des Audiences tom. 2. liv. 1. chap. 43. Arrêt du 18 janvier 1662. & liv. 4. chap. 30. Arrêt du 31 août 1665. les Arrêts de Basset tom. 1. liv. 5. tit. 1. chap. 13. Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 9. n. 498. & suiv. Boniface tom. 2. liv. 1. tit. 11. chap. un. & tom. 4. liv. 7. tit. 7. ch. 2. les Arrêts d'Augeard tom. 2. fom. 47.

XVI. Les curateurs en Pays de Droit écrit, seront-ils du nombre de ceux qui ne sont compris dans l'Ordonnance que

que par extension, & faudra-t-il juger de la validité ou de l'invalidité des dispositions de leurs mineurs faites en leur faveur, par les circonstances du fait ? Dans les Pays Coutumiers, comme l'a remarqué du Moulin *contract. usurar.* qu. 39. n. 300. on ne fait point de différence de la tutelle & de la curatelle ; & la tutelle une fois donnée, dure jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, pendant lesquels le tuteur & curateur a l'autorité sur la personne & les biens du pupille ; au contraire, dans les Pays de Droit écrit la tutelle finit à l'âge de quatorze ans pour les mâles, & de douze ans pour les filles, & le curateur qu'on donne aux mineurs n'a aucun droit sur la personne. Il n'a même aucun droit sur les biens, sa fonction ne consistant qu'à autoriser les mineurs dans les procès qu'ils ont & les actes qu'ils passent. Et Boniface tom. 1. liv. 2. tit. 31. chap. 18. rapporte un Arrêt du 30 mai 1642, qui déclara valable le legs fait à la femme du curateur *ad lites* du testateur. L'Auteur fait mention, au même endroit, d'un autre Arrêt rendu en 1635 en faveur du curateur *ad lites* du mineur. Sur cette distinction, par Arrêt du 30 janvier 1736, à l'Audience du rôle, contre les conclusions de M. l'Avocat Général de Gueidan, en faveur d'Honoré Barre, le Parlement d'Aix infirma la Sentence du Lieutenant de Marseille, & confirma le testament qu'une fille de quinze ans avoit fait en faveur de son oncle germain, qui étoit son curateur nommé par Ordonnance du Juge, & son Procureur en vertu d'une procuration qu'elle avoit faite. Mais cet Arrêt fut cassé par Arrêt du Conseil du 10 février 1738. Et l'affaire ayant été renvoyée au Parlement de Dijon, il y eut Arrêt le 9 juillet 1739, qui confirma la Sentence du Lieutenant de Marseille qui avoit cassé le testament. La raison fut qu'en regardant même les curateurs dans les Pays de Droit écrit comme compris dans l'Ordonnance par extension, il y avoit des présomptions suffisantes de suggestion pour casser le testament. Il avoit été fait par une jeune personne, le jour même de sa mort, au préjudice d'un frere & d'une sœur consanguins. L'oncle étoit non seulement le curateur, il étoit encore le procureur de la niece. Il est vrai qu'il étoit en Espagne lorsqu'elle

E e

avoit testé. Mais cet oncle avoit laissé une procuration à sa femme, tant en son propre que comme curateur & procureur de sa niece. Il avoit choisi le Monastere où elle étoit Pensionnaire & où elle étoit morte. Il avoit toujours conservé une grande autorité sur la personne & les biens de la testatrice. Toutes ces considérations étoient assez fortes pour prononcer la cassation du testament. Despeisses tom. 2. part. 1. sect. 4. n. 7. pag. 26. rapporte un Arrêt semblable.

XVII. Pour ce qui est des Confesseurs, les legs faits en leur faveur peuvent être entretenus lorsqu'ils n'excedent pas les termes d'une juste reconnoissance, comme dit Ricard dans son Traité des Donations part. 1. chap. 3. sect. 9. n. 516. Toute autre disposition faite en leur faveur est nulle. Albert lett. T. chap. 11. rapporte deux Arrêts du Parlement de Toulouse qui ont cassé les legs.

XVIII. Mais les dispositions faites en faveur de l'Eglise ou la Communauté du Confesseur, feront-elles nulles, comme faites à une personne interposée ? Il y a presque autant d'Arrêts qui ont confirmé les dispositions, qu'il y en a qui les ont cassées. Voyez Choppin de la Police Ecclesiastique liv. 3 tit. 1. n. 13. Henrys tom. 2. suite du liv. 4. qu. 168. Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 9. n. 517. & suiv. Boniface tom. 3. liv. 7. tit. 4. chap. 1. les Arrêts de Des-Maisons lett. T. som. 5. pag. 68. La conclusion qu'on peut tirer de ces différens Arrêts, c'est qu'en these générale les dispositions faites en faveur des Communautés des Confesseurs, sont nulles, sur-tout quand elles sont faites par des personnes foibles & susceptibles d'impression. Il faut en excepter les dispositions qui sont peu considérables & exemptes de soupçon de captation, celles dans lesquelles il peut entrer des motifs de conscience, & qui ont leur destination à un emploi utile & pieux. Et ce n'est que par de grandes raisons qu'on peut confirmer de pareilles dispositions, lorsqu'il s'agit d'un objet important. Par Arrêt du Parlement d'Aix du 24 mars 1723, sur les conclusions de M. l'Avocat Général de Gueidan, en faveur du sieur d'Antonelle contre l'Econome du Chapitre d'Arles, le testament

fait en faveur du Chapitre fut cassé , sur le fondement que deux Chanoines de ce Chapitre étoient les Confesseurs de la testatrice. Par un autre Arrêt du 23 février 1731 , prononcé par M. le Premier Président Leuret en faveur d'Honoré Vaille , la Cour cassa le testament par lequel Therese Garcin avoit institué son héritière la Communauté des Trinitaires de Lorgues , dont l'un des Religieux étoit le Confesseur de la testatrice.

XIX. Par les mêmes principes , les Novices ne peuvent disposer de leurs biens en faveur du Monastere où ils doivent faire leur profession , suivant l'art. 19. de l'Ordonnance d'Orleans , même d'aucun autre Monastere , suivant l'art. 28. de l'Ordonnance de Blois. On ne fuit point l'Authentique *Ingressi* , ni l'Authentique *Si qua mulier C. de Sacrosanctis Ecclesiis*. Et cela a lieu même pour les dispositions faites avant de prendre l'habit religieux ; elles sont également suspectes. Car autrement il n'y auroit rien de plus facile aux Communautés régulières que d'éluder la Loi , en faisant faire des donations ou d'autres dispositions à ceux qui postulent pour entrer dans leurs maisons. Les Arrêts qui ont cassé de pareilles dispositions sont rapportés par Theveneau dans son Commentaire des Ordonnances liv. 1. tit. 10. art. 1. *verb.* d'aucun Monastere , Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 9. n. 487. & suiv. Albert lett. T. chap. 7. pag. 496.

XX. On s'éloigne toutefois de cette rigueur , & les dispositions sont maintenues dans les cas où l'autorité & les fausses impressions ne sont pas à craindre , comme l'a remarqué Ricard au lieu cité n. 492. & suiv. & par les Arrêts du Parlement d'Aix les legs faits en faveur du Monastere où le Novice doit faire profession , sont valables lorsqu'ils sont modiques , & destinés à la fabrique de l'Eglise. Il seroit en effet bien étrange qu'un Novice qui abandonne à ses proches tous les biens qu'il possède , & tous les avantages temporels auxquels il peut prétendre , ne pût donner quelque chose au Monastere où il fait sa profession. Et si la somme léguée est trop forte , on a coutume de la réduire. Dans l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 1. liv. 2.

tit. 31. chap. 18. Il s'agissoit d'un legs de 3000 liv. qu'un Religieux Novice avoit fait par son testament au Monastere de la Ste. Trinité d'Aix, pour la fabrique de l'Eglise, la Cour, pour certaines causes & considérations, adjugea à l'Econome la somme de 800 écus. Un autre Arrêt du même Parlement du 30 juin 1673 réduisit à la moitié la donation faite aux Peres Feuillans de la ville d'Aix, dans l'Ordre desquels le donateur étoit entré & avoit pris l'habit un mois après la donation.

XXI. Les donations ou les dispositions testamentaires faites par les serviteurs domestiques en faveur de leurs maîtres, ou par les maîtres en faveur de leurs serviteurs domestiques, seront-elles comprises dans la disposition de l'Ordonnance de 1539, concernant les tuteurs, curateurs & autres administrateurs? La raison pour laquelle il paroît qu'elles n'y sont pas comprises, c'est que les serviteurs sont personnes libres, & leur service est volontaire. Ils ne sont pas dépendans, parce qu'il est en leur pouvoir de quitter le service du maître quand il leur plaît. La seule qualité de maître ne peut donc suffire pour annuler la disposition du serviteur, s'il n'y a des circonstances d'où l'on puisse conclure que la disposition est l'ouvrage de la captation & de la suggestion. C'est ce qu'on doit recueillir des divers Arrêts intervenus dans cette matiere, & de la doctrine de Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 9. n. 484. de Basnage sur l'art. 439. de la Coutume de Normandie, de Raviot sur les Arrêts de Dijon qu. 16. n. 20. de Furgole dans ses Questions sur les donations qu. 34. On peut dire la même chose des donations ou dispositions testamentaires faites par les maîtres en faveur de leurs serviteurs domestiques. Il y a des Arrêts qui les ont maintenues, notamment celui qui est rapporté par Boniface tom. 5. liv. 1. tit. 7. chap. 1. Cela néanmoins doit dépendre des circonstances du fait; car quel pouvoir n'a pas un domestique sur une personne dont l'esprit est affoibli par l'âge ou de longues infirmités? Et s'il s'agit de donations excessives & qu'il y ait de fortes présomptions de captation & de suggestion, on les doit casser. L'Arrêt du Parlement de Paris du 11 août 1713,

rapporté dans le Journal des Audiences tom. 6. liv. 3. ch. 33. déclara nul le legs universel fait par un maître en faveur de son valet de chambre. Un autre Arrêt du même Parlement du premier juillet 1717, rapporté par Brillon tom. 2. *verb.* domestiques, serviteurs n. 7. cassa le legs universel fait par un maître de pension, dans son dernier testament, en faveur de sa gouvernante. Ce testateur, par un précédent testament, avoit fait à sa gouvernante un legs de 12000 liv. qui fut offert par les héritiers.

XXII. Quand la captation & la suggestion n'est pas présumée par la qualité de la personne qui teste & de celle qui est l'objet de la disposition, si les héritiers légitimes veulent faire casser le testament sur des faits de captation & de suggestion, il faut qu'ils les prouvent; & la preuve par témoins en peut être admise. L'art. 54. de l'Ordonnance de Moulins & l'art. 2. de l'Ordonnance de 1667 tit. 20. des Faits qui gissent en preuve vocale ou littérale, qui rejettent la preuve par témoins des choses excédant la valeur de 100 liv. sans un commencement de preuve par écrit, ne regardent que les choses qui tombent en convention; & l'art. 47. de l'Ordonnance des testamens de 1735 le suppose ainsi, lorsqu'il dit que la suggestion & captation pourra être alléguée, sans qu'il soit nécessaire de s'inscrire en faux à cet effet, pour y avoir par les Juges tel égard qu'il appartiendra. La suggestion est un dol, une usurpation. Mais on doit articuler des faits & les faits articulés doivent être concluans. Et s'ils ne sont pas tels, ou s'ils sont contrariés par des preuves écrites, la preuve par témoins ne doit pas être admise. Les testamens sont dignes de faveur, & l'on ne doit pas les livrer trop facilement aux inquiétudes des successeurs *ab intestat*; mais aussi l'on doit s'élever contre ces prétendus testamens d'une personne moribonde, extorqués à l'article de la mort où les droits du sang sont violés. Voyez du Moulin conf. 31. n. 7. *Mantica de conjecturis ultimarum voluntatum* liv. 2. tit. 6. Ricard des Donations part. 3. ch. 1. n. 4. & suiv. Boniface tom. 1. liv. 8. tit. 27. chap. 14. & tom. 5. liv. 1. tit. 18. chap. 1. les Arrêts d'Augeard tom. 1. som. 99.

XXIII. Celui qui est tout à la fois sourd & muet pourra-t-il tester ? La Loi *discretis* 10. C. *qui testamenta facere possint*, dont il est fait mention dans le §. 3. *Inst. quibus non est permiffum facere testamentum*, décide que celui qui est sourd & muet de naissance, ne peut pas tester ; mais que celui qui est devenu sourd & muet par accident & qui fçait écrire, le peut, pourvu qu'il écrive lui-même son testament. Lorsque Justinien a décidé que le muet & sourd de naissance ne peut pas tester, il a supposé qu'il n'est pas possible qu'une telle personne fache lire & écrire. Cependant ce cas, tout extraordinaire qu'il est, n'est pas impossible. Nous avons vu en Provence, un sourd & muet de naissance qui fçavoit lire & écrire, & exprimoit parfaitement bien ses pensées par le moyen de l'écriture. M. de Catellan liv. 2. chap. 49. fait mention d'un cas semblable, & rapporte l'Arrêt du Parlement de Toulouse, qui confirma le testament d'un muet & sourd de naissance qu'il avoit écrit de sa main. L'Ordonnance de 1735 n'a point fait la distinction du muet de naissance & de celui qui n'est tel que par accident. Celui qui ne peut point parler, ne peut pas faire un testament nuncupatif ; mais s'il fçait écrire, il pourra faire un testament solennel en la forme portée par l'art. 12. de cette Ordonnance, dont voici les termes : » En cas que le testateur ne » puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un » testament mystique, à la charge que ledit testament sera » entièrement écrit, datté & signé de sa main ; qu'il le présentera au Notaire ou Tabellion & aux autres témoins, » & qu'au haut de l'acte de suscription, il écrira en leur » présence que le papier qu'il présente est son testament ; » après quoi ledit Notaire ou Tabellion écrira l'acte de » suscription, dans lequel il sera fait mention que le testateur a écrit ces mots en présence dudit Notaire ou Tabellion & des témoins ; & sera au surplus observé tout ce » qui est prescrit par l'art. 9.

XXIV. Avant l'Ordonnance de 1735 c'étoit une question fort controversée, si celui qui ne fçait ni lire ni écrire pouvoit faire un testament mystique ou solennel. Suivant l'usage observé en Provence, il le pouvoit, pourvu qu'il

y eût huit témoins outre le Notaire, comme l'a remarqué Duperier dans ses Maximes de Droit tit. du Testament solennel. Et Boniface tom. 5. liv. 1. tit. 20. chap. 1. rapporte un Arrêt qui confirma un pareil testament. L'Ordonnance de 1735 a décidé en l'art. 11. que » ceux qui ne » sçavent ou ne peuvent lire, ne pourront faire de disposition dans la forme du testament mystique ». Mais ils peuvent faire un testament nuncupatif.

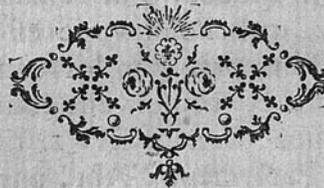
XXV. Pour ce qui est des aveugles, suivant la Loi *Hac consultissima* 8. C. qui testamenta facere possint, à laquelle le §. 4. *Inst. quibus non est permillum facere testamentum*, se rapporte, l'aveugle ne peut pas faire un testament mystique, mais il peut faire un testament nuncupatif devant sept témoins & un Notaire. Il est ordonné dans l'art. 7. de l'Ordonnance de 1735 que » si le testateur est aveugle, ou si » dans le tems du testament, il n'a pas l'usage de la » vue, il sera appelé un témoin outre le nombre porté » par l'art. 5. lequel signera le testament avec les autres » témoins.

XXVI. Par le Droit Romain le testament qu'un homme avoit fait pendant qu'il étoit captif chez les ennemis, étoit nul §. 5. *Inst. quibus non est permillum facere testamentum*. Cela n'a pas lieu en France. J'ai remarqué dans le liv. 1. tit. 1. n. 6. & suiv. que l'esclavage est aboli parmi nous, & que ceux qui sont pris par les ennemis, ne sont que prisonniers de guerre & conservent toutes les prérogatives de leur état. Boniface tom. 2. liv. 1. tit. 9. chap. un. rapporte un Arrêt du Parlement d'Aix, par lequel le testament fait par un prisonnier de guerre pendant sa captivité fut confirmé. Et cela est si certain, que par l'art. 30. de l'Ordonnance de 1735, ceux qui sont prisonniers chez les ennemis, peuvent faire un testament militaire.

XXVII. Ceux qui sont morts civilement, sont incapables de tester. Barry de *successionibus* liv. 1. tit. 7. n. 30. & suiv. Voyez Ricard des donations part. 1. chap. 3. sect. 4. n. 231. & suiv. J'ai parlé de la mort civile au liv. 1. tit. 8. par quels moyens la puissance paternelle finit, n. 3. & suiv.

XXVIII. Les Religieux qui ont fait des vœux dans une Religion approuvée étant morts au monde & privés des effets civils, ne peuvent pas tester ni disposer à cause de mort, Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 5. n. 345. & suiv. Les Chevaliers profès de l'Ordre de Malte ne le peuvent pas non plus. Ils sont véritablement Religieux. Il leur est permis néanmoins, avec la licence du Grand Maître & du Chapitre général de l'Ordre, de disposer, à cause de mort, d'une portion modérée de leur pécule. Voyez Louet & Brodeau lett. C. fom. 8. & lett. R. fom. 42. Ricard au lieu cité n. 346. & suiv. Boniface tom. 1. liv. 2. tit. 31. chap. 15.

XXIX. Les aubains ou étrangers non naturalisés ne peuvent pas disposer de leurs biens par testament ou d'autres actes de dernière volonté, parce qu'ils n'ont pas le droit de Cité. Je l'ai remarqué dans le liv. 1. tit. 1. n. 13. Voyez Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 4. Le Brun des Successions liv. 1. chap. 2. sect. 4.



TITRE

TITRE IX.

De l'Institution des héritiers.

I. L'institution d'héritier est le principal fondement du testament, *caput atque fundamentum totius testamenti* §. 34. *Inst. de legatis*. Et l'héritier est le successeur universel à tout le droit du défunt, *successor in universum jus quod defunctus habuit*, *L. nihil* 24. *D. de verborum significatione*, *L. hæreditas* 62. *D. de diversis regulis juris*. Et si un testateur qui a institué un héritier ou des héritiers par son testament, y institue un héritier d'une chose particulière, cet héritier particulier n'est considéré que comme légataire, suivant la Loi *quoniens* 23. *C. de hæredibus instituendis*, Godefroi sur cette Loi, *Grassus de successione* §. *hæreditas* qu. 3. n. 4. & suiv. Sous le nom simplement d'héritier, on entend l'héritier universel, *Barbosa de appellativis verb. hæreditas appell.* 113. n. 26.

II. Le testateur peut instituer un ou plusieurs héritiers, assigner à ses héritiers des portions égales ou inégales. S'il reste quelque portion dont il n'ait pas disposé, elle accroîtra à chacun des héritiers selon sa portion héréditaire §. 4. 5. 6. & 7. *Inst. de hæredibus instituendis*.

III. Le droit d'accroissement a lieu entre cohéritiers. Si de deux héritiers universels institués dans un testament, l'un vient à mourir avant le testateur, ou qu'il répudie l'hérédité ou qu'il soit incapable, l'autre cohéritier sera seul héritier de toute l'hérédité, *L. si ex pluribus* 9. *D. de suis & legitimis hæredibus*, *L. jus nostrum* 7. *D. de diversis regulis juris*. Et si dans le testament il n'y a point d'héritier universel de toute l'hérédité ou d'une portion de toute l'hérédité, l'héritier institué en une chose certaine, sera l'héritier universel. C'est la décision de la Loi *qui testatur* 1. §. *si ex fundo* 4. *D. de hæredibus instituendis*, en ces termes : *Si ex fundo fuerit aliquis solus institutus, valet institutio detractâ fundi mentione*; ce qui est fondé sur ce principe du Droit Romain, qu'un citoyen ne peut mourir *partim testatus, partim intestatus*; *causa*

testati trahit ad se causam intestati. Jus nostrum non patitur eundem in paganis & testato & intestato decessisse L. 7. D. de diversis regulis juris. Duperier dans ses Maximes de Droit tit. de l'Institution Testamentaire, dit que nous observons la Maxime du §. *si ex fundo*. Il en est autrement lorsqu'il y a un autre héritier institué pour une quotité universelle ou sans assignation de portion. Cet héritier alors est l'héritier universel, & l'héritier institué en une chose particulière, n'est considéré que comme un légataire. C'est la décision de la Loi *quotiens* 23. C. de *hæredibus instituendis*.

IV. L'héritier institué en une chose particulière sera-t-il héritier universel, si l'héritier universel vient à mourir avant le testateur, ou s'il est incapable, ou s'il répudie l'hérédité? Ce cas n'est point exprimé dans les Loix. On a néanmoins décidé cette question par le même principe, qu'un citoyen ne peut mourir *pariùm testatus, pariùm intestatus*. Duperier l'atteste ainsi dans ses Maximes de Droit tit. de l'Institution testamentaire : » S'il n'y avoit point, dit-il, d'héritier uni-
» versel dans le testament, ou que cet héritier eût prédé-
» cédé le testateur, ou qu'il fût incapable, l'enfant institué
» *in re certâ*, seroit héritier universel. » C'est aussi l'avis de M. de Catellan & la décision des Arrêts qu'il rapporte tom. 1. liv. 2. chap. 36. Voyez Grassus de *successione* §. *hæreditas* qu. 3. n. 3. Ranchin dans ses Décisions *verb. Ususfructus* art. 23. Cancerius *variar. resol.* part. 1. chap. 1. n. 5. & chap. 4. n. 28. de Cormis tom. 1. col. 1634. chap. 69. & tom. 2. col. 487. chap. 10. mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. tit. des Successions *ab intestat* sect. 1. n. 30.

V. On peut instituer un héritier purement & simplement ou sous condition §. 9. *Inst. de hæredibus instituendis*. Si l'institution d'héritier est conditionnelle, elle dépend de l'événement de la condition. Et si plusieurs conditions ont été apposées cumulativement, comme si le testateur a dit, si on fait cela & cela, il faut que l'une & l'autre condition soit accomplie. Mais si les conditions ont été apposées avec la particule alternative ou disjonctive, comme si le testateur a dit, si vous faites cela ou cela, il suffit que l'une des

conditions soit accomplie §. 11. du même titre. L. *Si quis* 129. D. de *verborum obligationibus*. L. 110. §. *Ubi verba* 3. D. de *diversis regulis juris*.

VI. Il y a néanmoins une exception à cette règle. La particule disjonctive est prise pour conjonctive en faveur des enfans du testateur qui sont chargés de substitution sous diverses conditions, comme si le testateur a dit qu'il les charge de rendre son hérité, s'ils meurent *ab intestat* ou sans enfans. Il faut dans ce cas que les enfans soient morts *ab intestat* & sans enfans pour qu'il y ait lieu à la substitution. La faveur des enfans fait présumer que telle a été l'intention du testateur. C'est la décision de la Loi *Generaliter* 6. C. de *institutionibus & substitutionibus*. Voyez Fernand dans son Commentaire sur cette Loi, Maynard liv. 5. chap. 38. & 39. Catellan & Vedel liv. 2. chap. 19.

VII. Si la condition apposée à l'institution d'héritier, au legs, au fidéicommis, est impossible, elle est rejetée comme si elle n'avoit pas été écrite; & la disposition vaut comme pure & simple §. 10. *Inst. de hæredibus instituendis* L. *sub impossibili* 1. D. de *conditionibus institutionum*, L. *obtinuit* 3. D. de *conditionibus & demonstrationibus*, L. 135. D. de *diversis regulis juris*. Il en est de même, si la condition est contraire aux Loix ou aux bonnes mœurs, L. *Conditiones* 14. D. de *conditionibus institutionum*, L. *supervacuam* 1. C. de *his quæ pænæ nomine in testamento vel codicillis scribuntur*. La même règle a lieu pour ce qui est défendu par les Loix ou est contraire aux bonnes mœurs, que pour les choses impossibles. Si un pere institue son fils dans quelque portion de son hérité, il ne peut point imposer des conditions ni aucune autre charge à la légitime, parce que la légitime doit être entière, & ne reçoit ni charge ni condition, suivant la Loi *Quoniam* 32. la Loi *scimus* 36. & l'Authentique *Novissimâ Lege* C. de *inofficioso testamento*. Il n'en est pas des contrats comme des dispositions testamentaires. La condition impossible, ou contraire aux Loix & aux bonnes mœurs, annule le contrat. L. *si stipulor* 35. D. de *verborum obligationibus*. §. 11. §. 24. *Inst. de inutilibus stipulationibus*.

VIII. Un testateur peut disposer de ses biens comme il

lui plaît & en faveur de qui il lui plaît. Il peut instituer ses héritiers ceux qu'il n'a jamais vus : *Li quos nunquam testator vidit, hæredes instituï possunt* §. 12. *Inst. de hæredibus instituendis*. Mais cette liberté a des bornes. Il y a des personnes qu'un testateur ne peut pas instituer ses héritiers. Il y en a d'autres qu'il est obligé d'instituer ses héritiers dans quelque portion de son hérédité.

IX. Parmi ceux qui ne peuvent pas être institués héritiers, il y en a qui ont une incapacité absolue d'être héritiers; d'autres ont une incapacité relative à la personne du testateur. De la première qualité sont premièrement ceux qui ont été condamnés à une mort civile. Ils sont privés des effets civils, & conséquemment de toutes successions testamentaires ou légitimes de quelles mains qu'elles viennent *L. 1. C. de hæredibus instituendis*, Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 4. n. 230. & suiv. Le Brun des Successions liv. 1. chap. 2. sect. 3.

X. Les Religieux ont la même incapacité, parce qu'ils sont morts au monde, & que par les vœux qu'ils font, ils ne peuvent rien avoir en propre. Ils peuvent tout au plus recevoir par testament des pensions viagères & modiques, qui sont payées à leurs Supérieurs, Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 5. n. 305. & 336. Louët & Brodeau lett. L. fom. 8.

XI. Selon les Loix Romaines les étrangers *peregrini*, ne peuvent pas être institués héritiers *L. 1. C. de hæredibus instituendis*. Il en est de même parmi nous; les aubains ou étrangers non naturalisés, ne peuvent recueillir des successions testamentaires ou légitimes, ni des legs ou des donations à cause de mort; mais ils peuvent contracter, recevoir & faire des donations entre vifs, Bacquet du Droit d'Aubaine, Le Brun des Successions liv. 1. ch. 2. sect. 4.

XII. Les Corps non approuvés, ne peuvent pas être institués héritiers ni recevoir des legs & des donations, *L. collegium 8. C. de hæredibus instituendis*, *L. cum senatus 20. D. de rebus dubiis*. Cette incapacité n'a pas lieu pour ceux qui sont légitimement établis. Les Communautés Ecclésiastiques, tant séculières que régulières, sont capables d'insti-

tution d'héritier, de substitution, de legs, de fidéicomis, suivant la Loi *habeat* 1. & la Loi *generalis* 13. C. de *Sacro-sanctis Ecclesiis*. Il n'y a en France que les Communautés établies par Lettres patentes du Roi, vérifiées & enrégistrées aux Cours, qui puissent jouir de cet avantage; car aucun Corps ne peut s'y former, ni aucune Communauté s'y établir que par l'autorité royale & en vertu de Lettres patentes vérifiées & enrégistrées, Fevret de l'Abus liv. 2. chap. 1. n. 8. & suiv. Boniface tom. 1. liv. 2. tit. 31. chap. 3. Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 13. Ordonnance des Donations de 1731 art. 8. Les Communautés qui ne sont pas établies en vertu de Lettres patentes du Roi, sont donc incapables des effets civils. L'Edit du mois de décembre 1666 le déclare expressément en ces termes : » Déclarons » lesdites prétendues Communautés incapables d'ester en » Jugement, de recevoir aucuns dons & legs de meubles » & immeubles, & de tous autres effets civils, comme » aussi toutes dispositions tacites ou expressees faites en leur » faveur, nulles & de nul effet; & les choses par elles » acquises ou données, confisquées aux Hôpitaux généraux » des lieux.

XIII. Il est porté par le même Edit : » Voulons qu'in- » distinctement toutes les Communautés de notre Royaume, » établies depuis trente ans, soient tenues de représenter » nos Lettres, en vertu desquelles elles ont été établies ». Les Communautés établies plus de trente ans avant l'Edit de 1666, sont par conséquent exceptées de sa disposition. Conformément à cet Edit, celui du mois d'août 1749, concernant les établissemens & acquisitions des Gens de main-morte, ordonne en l'art. 13. que les » établissemens qui » auront été faits depuis les Lettres patentes en forme d'Edit » du mois de décembre 1666 ou dans les trente années pré- » cédentes, sans avoir été autorisés par des Lettres patentes » bien & duement enrégistrées, seront déclarés nuls, comme » aussi tous actes ou dispositions faits en leur faveur.

XIV. Les Villes, Bourgs & Villages, sont capables d'institution d'héritier, de legs, de donations, suivant la Loi *si quis* 32. §. 2. la Loi *si hæres* 73. §. 1. la Loi *si quid* 117.

la Loi *civitatibus* 122. *D. de legatis* 1°. la Loi *civibus* 2. *D. de rebus dubiis*, la Loi *omnibus* 26. *D. ad S. C. Trebellianum*, la Loi *hereditatis* 12. *C. de heredibus instituendis*. On peut léguer à un quartier, à une partie de la Ville ou du lieu, *L. si quis* 32. §. 2. *D. de legatis* 1°.

XV. Sur le même principe, les dispositions faites par des actes de dernière volonté, ou des donations entre vifs en faveur des pauvres d'une Ville ou d'une Communauté d'habitans, ou en faveur des Hôpitaux qui y sont établis, ont été déclarées valables suivant la Loi *id quod pauperibus* 24. & la Loi *ad declinandum* 49. *C. de Episcopis & Clericis*.

XVI. Par l'Edit du mois d'août 1749, il a été mis de justes bornes aux acquisitions des Corps & Communautés & Gens de main-morte. L'art. 14. fait défenses aux Gens de main-morte d'acquérir, recevoir ni posséder à l'avenir aucuns fonds de terre, maisons, droits réels, rentes foncières ou non rachetables, même des rentes constituées sur des particuliers, si ce n'est après avoir obtenu des Lettres patentes du Roi pour parvenir à ladite acquisition & pour l'amortissement desdits biens; & ce après que lesdites Lettres, s'il plaît à Sa Majesté de les accorder, auront été enrégistrées aux Cours de Parlement ou Conseils supérieurs. Et l'art. 17. défend de faire à l'avenir aucune disposition de dernière volonté, pour donner aux Gens de main-morte des biens de la qualité marquée par l'art. 14. voulant que lesdites dispositions soient déclarées nulles, quand même elles seroient faites à la charge d'obtenir des Lettres patentes.

XVII. La Déclaration du Roi du 20 juillet 1762, donnée en interprétation de l'Edit du mois d'août 1749, a excepté de cette disposition les Hôpitaux & les autres établissemens de charité, Eglises paroissiales, fabriques d'icelles, Ecoles de charité, tables ou bouillons des pauvres des Paroisses, mais avec des conditions & réserves. L'article 9. est en ces termes : » En considération de la faveur que méritent les » Hôpitaux & autres établissemens énoncés en l'article pré- » cédent, voulons que les dispositions de dernière volonté, » par lesquelles il leur auroit été donné depuis l'Edit du » mois d'août 1749, ou leur seroit donné à l'avenir des

» rentes, biens fonds & autres immeubles de toute nature,
 » soient exécutées, dérogeant à cet égard à la disposition
 » de l'art. 17. dudit Edit, sous les clauses, conditions &
 » réserves énoncées dans les articles suivans. » Ces clauses,
 conditions & réserves font que les rentes données ou lé-
 guées pourront être remboursées par les débiteurs, quand
 même elles auroient été stipulées non rachetables, & ce
 sur le pied du denier vingt, lorsqu'elles n'auront pas de
 principal déterminé : qu'elles pourront pareillement être re-
 tirées par les héritiers & représentans des donateurs dans
 un an : que les héritiers & représentans de ceux qui auront
 donné des immeubles, pourront, dans le même délai re-
 tirer lesdits immeubles, en payant la valeur d'iceux ; que
 faite par lesdits débiteurs, héritiers & représentans d'avoir
 fait le remboursement des rentes, ou payé la valeur desdits
 immeubles dans le délai ci-dessus, les Administrateurs desdits
 Hôpitaux, Fabriques & autres établissemens ci-dessus énoncés
 seront tenus d'en vider leurs mains dans l'an & jour, à
 compter de celui où le délai ci-dessus fera expiré, sous les
 peines portées par l'art. 26. de l'Edit du mois d'août 1749.

XVIII. Il y a des Communautés de Religieux qui,
 quoiqu'approuvées, sont incapables d'institution d'héritier,
 de legs, de donations. Et l'on distingue les Religieux men-
 dians par leur règle *ex regulâ*, comme les Capucins qui
 suivent étroitement la Règle de St. François, & les Reli-
 gieux mendiens par leurs Constitutions *ex Constitutionibus*,
 comme les Carmes & les Religieux de St. Augustin. Le Con-
 cile de Trente sess. 25. *de reformatione* chap. 3. permet de possé-
 der des biens aux Monasteres & Maisons tant d'hommes que
 de femmes & des Mendiens même, & de ceux à qui par
 leurs Constitutions, il étoit défendu d'en avoir, excepté
 les Religieux de St. François, Capucins, & ceux qu'on
 appelle Mineurs de l'Observance. Les Religieux Mendiens
ex regulâ, comme les Capucins, à qui la rigueur de leurs
 vœux ne permet pas d'acquérir des biens, ni en particulier
 ni en commun, ne peuvent pas être institués héritiers, ni
 recevoir des legs & des donations. Toutefois leur Règle ne
 leur défend pas de recevoir les aumônes des Fideles jusqu'à

la concurrence de leurs besoins & de leurs nécessités; au contraire elle est fondée sur les aumônes même. Conséquemment ils peuvent recevoir par testament ou autrement des dons qui ont leur application à leurs besoins & nécessité, suivant la Clémentine *Exivi de Paradiso, tit. de verborum significatione*. Voyez Guy Pape quest. 327. Barry de *successionibus* liv. 1. tit. 8. n. 10. Charondas liv. 7. resp. 11. Maynard liv. 7. chap. 13. Pastour de *bonis temporalibus Ecclesiæ* tit. 4. n. 3. & suiv. Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 13. n. 616. & suiv. le Journal des Audiences tom. 1. liv. 4. chap. 17. Arrêt du 10 janvier 1645. les Arrêts de Soëfve tom. 1. cent. 1. chap. 72. les Arrêts d'Augeard tom. 2. fom. 36.

XIX. Les personnes qui n'ont qu'une incapacité relative à la personne du testateur d'être institués ses héritiers, sont les bâtards, les concubines des testateurs. Les bâtards ne peuvent point être héritiers de leur pere ni de leur mere. Le pere & la mere ne peuvent leur léguer que des alimens ou une somme qui en tienne lieu. Je l'ai remarqué au liv. 1. tit. 2. du Mariage n. 50.

XX. Il est fait mention au commencement du titre des *Institutes de hæredibus instituendis*, d'une Loi des Empereurs Severe & Antonin, par laquelle l'institution d'héritier faite par la maîtresse en faveur de son esclave qui a vécu en adultère avec elle, est déclarée nulle & de nul effet; & la Loi *Claudius Seleucus 13. D. de his quæ ut indignis auferuntur*, reprouve & annule les institutions faites en faveur de celles ou de ceux qui ont eu un commerce adultérin avec le testateur ou la testatrice. Ces Loix sont observées parmi nous, avec cette différence que par le Droit Romain, le fisc recueilloit le profit des dispositions, qui étoient nulles par l'indignité des héritiers, au lieu que par le Droit François les héritiers légitimes en profitent à l'exclusion du fisc. Et nous ne mettons point de différence entre les indignes & les incapables. La même indignité se rencontre, suivant nos mœurs, en la personne de ceux qui ont vécu en simple concubinage. Je l'ai remarqué au liv. 1. tit. 2. du Mariage n. 51. & les héritiers sont reçus à vérifier par témoins le concubinage

concubinage du testateur avec son héritière ou sa légataire, suivant les Arrêts rapportés par Louet & Brodeau lett. D. fom. 43. Catellan & Vedel liv. 2. chap. 84. Boniface tom. 2. liv. 3. tit. 4. chap. 1. & celui du 6 novembre 1673, rapporté dans le Journal du Palais part. 3. pag. 75. & suiv.

XXI. Avant l'Ordonnance de 1735, c'étoit une question diversement jugée dans les Parlemens qui suivent le Droit écrit, si un enfant qui n'est ni né ni conçu lors du décès du testateur, pouvoit être institué son héritier. Quelques Auteurs avoient prétendu qu'une telle institution d'héritier étoit valable, notamment le Président Faber déf. 3. & déf. 9. *C. de hæredibus instituendis*. Boniface tom. 2. liv. 1. tit. 8. chap. 2. rapporte un Arrêt du Parlement d'Aix qui l'avoit ainsi jugé; & c'est l'avis de M. de Cormis tom. 1. col. 1459. chap. 20. Ce sentiment a paru opposé aux vrais principes du Droit, suivant lesquels il faut exister au tems du décès du défunt pour pouvoir être son héritier, §. 8. *Inst. de hæreditibus quæ ab intestato deferuntur, L. quidam referunt 14. D. de jure codicillorum, L. si eo tempore 4. D. de his quæ pro non scriptis habentur*. L'existence est la première des capacités & le fondement de toutes les autres. Et l'art. 49. de l'Ordonnance de 1735, a décidé que » l'institution » d'héritier faite par testament, ne pourra valoir en aucun » cas, si celui ou ceux au profit de qui elle aura été faite, » n'étoient, ni nés, ni conçus lors du décès du testateur ». Un testateur peut faire une substitution fidéicommissaire en faveur d'enfans à naître, qui ne sont ni nés ni conçus lors de son décès; mais ce cas est bien différent de celui de l'institution d'héritier. Dans le cas du fidéicommis, il y a toujours un héritier existant, sur la tête duquel réside l'hérédité, qu'il n'est obligé de rendre que lorsque le cas de la restitution du fidéicommis est arrivé.

XXII. Il faut voir à présent quelles sont les personnes qu'un testateur est obligé d'instituer ses héritiers dans quelque portion de son hérédité. Cette obligation regarde les testateurs qui ont des enfans ou des petits-enfans qui représentent leur pere ou leur mere. Il en est de même des testateurs, qui n'ayant point de descendans, doivent insti-

tuer leur pere & leur mere, & au défaut du pere & de la mere, les autres ascendans du plus prochain degré, en quelque portion de leur hérédité. Cela toutefois n'a pas d'abord été ainsi établi.

XXIII. L'ancien Droit donnoit aux peres une puissance plus absolue. Ils pouvoient, suivant la Loi des XII. Tables, oublier impunément leurs enfans ou les exhéredéer, sans autre raison que leur volonté, comme l'a remarqué A Costa sur le titre des Institutes de *exhæredatione liberorum. Lege duodecim tabularum* (dit-il) *liberi impunè præteriri & exhæredari poterunt.* L'austérité de ces mœurs fut adoucie dans la suite. Il faut, suivant le nouveau Droit, ou que le pere exhérede son enfant avec une juste cause, ou qu'il l'institue héritier en quelque portion de son hérédité, sans quoi son testament ne peut être valable *prin. & §. 5. Inst. de exhæredatione liberorum*, Nouvelle 115. chap. 3.

XXIV. Il en est de même, si après le testament il naît un posthume qui y ait été prétérit §. 1. *Inst. de exhæredatione liberorum.* Et cela a lieu, quoique l'enfant soit mort peu de tems après sa naissance, pourvu qu'il soit né vivant & de terme : *Si vivus perfectè natus est*, comme dit la Loi *quod certatum 3. C. de posthumis hæredibus instituendis*, même lorsqu'il a été tiré du ventre de la mere par l'incision césarienne, suivant la Loi *quod dicitur 121. D. de liberis & posthumis hæredibus instituendis*, la Loi *etiam 141. D. de verborum significatione.* Pour les enfans nés par l'incision césarienne, voyez mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. tit. du droit de retour des Dots & des Donations n. 9. & suiv. pag. 513.

XXV. Il faut dire la même chose, si l'enfant meurt avant le testateur, laissant des enfans qui n'ont point été institués héritiers en quelque portion ou quelque chose dans le testament de leur ayeul. Le testament de l'ayeul est infirmé par leur prétérit §. 2. *Inst. de exhæredatione liberorum.*

XXVI. Mais lorsque le pere ou l'ayeul a rempli envers ses enfans ou ses petits-enfans ce que la Loi exige de lui, en les instituant ses héritiers dans quelque chose de son hérédité, les enfans ou les petits-enfans ne peuvent point

opposer le vice de la prétérition contre le testament, quelque modique que soit la chose qui leur a été laissée, *quantumque pars hæreditatis vel res eis fuerit relicta*, dit le §. 3. *Inst. de inofficioso testamento*. La Nouvelle 115. chap. 3. veut que cette portion ou cette chose soit laissée à titre d'institution d'héritier, *jure institutionis*. Un pere peut instituer sa fille en la dot qu'il lui a constituée en la mariant, comme l'a remarqué Duperier dans ses Maximes de Droit, titre de *l'Institution testamentaire*.

XXVII. Si la chose qui est laissée à titre d'institution, ne remplit pas la légitime de l'enfant, tout le droit qui lui est réservé, est d'en demander le supplément, sans donner aucune atteinte au testament : *Firmum manet testamentum*. C'est la décision de la Loi *omnimodò 30. C. de inofficioso testamento*. Et la Nouvelle 18. ch. 1. après avoir réglé la quotité de la légitime due aux enfans, ajoute que les peres disposeront librement du reste de leurs biens, même en faveur de personnes étrangères : *Licebit ei reliquum largiri, sicut voluerit, filiis ipsis aut cuilibet extraneorum, & naturâ primò curatâ competenter, sic ad extraneas largitates accedere*.

XXVIII. Suivant la Loi *inter cætera 30. D. de liberis & posthumis hæredibus instituendis*, le pere n'étoit obligé d'instituer ou d'exhérer que les enfans qu'il avoit sous sa puissance. Il pouvoit par son testament ne faire aucune mention de ses enfans émancipés, regardés comme des membres étrangers à sa famille. On avoit aussi établi des différences entre les mâles & les filles. Justinien, conformément à l'Edit du Préteur qui donnoit la possession des biens aux enfans émancipés, corrigea ces subtilités. Il ordonna que sans distinction des mâles & des filles, des enfans qui sont sous la puissance paternelle & de ceux qui sont émancipés, le pere fût obligé d'instituer héritiers ses enfans ou de les exhérer. C'est la disposition de la Loi *maximum vitium 4. C. de liberis præteritis vel exhæredatis*, de la Nouvelle 115. chap. 3.

XXIX. Par l'ancien Droit, la mere n'étoit pas obligée d'instituer héritiers ses enfans, & l'ayeul maternel n'étoit pas obligé d'instituer héritiers ses petits-enfans, dont la mere

étoit décédée, §. 7. *Inst. de exhæredatione liberorum*; mais la plainte d'inofficiosité fut donnée aux enfans, §. 1. *Inst. de inofficioso testamento*. Et par le Droit des Nouvelles, il n'a plus été permis ni au pere, ni à la mere, ni aux autres ascendans, de ne pas instituer héritiers leurs enfans, ni de les exhéredier sans une cause juste. C'est la décision de la Nouvelle 115. chap. 3.

XXX. L'Ordonnance de 1735 a confirmé la décision des Nouvelles. Il est ordonné dans l'art. 50. que » dans les » Pays où l'institution d'héritier est nécessaire pour la validité du testament, ceux qui ont droit de légitime, » seront institués héritiers au moins en ce que le testateur » leur donnera, & l'institution sera faite en les appellant » par leurs noms, ou en les désignant de telle maniere que » chacun d'eux y soit compris; ce qui aura lieu même à » l'égard des enfans qui ne seroient pas nés au tems du » testament, & qui seroient nés ou conçus au tems de la » mort du testateur ». Il est dit dans l'art. 51. que » quelque » modique que soit l'effet ou la somme, pour lesquels ceux » qui ont droit de légitime auront été institués héritiers, » le vice de la préterition ne pourra être opposé contre le » testament, encore que le testateur eût disposé de ses biens » en faveur d'un étranger ». Et dans l'art. 52. que » ceux » à qui il aura été laissé moins que leur légitime à titre » d'institution, pourront former leur demande en supplément de légitime.

XXXI. Par l'ancien Droit, comme nous l'avons dit, un testateur pouvoit oublier impunément ses enfans dans son testament, ou les exhéredier sans cause. Cela ne fut plus permis, suivant la Loi *Si maritus* 22. *C. de inofficioso testamento* & la Nouvelle 115. chap. 3. Et suivant cette Nouvelle l'exhéredation ne peut avoir lieu, & le testament être valable, si l'exhéredation n'a une cause légitime, exprimée dans le testament & prouvée par l'héritier.

XXXII. Mais ce n'est que pour des causes graves que la Loi met dans les mains des peres & des meres & des autres ascendans le pouvoir d'exhéredier leurs enfans & descendans. Ces causes sont exprimées dans la Nouvelle

115. chap. 3. ſçavoir 1°. ſi l'enfant a battu ſon pere ou ſa mere, ſon ayeul ou ſon ayeule: *Si quis parentibus ſuis manus intulerit.* 2°. S'il leur a fait quelque injure grave & qui tourne à leur dèshonneur: *Si gravem & inhonestam injuriam eis ingefferit.* 3°. S'il les a accusés de crime, à moins que ce ne fût pour crime de leze-Majeſté contre la perſonne du Prince ou la Republique: *Si eos in criminalibus cauſis accuſaverit, quæ non ſunt adverſus Principem ſivè Rempublicam.* 4°. S'il fréquente des malfaiteurs pour être malfaiteur lui-même: *Si cum maleficis hominibus, ut maleficus, converſatur.* 5°. S'il a attenté à la vie de ſon pere ou de ſa mere, de ſon ayeul ou de ſon ayeule, par le poiſon ou autrement, *vel vitæ parentum ſuorum per venenum, aut alio modo inſidiari tentaverit.* 6°. S'il a eu un commerce de débauche avec la femme ou la concubine de ſon pere: *Si novercæ ſux, aut concubinæ patris, filius ſeſe immiſcuerit.* (*) 7°. S'il s'eſt rendu délateur de ſes pere & mere, ayeul ou ayeule, & que par ſa délation, il leur ait fait ſouffrir un dommage conſidérable: *Si delator contrà parentes filius exiiterit & per ſuam delationem gravia eos diſpendia fecerit ſuſtinere.* 8°. Si l'enfant mâle refuſe de cautionner pour ſon pere ou un autre aſcendant détenu priſonnier, dont il peut être héritier *ab inteſtat: Si quemlibet de prædictis parentibus incluſum eſſe contigerit, & liberi qui poſſunt ab inteſtato ad ejus ſucceſſionem venire, petiti ab eo, vel unus ex his in ſuâ eum notuerit fidejuſſione ſuſcipere, vel pro perſonâ vel pro debito, in quantum eſſe qui petitur, probatur idoneus. Hoc tamen quod de fidejuſſione cenſuimus. ad maſculos tantummodò liberos volumus pertinere.* 9°. Si l'enfant eſt convaincu d'avoir empêché ſes pere & mere, ayeul ou ayeule de teſter: *Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo quia prohibuerit parentes ſuos condere teſtamentum.* 10°. Si contre leur volonté l'enfant s'eſt affocié à des gladiateurs ou des bateleurs & autres gens de ſpec-

(*) Le concubinage étoit permis par les Loix Romaines, comme on le voit par les Loix qui ſont ſous le titre du Digefte de *Concubinis*. Il eſt défendu par nos Loix, & un pere ne pourroit propoſer le moyen du commerce de ſon fils avec ſa concubine, qu'en s'accuſant lui-même & découvrant ſa propre turpitude.

tacle & de théâtre, & qu'il ait persévéré dans ce métier, à moins qu'ils ne fussent de la même profession: *Si præter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos sese filius sociaverit, & in hâc professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes ejusdem professionis fuerint.* 11°. Si l'un des ascendans voulant marier sa fille ou sa petite-fille, & lui constituer une dot selon ses facultés, elle a refusé ce parti, & a mieux aimé mener une vie défordonnée & luxurieuse: *Si alicui ex prædictis parentibus volenti suæ filia vel nepti maritum dare & dotem secundum vires substantiæ suæ pro eâ præstare, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit.* La Nouvelle ajoute que si la fille est parvenue à l'âge de 25 ans, & que ses parens ayent différé de la marier, & que par là elle soit tombée en faute, ou se soit mariée à un homme libre sans leur consentement, elle ne pourra pas être exhérédée: *Si verò usque ad viginti quinque annorum ætatem pervenerit filia & parentes distulerint eam marito copulare, & forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, conjugere: hoc ad ingratitude filia nolumus imputari, quia non suâ culpâ, sed parentum id commisisse cognoscitur.* 12°. Si les enfans ont manqué d'avoir soin de leurs pere, mere ou autre ascendant furieux ou insensés: *Si quis de prædictis parentibus furiosus fuerit, & ejus liberi vel quidam ex his, aut liberis ei non existentibus, alii ejus cognati qui ab intestato ad ejus hæreditatem vocantur, obsequium ei & curam competentem non præbuerint.* 13°. Si les enfans ont négligé de racheter leurs ascendans détenus en captivité: *Si unum de prædictis parentibus in captivitate detineri contigerit & ejus liberi, sive omnes, sive unus non festinaverint eum redimere.* 14°. Si le pere ou un autre ascendant étant orthodoxe les enfans sont hérétiques: *Si quis de prædictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicæ fidei.* Voyez Ricard des Donations part. 3. chap. 8. sect. 4. Furgole des Testamens tom. 3. chap. 8. sect. 2. n. 41. & suiv.

XXXIII. Les Ordonnances de nos Rois ont établi une quinzieme cause d'exhérédation. Elles ont permis aux peres & aux meres d'exhérer leurs enfans qui se marieront contre

leur gré & sans leur consentement : voulant néanmoins que les mariages contractés par les fils âgés de trente ans accomplis, & les filles âgées de vingt-cinq ans aussi accomplis, soient exempts de cette peine, pourvu qu'ils se soient mis en devoir de requérir par écrit l'avis & conseil de leurs peres & meres. J'ai rapporté les Ordonnances rendues sur ce sujet au liv. 1. tit. 2. du Mariage n. 19. & suiv. Le fils & la fille qui se marient, sçavoir, le fils avant l'âge de trente ans, & la fille avant l'âge de vingt-cinq ans accomplis, sans le consentement de leurs peres & meres, peuvent donc être justement exhérés. Il en est de même du fils âgé de plus de trente ans & de la fille âgée de plus de vingt-cinq ans, lorsqu'ils ne se sont pas mis en devoir de requérir le consentement de leurs peres & meres.

XXXIV. Les enfans du testateur ou de la testatrice ne pouvant être exhérés sans cause, il faut conclure de là que le posthume ne peut point être exhéré, parce qu'il ne peut se rencontrer en lui aucune des causes marquées par les Loix. Il faut donc qu'un testateur institue ses enfans posthumes dans quelque portion de son hérédité ; & lorsqu'il institue simplement le posthume qui naîtra du ventre de sa femme, son obligation est remplie, & cela comprend tous les posthumes & toutes les grossesses, suivant la Loi *placet* 4. & la Loi *ideoque* 5. *D. de liberis & posthumis*, & les doctrines & les Arrêts rapportés par Duperier dans ses Maximes de Droit tit. de la Prétérition des enfans, Albert lett. T. chap. 10. Catellan liv. 2. chap. 53.

XXXV. La même obligation des ascendans envers leurs enfans & descendans, est imposée aux enfans & descendans qui n'ont point d'enfans, d'instituer héritiers, dans quelque portion de leur hérédité, leurs ascendans qui sont dans le degré le plus proche, & ils ne peuvent les exhérer que pour une juste cause. Il est dit dans le §. 1. *Inst. de inofficioso testamento*, que les ascendans peuvent former la plainte d'inofficiosité contre le testament de leurs enfans. Et la Nouvelle 115. chap. 4. ordonne qu'il ne sera pas permis aux enfans qui, n'ayant point d'enfans, disposeront des biens dont ils ont le pouvoir de tester, de passer sous silence leurs

ascendans, ni de les exhéredér fans une juste cause, exprimée dans leur testament : *Sancimus non licere liberis parentes suos præterire, aut quolibet modo à rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omninò alienare, nisi causas quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter nominaverint.*

XXXVI. Les causes pour lesquelles les enfans peuvent exhéredér leurs ascendans, sont marquées par la même Nouvelle 115. chap. 4. au nombre de huit. 1°. Si les ascendans ont accusé leurs enfans d'un crime capital, autre que le crime de leze-Majesté. 2°. S'ils ont attenté à la vie de leurs enfans par le poison ou autrement. 3°. Si le pere a eu un commerce de débauche avec la femme ou la concubine de son fils. 4°. Si les ascendans ont empêché leurs enfans de tester dans les biens dont il leur est permis de disposer par testament. 5°. Si le pere ou la mere ont attenté à la vie l'un de l'autre. 6°. Si les enfans étant tombés en démence, leurs ascendans ont négligé d'en avoir soin. 7°. Si les enfans étant en captivité, leurs ascendans, par mépris ou négligence, ne les ont pas rachetés. 8°. Si les enfans étant Catholiques, les ascendans sont Hérétiques.

XXXVII. Suivant les Loix Romaines, on ne peut faire un héritier que par testament. On ne peut le faire par contrat, même de mariage, suivant la Loi *pañum 15. C. de pañtis*. La faculté de tester est de Droit public, & l'on n'y peut renoncer : *Neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre*. Toutefois par un usage général, tant pour les Pays de Droit écrit que pour les Pays coutumiers, les institutions d'héritiers contractuelles, faites en contrat de mariage en faveur des mariés ou de leurs enfans, ont été admises, comme l'a remarqué M. Le Prestre cent. 1. chap. 23. n. 12. & cent. 2. chap. 94. n. 10. & suiv. Quelques Auteurs ont prétendu qu'on avoit pris cet usage dans la Nouvelle 19. de l'Empereur Léon le philosophe. D'autres ont estimé qu'on ne l'a point pris dans cette source, les Nouvelles de l'Empereur Léon n'ayant aucune autorité de Loi, mais qu'il en faut tirer l'origine de la Loi salique ou des mœurs des anciens Français. C'est l'avis de M. Le Prestre cent. 2. chap. 94. n. 11.

& suiv. de Me. de Lauriere dans son *Traité des Institutions & des Substitutions contractuelles* chap. 1. n. 15. & suiv. Pour les questions concernant les institutions & les substitutions contractuelles, voyez Coquille quest. 171. & sur la Coutume de Nivernois chap. 27. des Donations art. 12. de Lauriere *Traité des Institutions & des Substitutions contractuelles* chap. 4. Le Brun des Successions liv. 3. chap. 2. Duperier tom. 1. liv. 1. quest. 13. & dans ses *Maximes de Droit* tit. de l'Institution contractuelle, de Cormis tom. 1. col. 1660 & suiv. chap. 76. mon *Commentaire des Statuts de Provence* tom. 1. sur le Statut des Donations n. 18. & suiv.



TITRE X.

Des Substitutions.

I. La substitution est la subrogation d'une personne à une autre pour recueillir le profit de la disposition. Le testateur peut donner des substitués à l'héritier universel qu'il a institué. C'est une seconde institution d'héritier. Il peut donner un substitué à un héritier particulier ou à un légataire. Les substitutions ont leur fondement dans le Droit que les Loix Romaines donnent aux peres de famille de disposer de leurs biens comme il leur plaît : *Pater familias uti legasit super pecuniâ tutelâve suæ rei, ita jus esto.*

II. Il y a trois sortes de substitutions : la substitution directe, la substitution fidéicommissaire, & la substitution compendieuse, qui, en peu de paroles, comprend la directe & la fidéicommissaire.

III. Par la substitution directe, le substitué prend l'héritité directement comme vrai héritier de la main & dans la succession du testateur, quoiqu'il soit subrogé à un autre qui a été nommé avant lui. Il y en a trois especes : la vulgaire, la pupillaire & l'exemplaire.

IV. La substitution vulgaire est celle par laquelle un testateur substitue un second héritier à un premier héritier institué, au cas que ce premier héritier institué ne veuille ou ne puisse être héritier : *Si ille hæres non erit, ille hæres esto, princ. Inst. de vulgari substitutione.* On peut faire une substitution vulgaire en d'autres termes : ces mots *j'institue un tel & les siens*, ne font qu'une substitution vulgaire, comme l'a remarqué Duperier dans ses Maximes de Droit tit. de la Substitution vulgaire. On peut faire plusieurs degrés de substitués vulgairement les uns aux autres. On peut substituer plusieurs héritiers à un seul, ou un seul à plusieurs, *princ. & §. 1. Inst. de vulgari substitutione.*

V. Il est de la nature de la substitution vulgaire qu'elle devienne inutile & s'évanouisse, si le premier héritier inf-

titué se porte pour héritier, puisqu'elle ne peut avoir lieu que dans le cas où un premier institué ne peut ou ne veut être héritier, comme s'il est décédé avant le testateur, ou qu'il soit incapable ou qu'il répudie l'hérédité : *Si heres non erit*, Ricard tom. 2. des Substitutions chap. 9. n. 609.

VI. La substitution pupillaire est celle par laquelle le pere ou l'ayeul paternel, en faisant son testament, teste pour son fils ou son petit-fils qu'il a en sa puissance, & lui donne un héritier ou des héritiers dans le cas où cet enfant viendrait à mourir en pupillarité, *princ. Inst. de pupillari substitutione*, L. 2. D. de vulgari & pupillari substitutione. Ce testament contient deux testamens, celui du pere & celui de l'enfant : *Duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii* §. 2. *Inst. de pupillari substitutione*.

VII. La substitution exemplaire a été introduite par Justinien, à l'exemple de la pupillaire, dans la Loi *Humanitatis* 9. C. de impuberum & aliis substitutionibus. L'insensé étant incapable de tester comme le pupille, cette Loi permet au pere & à la mere, à l'ayeul & à l'ayeule, en faisant leur testament, de tester pour leur enfant ou petit-fils qui est dans la démence. Il y a néanmoins deux différences essentielles entre la substitution pupillaire & l'exemplaire. La pupillaire ne peut être faite que par le pere aux enfans qui sont en sa puissance, ou par l'ayeul paternel à ses petits-fils qu'il a en sa puissance, & qui par sa mort, ne doivent pas tomber en la puissance de leur pere L. 2. D. de vulgari & pupillari substitutione, & ni le pere ni l'ayeul paternel ne peuvent point faire cette substitution à leurs enfans émancipés. Au contraire, suivant la Loi *Humanitatis*, la substitution exemplaire peut être faite par le pere à ses enfans émancipés & par la mere & les autres ascendans, soit paternels ou maternels de l'un & de l'autre sexe. Une autre différence est que le pere qui fait une substitution pupillaire, peut donner à ses enfans pour héritiers, telles personnes qu'il lui plaît; mais l'ascendant qui fait une substitution exemplaire, ne la peut faire qu'en faveur des enfans & descendans de l'insensé, s'il y en a, & s'il n'y en a point, en faveur des freres & sœurs. Et depuis la Loi *Humanitatis*

Hh ij

la Nouvelle 118. chap. 3. ayant établi le droit de représentation dans le premier degré de la ligne collatérale en faveur des neveux; de manière que par la représentation de leur père ou de leur mère, les neveux sont en même degré que les frères & sœurs: il a été décidé que la substitution exemplaire faite en faveur du neveu de l'insensé étoit valable, & que la sœur de l'insensé ne pouvoit pas s'en plaindre. Le Parlement d'Aix l'a jugé ainsi par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 5. liv. 2. tit. 7. chap. 1. L'ascendant ne peut donc substituer exemplairement telle personne qu'il lui plaît que lorsque l'insensé n'a ni enfans & descendans, ni des collatéraux du premier degré.

VIII. La substitution fidéicommissaire est ou universelle ou particulière. Le fidéicommis universel est celui par lequel l'héritier institué est chargé de rendre au substitué l'hérédité ou une portion de l'hérédité dans un certain tems, ou sous condition, ou lorsqu'il décédera. Le jour incertain fait une condition: *Dies incertus conditionem in testamento facit*, L. 75. L. 79. §. 1. D. de conditionibus & demonstrationibus. Et l'héritier simplement chargé de rendre sans préfixion de tems, n'est obligé de restituer les biens fidéicommissaires qu'en mourant, L. epistolam 75. §. 1. D. ad S. C. Trebellianum. Le fidéicommis particulier est celui par lequel l'héritier ou un légataire sont chargés de rendre une chose particulière.

IX. Les substitutions fidéicommissaires sont reçues en France, tant dans les Pays de Droit écrit que dans les Pays coutumiers. On peut substituer tout ce qu'il est permis de donner, Louet & Brodeau lett. S. fom. 9 On peut faire une substitution fidéicommissaire dans des donations entre vifs, Ordonnance de Moulins art. 57 Déclaration du Roi du 12 janvier 1712, concernant la publication & l'enregistrement des substitutions, Ordonnance des donations de 1731 art. 11.

X. L'héritier de toute l'hérédité ou d'une cote universelle de l'hérédité, chargé d'un fidéicommis universel, a droit en restituant le fidéicommis, de retenir la quarte qu'on appelle trébellianique du nom du Senatusconsulte

Trebellien §. 7. *Inst. de fideicommissariis hæreditatibus & ad S. C. Trebellianum.* Et les actions se divisent entre l'héritier grevé & le fidéicommissaire à proportion de ce qu'ils recueillent chacun de l'hérédité. Mais si l'héritier a un prélegs qui remplisse sa quarte, il est à l'instar d'un légataire, & les charges de l'hérédité passent toutes au fidéicommissaire, §. 9. *Inst. de fideicommissariis hæreditatibus.*

XI. La détraction de cette quarte peut être prohibée par le testateur. L'Ordonnance de 1735. art. 60. permet à tous testateurs de défendre par leurs testamens ou par un codicile postérieur, de retenir les quartes falcidie & trebellianique conjointement avec la légitime. Mais elle défend aux Juges d'avoir égard à la prohibition si elle n'est faite en termes exprès.

XII. La quarte trebellianique des enfans ou des petits-fils qui remplissent le premier degré, ne peut être consumée par la jouissance des fruits. *L. jubemus 6. C. ad S. C. trebellianum*, Boniface tom. 5. liv. 2. tit. 19. chap. 3. Les autres héritiers chargés de fidéicommis, sont obligés d'imputer les fruits à la quarte trebellianique, *L. in fideicommissaria 18. §. 1. D. ad S. C. trebellianum.*

XIII. La substitution compendieuse est celle qui en peu de paroles comprend les deux especes générales de substitutions, la directe & la fidéicommissaire. Elle est vulgaire, si l'héritier institué ne peut ou ne veut être héritier: pupillaire si l'enfant à qui le pere ou l'ayeul paternel, sous la puissance duquel il étoit, a fait cette substitution, meurt en pupillarité: fidéicommissaire si l'héritier meurt après l'âge de puberté.

XIV. Suivant les Docteurs la substitution compendieuse se fait en ces termes: en quelque tems que mon héritier vienne à mourir sans enfans, je substitue Titius: *Quandocumque hæres meus decefferit sine liberis, substituo Titium*; mais cette diction en quelque tems n'est pas nécessaire. Il suffit, comme l'a remarqué Duperier dans ses Maximes de Droit tit. de la substitution compendieuse, que le testateur ait dit: si mon héritier décede sans enfans, je substitue Titius.

XV. Par la substitution pupillaire expresse, la mere du pupille est privée de la légitime suivant la Loi *Papinianus* 8. §. *sed nec impuberis* 5. *D. de inofficioso testamento*, & l'Arrêt du Parlement d'Aix prononcé en robe rouge qui est rapporté dans les Œuvres de M. du Vair. Il n'en est pas de même de la pupillaire tacite comprise dans la compendieuse. La mere étant au milieu, la substitution n'est que fidéicommissaire, à l'exception des cas mentionnés dans notre Statut, dans lesquels la substitution est véritablement pupillaire.

XVI. La matiere des substitutions directes, des fidéicommisses, de la substitution compendieuse & de la quarte trebellianique, est importante & embrasse plusieurs questions. Je n'en ai fait que rappeler ici les principes, parce que j'ai traité cette matiere dans mon Commentaire des Statuts de Provence. On peut voir ce que j'ai écrit au tom. 1. tit. des substitutions sect. 1. des substitutions directes, sect. 2. de la substitution fidéicommissaire, & sect. 3. de la substitution compendieuse pag. 365. & suiv. & sur le Statut de la quarte trebellianique & de la quarte falcidie, sect. 1. de la quarte trebellianique pag. 410. & suiv.



TITRE XI.

Par quels moyens les Testamens sont infirmés.

I. Un testament est infirmé par un second testament fait dans les formes prescrites par le Droit : *Posteriore testamento quod jure perfectum est, superius rumpitur, §. 2. Inst. quibus modis testamenta infirmantur.* Le premier testament est révoqué de plein droit par le second ; de maniere que la clause de révocation du premier testament insérée dans le second, est une précaution surabondante, comme dit Godefroi sur ce §. 2. *Ipso jure (dit-il) ut superflua sit Notariorum cautio qui prioris testamenti revocationem secundo ingerunt.* Et il n'importe que l'héritier institué par le second testament, ne veuille pas se porter pour héritier, comme s'il répudie l'hérédité, ou qu'il ne le puisse pas, comme s'il est mort avant le testateur, ou qu'il soit incapable, le premier testament est annullé ; & il y a ouverture à la succession *ab intestat*, parce qu'il n'y a point d'héritier testamentaire, *dict. §. 2.*

II. Il est fait mention dans le §. 3. *Inst. quibus modis testamenta infirmantur*, d'une constitution des Empereurs Severe & Antonin, par laquelle il fut décidé que le second testament fait dans les formes, révoque le premier testament, quoique l'héritier institué dans le second n'ait été institué qu'en certaines choses *ex certis rebus*. J'ai remarqué ci-dessus tit. 9. de l'institution des héritiers n. 3. que l'héritier institué en une chose particuliere, devient l'héritier universel, s'il n'y a point d'autre héritier institué.

III. Un testament n'est pas révoqué par cela seulement que le testateur auroit eu la volonté de l'annuller ; de maniere que si celui qui avoit fait un premier testament, en a voulu faire un second, & que prévenu par la mort ou parce qu'il auroit changé de volonté, il ne l'ait pas achevé, le premier testament subsiste, §. 7. *Inst. quibus modis testamenta*

infirmetur, L. hac consuliſſima 21. §. ſi quis autem 3. C. de teſtamentis.

IV. Suivant la Loi *ne quis 6. de teſtamentis & codicillis* ; au Code Thédoſien , un teſtament étoit infirmé par le ſeul laps de tems de dix ans. Cela fut corrigé par la Loi *Sanctimus 27 C. de teſtamentis* , par laquelle il fut décidé qu'un teſtament ne pouvoit être infirmé par le ſeul laps du tems , & que néanmoins ſi dix ans s'étoient écoulés , & qu'il conſtât d'une volonté contraire , quoiqu'exprimée avec moins de ſolemnité , le teſtament demeureroit ſans effet , tant par la volonté contraire que par le laps du tems. Sur ce fondement par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 2. liv. 1. tit. 15. chap. un. il fut jugé qu'un teſtament parfait étoit révoqué par des teſtamens nuls faits après dix ans ; la nullité des teſtamens conſiſtoit en ce qu'ils avoient été reçus par des Notaires hors du lieu de leur établifſement. L'Arrêt déclara que la teſtatrice étoit morte *ab in-teſtat*. Il y a un autre Arrêt ſemblable rapporté dans le 2^e. tom. des Œuvres de Duperier aux Arrêts de M. de Thoron fom. 47. voyez Guy Pape & Ferrerius qu. 200. Ricard des donations part. 3. chap. 2. ſect. 2. n. 139. & ſuiv. de Cormis tom. 1. col. 1476. & ſuiv. chap. 26. Il faut remarquer que par la même raiſon qu'on ne reçoit point la preuve par témoins des dernières volontés , on ne doit pas recevoir la preuve par témoins de la révocation d'un teſtament.

V. La ſeule déclaration du teſtateur , portant qu'il révoque ſon teſtament , fera-t-elle ſuffiſante pour le révoquer ? Il eſt certain qu'elle ne ſuffit pas , ſi l'acte qui la contient n'eſt fait en préſence d'un Notaire & du nombre de témoins requis pour la validité d'un teſtament. Régulièrement un acte ne ſe peut détruire que de la même manière qu'on l'a formé : *Nihil tam naturale eſt quam eo genere quidve diſſolvere quo colligatum eſt* , dit la Loi 35. *D. de diverſis regulis juris*. Quelques Auteurs ont prétendu que la déclaration de révocation du teſtament faite devant ſept témoins , ne devoit pas ſuffire pour le révoquer , ſi le teſtateur n'avoit ajouté qu'il vouloit mourir *ab in-teſtat*. C'eſt l'avis de M. de Caſtellan tom. 1. liv. 2. chap. 2. Cette expreſſion tend , il eſt

est vrai, à assurer toujours mieux la révocation du testament; mais on doit convenir qu'elle n'est pas nécessaire, & que ce n'est là qu'une vaine subtilité. Car celui qui déclare devant sept témoins qu'il révoque son testament, déclare par une conséquence naturelle & nécessaire, qu'il veut mourir *ab intestat*. C'est le sentiment de Guy Pape qu. 200. n. 3. & 4. & de Ferrerius sur la même question. Et c'est ainsi que le Parlement d'Aix le jugea par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 5. liv. 1. tit. 14. chap. 4. Il s'agissoit d'un testament fait le 12 juillet 1656, & révoqué par une déclaration du testateur faite devant un Notaire & sept témoins le 20 février de l'année suivante 1657 avec ces termes: » voulant qu'il n'ait aucun effet, comme s'il ne l'a » voit pas fait, & se réservant de disposer de ses biens » en faveur de qui bon lui semblera ». Ces derniers mots faisoient la principale difficulté. Il sembloit que le testateur ne vouloit pas mourir *ab intestat*, puisqu'il se réservoir de disposer de ses biens. Mais cette difficulté n'étoit pas considérable. Car si le testateur, après cette révocation n'avoit point fait de testament, c'est une preuve qu'il avoit laissé ses biens à la disposition de la Loi, & voulu que son héritage appartînt à ses plus proches parens.

VI. Que faudra-t-il dire, s'il s'agit d'un second testament revêtu de toutes les formalités, & qui cependant se trouve nul par l'incapacité ou l'indignité de l'héritier ou par la préterition d'un enfant? Ce testament révoquera-t'il un précédent testament où il ne se trouve aucun de ces défauts? & l'hérédité sera-t-elle déferée aux héritiers *ab intestat* ou aux héritiers écrits dans le précédent testament? Cette question a partagé les Docteurs. Et voici les regles qui paroissent les plus sûres dans cette matiere.

VII. Quand il s'agit d'un second testament, qui est nul par défaut de volonté, comme s'il a été fait par un testateur qui étoit alors dans la démence, ou s'il a été capté & suggéré, s'il a été fait en faveur de ces personnes dont l'autorité sur l'esprit des testateurs fait présumer la captation & la suggestion, comme les tuteurs, les curateurs, les Confes-

seurs, les Médecins, ce second testament ne révoque pas le précédent. La libre volonté du testateur n'est pas moins essentiellement requise pour révoquer un testament que pour tester. Et c'est ainsi que le Parlement d'Aix le jugea par Arrêt du 23 février 1731, prononcé par M. le Premier Président Leuret, sur les conclusions de M. l'Avocat Général de Gueidan, dans les circonstances que je vais rapporter. Therese Garcin, de la ville de Lorgues, avoit fait un premier testament, par lequel elle avoit institué héritier Honoré Vaille. Elle fit un second testament en faveur de la Communauté de son Confesseur Religieux Trinitaire. Honoré Vaille, héritier institué dans le premier testament, demanda la cassation du second, sur le fondement de la captation & suggestion. Rose & Maguerite Boyer, nieces de la testatrice & ses plus proches parentes, rapportèrent la cession des droits des Peres Trinitaires, & demanderent la succession de Therese Garcin, soit en vertu du dernier testament, soit *ab intestat*, à la faveur de la révocation du premier. La cause portée à l'Audience, les nieces établirent leur principale défense sur la révocation du premier testament. Cette cause présenta beaucoup de difficulté, s'agissant de nieces pauvres qui combattoient contre un étranger qui n'étoit ni le parent, ni l'allié de la testatrice. Mais ces considérations ne purent l'emporter sur la rigueur des regles; & par l'Arrêt que je rapporte, le testament fait en faveur de la Communauté des PP. Trinitaires fut déclaré nul & comme tel cassé, & le premier testament fait en faveur d'Honoré Vaille, fut maintenu. Voyez Maynard liv. 8. chap. 50.

VIII. Mais quand le second testament revêtu de toutes les formes requises, n'est pas nul par défaut de volonté, qu'il est nul par l'incapacité ou l'indignité de l'héritier institué, le premier testament est révoqué & demeure sans effet, suivant la Loi *Cùm quidam 2. D. de his quæ ut indignis auferuntur*. Cette Loi parle du testateur qui dispose librement *cùm quidam scripisset hæredes*. Elle ne peut pas par conséquent s'appliquer aux testamens dont l'institution d'héritier est nulle par défaut de volonté; mais elle parle des

héritiers, qui par un défaut personnel, ne peuvent être institués héritiers, *quos instituere non poterat*. Le premier testament est donc révoqué dans ce cas par le testament postérieur, sur-tout si le dernier testament contient la clause expresse de révocation de tous autres testamens. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par Arrêt du 23 février 1672, prononcé par M. le Président de Regusse, en faveur de François Clemens. Il fut décidé qu'un premier testament étoit révoqué par un second testament nul par l'incapacité de l'héritière, qui étoit la bâtarde de la testatrice, & la succession fut adjugée à l'héritier *ab intestat*. Cet Arrêt est rapporté dans les Mémoires de M. Julien, sur la plaidoirie duquel il fut rendu, tit. *Testamentum* fol. 13. Le même Arrêt est rapporté dans le Journal du Palais part. 1. pag. 32. & suiv. Cette décision paroît la plus juste, nonobstant l'Arrêt rapporté par M. de Catellan liv. 2. chap. 84. Voyez Henrys tom. 3. liv. 5. qu. 12. Sur le même fondement, le second testament, qui est nul par la prétériton d'un enfant, révoque le testament précédent. Duperier tom. 2. aux Arrêts de M. de Coriolis, som. 24. rapporte un Arrêt du 6 octobre 1578 qui le jugea ainsi.

IX. La règle qu'un testament parfait est révoqué par un testament parfait postérieur, avoit souffert quelque atteinte par les clauses déroatoires qui étoient en usage avant l'Ordonnance des Testamens de 1735. Un testateur faisant son testament, y apposoit cette clause, que s'il faisoit un autre testament, ce second testament ne pourroit valoir, & le premier sortiroit son effet, à moins que dans le second il ne rappellât expressément certains mots exprimés dans le premier. Ces clauses, qui n'ont point de vrai fondement dans les textes du Droit, furent une invention des Docteurs & reçues dans tous les Tribunaux. La Jurisprudence néanmoins excepta bien des cas où le premier testament étoit révoqué, quoique la clause déroatoire n'eût pas été exprimée dans le second, comme l'a remarqué Duperier dans ses Maximes de Droit, tit. *de la Clause déroatoire*. Les clauses déroatoires donnoient lieu à bien des abus. Loin

d'être un rempart contre la captation & la suggestion, elles étoient souvent un piège tendu à l'ignorance & à la foiblesse des testateurs. Et l'Ordonnance de 1731 art. 76. les a abrogées en ces termes : » Abrogeons l'usage des clauses déro-
 » gatoires dans tous testamens, codiciles, ou dispositions
 » à cause de mort. Voulons qu'à l'avenir elles soient re-
 » gardées comme nulles & de nul effet, en quelques ter-
 » mes qu'elles soient conçues.

X. Si le testateur a ouvert son testament mystique & solemnel, s'il en a rompu les sceaux, ce testament ne peut valoir, il n'est plus en la forme où il doit être. Et l'on présume que le testateur l'a révoqué, *L. nostram provisionem 30. C. de testamentis, L. ad testium 22. §. si signa 3. D. qui testamenta facere possunt, L. 1. §. si hæres 8. D. si tabulæ testamenti nullæ extabunt.*

XI. Le testament étoit infirmé, suivant les Loix Romaines, par le changement d'état du testateur, *cùm is qui fecit testamentum capite diminutus sit §. 4. Inst. quibus modis testamenta infirmentur, L. ejus 8. §. 1. & 2. D. qui testamenta facere possunt, L. si quis 6. §. 5. & 6. D. de injusto, rupto, irrito facto testamento.* Cela arrivoit, lorsque le testateur étant fait esclave perdoit la liberté & le droit de Cité : lorsqu'il perdoit seulement le droit de Cité par la condamnation à la mort, ou à une peine qui emportoit la mort civile, & lorsqu'étant pere de famille, *sui juris*, il se donnoit en adoption & devenoit par là fils de famille. L'esclavage & l'adoption n'ont plus lieu parmi nous. De sorte qu'il n'y a que le changement qu'opere la condamnation à une mort naturelle ou civile, qui annule le testament.

XII. L'on avoit douté s'il n'avoit pas été dérogé par les Nouvelles aux textes que je viens de rapporter, la Nouvelle 134. chap. 13. ayant abrogé la confiscation des biens, & la Nouvelle 22. chap. 8. la servitude de la peine, qui étoient attachées à la condamnation à la mort naturelle ou civile ; mais ces raisons n'étoient pas les seules qui avoient servi de fondement à la décision des Loix. Il y a une autre regle, suivant laquelle un testament ne peut être valable, si le testateur n'a eu la capacité de tester, & au tems

de son testament & au tems de sa mort : ce qu'il faut entendre pour le tems de la mort, non de l'incapacité de tester provenue de quelque défaut naturel, comme d'être devenu sourd & muet, prodigue ou insensé, mais d'une incapacité imprimée sur l'état de la personne. Sur ce fondement il est décidé que le testament est annullé par la condamnation à la mort ou à une peine qui emporte la mort civile. Voyez Domat dans ses Loix civiles liv. 3. tit. 1. sect. 2. n. 14. d'Olive liv. 5. chap. 7. Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 18. n. 799. Duperier tom. 1. liv. 2. quest. 4. Furgole des Testamens tom. 1. chap. 4. sect. 1. n. 27. & suiv. & sect. 2. n. 121. & suiv. Richer dans son Traité de la mort civile liv. 3. chap. 6. sect. 1. & 2. pag. 476. & suiv.

XIII. Quant au changement d'état que fait la profession religieuse, il est certain qu'il ne produit pas le même effet. Le testament que le Religieux a fait avant sa profession, est valable & digne de toute la faveur des Loix.

XIV. Un testament est encore annullé par la préterition des enfans dans les testamens de leurs pere & mere, ayeul ou ayeule, & celle des ascendans dans les testamens de leurs enfans qui ne laissent point d'enfans. J'ai remarqué dans le titre 9. de l'institution des héritiers n. 22. & suiv. quelles sont les personnes qu'un testateur est obligé d'instituer ses héritiers, & dont la préterition annule le testament. La plainte d'inofficiosité étoit donnée, non seulement aux enfans préterits ou injustement exhéredés dans les testamens de leurs ascendans, mais encore aux ascendans préterits ou injustement exhéredés dans le testament de leurs enfans : *Non liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam liberorum parentibus*, §. 1. *Inst. de inofficioso testamento*. Par le nouveau Droit le testament étant nul, quant à l'institution d'héritier, suivant la Nouvelle 115. chap. 3. on ne vient point par la plainte d'inofficiosité, mais par l'action de nullité & de cassation du testament.

XV. Le testament étoit rescindé dans son entier, tant pour l'institution d'héritier que pour les legs, suivant la

Loi *Papinianus* 8. §. *si ex causâ* 16. *D. de inofficioso testamento* ; mais par le nouveau Droit, la seule institution d'héritier est annullée, & les autres dispositions sont maintenues. C'est la désicion de la Nouvelle 115. chap. 3. d'où a été tirée l'authentique *ex causâ C. de liberis præteritis vel exhæredatis*, en ces termes : *Ex causâ exhæredationis vel præteritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones, cætera namque firma permanent.*

XVI. Avant l'Ordonnance de 1735, la prétérition n'annulloit pas les substitutions dont l'héritier étoit chargé. L'on observoit même, comme l'a remarqué Duperier dans ses *Maximes de Droit tit. de la Prétérition des enfans & de l'Authentique ex causâ*, qu'en cas de prétérition, soit par le pere ou par la mere, la clause codicillaire, qui est conservée par l'Authentique *ex causâ*, changeoit l'institution d'héritier en fidéicommis, par lequel les héritiers *ab intestat* étoient chargés de restituer l'hérédité à l'héritier écrit, selon la Loi dernière *C. de codicillis*. Mais cela a été corrigé par l'Ordonnance de 1735 art. 53. en ces termes : » En » cas de prétérition d'aucuns de ceux qui ont droit de légitime, le testament sera déclaré nul quant à l'institution d'héritier, sans même qu'elle puisse valoir comme fidéicommis ; & si elle a été chargée de substitution, ladite substitution demeurera pareillement nulle, le tout encore que le testament contient la clause codicillaire, laquelle ne pourra produire aucun effet à cet égard, sans préjudice néanmoins de l'exécution du testament, en ce qui regarde le surplus des dispositions du testateur.

XVII. Mais toute action de nullité contre le testament cesse, si le testateur a légué quelque chose ou une somme, quelque modique qu'elle soit, à titre d'institution d'héritier, à ceux qui ont droit de légitime sur ses biens. Je l'ai remarqué ci-dessus tit. 9. *de l'Institution des héritiers* n. 26. & suiv. Ainsi par Arrêt du Parlement d'Aix du 26 mai 1679, rapporté par Boniface tom. 5. liv. 1. tit. 15. chap. 1. la Cour confirma le testament d'un pere, par lequel il léguoit à sa fille unique la somme de 18 liv. payable lorsqu'elle se marieroit, à titre d'institution particuliere, sans la qualifier

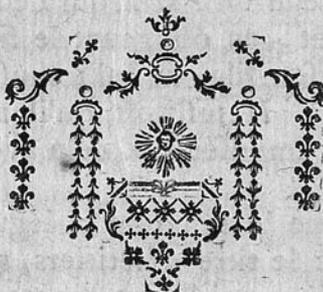
du nom de sa fille. Le même Arrêt est rapporté dans le Journal du Palais part. 7. pag. 42. & suiv. sous la datte du 11 juin 1679. C'est sur le même principe que, par Arrêt du 7 juin 1731, prononcé par M. le Premier Président Lebrer, confirmatif du Jugement de la Chambre des Requêtes du Palais, la Cour confirma le testament du sieur Ganteaume de la ville de Toulon, par lequel il n'avoit légué à son fils qu'une somme à titre d'institution particulière, & avoit institué son héritiere la Dame d'Auviere, & légué 10000 liv. à Me. Ganteaume, Avocat au Parlement. Il y avoit dans cette cause cette circonstance remarquable, sur laquelle le fils appuyoit principalement sa défense, que le pere avoit contesté l'état de cet enfant, né quelques mois après son mariage. Sur quoi il y avoit eu un procès pardevant la Cour, dans lequel il étoit intervenu un Arrêt qui déclaroit l'enfant légitime; mais cet Arrêt, en obligeant le sieur Ganteaume de le reconnoître pour son fils, ne lui imposoit pas la nécessité de mourir *ab intestat*. Il suffisoit qu'il remplît l'obligation que la Loi lui avoit imposée, & cela avoit été fait par son testament.

XVIII. Si ce que le testateur a légué à ses enfans ou à ses ascendans avec le titre d'héritiers, ne remplit pas leur légitime, la seule action qui leur compete, est d'en demander le supplément, comme je l'ai remarqué ci-dessus tit. 9. de l'Institution des héritiers n. 27; ce qui est confirmé par l'art. 52. de l'Ordonnance de 1735, portant que » ceux à qui » il aura été laissé moins que leur légitime à titre d'institution, pourront former leur demande en supplément de » légitime.

XIX. La légitime des enfans est une dette naturelle; mais la quotité en est réglée par les Loix civiles. Par l'ancien Droit, c'étoit la quatrième partie de ce que l'enfant auroit eu *ab intestat*, *quarta legitimæ portionis* §. 3. §. 6. *Inst. de inofficioso testamento*, *L. Papinianus* 8. §. 8. au même titre du Digeste. Voilà pourquoi la légitime étoit appelée *quarta*. Par le nouveau Droit, dans la Nouvelle 18. chap. 1. d'où a été tirée l'Authentique *novissimâ lege* *C. de inofficioso testamento*, s'il y a quatre enfans ou moins la légitime est le tiers

des biens héréditaires; s'il y a cinq enfans ou un plus grand nombre, c'est la moitié à partager également entre eux.

XX. La matiere de la légitime des enfans sur les biens de leurs ascendans & des ascendans, sur les biens de leurs descendans qui n'ont point d'enfans, donne lieu à beaucoup de questions. On pourra les voir dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. sur le Statut concernant la légitime pag. 483. & suiv.



TITRE XII.

De la qualité & de la différence des Héritiers.

I. Le Droit Romain distinguoit trois sortes d'héritiers. Et premièrement les héritiers nécessaires; c'étoient les esclaves institués héritiers par leurs maîtres, appelés héritiers nécessaires, parce qu'ils étoient obligés d'être héritiers §. 1. *Inst. de hæredum qualitate & differentiâ.* 2°. Les héritiers siens & nécessaires *sui & necessarij*, c'étoient les enfans qui étoient sous la puissance de leur pere lors de sa mort. Ils étoient obligés par l'ancien Droit d'être héritiers; mais le Prêteur leur permit de s'abstenir de l'héritage paternel §. 2. du même titre. 3°. Les héritiers étrangers, *extranei*, c'est-à-dire ceux qui n'étoient pas sous la puissance du testateur §. 3. du même titre.

II. Nous ne connoissons point ces différences. Il n'y a plus d'esclaves parmi nous; & les héritiers, soit que ce soient les enfans qui sont sous la puissance du testateur, soit que ce soient des enfans émancipés ou des étrangers, peuvent à leur gré renoncer à la succession qui leur est déferée par testament ou par la disposition de la Loi; & nous suivons la maxime que n'est héritier qui ne veut, comme l'a remarqué Le Brun des Successions liv. 3. chap. 1. n. 37. C'est la disposition de l'art. 316. de la Coutume de Paris.

III. Toute sorte d'héritiers peuvent aussi prendre l'héritage par le bénéfice d'inventaire introduit par Justinien dans la Loi dernière C. *de jure deliberandi*, & dont il est fait mention dans le §. 5. *Inst. de hæredum qualitate & differentiâ.*

IV. Ainsi nous distinguons deux sortes d'héritiers: l'héritier pur & simple, & l'héritier par bénéfice d'inventaire. L'héritier pur & simple est celui qui s'étant porté pour héritier purement & simplement & sans recourir au bénéfice d'inventaire, s'oblige par là à payer les dettes du défunt, & les legs §. 6. *Inst. de hæredum qualitate & differentiâ* §. 5.

Inst. de obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur, art. 317. de la Coutume de Paris.

V. On fait acte d'héritier, en disposant en maître des biens de l'hérédité, en les vendant, en cultivant les héritages, en les donnant à louage, & de quelque manière qu'on fasse connoître la volonté qu'on a de se porter pour héritier : *Pro hærede gerere quis videtur, si rebus hæreditariis tanquam hæres utatur, vel vendendo res hæreditarias, vel prædia colendo, locandove & quoquo modo voluntatem suam declaret vel re vel verbo de adzundâ hæreditate* §. 6. *Inst. de hæredum qualitate & differentiâ*. On distingue les actes ambigus, comme d'avoir fait ensevelir le défunt, d'avoir habité la maison pour la garder, d'avoir nourri la famille du défunt, & les actes certains, comme d'avoir intenté les actions héréditaires, d'avoir racheté les biens que le défunt avoit vendus sous le pacte de rachat, d'avoir transigé sur un procès de l'hérédité, d'avoir fait quelque chose en la qualité d'héritier, d'avoir exigé, donné ou remis les dettes actives de l'hérédité, d'en avoir payé les dettes passives. Les premiers ne sont pas une preuve qu'on se soit porté pour héritier. Les seconds rendent héritier celui qui les a faits. D'Argenté fait cette distinction sur la Coutume de Bretagne art. 514. glos. 2. n. 2. & 3. *Ambiguum factum est defunctum sepelisse: in domo defuncti habitasse, si custodiæ causâ prætexiur: defuncti familiam aluisse: canes venaticos defuncti abduxisse, pro hærede gessisse non est. Certus actus est actiones hæreditarias intendisse; prædia ex conventionem retraxisse quæ defunctus vendiderat lege redimendi: de lite hæreditatis transigisse: expressâ hæreditatis qualitate quidquam gessisse: debita hæreditaria exegisse, donasse, remisisse, solvisse*. Voyez Louet & Brodeau lett. H som. 10. Le Brun des Successions liv. 3. chap. 8. sect. 2.

VI. L'héritier par bénéfice d'inventaire est celui qui ayant eu recours à ce bénéfice de la Loi, ne confond pas ses droits avec ceux du défunt, & ne peut être tenu envers les créanciers héréditaires & les légataires au-delà des forces de l'héritage. Il peut même retenir la quarte falcidie sur les legs, lorsque le testateur a légué ou donné à cause de

mort plus des trois quarts de ses biens. C'est la décision de la Loi dernière §. *Et si præfatam* 4. C. de jure deliberandi, en ces termes : *Et si præfatam observationem inventarii faciendi solidaverint, hæreditatem sine periculo habeant & legis falcidiæ adversus legatarios utantur beneficio : ut in tantum hæreditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant ; & eis satisfaciant qui primi veniant creditores : & si nihil reliquum est posteriores venientes repellantur ; & nihil ex suâ substantiâ penitus hæredes amittant. Ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant.*

VII. Il faut remarquer que le bénéfice d'inventaire n'a pas lieu pour les héritiers des comptables des deniers du Roi. Ils doivent à cet égard se porter pour héritiers purs & simples envers le Roi, ou renoncer à la succession. C'est la disposition de l'art. 16. de l'Ordonnance de Rouffillon de 1563, en ces termes : » Les prochains habiles à suc-
» céder à ceux qui décéderont en office & charge &
» administration de nos finances, ne seront reçus à se
» porter héritiers par bénéfice d'inventaire des défunts,
» ains seront tenus se porter héritiers simples ou renoncer
» à la succession d'iceux ». Le même article fait néanmoins une exception en faveur des mineurs pour le regard du bénéfice d'inventaire. Voyez Le Bret plaidoyer 9. Peleus quest. 119. Le Brun des Successions liv. 3. chap. 4. n. 7. Mais cette Ordonnance n'exclut pas le bénéfice d'inventaire à l'égard des créanciers, autres que le Roi, comme l'a remarqué Le Brun au lieu cité ; & tout ce qu'on en doit conclure, c'est qu'à l'égard du Roi les héritiers des comptables sont obligés comme héritiers purs & simples, s'ils ne renoncent pas à la succession. Quoique l'Ordonnance ne parle que des héritiers des Officiers comptables, sa disposition a été étendue aux héritiers de leurs Commis, parce que la même raison s'y rencontre, comme il fut jugé par l'Arrêt du mois de novembre 1602, rapporté par M. Le Bret au lieu cité. Et on l'a jugé encore contre les héritiers des Receveurs des Consignations, à l'égard des créanciers des Consignations, à cause de la conséquence du

dépôt public, Le Brun au lieu cité n. 9. Boniface tom. 5. liv. 1. tit. 24. chap. 8.

VIII. Pour être reçu héritier par inventaire, il y a des formes à observer: Premièrement, on ne peut être reçu à ce bénéfice du Droit, qu'en obtenant des Lettres prises en Chancellerie. Et quoique Le Brun dans son Traité des Successions liv. 3. ch. 4. n. 2. ait prétendu que les Lettres ne sont nécessaires que dans les Pays Coutumiers, il est certain que cette forme est observée en Provence, & qu'on n'y seroit point reçu au bénéfice d'inventaire sans lettres.

IX. Il faut encore, pour être reçu héritier par inventaire, s'être pourvu dans le tems de droit. L'inventaire devoit être fait dans trois mois, à compter du jour que l'héritier avoit sçu que l'hérédité lui étoit déferée, suivant la Loi dernière, §. *in autem 2. C. de jure deliberandi*. Et l'Ordonnance de 1667 tit. 7. *des délais pour délibérer* art. 1. donne à l'héritier trois mois pour faire inventaire, & quarante jours pour délibérer, en ces termes: » l'héritier » aura trois mois depuis l'ouverture de la succession pour » faire l'inventaire & quarante jours pour délibérer; & » si l'inventaire a été fait avant les trois mois, le délai » de quarante jours commencera du jour qu'il aura été » parachevé.

X. Un majeur de vingt-cinq ans qui a fait acte d'héritier pur & simple, & qui ne s'est pas pourvu dans les délais de l'Ordonnance, n'est donc point reçu dans la suite à prendre l'héritage par bénéfice d'inventaire. C'est ainsi que nous l'observons; & les femmes même ne sont pas restituées envers cette omission. Plusieurs Arrêts l'ont ainsi jugé. Il y a celui du 19 juin 1577 rapporté au tom. 2. des Œuvres de Duperier aux Arrêts de M. de Coriolis tom. 30. celui du 24 mai 1662 rapporté par Boniface tom. 2. liv. 1. tit. 14. chap. un. Et c'est ainsi que le Parlement le jugea par Arrêt du 28 janvier 1735 prononcé par M. le Président de Bandol en faveur de Me. Jacques Autheman Avocat, contre la Dame de Martin sa mere.

XI. Cette règle souffre néanmoins une exception dans

le cas où il vient à paroître un nouveau créancier, dont la créance étoit inconnue à l'héritier, *si improvisum emerferit debitum*, comme dit la Loi dernière, C. de jure deliberandi. On est reçu dans ce cas au bénéfice d'inventaire, quoique les délais de l'Ordonnance soient expirés, & ces délais ne courent que du jour où l'héritier a eu connoissance de la nouvelle dette. L'erreur de fait est un moyen légitime de restitution. C'est ainsi que l'ont jugé les Arrêts du Parlement d'Aix. Il y a celui du 30 avril 1671. rapporté dans les Mémoires de M. Julien tit. *hæres fol. 5.* en ces termes: *30 aprilis 1671. in causâ Caroli & Jacobi Isnard Aptensium, propter novum æs alienum, fœmina restituta est adversùs aditionem hæreditatis.* La même chose fut jugée par Arrêt du 15 février 1758. au rapport de M. Le Blanc de Mondespin en faveur de Michel Chave, Marchand Gantier de la ville d'Aix, contre Claire Courand, veuve de Louis Chave. Sauveur Chave étoit mort le 25 mai 1734. & deux ans après Michel Chave son héritier, sur la survenance d'une nouvelle dette contenue dans un billet de la somme de 500 liv. prit des lettres royales, & il fut reçu héritier par bénéfice d'inventaire par Sentence du 19 octobre 1736. Plusieurs années après Claire Courand, veuve de Louis Chave, l'autre fils de Sauveur Chave, vint demander sa dot. On lui opposa le bénéfice d'inventaire. Elle appella de la Sentence qui avoit reçu Michel Chave héritier bénéficiaire. Par l'Arrêt la Sentence fut confirmée. Sur le même moyen par Arrêt du 28 mai 1771, au rapport de M. Debezieux, en faveur de Thérèse Agarra du lieu du Puget, une héritière qui avoit agi comme héritière pure & simple pendant plus de trente ans, fut reçue au bénéfice d'inventaire. Il avoit été formé contre elle une demande, à laquelle elle opposoit la prescription de trente ans; & elle avoit obtenu gain de cause par la Sentence du premier Juge. L'appel de cette Sentence ayant été porté pardevant le Parlement, il intervint Arrêt par lequel elle fut infirmée sur le fondement que la prescription avoit été interrompue. Ce fut après cet Arrêt que l'héritière impétra des lettres de bénéfice d'inventaire; & par l'Arrêt que je

rapporte il fut jugé qu'elle y étoit recevable, sur le fondement que le délai de trois mois & quarante jours porté par l'Ordonnance, ne devoit courir que du jour de l'Arrêt, & non du jour de la demande. Voyez Henrys liv. 4. quest. 2.

XII. Par la même raison que celui qui s'est porté pour héritier pur & simple, est reçu au bénéfice d'inventaire, lorsqu'il vient à paroître de nouvelles dettes qui lui étoient inconnues, il est reçu à répudier la succession en rendant compte. C'est ainsi que le Parlement, tenant la Chambre des Vacations, le jugea par Arrêt du 12 juillet 1736, entre Gaspar & Jean Feraud, Matelots de la ville de Martigues, & le Sr. François-Bruno Chauffe. Gaspar & Jean Feraud avoient procédé au partage de l'héritage de leurs pere & mere; Chauffe vint faire des poursuites contre eux, pour des dépens adjugés contre leur pere par Arrêt du 26 avril 1713. Ils répudièrent l'héritage de leur pere par Ordonnance du Lieutenant de Martigues du 22 mars 1736; Chauffe appella de cette Ordonnance au Parlement. Ils impétrèrent des lettres royaux pour être restitués envers les actes d'héritiers, sur le fondement de la nouvelle dette qui leur avoit été inconnue. L'Arrêt qui intervint, faisant droit à leurs Lettres royaux, confirma l'Ordonnance de répudiation.

XIII. Bornier sur l'art. 1. de l'Ordonnance de 1667, tit. 7. des Délais pour délibérer, observe que selon l'usage du Pays de Provence, un héritier peut en tout tems faire procéder à l'inventaire des biens du défunt, quand une fois il y a été admis, à moins que les créanciers légitimes ne l'en aient fait déchoir. Il cite un Arrêt du 23 août 1666, qui ordonna une enquête par Turbes pour la preuve de cet usage. Cet Arrêt est antérieur à l'Ordonnance de 1667. Il paroît toutefois que cet usage s'est maintenu. Le Règlement du Parlement de 1678 tit. 3. art. 41. porte que » l'héritier » qui voudra accepter l'héritage par bénéfice de la Loi & » par inventaire dans le tems de droit, en fera la déclaration, » & fera procéder à l'inventaire dans le tems de droit, » autrement il en sera définitivement déchu ». Sur quoi M. de Montvalon, dans son Précis des Ordonnances, au mot

Inventaire, pag. 222. dit : » Il y est donc reçu jusqu'à ce » que la définitive déchéance soit prononcée; & tel est notre » usage ». Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par Arrêt du 21 juin 1754, au rapport de M. de Lauris, en faveur du Baron d'Oppede, Seigneur du lieu de St. Julien, contre la Communauté du même lieu. Par cet Arrêt le Baron d'Oppede fut maintenu dans la qualité d'héritier par bénéfice d'inventaire de son pere, quoiqu'il n'eût pas fait encore procéder à l'inventaire, & que le pere fût mort depuis plusieurs années.

XIV. L'héritier qui n'a pas fait un inventaire fidele & qui a recelé & diverti les effets de la succession, sera-t-il déchu du bénéfice d'inventaire & déclaré héritier pur & simple? La Loi dernière §. *licentia* 10. C. de *jure deliberandi*, le foumet à la peine du double de ce qui a été recelé. Sur ce fondement, Expilly chap. 169. & Lapeyrere lett. H. n. 3. tiennent que dans le cas proposé l'héritier n'est pas privé du bénéfice d'inventaire. L'Arrêt que rapporte Expilly le jugea ainsi. Le Parlement de Paris a jugé le contraire par l'Arrêt rapporté par Louet lett. H. som. 24. Et il paroît qu'on doit suivre ce sentiment lorsque, comme dans le cas de cet Arrêt, il s'agit d'un héritier qui a recelé les effets héréditaires, non par pure négligence, mais volontairement & par dol & fraude. On peut fonder cette décision sur la Loi dernière, §. & *si præsum* 4. C. de *jure deliberandi*, & la Nouvelle 1. chap. 2. §. 2. C'est l'avis de Fachineus *controvers. juris* liv. 4. chap. 37. où il traite doctement cette question. C'est aussi l'avis de Le Brun dans son Traité des Successions liv. 3. chap. 4. n. 15. Et des Arrêts du Parlement d'Aix ont ainsi jugé. Boniface tom. 5. liv. 1. tit. 24. chap. 4. rapporte un Arrêt du dernier juin 1672, par lequel il fut ordonné que l'héritier seroit définitivement déchu de la qualité d'héritier par bénéfice d'inventaire, à faute de remettre dans la quinzaine le livre de raison du défunt; & dans le Traite des Successions de M. de Montvalon chap. 4. art. 19. il est fait mention d'un autre Arrêt du 19 avril 1679, qui déclara la Dlle. de Bonneau héritiere pure & simple pour avoir caché des meubles de l'héritage.

XV. L'héritier par bénéfice d'inventaire sera-t-il reçu à répudier l'hérédité ? C'est la plus commune opinion qu'il y doit être reçu en rendant compte des effets héréditaires & des jouissances qu'il a eues. La raison en est qu'il n'a point contracté avec les créanciers & les légataires, & qu'il n'y a point de confusion de ses biens & de ses droits avec ceux du défunt. C'est le sentiment de Mornac sur la Loi 11. §. dernier, *D. de interrogationibus in jure faciendis*, & sur la Loi *in commodato* 17. §. *voluntatis D. commodati*, de Ferriere sur les Œuvres de Bacquet des Droits de Justice chap. 15. n. 34. de Lapeyriere lett. H. n. 9. Ce sentiment paroît être le mieux fondé, quoique Loyseau dans son Traité du Déguerpissement liv. 4. chap. 1. n. 10. & suiv. ait été d'un avis contraire. Et la question s'étant présentée au Parlement d'Aix en 1687, au procès de M. de Perier, Conseiller au Parlement, il intervint Arrêt par lequel il fut reçu à répudier une hérédité prise par bénéfice d'inventaire depuis plusieurs années.

XVI. Mais l'héritier qui a pris l'héritage par bénéfice d'inventaire n'y pourra pas renoncer & se porter pour héritier pur & simple malgré les créanciers. L'instance de bénéfice d'inventaire étant ouverte, le droit en est acquis aux créanciers dont les poursuites ne peuvent être arrêtées que par le paiement effectif des sommes qui leur sont dues. C'est ainsi que le Parlement le jugea au rapport de M. de Chenerilles par Arrêt du 28 avril 1732 qui confirma la Sentence du Lieutenant en la Sénéchaussée d'Aix du 21 juillet 1731 en faveur de Dominique Lourd de la ville de Pertuis pour qui j'écrivois, contre Dlle. Therese Martelly. La même chose fut jugée par Arrêt de la Chambre des Vacations du Parlement du 30 septembre 1746, en faveur de Dame Elisabeth de Castellane, veuve du Sr. Louis-Jules de Valavoire, contre le Sr. Honoré-Renaud de Valavoire, Seigneur de Valavoire & Dame Philis de Pontis.

XVII. C'est une question qui a été souvent agitée, si un testateur pouvoit prohiber à son héritier de prendre son héritage par bénéfice d'inventaire. Cujas sur la Loi dernière *C. de jure deliberandi*, estime que le testateur le peut.

peut. Et c'est le sentiment de Rolandus à Valle de inventario part. 5. quest. 28. de Peregrinus de fideicommissis art. 11. n. 76. Mais le plus grand nombre a été d'un avis contraire. Et plusieurs Arrêts ont jugé suivant cet avis, sur le fondement que le droit de prendre l'hérédité par bénéfice d'inventaire est un bénéfice de la Loi, qui ne peut pas être prohibé à l'héritier. Il y a l'Arrêt du Parlement de Paris du 7 juillet 1625. rapporté par Henrys tom. 3. liv. 5. qu. 30. par Bardet tom. 1. liv. 2. chap. 50. & dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 1. chap. 62. & ceux qui sont rapportés par Ferrerius sur la quest. 352. de Guy Pape, La Roche-Flavin liv. 6. tit. 55. art. 1. Chorier en sa Jurisprudence de Guy Pape liv. 3. sect. 7. art. 2. n. 3. pag. 208. Expilly chap. 170. Barry de successionibus liv. 11. tit. 9. n. 6. Catellan liv. 2. chap. 44. C'est le sentiment de Le Brun des Successions liv. 3. chap. 4. n. 5.

XVIII. Toutefois lorsqu'il ne s'agit pas simplement de la prohibition du bénéfice d'inventaire, & qu'à la prohibition le testateur ajoute que son héritier sera privé de son hérédité, s'il ne l'accepte purement & simplement, nommant dans ce cas un autre héritier sous la même condition. Plusieurs ont estimé que c'est une disposition conditionnelle qui doit produire son effet. C'est l'avis du Président Faber déf. 43. C. de jure deliberandi, qui dit qu'il en est de cette condition, comme de la condition s'il ne monte pas au Capitole, *si in Capitolium non ascenderit*. Et le même Auteur rapporte un Arrêt rendu par le Sénat de Chambery, les Chambres assemblées, qui le jugea ainsi : *Senatus, convocatis classibus, pronuntiavit valere prohibitionem*. C'est le sentiment de Lapeyrere lett. H. n. 21. de Bretonnier sur Henrys liv. 5. quest. 30. n. 9. » ce que (dit ce dernier) le testateur ne peut pas faire » directement, il le peut faire indirectement, en ordonnant à l'héritier institué d'accepter la succession purement & simplement, sinon & faute de ce faire, instituer un autre héritier ». Et Henrys au même endroit n. 4. rapporte une Sentence du Présidial de Lyon qui jugea que la prohibition étoit valable, quand il y a un

second héritier institué, faite par le premier de satisfaire à la condition. Ce sentiment est encore appuyé de cette considération que le bénéfice d'inventaire donne lieu à bien des fraudes & à bien des abus au préjudice des créanciers, comme l'ont remarqué Loyseau dans son Traité du déguerpissement liv. 2. chap. 3. n. 14. Henrys liv. 6. quest. 11. n. 3. le Président Faber déf. 43. C. de jure de liberandi.

XIX. Quand un majeur de vingt-cinq ans a répudié judiciairement ou par un autre acte, un héritage ou un legs, pourra-t-il être restitué envers sa répudiation, & reprendre l'héritage ou demander son legs? C'est une règle de droit qu'en matière de répudiation d'un héritage ou d'un legs, faite par une personne majeure, il n'y a plus de retour : *Remittentibus jura sua non datur regressus*. Cette règle néanmoins souffre une exception en faveur des enfans. Ils sont restitués envers la répudiation qu'ils ont faite de l'héritage de leur pere ou de leur mere, ou des legs que leur pere ou leur mere leur ont faits. Les Arrêts qui l'ont ainsi jugé sont rapportés par Boniface tom. 2. liv. 1. tit. 19. chap. un. & tom. 5. liv. 1. tit. 25. chap. 6.

XX. Par le Droit Romain si l'héritier, soit testamentaire ou légitime, mouroit avant l'ouverture du testament ou sans avoir fait acte d'héritier, il ne recueilloit pas la succession & ne la transmettoit pas à ses héritiers. On considéroit la capacité de l'héritier principalement au tems de l'adition de l'hérédité. *Et cum adit hæreditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive purè, sive sub conditione hæres institutus sit; nam jus hæredis eo maximè tempore inspiciendum est, quo acquirit hæreditatem*, dit le §. 4. *Inst. de hæredum qualitate & differentiâ*. C'est aussi la décision de la Loi *cum hæredes* 23. *D. de acquirendâ vel amittendâ possessione*. Les descendans furent néanmoins exceptés de cette disposition pour la succession de leurs pere & mere, ou autres ascendans. Il est décidé dans la Loi unique C. *de his qui antè apertas tabulas hæreditatem transmittunt*, que les enfans & les autres descendans institués héritiers par leurs pere & mere, ou autres ascendans, venant à mourir avant l'ouverture du testa-

ment, soit qu'ils sçussent qu'ils étoient héritiers, ou qu'ils l'eussent ignoré, transmettoient leur droit à leurs enfans. Nous tenons en France, sans distinction des enfans & descendans & des héritiers étrangers, que tout héritier testamentaire ou légitime survivant au défunt, recueille sa succession, & venant à mourir sans avoir fait acte d'héritier, la transmet à ses successeurs. C'est la regle *le mort saisit le vif*: c'est-à-dire, que dès l'instant de la mort du défunt, son héritier est rendu maître & possesseur de ses biens, quoiqu'il n'ait fait aucun acte pour en prendre possession. Et cette regle a lieu tant pour les Pays de Droit écrit, que pour les Pays Coutumiers, comme l'ont remarqué *Benedicti* sur le chap. *Raynutius verb. mortuo itaque testatore* 2. n. 71. *Papon* dans ses Arrêts liv. 21. tit. 6. n. 1. & 2. *Tiraqueau* dans son Traité *le mort saisit le vif* part. 1. déclarat. 2. n. 1. & suiv. *Godefroy* sur la Loi *cum hæredes* 23. *D. de acquirendâ vel amittiendâ possessione*, *Loisel* Institutes coutumieres liv. 2. tit. 5. art. 1. *Ferriere* sur l'art. 318. de la Coutume de Paris, *Duperier* dans ses Maximes de Droit tit. de la *Substitution vulgaire*. Ce dernier observe que l'héritier testamentaire ayant survécu au testateur sans avoir toutefois fait acte d'héritier, l'hérédité sera transmise à l'héritier de cet héritier, & non au substitué vulgairement.



TITRE XIII.

Des Legs.

I. Après avoir parlé des institutions d'héritier & des substitutions, il convient de parler des legs. Le legs est une espece de donation faite par le défunt, & dont la délivrance doit être faite par l'héritier, *donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præstanda* §. 1. *Inst. de legatis*. Ces mots *ab hærede præstanda*, ne sont point dans la Loi *legatum* 36. *D. de legatis* 2°. où le legs est défini *donatio testamento relicta*, ni dans les Institutes de Théophile au titre de *legatis* où le legs est défini *donatio à defuncto relicta*. Sur quoi Fabrot dans ses notes sur les Institutes de Théophile dit que ces mots *ab hærede præstanda*, ne sont point dans les Livres anciens ni dans les Institutes de Théophile : *Illa verba, ab hærede præstanda, nec Libri veteres, nec Theophilus agnoscunt*. Il est cependant vrai que le légataire doit recevoir la chose léguée de la main de l'héritier.

II. Cette regle néanmoins a des exceptions, & le légataire peut prendre de sa propre autorité la possession de la chose léguée ; premièrement si le testateur l'a ainsi ordonné, & que la chose léguée consiste en corps héréditaire qui soit en la possession du testateur suivant la Doctrine de Guy Pape quest. 609. 2°. Si le légataire a été institué héritier en la chose léguée, suivant le Président Faber déf. 4. *C. de hæredibus instituendis*, & Duperier dans ses Maximes de Droit tit. de l'institution testamentaire. 3°. Lorsque l'immeuble légué tient lieu de légitime, suivant Ferrerius sur la quest. 609. de Guy Pape.

III. Le légataire & le fidéicommissaire devant demander le legs & le fidéicommis à l'héritier, il s'ensuit que les intérêts ou les fruits n'en sont dus que du jour de l'interpellation judiciaire. C'est la décision des Loix qui sont sous le titre du Code *de usuris & fructibus legatorum seu fideicommissorum*. Il faut excepter de cette regle le legs qui tient

lieu de légitime, & les autres cas que j'ai remarqués dans mon Commentaire des Statuts de Provence sur le Statut des Substitutions sect. 2. de la Substitution fidéicommissaire n. 38. & suiv. pag. 399. & suiv.

IV. La délivrance du legs devant être faite par l'héritier, l'on conclut de là que l'héritier doit fournir tous les frais nécessaires pour mettre la chose léguée dans les mains du légataire. C'est la décision de la Loi *his verbis* 102. §. dernier *D. de legatis* 3°. en ces termes : *Testator liberti militiam his verbis legavit, scio liberti meo militiam do, lego illam, quam militiam & testator habuit. Quæsitum est an onera omnia & introitus militiæ ab hærede sint danda? Respondit danda.*

V. On a douté si, par cette raison, lorsqu'il s'agit d'un fonds légué à des gens de main-morte, le droit d'amortissement en doit être payé par l'héritier ou par la main-morte. Les Arrêts du Parlement de Paris & du Parlement de Toulouse ont fait la distinction des donations entre vifs & des legs. A l'égard des donations entre vifs, ils ont décidé que le droit d'amortissement doit être payé par le donataire; mais que l'héritier doit payer l'amortissement des fonds légués, parce que les dispositions de dernière volonté reçoivent une interprétation plus pleine & plus étendue. Les Arrêts qui ont fait cette distinction sont rapportés par Louet & Brodeau lett. A fom. 12. Catellan liv. 2. chap. 86. Brillon dans son Dictionnaire des Arrêts *verb.* Amortissement n. 7.

VI. Le sentiment contraire, suivant lequel le droit d'amortissement doit être payé par la main-morte, soit qu'il s'agisse d'une donation entre vifs ou d'un legs, paroît néanmoins mieux fondé. Il est vrai que l'héritier est tenu des frais qui doivent être faits pour parvenir à la délivrance de la chose léguée, mais il n'est pas tenu des frais qui sont faits après la délivrance de la chose pour la retenir & la conserver; & s'agissant d'un droit personnel aux gens de main-morte, la chose étant libre d'elle-même, & ne devenant sujette au droit d'amortissement que par leur incapacité, à mesure qu'elle passe dans leurs mains, c'est à eux

à se rendre capables du legs qui leur est fait. Il a fallu mettre des bornes aux acquisitions des Gens de main-morte, dont les biens, une fois qu'ils sont sur leur tête, ne sont plus dans le commerce, contre l'intérêt public. L'amortissement n'est point une charge qui regarde la personne du testateur, ni de l'héritier, ni la chose léguée. Du Moulin sur la quest. 91. de Joannes Gallus, est de cet avis. Il estime que les héritiers ne sont pas tenus du droit d'amortissement, à moins que le testateur ne les en eût expressément chargés : *Ego puto heredēs ad hoc non teneri, nisi specialiter expressum sit; & ita non diu cum peritis consului.* C'est le sentiment de l'Auteur des Définitions du Droit Canon *verb.* Amortissement. n. 15.

VII. L'usage communément observé dans cette Province a été conforme à ce sentiment. On a pris ordinairement le droit d'amortissement sur la rente ou les revenus de la chose léguée. Et il y a des Jugemens qui en ont chargé la main-morte. C'est ainsi que la question fut jugée en la Sénéchaussée d'Aix par Sentence du 14 novembre 1732, en faveur de Thomas Barbezieux, pour qui je plaidois, contre l'Econome des Servites. Il s'agissoit du legs d'une somme principale de 1200 liv., dont l'héritier supportoit la rente de 60 liv. au denier vingt pour fondation de Messes. Ce legs avoit été fait depuis que les rentes constituées avoient été assujetties au droit d'amortissement. Les Servites étant recherchés pour le paiement de ce droit, l'avoient payé en 1718 sans protestation. Ils voulurent ensuite en être remboursés par l'héritier. Ils furent déboutés de leur demande avec dépens. Ils avoient d'abord appelé de cette Sentence, mais ils se départirent de leur appel, & la Sentence fut exécutée. La même chose fut jugée par Arrêt du 15 janvier 1733, en faveur du Sr. de Castellane, Marquis de Saint-Jurs, contre les Recteurs de l'Hôpital du lieu de St. Etienne. Il s'agissoit de fondations de Messes & pour marier de pauvres filles. Il y avoit cette circonstance que les legs avoient été faits dans un tems où les rentes constituées n'avoient point encore été soumises au droit d'amortissement par les Arrêts du Conseil. Voyez Jarry dans son Traité des Amortissemens

pag. 226. & suiv. Le Grand sur la Coutume de Troyes art. 114. glos. 2. n. 34.

VIII. Les formes dans lesquelles, suivant l'ancien Droit Romain, les legs étoient faits, furent abrogées; & il fut ordonné qu'en quelques termes que le testateur eût légué quelque chose, le légataire en pourroit demander la délivrance, §. 2. *Inst. de legatis*. Il en est de même des fidéicommissis. On n'a plus mis de différence entre les legs & les fidéicommissis, §. 3. du même titre, L. 1. & 2. *C. communia de legatis & fideicommissis*.

IX. Suivant le §. 2. *Inst. de legatis* & la Loi première *C. communia de legatis & fideicommissis*, le légataire a trois actions pour recouvrer le legs : l'action personnelle contre l'héritier, l'action réelle contre le détenteur de la chose léguée, l'action hypothécaire sur les biens héréditaires. Mais s'il y a plusieurs héritiers, comment le légataire exercera-t-il l'action personnelle & l'action hypothécaire ? Il est certain que le légataire exerçant l'action personnelle, pour la somme léguée, contre l'un des héritiers, cet héritier n'en sera tenu personnellement & sur ses biens propres, que pour la part qu'il a dans l'hérédité. C'est ce qui fut jugé par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 5. liv. 1. tit. 24. chap. 9. Mais si le légataire exerce l'action hypothécaire, pourra-t-il agir solidairement, & pour le tout, contre chacun des héritiers ou seulement pour la portion héréditaire ? Il s'est élevé des doutes sur cette question. Furgole l'a traitée au long dans son *Traité des Testamens* tom. 3. chap. 10. n. 34. & suiv. Le sentiment qui paroît le mieux fondé & qui a été suivi par les Arrêts, est que le légataire exerçant l'action hypothécaire, peut agir solidairement, & pour le tout, contre l'un des héritiers sur les biens de l'hérédité, sauf à cet héritier son recours contre ses cohéritiers. L'hypothèque est toute dans le tout & toute dans chaque partie : *Tota in toto & tota in qualibet parte*. Les Arrêts qui l'ont ainsi jugé, sont rapportés par du Luc liv. 10. tit. 3. art. 2. Mornac sur la Loi *si creditores* 18. *C. de pactis*, Maynard liv. 8. chap. 63. Charondas liv. 6. resp. 33. Bacquet des Droits de Justice chap. 8. n. 26. Angeard

tom. 2. fom. 78. & tom. 3. fom. 96. Lorsqu'il s'agit d'un créancier de l'hérédité, le cohéritier n'est tenu personnellement & sur ses biens propres, que pour la part qu'il a dans l'hérédité; mais il est tenu hypothécairement & pour le tout, sur les biens héréditaires, sauf son recours contre les autres cohéritiers, *L. pro hæreditariis 2. C. de hæreditariis actionibus, L. actio 2. C. si unus ex pluribus hæredibus*, Arrêts de Papon liv. 18. tit. 5. art. 5. Bacquet des Droits de Justice chap. 21. n. 177. & 178. Arrêts de Bouguier lett. H. fom. 2.

X. Il est décidé dans le §. 4. *Inst. de legatis*, qu'un testateur peut léguer non seulement les choses qui lui appartiennent ou qui appartiennent à son héritier, mais encore les choses qui appartiennent à d'autres. S'il lègue la chose qui appartient à son héritier, c'est une charge & une condition qu'il impose à son héritier d'en faire la délivrance au légataire, & que l'héritier doit remplir s'il veut être héritier. Et si le testateur lègue la chose qui appartient à un autre, c'est une obligation qu'il impose à son héritier d'acheter la chose & de la livrer au légataire, ou de lui en donner la valeur, si le propriétaire ne veut pas la vendre. Mais s'il s'agissoit d'une chose qui ne fût pas dans le commerce des hommes ni susceptible d'aliénation, comme les choses destinées à l'usage public, le legs seroit de nul effet: *Quod nullius esse potest, id ut alterius fieret, nulla obligatio valet efficere*, dit la Loi 182. *D. de diversis regulis juris*.

XI. Il faut néanmoins observer qu'il y a des distinctions à faire pour le legs de la chose d'autrui. Si le testateur a sçu qu'elle ne lui appartenoit pas, le legs est valable. Il n'en est pas de même s'il a cru que la chose lui appartenoit. On présume alors qu'il auroit été moins libéral, s'il s'étoit cru moins riche. Et c'est au légataire à prouver que le testateur sçavoit que la chose appartenoit à un autre. C'est la décision du §. 4. *Inst. de legatis*. Mais le legs est valable quoique le testateur ait cru que la chose lui appartenoit, si le legs est fait à un proche parent, ou à une personne qu'il chérissoit, & à laquelle il est à présumer qu'il auroit fait le legs. C'est la décision

tion

sion de la Loi *cum alienam rem* 10. C. de *legatis*. Cela dépend des conjectures de la volonté du testateur. Voyez Ricard dans son Traité des Donations part. 3. chap. 3. sect. 3. dist. 3. n. 291. & suiv. Duperier tom. 1. liv. 2. quest. 9.

XII. Si le testateur a légué une chose engagée à un créancier, sera-ce à l'héritier ou au légataire à la dégager ? Il est décidé dans le §. 5. *Inst. de legatis*, & dans la Loi *Prædia* 6. C. de *fideicommissis*, que l'héritier doit dégager la chose léguée, & qu'il faut observer dans ce cas ce qui a été dit du legs de la chose d'autrui, c'est-à-dire que l'héritier est obligé de la dégager, si le testateur sçavoit qu'elle étoit engagée. Mais si le testateur a déclaré expressément qu'il vouloit que le légataire la dégagât, l'héritier n'y est pas obligé.

XIII. Ce qu'on vient d'observer n'a pas lieu pour les charges réelles inhérentes à la chose même, comme la directe, le cens ou une servitude. L'héritier n'est point obligé d'en affranchir le fonds ou d'en payer la valeur, à moins que le testateur n'eût légué le fonds franc & exempt de toute charge, *uii optimus maximusque*. C'est la décision de la Loi *servo legato* 69. §. *si fundus* 3. D. de *legatis* 1°. Voyez Ricard des Donations part. 3. chap. 3. sect. 3. dist. 3. n. 288.

XIV. Si le testateur a légué la chose d'autrui, & que le légataire, du vivant du testateur, acquiere la chose léguée, le légataire pourra-t-il en demander le prix à l'héritier ? Cette question est décidée dans le §. 6. *Inst. de legatis* par cette distinction : Si le légataire a acquis la chose par achat & à titre onéreux, il en pourra demander le prix. Mais s'il l'a acquise à titre gratuit, comme par donation ou un autre moyen semblable, il n'en pourra pas demander la valeur. La raison en est que dans ce cas l'intention du testateur, que la chose parvint gratuitement au légataire, a été remplie, une même personne ne pouvant acquérir une même chose pour deux causes lucratives. Par la même raison une même chose ayant été léguée à une même personne dans deux testamens, si le légataire

a eu la chose en vertu du testament de l'un des deux testateurs, il ne pourra plus en demander la valeur en vertu du testament de l'autre testateur. Mais si en vertu du premier testament il a reçu le prix, il pourra agir en vertu de l'autre testament. Voyez Ricard des Donations part. 3. chap. 3. sect. 3. dist. 3. n. 307. & suiv.

XV. Sur les mêmes principes, si le testateur a légué la chose d'un autre, & que le légataire en ait acquis ensuite la propriété par vente & à titre onéreux, & l'usufruit à titre lucratif, il pourra demander le prix du fonds, déduction faite de la valeur de l'usufruit §. 9. *Inst. de legatis.*

XVI. Le legs fait à une personne d'une chose qui lui appartient, est inutile, parce que nous ne pouvons pas acquérir ce qui est déjà à nous; & quoique le légataire en ait fait l'aliénation après le testament, il ne pourra demander ni la chose ni le prix, parce que le legs n'a pu valoir dans son principe, *quia vires ab initio legatum non habuit* §. 10. *Inst. de legatis*, L. *Cetera* 41. §. *tractari* 2. *D. de legatis* 1°. L. *Mevius* 66. §. *fundo* 6. *D. de legatis* 2°. L. *Proprias* 13. *C. de legatis*. Il en seroit autrement, s'il paroïssoit que le testateur eût voulu que si la chose avoit été aliénée par le légataire, elle lui fût rendue. Voyez Ricard des Donations part. 3. chap. 3. sect. 3. dist. 3. n. 301. & suiv.

XVII. Si le testateur a légué une chose qui est à lui, comme appartenant à un autre, le legs est valable. S'il a voulu la léguer lorsqu'il croyoit qu'elle ne lui appartenoit pas, il a voulu à plus forte raison que le legs eût son effet, si la chose lui appartenoit. Il en est de même si le testateur a cru que la chose appartînt au légataire, *quia exitum voluntas defuncti habere potest* §. 11. *Inst. de legatis.*

XVIII. Une chose qui n'est point encore dans la Nature peut être léguée, pourvu qu'elle y doive être, comme les fruits qui naissent dans un fonds §. 7. *Inst. de legatis*. Un tel legs est pur quant à la transmission; si le légataire meurt avant que la chose existe, il transmet son droit à son héritier L. *cum illud* 25. *D. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat*; & le même legs est conditionnel quant à l'obligation. L'héritier n'est point obligé à la délivrance

du legs, si la chose léguée n'existe pas, si le fonds ne produit point de fruits *L. cum certus 5. D. de tritico, vino & oleo legato, L. 1. §. dernier D. de conditionibus & demonstrationibus*. Voyez Vinnius sur le §. 7. *Inst. de legatis*.

XIX. Si une même chose est léguée à deux personnes, soit conjointement ou séparément, elle se divise entr'eux, si l'un & l'autre accepte le legs. Mais si l'un des deux ne peut ou ne veut accepter le legs, tout le legs appartient à l'autre légataire par droit d'accroissement §. 8. *Inst. de legatis*. Cela arrive en deux manières, lorsque les légataires sont joints par la chose & par les paroles, & lorsqu'ils sont joints par la chose seulement. Ils sont joints par la chose & par les paroles, lorsque le testateur dit, je legue ma maison à Pierre & à Jean *dict. §. 8*. C'est la décision de la Loi *conjunctim 80. D. de legatis 3°*. Léguer conjointement, dit cette Loi, c'est léguer toute la chose à chacun des légataires, & le partage se fait par le concours: *Conjunctim legari, hoc est tota legata singulis dota esse; partes autem concursu fieri*. Et cela a lieu lorsqu'il s'agit d'une quantité ou d'une somme d'argent qui est ainsi léguée, suivant la Loi *qui quantam 15. §. si quis 1. D. de legatis 1°*. Il s'agit dans cette Loi du legs d'une somme d'argent, que le testateur fait à ses filles, de manière que la posthume y soit comprise. La fille posthume n'étant point née, cette Loi décide que tout le legs appartiendra à la fille survivante: *Si quis unam summam filiabus legaverit, ut etiam de posthumâ sentiret: si ea non est nata, superstiti solidum debetur*. C'est la Doctrine de Bellonus *de jure accrescendi* chap. 5. qu. 8. n. 13. de Ricard des Donations part. 3. chap. 4. sect. 4. n. 521. de Duperier tom. 2. décis. liv. 4. n. 282. Et le Parlement le jugea ainsi par Arrêt du 20 mars 1771 au rapport de M. des Crottes, en faveur des sieurs Surian de la ville de Marseille pour qui j'écrivois, contre les Dlls. Vaisse & Battarel. Il s'agissoit d'une disposition faite en ces termes: » je substitue après le décès de mon héritière, à Madame » de Guitton, Mademoiselle Jahier & Mademoiselle Surian mes trois nieces & à leurs enfans, tant mâles que » femelles, la somme de douze mille livres à partager en-

» tre elles & par fouches ». Par cet Arrêt qui confirma la Sentence du Lieutenant au Siege d'Aix , il fut jugé que le droit d'accroissement avoit eu lieu par le prédécès de l'une des légataires qui n'avoit point laissé d'enfans. Ces mots de la disposition à partager entre elles , ne venoient que dans le concours & n'empêchoient pas le droit d'accroissement , suivant la Loi *si duobus* 16. §. *si Titio* 2. *D. de legatis* 1°. & la Loi *re conjunctim* 89. *D. de legatis* 3°. Ce droit d'accroissement a lieu encore lorsque les légataires sont joints par la chose seulement , lorsque le testateur legue séparément la même chose à deux , s'il dit je legue ma maison à Pierre , je legue ma maison à Jean. Toute la chose est léguée alors à chacun des légataires. Le partage ne vient que par le concours de l'un & de l'autre ; & si l'un d'eux ne peut ou ne veut accepter le legs , tout le legs sera dû à l'autre légataire : *Totum ad collegatarium pertinet* §. 8. *Inst. de legatis* , Ricard des Donations part. 3. chap. 4. sect. 1. n. 446. & suiv.

XX. Mais l'on tient communément que le droit d'accroissement n'a pas lieu entre légataires , lorsqu'ils ne sont joints que par les paroles , comme si le testateur a dit je legue la moitié d'un tel fonds ou d'une telle somme à Titius & l'autre moitié à Sempronius. Il n'y a alors que la moitié qui soit léguée à chacun des légataires. La Chambre des Vacations du Parlement d'Aix le jugea ainsi par Arrêt du 27 juillet 1734 , prononcé par M. le Président de Piolenc en faveur de Sage , contre François Gombert. Il en est de même , comme l'a remarqué Duperier tom. 2. décis. liv. 4. n. 282. si le testateur a dit qu'il legue cent écus à chacun de ses neveux. Il ne peut point y avoir d'accroissement en faveur des légataires , parce que le testateur ne legue que cent écus à chacun d'eux. Il n'est point parlé de ce cas dans le §. 8. *Inst. de legatis*. Voyez Ricard des Donations part. 3. chap. 4. sect. 3. Catellan & Vedel liv. 2. chap. 93. Furgole des Testamens tom. 3. chap. 9. n. III. pag. 333.

XXI. Si le testateur vend la chose qu'il avoit léguée par son testament , le legs sera-t-il révoqué ? Il est décidé

dans le §. 12. *Inst. de legatis*, que le legs sera dû, si le testateur n'a pas aliéné la chose léguée dans le dessein de révoquer le legs. Mais à quels traits pourra-t-on connoître que le testateur a eu ou n'a pas eu le dessein de révoquer le legs? Voici la distinction qu'on fait sur cette question. On distingue l'aliénation forcée & l'aliénation volontaire. Si le testateur a fait l'aliénation dans une nécessité pressante, on présume que le legs n'a pas été révoqué, à moins qu'il ne soit prouvé que le testateur a eu l'intention de révoquer le legs; & cette preuve, c'est l'héritier qui la doit rapporter. C'est la décision de la Loi *fideicommissa* 11. §. 12. *D. de legatis* 3°. en ces termes : *Si rem suam testator legaverit, eamque necessitate urgente, alienaverit, fideicommissum peti posse, nisi probetur adimere ei testatorem voluisse: probationem autem mutatae voluntatis ab hæredibus exigendam.* Si au contraire l'aliénation a été faite volontairement, on présume que le testateur a changé de volonté & voulu révoquer le legs. Toutefois s'il y a un échange ou même une vente dont le prix consiste en une rente constituée, l'on doit dire que le legs n'est pas révoqué, parce que la chose échangée ou la rente constituée, est subrogée à la chose léguée, & *subrogatum sapit naturam ejus in cujus locum subrogatur.* C'est ainsi que la question fut jugée par l'Arrêt rapporté dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 1. chap. 17. Voyez Ricard des Donations part. 3. chap. 3. sect. 3. dist. 1. Mais si le testateur n'a aliéné volontairement qu'une partie de la chose léguée, on présume qu'il n'a révoqué le legs qu'à proportion de ce qu'il en a aliéné, & le legs est dû pour la partie qui n'a pas été aliénée, §. 12. *Inst. de legatis*, *L. si ex toto* 8. *D. de legatis* 1°. Ricard au lieu cité n. 273.

XXII. Si le testateur a seulement engagé ou hypothéqué la chose léguée, il n'est point présumé avoir changé de volonté. Le legs est dû & l'héritier obligé de dégager la chose léguée. C'est la décision du §. 12. *Inst. de legatis*, de la Loi *qui post testamentum* 3. *C. de legatis*.

XXIII. Un testateur peut léguer à son débiteur la libération de sa dette, §. 13. *Inst. de legatis*, *L. 1. D. de liberatione legati*. Mais si le testateur a exigé la dette de son

vivant, le legs sera-t-il dû ? Il est décidé dans la Loi *non solum* 7. §. *liberatio* 4. *D. de liberatione legati*, que le legs est révoqué. Mais cette décision reçoit des limitations. Il est dit dans la Loi *fideicommissa* 11. §. *ergo* 13. *D. de legatis* 3°. que le fidéicommis sera dû, si le testateur, en exigeant la dette, n'a pas eu l'intention de le révoquer : *Non tamen hoc animo quasi vellet extinguere fideicommissum*. Menoch dans son *Traité de Præsumptionibus lib. 4. præf. 168.* observe que le legs d'une dette est révoqué, quand elle a été exigée par le testateur, & que cette règle s'étend au legs de la libération du débiteur ; mais qu'elle n'a pas lieu lorsque le testateur a mis les deniers en dépôt ou qu'il en a fait un emploi utile, comme s'il a acheté des fonds. Suivant la Loi *nepoti* 6. *D. de instructo vel instrumento legato*, le legs d'une dette n'est point révoqué par la Sentence qui condamne le débiteur à la payer, lorsque la dette n'a pas été exigée. Voyez Ricard des Donations part. 3. chap. 3. sect. 3. dist. 1. n. 264. & suiv.

XXIV. Une dette active du testateur peut être léguée, comme toute autre chose incorporelle, suivant le §. 21. *Inst. de legatis* ; & l'héritier est obligé d'en délivrer les actes au légataire ou de jurer qu'il n'en a point, comme il fut jugé par l'Arrêt rapporté par M. de Catellan liv. 2. chap. 42. car s'il n'étoit rien dû, le legs seroit nul, *L. si sic legatum* 75. §. 1. & 2. *D. de legatis* 1°. Et si le testateur de son vivant a exigé la dette, le legs est révoqué suivant le §. 21. *Inst. de legatis*. Mais cela doit être entendu avec les limitations qu'on a observées dans l'article précédent, si le testateur n'a pas eu l'intention de révoquer le legs, s'il a mis les deniers en dépôt ou s'il en a fait un emploi utile.

XXV. Si le testateur lègue à son créancier ce qu'il lui doit, le legs est inutile, à moins qu'il n'y eût plus dans le legs que dans la dette, & il y a plus dans le legs que dans la dette, lorsque le testateur lègue purement & simplement ce qui n'étoit dû que dans un certain temps, ou sous condition §. 14. *Inst. de legatis* *L. Si creditori* 28. & *L. Sin autem* 29. *D. de legatis* 1°. Ainsi si le mari lègue à sa femme sa dot qui consiste en deniers, le legs est utile, parce que

la dot consistant en deniers ne peut être demandée qu'un an après le décès du mari, & que le legs pur & simple est dû dès le jour du décès du testateur §. 15. *Inst. de legatis*; mais la quarte falcidie ne pourra point être prise sur le legs fait par le testateur à son créancier de la somme qu'il lui doit, parce que le legs tient lieu de la dette, & que la falcidie ne peut avoir lieu qu'après la déduction des dettes : *Utile esse legatum ut neque falcidia hoc minuat*, dit la Loi *Si creditori* 38. §. *Marcellus D. de legatis* 1°. Mais si le legs excède la dette, l'excédant sera sujet à la déduction de la quarte falcidie *superfluum dumtaxat falcidiâ minuetur*. C'est la décision de la Loi *Verbis* 5. *D. ad L. Falcidiam*. Voyez Vinnius sur le §. 14. *Inst. de legatis*.

XXVI. Lorsqu'un testateur fait un legs à son créancier sans faire mention de la dette qu'il lui doit, le legs sera-t-il compensé avec la dette? Il est décidé dans la Loi *creditem* 85. *D. de legatis* 2°. que le légataire peut demander & la dette & le legs, s'il ne paroît pas évidemment que le testateur ait eu la volonté de compenser : *Si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur* Et la Loi unique §. *Primum* 3. *C. de rei uxoriæ actione*, décide que la femme aura le legs qui lui a été fait par son mari & sa dot, à moins que le mari ne lui ait fait expressément le legs pour le paiement de la dot : *Ita ut uxor & à marito relicta recipiat, & dotem consequatur : nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit. Cum manifestissimum sit testatorem, qui non hoc addiderit, voluisse eam utrumque consequi*. On distingue sur cette question les dettes conventionnelles & celles qui sont dues par la Loi & procèdent d'une cause nécessaire. Ce qu'on vient d'observer regarde les dettes conventionnelles. La dette légale, comme la légitime des descendans & des ascendans, est compensée avec le legs, comme l'a remarqué Covarruvias tom. 2. sur le chap. *Officii de testamentis* n. 2. Il faut donc conclure que régulièrement la dette conventionnelle n'est point compensée avec le legs; mais que la compensation doit avoir lieu, s'il paroît par les circonstances du fait & les termes du testament que le testateur a eu la volonté de s'acquitter de la dette.

Voyez Faber déf. 8. & 19. *C. de legatis*, Ferrerius sur la question 93. de Guy Pape, *Mantica de conjecturis ultimorum voluntatum* liv. 10. tit. 2. Fachineus *controversiarum juris* liv. 5. chap. 33. & suiv. Berfanus *de compensationibus* chap. 2. quest. 30. Cancerius *variar. resol.* part. 1. chap. 9. n. 41. & suiv. & part. 3. chap. 20. n. 309. & suiv. Menoch *de præsumptionibus* lib. 4. præf. 109. & 110. Expilly Plaid. 23. n. 5. Lapeyrere lett. L. n. 2. les Arrêts d'Albert lett. L chap. 5. l'Arrêt du 26 janvier 1662 rapporté dans le Journal du Palais part. 3. pag. 484. & suiv. les Arrêts de Boniface tom. 2. liv. 2. tit. 1. chap. 15. & tom. 5. liv. 1. tit. 28. chap. 2.

XXVII. Si le pere dans son testament a fait un legs à sa fille, & qu'ensuite en la mariant il lui ait donné en dot la même chose ou la même somme qu'il lui avoit léguée, elle ne pourra pas demander le legs. On présume que le pere a acquitté le legs par la dot qu'il a ensuite donnée. C'est la décision de la Loi *Filia legatorum* 11. *C. de legatis*, en ces termes : *Filia legatorum non habet actionem, si ea quæ ei in testamento reliquit, vivus pater postea in dotem dederit.* S'il y a plus dans la dot que dans le legs, il est également certain que le legs ne sera pas dû. *In majori minus inest.* Mais s'il y a moins dans la dot que dans le legs, la fille pourra demander ce qu'il y a de plus dans le legs : si par exemple le legs est de 12000 liv. & la dot de 6000 liv. il sera dû à la fille la somme de 6000 liv. *superfluum esse filia reddendum*, suivant la Loi *Cùm pater* 77. §. *pater certam* 9. *D. de legatis* 2°. On peut ajouter à ces textes la Loi *Lucius Titius* 22. *D. de legatis* 2°. Voyez Cancerius *variar. resol.* part. 3. chap. 20. n. 161. De Cormis tom. 2. col. 608. & suiv. chap. 34. & 35. Et si le pere a promis une somme pour la dot de sa fille, & qu'ensuite il lui legue pour sa dot la même somme, elle ne pourra pas demander la dot & le legs, à moins qu'elle ne prouve que son pere a eu l'intention de lui donner l'un & l'autre : *Si quidem hoc animo testatorem esse filia ostenderit ut duplicaret ei legatum, habebit utrumque.* C'est la décision de la Loi *Cùm pater* 29. *D. de jure dotium.*

XXVIII.

XXVIII. La Loi *Quingenta 12. D. de probationibus* est dans un cas différent de celui de la Loi *Filia legatorum*. Il s'y agit d'un testateur, qui dans un testament ayant légué à quelqu'un une somme, legue ensuite une pareille somme à la même personne dans un codicile. Cette Loi décide que l'héritier doit prouver que le testateur n'a voulu faire qu'une seule libéralité : *Cum peitor duas scripturas ostendit, hæres posteriorem inanem esse, ipse hæres id adprobare Judici debet.* Lorsqu'il s'agit de deux dispositions concernant la même personne, pour sçavoir si elles ne forment qu'un seul don, ou s'il y en a deux, cela dépend des circonstances du fait & des termes par lesquels le testateur ou le donateur a expliqué sa volonté. Voyez Catellan liv. 5. chap. 56. Albert lett. L chap. 8. Par Arrêt du mois de mai 1725, au rapport de M. de Gautier de Valabres, en faveur de M. le Président de Thomassin de St. Paul, contre les Recteurs de l'Hôpital de la Charité de la ville de Sisteron, il fut jugé que M. de Thomassin, Evêque de Sisteron, ayant par un billet privé du 10 février 1706 fait un don à l'Hôpital nouvellement établi de 3000 liv. à constitution de rente, dont la première seroit payée dès que la mendicité seroit ôtée de la Ville, & que les pauvres mendiants y seroient renfermés; & ayant ensuite, par acte du 5 mars 1709, cédé à cet Hôpital une rente annuelle & perpétuelle de 150 liv. provenant d'un capital de 3000 liv. cette cession n'étoit point une seconde donation, mais le paiement de la rente des 3000 liv. données par le billet.

XXIX. Lorsqu'un héritier chargé de rendre une certaine chose à quelqu'un vient à la lui léguer, le légataire ne peut prétendre que la chose léguée. Il ne peut point demander la chose & le prix. C'est la décision de la Loi *hujusmodi 84. §. si Sempronius 2. D. de legatis 1º.* Il ne s'agit point alors de compensation, parce que, comme dit Mantica *de conjecturis ultimarum voluntatum* liv. 10. tit. 2. n. 15. c'est plutôt la restitution du fidéicommis & le paiement d'une dette : *Neque enim in hoc casu agitur de aliquâ compensatione, quia videtur potius facta restitutio & debiti solutio.*

XXX. Si la chose léguée périt, le legs sera-t-il éteint?

N n

Il faut distinguer : ou la perte arrive par le fait de l'héritier , ou elle arrive sans le fait de l'héritier. Si la chose est perdue sans le fait de l'héritier , le legs est éteint ; mais si la perte arrive par le fait de l'héritier , le legs subsiste & l'héritier en doit payer l'estimation §. 16. *Inst. de legatis*. Et si le legs est de plusieurs choses ou d'un corps composé de plusieurs choses , une partie des choses léguées venant à périr , le legs sera dû de celles qui restent §. 17. du même titre.

XXXI. Les accroissemens qui arrivent à la chose léguée , comme les diminutions , regardent le légataire §. 18. 19. & 20. *Inst. de legatis*. Si le testateur a légué une maison , les colonnes , les marbres qu'il y a ajoutés après le testament , sont compris dans le legs , comme un accessoire à son principal , *id.* §. 19. *L. quæsitum* 12. §. *Papinianus* 23. & §. *specularia* 25. *D. de instructo vel instrumento legato*. La Loi *Statuæ* 245. *D. de verborum significatione* , paroît contraire. Mais par Arrêt du Parlement de Paris du 9 juillet 1629 , rapporté dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 2. chap. 53. il fut jugé que des statues de marbre posées sur des bases de pierre dans la galerie du jardin , faisoient partie de la maison. Il en seroit autrement des statues qui ne seroient point mises dans la maison pour perpétuelle demeure , & ne seroient point scellées & attachées en plâtre , ciment ou plomb. Ce ne seroit alors qu'un meuble & un ornement qui ne seroit pas partie du fonds.

XXXII. Quant au legs d'un fonds de terre , les nouvelles acquisitions faites depuis le testament n'y sont pas comprises , Maynard liv. 8. chap. 77. Catellan liv. 2. chap. 80. Duperier tom. 2. aux Arrêts de M. de Coriolis som. 45. Voyez néanmoins l'Arrêt rapporté dans les mêmes Arrêts som. 22. où il s'agit du legs d'une chose universelle comme d'une terre & seigneurie , & Duperier tom. 2. décis. liv. 1. n. 19. & suiv.

XXXIII. Si le legs est d'une chose à prendre entre plusieurs , le choix appartient au légataire , à moins que le testateur n'en ait ordonné autrement §. 22. *Inst. de legatis*. Par l'ancien Droit , si le légataire décédoit sans avoir

fait son option, le legs n'étoit point transmis à son héritier; mais cela fut corrigé, & il fut permis à l'héritier du légataire de faire son option, quoique le légataire ne l'eût pas faite §. 23. du même titre. C'est par les termes dans lesquels le testateur s'est expliqué qu'on doit juger si le choix appartient à l'héritier ou au légataire, Ricard des Donations part. 2. chap. 4. n. 150. & soit que le choix ait été donné au légataire ou à l'héritier, ce choix doit être fait équitablement, de manière que si le choix d'une chose entre plusieurs appartient au légataire, il ne pourra pas prendre la meilleure, ni l'héritier si le choix lui appartient, lui donner la pire *L. legato 37. D. de legatis 1º. L. si quis argentum 35. §. similitque 2. C. de donationibus*, Vinnius sur le §. 22. *Inst. de legatis* n. 8. Maynard liv. 8. chap. 87. Ricard au lieu cité n. 152. Par Arrêt du 15 juin 1782, rendu en la Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Maillane, en faveur de Marc-Antoine Portanier, contre Henri Meiffonier, la Cour confirma la Sentence du Juge de Souliers du 2 avril 1781, par laquelle, sur le legs d'une terre entre plusieurs, il en avoit été adjugé une qui n'étoit ni la meilleure ni la moindre.

XXXIV. On ne peut faire des legs qu'à ceux qui sont capables de recevoir par testament §. 24. *Inst. de legatis*. J'ai traité ci-dessus cette matière dans le titre 9. de l'infirmité des héritiers n. 8. & suiv. n. 19. & suiv.

XXXV. Par l'ancien Droit on ne pouvoit faire des legs à des personnes incertaines §. 25. & 26. *Inst. de legatis*. Cela fut corrigé par une Loi de l'Empereur Justinien dont il est fait mention dans le §. 27. *Inst. de legatis*. Mais afin que le legs fait à une personne incertaine soit valable, il faut qu'il soit fait à une personne incertaine parmi des personnes certaines *incertæ personæ ex certis*. Et il faut observer encore avec Duperier dans ses Maximes de Droit tit. des dispositions & legs captatoires » que la disposition ne vaut » rien quand les personnes certaines entre lesquelles le » choix doit être fait, sont en si grand nombre qu'à faute » de choix le legs seroit en effet inutile; par exemple, » si je charge mon héritier d'un fidéicommiss envers tel

» des habitans de la ville d'Aix qu'il choisira ; c'est un
 » fidéicommiss laissé à une personne incertaine parmi des
 » personnes certaines qui sont les habitans d'Aix ; & toute
 » cette disposition ne vaut rien , parce que si l'héritier
 » mouroit sans avoir fait le choix , on ne pourroit pas
 » partager ce fidéicommiss entre un si grand nombre d'habi-
 » tans sans le rendre en effet inutile ». Voyez Ricard des Do-
 nations part. 1. chap. 3. sect. 11. n. 560. & suiv. le Jour-
 nal des Audiences tom. 1. liv. 5. chap. 14. Arrêt du 8 avril
 1647. Quant aux pauvres d'une Ville ou d'un Lieu , &
 les Communautés & Corps approuvés , on ne les considère
 point comme personnes incertaines , & les dispositions fai-
 tes en leur faveur sont valables , comme je l'ai expliqué
 ci-dessus au titre de l'institution des héritiers.

XXXVI. Un legs peut être nul par l'incertitude du lé-
 gataire en divers cas exprimés dans la Loi *si fuerit 10. D.*
de rebus dubiis , notamment dans le cas où le testateur fait
 un legs à Sempronius son ami , & où il se trouve deux
 Sempronius également amis du testateur : le cas où un legs
 ayant été fait à deux personnes du même nom , comme , par
 exemple , aux Sempronius , le testateur révoque ensuite le
 legs fait à Sempronius , sans dire duquel des deux il révo-
 que le legs , & le cas où un testateur ayant plusieurs esclaves ,
 lègue la liberté à l'un sans le désigner. Il est décidé
 dans cette Loi que le legs est nul. *Et verius est in his omni-
 bus etiam legata & libertates impediri : ademptionem autem in
 utrumque valere.* Il y a la même décision dans la Loi *si quis*
27. du même titre , & dans la Loi *si quis ita 3. §. si duobus 7.*
D. de adimendis vel transferendis legatis. Dans celle-ci , pour
 la bien entendre & afin qu'elle se concilie avec elle-même ;
 au lieu de *utriusque legatum debetur* , il faut lire *neutri legatum
 debetur* , comme l'ont remarqué la Glose & Godefroi sur
 cette Loi. Il faut néanmoins observer avec M. de Catellan
 liv. 2. chap. 35. que si , par quelque conjecture & présomp-
 tion raisonnable , on peut connoître quel est celui dont le
 testateur a entendu parler , le legs lui doit être délivré.
 Cet Auteur rapporte un Arrêt rendu sur une pareille ques-
 tion. » Un ayeul maternel , dit-il , ayant deux petit-fils ;

» *ex filiâ*, nommés tous deux Guillaume & tous deux ses
 » filleuls, lègue à Guillaume, son petit-fils & filleul, une
 » vigne, & en tous ses autres biens, institue ledit Guillaume
 » & autre Guillaume, ses petits-fils; il fut jugé que le pré-
 » legs étoit dû à l'aîné. On présuma que l'ayeul faisant ses
 » deux petits-fils héritiers, & faisant un legs à un d'eux,
 » c'étoit l'aîné qu'il avoit dessein d'avantager.

XXXVII. Les institutions d'héritier, les legs & les fidéicommiss qui sont entièrement remis à la volonté de l'héritier ou d'un tiers, & qui en dépendent absolument, sont nuls : *Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia*. C'est ce que les Jurisconsultes ont appelé dispositions captatoires, *L. illa institutio 32. L. captatorias 70. D. de hæredibus instituendis*. Voyez Cujas *observ.* liv. 2. chap. 2. Peregrinus *de fideicommissis* art. 33. n. 65. Cancerius *variar. resol.* part. 3. chap. 20. n. 81. & suiv. Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 12. Duperier tom. 1. dans ses Maximes de Droit tit. des Dispositions & Legs captatoires. Mais si le legs est laissé à l'arbitrage de l'héritier ou d'un tiers, il est valable; & il faut expliquer le legs de manière qu'il ne dépende pas absolument de la volonté de l'héritier ou du tiers, pour le faire subsister autant que les termes du testament le peuvent permettre, comme l'a remarqué Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 12. n. 571. Et si l'héritier ou le tiers abuse de la confiance que le testateur a eue en lui pour l'estimation du legs, on a recours au Juge qui en fait la fixation, eu égard à l'intention du testateur & aux circonstances du fait, *L. si filiæ 43. D. de legatis 3º*. Peregrinus *de Fideicommissis* art. 33. n. 65. Barry *de Successionibus* liv. 2. tit. 5. n. 3. Mathæus *de Afflictis* décis. 371.

XXXVIII. L'erreur du testateur dans le nom, le surnom & la qualité du légataire, même de l'héritier, ne vicie point la disposition, pourvu qu'il conste de la personne §. 29. *Inst. de legatis, L. si in nomine 4. C. de testamentis*, Ricard des Donations part. 1. chap. 3. sect. 11. n. 557. & suiv. Catellan liv. 2. chap. 35. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par Arrêt du 10 mai 1737, prononcé par M. le Premier Président de La Tour. Une femme, par son testa-

ment, avoit institué ses héritiers Louis Garcin & Joseph Marin ses deux cousins-germains, du lieu de Prat. Il n'y avoit point de Marin cousin-germain de la testatrice du lieu de Prat. Joseph Garcin, son cousin-germain, du lieu de Prat, frere de Louis Garcin, l'autre cousin-germain, demande le partage de l'hérédité, disant qu'il y a erreur au nom de Marin, qu'il conste de la personne, qu'il est Joseph, cousin-germain de la testatrice & du lieu de Prat, l'Arrêt ordonna le partage, & lui adjugea la restitution des fruits, avec dépens modérés à 30 liv.

XXXIX. Une fausse démonstration ne rend pas le legs nul. Si, par exemple, le testateur dit, je legue à Jean un tel fonds que j'ai acheté de Pierre, le legs est valable, quoique le testateur n'ait pas acheté le fonds de Pierre §. 30. *Inst. de legatis, L. Demonstratio 17. D. de conditionibus & demonstrationibus.*

XL. Mais si le testateur, par exemple, legue la somme de 3000 liv. qui lui est due par Pierre, & que Pierre ne lui doive rien, ou qu'il soit insolvable, le legs sera inutile; & si la somme souffre quelque retranchement par l'insolvabilité du débiteur ou autrement, le légataire souffrira cette diminution. La perte ou la diminution de la chose léguée regarde le légataire *L. Si sic legatur 75. §. Si mihi 1. D. de legatis. 1º.* Par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 2. liv. 2. tit. 1. chap. 11. il fut jugé qu'un testateur ayant légué la somme de 150 liv. des plus grands deniers qui se trouveroient dans les coffres, le legs ne devoit avoir lieu que pour la somme beaucoup moindre qui s'étoit trouvée dans les coffres.

XLI. Il en est autrement, si le testateur legue, par exemple, une somme de 3000 liv. à prendre d'un tel ou en un tel lieu. Le legs sera dû en entier par l'héritier, quoique la somme ne se trouve pas en tout ou en partie au lieu assigné. Ce n'est point alors une limitation du legs, mais seulement la démonstration du lieu où le paiement du legs peut être pris. *L. Quidam testamento 96. D. de legatis 1º. L. Lucius Titius 12. D. de alimentis vel cibariis legatis, Guy Pape quest. 8. Albert lett. L chap. 4. Boniface*

tom. 5. liv. 2. tit. 2. chap. 3. Journal du Palais part. 4. pag. 102. & suiv. Arrêt du 31 août 1675. La question si l'assignat du legs est taxatif & limitatif, ou seulement démonstratif, doit dépendre des circonstances du fait & des termes dans lesquels le testateur a expliqué sa volonté; & dans le doute on doit se décider pour le legs. Voyez Ricard des Donations part. 3. chap. 3. sect. 3. dist. 4.

XLII. Une fausse cause ne vicie point le legs; si, par exemple, le testateur lègue cent écus à Pierre, parce qu'il a eu soin de ses affaires en son absence, le legs fera dû, quoique Pierre n'ait pas fait les affaires du testateur §. 31. *Inst. de legatis, L. demonstratio 17. §. quod autem 2. D. de conditionibus & demonstrationibus.* Mais s'il paroît que la cause exprimée dans le testament a été le seul motif & la cause finale & substantielle du legs, la cause étant fausse, le legs demeurera sans effet, *L. cum tale 72. §. falsam causam 6. D. de conditionibus & demonstrationibus*, Ricard des Donations part. 3. chap. 3. sect. 3. dist. 4. n. 340. & suiv.

XLIII. Les legs peuvent être révoqués par le testateur ou par le même testament ou par des codiciles. Ils peuvent aussi être transférés d'une personne à une autre *princ. & §. 1. Inst. de ademptione legatorum.* Les legs peuvent encore être révoqués par le fait du testateur, comme on l'a remarqué ci-dessus. Voyez Ricard des Donations part. 3. chap. 3. sect. 3. dist. 1. & suiv.

XLIV. Les legs sont diminués par la détraction de la quarte falcidie. La Loi des XII. Tables donnoit aux testateurs une pleine liberté de disposer par des legs de tous leurs biens: *Uti quisque legavit suæ rei, ita jus esto.* Cette liberté fut restreinte, même pour l'honneur des testateurs, lesquels mouroient souvent sans héritiers, les héritiers institués ne voulant accepter une hérédité qui ne leur procuroit aucun avantage ou qu'un avantage trop modique. Pour remédier à cet inconvénient, il y eut la Loi *furia* & la Loi *voconia*; mais ces Loix étant imparfaites, la Loi *falcidia* fut publiée, par laquelle il fut défendu aux testateurs de léguer plus des trois quarts de leurs biens, afin que la quatrième

partie de leur succession, demeurât à l'héritier ou aux héritiers institués *princ. Inst. de Lege falcidiâ.*

XLV. L'héritier a donc le droit de prendre le quart de la succession sur les legs, si elle est entièrement épuisée par les legs, ou ce qui manque à ce qui lui reste en sa qualité d'héritier pour avoir le quart. Et la même règle aura lieu pour l'un des héritiers, s'il y en a deux de l'un desquels la portion fût trop chargée de legs, de manière qu'il n'eût pas le quart de sa portion §. 1. *Inst. de Lege falcidiâ, L. in singulis 77. D. ad L. falcidiam.*

XLVI. La quarte falcidie donne lieu à plusieurs questions que je ne rappellerai point ici, parce que je les ai traitées dans mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. tit. de la Quarte trébélianique & de la Quarte falcidie sect. 2. de la Quarte falcidie pag. 423. & suiv.



TITRE

TITRE XIV.

Des Codiciles.

I. Le codicile est une volonté moins solennelle que le testament. Cette maniere de disposer fut inconnue jusqu'au tems d'Auguste, où elle commença d'avoir lieu, parce que l'usage en parut utile *princ. Inst. de codicillis.*

II. Non seulement on peut faire des codiciles après avoir fait un testament, mais celui qui n'a point fait de testament, peut faire des fidéicommis & des legs par des codiciles : *Non tantum testamento factò potest quis codicillos facere, sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest §. 1. Inst. de codicillis.*

III. On ne peut dans un codicile faire une institution d'héritier ou une substitution directe, ni les révoquer, en quoi le codicile differe du testament : mais on y peut faire un fidéicommis universel, au moyen duquel l'héritier testamentaire ou *ab intestat*, est obligé de rendre l'hérédité au fidéicommissaire : *Directò hæreditas codicillis neque dari neque adimi potest ; nam per fideicommissum hæreditas codicillis jure relinquitur, nec conditionem hæredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directò quis potest §. 2. Inst. de codicillis.*

IV. L'institution d'héritier faite dans un codicile se convertit en fidéicommis, par lequel les héritiers *ab intestat* sont chargés de rendre l'hérédité à l'héritier institué, *L. Scævola 76. D. ad S. C. trebellianum, Vinnius §. 2. Inst. de codicillis n. 3.* Il en est de même de l'héritier institué dans un testament qui se trouvant nul comme testament, est néanmoins valable comme codicile, en vertu de la clause codicillaire, pourvu que l'acte soit revêtu des formes requises dans un codicile, suivant la Loi dernière *C. de codicillis.*

V. Il a été dérogé à cette regle par l'article 53. de l'Ordonnance des testamens de 1735, dans le cas où le testament est nul pour cause de préterition, en ces termes :
 » En cas de préterition d'aucuns de ceux qui ont droit de

» légitime, le testament sera déclaré nul quant à l'institu-
 » tion d'héritier, sans même qu'elle puisse valoir comme
 » fidéicommiss ; & si elle a été chargée de substitution,
 » ladite substitution demeurera pareillement nulle ; le tout
 » encore que le testament contint la clause codicillaire,
 » laquelle ne pourra produire aucun effet à cet égard ;
 » sans préjudice néanmoins de l'exécution du testament en
 » ce qui concerne le surplus des dispositions du testateur ».

Mais la règle subsiste & la clause codicillaire produit son
 effet dans les autres cas où le testament est nul quant à
 l'institution d'héritier par défaut de solemnité ou par la
 caducité de l'institution. C'est la disposition de l'art. 57.
 de la même Ordonnance, en ces termes : » Lorsque le tes-
 » tament contiendra la clause codicillaire & que l'institu-
 » tion d'héritier ne sera sans effet qu'à cause d'un défaut
 » de solemnité ou de la caducité de ladite institution, les
 » héritiers *ab intestat* qui ont droit de légitime & qui pren-
 » dront audit cas la place de l'héritier institué, pourront
 » faire détraction des Quartes falcidie & trebellianique, &
 » celle de la légitime sur la totalité des biens du testateur.

VI. Les codiciles comme les testaments doivent être faits
 par écrit suivant l'art. 1. de l'Ordonnance de 1735, portant
 que » toutes dispositions testamentaires ou à cause de mort,
 » de quelque nature qu'elles soient, seront faites par
 » écrit, déclarant nulles toutes celles qui ne seroient faites
 » que verbalement ». On peut faire un codicile clos &
 secret. On en voit des exemples dans la Loi *si quis* 3. §.
si quis codicillos 25. *D. de Senatusconsulto Syllaniano*, & dans
 la Loi *si tibi homo* 86. §. *si testamento* 1. *D. de legatis* 1°. &
 soit que le codicile soit clos & secret ou dans une autre
 forme, il y faut seulement le nombre de cinq témoins
 suivant la Loi dernière §. *in omni* 3. *C. de codicillis*. Et
 cela a été confirmé par l'Ordonnance de 1735 art. 14.
 en ces termes : » La forme qui a eu lieu jusqu'à présent
 » à l'égard des codiciles, continuera d'être observée ; &
 » il suffira qu'ils soient faits en présence de cinq témoins,
 » y compris le Notaire ou Tabellion ». Il est ajouté dans
 cet article, qu'il n'y est point dérogé aux Statuts ou Cou-

tumes qui exigent un moindre nombre de témoins pour les codiciles.

VII. Il y a des codiciles, comme des testamens, privilégiés qui sont exceptés de cette regle. Un testateur peut faire un codicile, comme un testament, entre ses enfans & descendans, en présence de deux Notaires ou d'un Notaire, & de deux témoins, suivant l'art. 15. de l'Ordonnance de 1735. Il peut aussi faire un codicile olographe, comme un testament, entre ses enfans & descendans, sans appeler aucun témoin, pourvu que le codicile soit écrit, datté & signé de sa main, suivant l'art. 16. de la même Ordonnance. Il y a d'autres testamens & codiciles privilégiés dont j'ai parlé dans le Titre VII. des Testamens.

VIII. Il ne peut pas y avoir deux testamens valables d'une même personne. Le dernier révoque de plein droit le précédent. Il n'en est pas de même des codiciles. Plusieurs codiciles d'une même personne peuvent avoir leur effet, pourvu qu'ils ne soient pas contraires: *Codicillos etiam plures quis facere potest §. 3. Inst. de codicillis.*



TITRE XV.

Des Successions ab intestat.

I. Il n'y a ouverture à la succession *ab intestat* qu'au défaut de la succession testamentaire *L. 39. D. de acquirendâ vel amittendâ hæreditate L. 89. D. de diversis regulis juris.* On meurt *ab intestat*, lorsqu'on n'a point fait de testament, ou que le testament est nul, ou que l'institution d'héritier est caduque par le prédécès de l'héritier institué, ou par son incapacité, ou par la répudiation *princ. Inst. de hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur.* Alors la Loi teste pour le défunt, & dispose de ses biens de la manière qu'on présume qu'il auroit testé, comme l'a remarqué Grotius *de jure belli ac pacis liv. 2. chap. 7. n. 3.* ce qui a fait dire que la succession *ab intestat* est le testament de la Loi, celui que la Loi fait en se conformant à la volonté présumée du défunt.

II. Cependant les Loix civiles ont varié dans les règles qu'elles ont prescrites pour les successions *ab intestat.* La Loi des XII. Tables déferoit la succession aux héritiers siens, c'est-à-dire aux enfans qui étoient dans la puissance du défunt lors de sa mort. Les enfans émancipés en étoient exclus §. 1. 2. & 3. *Inst. de hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur.* Cette distinction injurieuse à la Nature, fut corrigée par l'Edit du Prêtreur, qui donna la possession des biens, tant aux enfans émancipés, qu'à ceux qui étoient dans la puissance du défunt au tems de sa mort §. 12. du même titre. Au défaut des héritiers siens, la Loi des XII. Tables donnoit la succession au plus proche parent du côté paternel *princ. Inst. de legitimâ agnatorum successione.* L'Edit du Prêtreur donna la possession des biens, *undè cognati*, aux parens du côté maternel *princ. Inst. de Senatusconsulto Tertulliano, princ. Inst. de successione cognatorum.* Mais le dernier état de la Jurisprudence Romaine pour les successions *ab intestat* fut fixé par la Nouvelle 118. de l'Empereur Justinien.

III. Par cette Nouvelle chap. 1. les descendans, soit mâles ou filles, soit qu'ils soient sous la puissance paternelle ou émancipés, succèdent par égales parts à leurs ascendans qui meurent *ab intestat*, & les descendans du degré le plus proche excluent ceux qui sont dans un degré plus éloigné; mais si l'un des enfans qui remplissent le premier degré, est mort laissant des enfans qui sont les petits-fils du défunt, ces petits-fils viennent à la succession de leur ayeul par représentation de leur pere ou de leur mere, & ils ont tous ensemble, en quelque nombre qu'ils soient, la portion que leur pere ou leur mere auroit eue. Ils succèdent par souche & non par tête. Nous avons en Provence une Loi particuliere qui déroge aux Loix Romaines en faveur des enfans mâles & des enfans mâles de ces enfans mâles. Ils sont appellés, par le Statut de la Province, à la succession de leurs ascendans, soit paternels ou maternels qui meurent *ab intestat*, à l'exclusion des filles, à qui cette Loi reserve seulement leur légitime.

IV. Si celui qui est mort *ab intestat* n'a point laissé de descendans, sa succession est déferée à ses pere & mere & au défaut du pere & de la mere aux autres ascendans, avec lesquels concourent les freres & sœurs germains du défunt nés du même pere & de la même mere. Il n'y a point de représentation dans la ligne ascendante. Et ceux qui sont dans le degré plus proche, excluent ceux qui sont dans un degré plus éloigné, suivant la Nouvelle 118. chap. 2. d'où a été tirée l'Authentique *Defuncto C. ad S. C. Trebellianum*.

V. S'il n'y a point de descendans & d'ascendans, les collatéraux sont appellés à la succession, sans distinction de sexe, ni s'ils sont parens du côté paternel ou du côté maternel, & la regle est que ceux qui sont dans le degré le plus proche excluent ceux qui sont dans un degré plus éloigné. Néanmoins cette regle souffre deux exceptions. La premiere est celle du double lien. Les freres nés du même pere & de la même mere excluent les freres consanguins & uterins, suivant la Nouvelle 118. chap. 3. l'Authentique *Ces-*

sante C. de legitimis hæredibus, & l'Authentique Itaque C. communia de successioneibus.

VI. La seconde exception est celle du droit de représentation; mais ce droit n'a lieu qu'au premier degré de la ligne collatérale en faveur des neveux enfans de frere ou de sœur qui concourent avec leurs oncles ou tantes, & ont la même portion que leur pere ou leur mere auroit eue; & comme les enfans des freres germains concourent avec leurs oncles freres germains du défunt, les enfans des freres consanguins ou uterins concourent avec leurs oncles, freres consanguins ou uterins du défunt, lorsque ces oncles succèdent à leur frere consanguin ou uterin. C'est la disposition de la Nouvelle 118. chap. 3.

VII. S'il n'y a point de parens, le mari succede à la femme & la femme au mari, suivant l'Edit du Prêtreur *Undè vir & uxor*; & la Loi unique du Digeste & du Code *Undè vir & uxor*.

VIII. Je n'ai fait que rappeler ici sommairement les premiers principes des successions *ab intestat*. Plusieurs questions importantes se présentent sur cette matiere. J'en ai donné un Traité dans mon Commentaire des Statuts de Provence. On peut voir le premier tome de ce Commentaire, au titre des Successions *ab intestat*, où j'ai traité dans la section 1. de la succession des descendans, dans la 2^e. de la succession des ascendans, dans la 3^e. de la succession des collatéraux, & dans la 4^e. de la succession du mari à la femme & de la femme au mari.

IX. J'ai parlé dans ce second Livre des choses & des moyens de les acquérir par le Droit des gens & le Droit civil. Les obligations sont encore des moyens par lesquels les choses nous sont dues. Ce sera le sujet du troisieme Livre.

Fin du Second Livre.



LIVRE III.

DES OBLIGATIONS.

TITRE I.

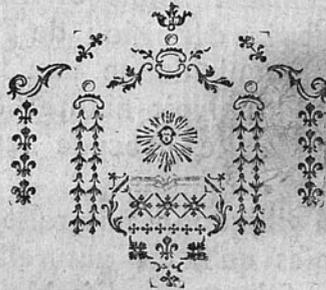
Des Obligations en général.

I. **L'**Obligation est un lien de droit qui nous engage nécessairement à faire ou à payer quelque chose : *Obligatio est juris vinculum , quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundum nostræ Civitatis jura princ. Inst. de obligationibus.* C'est la définition de l'obligation civile, de la vraie obligation qui donne une action en Justice, soit qu'elle procede du Droit naturel & du Droit civil tout ensemble, soit qu'elle procede seulement du Droit civil.

II. Par le mot d'obligation naturelle les Jurisconsultes ont entendu les choses qu'il est naturellement honnête de faire, quoiqu'elles ne soient pas véritablement dues, comme d'acquitter les legs sans détraction de la quarte falcidie, de rendre bienfait pour bienfait, de payer une dette dont on étoit libéré par la prescription, ou par la peine imposée au créancier, comme il arrive dans le prêt fait au fils de famille. Cette sorte d'obligation ne donne aucune action en Justice : *Si naturâ debeatur, non sunt loco creditorum L. creditores 10. D. de verborum significatione.* Mais l'obligation naturelle empêche la répétition du paiement qui a été fait volontairement *L. sed si 9. §. 4. & 5. L. quia naturalis 10. D. de Senatusconsulto Macedoniano.* C'est

la remarque de Grotius de *jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 14. n. 6. *Naturalis obligatio*, dit-il, interdum a juris auctoribus dicitur per abusum de eo quod fieri natura honestum est, quanquam non verè debitum, ut legata integra sine detractioe falcidiae præstare, solvere debitum quo quis in pœnam creditoris erat liberatus, vicem beneficio rependere; quæ omnia cessare faciunt conditionem indebiti. Voyez Duperier tom. 1. liv. 2. quest. 20. Lapeyrere lett. P. n. 73.

III. Les obligations naissent de quatre sources : des contrats & des quasi-contrats, des délits & des quasi-délits §. 2. *Inst. de obligationibus*. Nous avons parlé dans le premier Livre tit. 2. & suiv. du contrat de mariage & des obligations & des conventions qui en dépendent. Nous parlerons dans ce troisième Livre des autres contrats, ensuite des quasi-contrats & des obligations qui naissent des délits & des quasi-délits.



TITRE II.

Du Contrat de vente.

I. La vente est l'un de ces contrats qui sont parfaits par le seul consentement des parties. Elle est parfaite dès que les parties sont convenues du prix *Inst. de obligationibus ex consensu, princ. Inst. de emptione & venditione.*

II. Mais cela n'a pas lieu pour les ventes que les parties sont convenues de passer par écrit. Dans ce cas la vente n'est parfaite que lorsque l'acte en a été rédigé par écrit & signé par toutes les parties, & si l'acte est passé devant un Notaire, lorsqu'il a été accompli. Jusqu'alors les parties peuvent changer de volonté, *princ. Inst. de emptione & venditione, L. contractus 17. C. de fide instrumentorum, Cancerius variar. resol. part. 1. chap. 13. n. 4. Despeisses tom. 1. pag. 20. n. 12.*

III. Les Arrêts ont suivi ces principes. M. Le Prestre cent. 2. chap. 50. rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, par lequel les parties ayant signé la minute au logis du Notaire & étant sorties avant que les Notaires eussent signé, pour aller voir si elles pourroient avoir composition des arrérages, & étant de retour, l'une d'elles n'ayant pas voulu accomplir le contrat, il fut jugé que le contrat n'avoit pas été accompli & qu'il étoit loisible à l'une des parties d'en révilir, *etiam invitâ & repugnante alterâ.* Par un autre Arrêt du même Parlement rapporté par Soëfve tom. 1. cent. 4. chap. 75. il fut jugé qu'un traité de vente sous feing privé n'étant point signé de l'une des parties, quoique signé de toutes les autres parties, n'étoit point parfait, & qu'il étoit en la liberté de celles même qui avoient signé de s'en départir. Le Parlement d'Aix rendit un Arrêt sur une pareille question en faveur du sieur Pierre Ayrouard, ancien Courtier de la ville de Marseille pour lequel j'écrivois, contre Martin Reynaud. Il s'agissoit de la vente d'une maison. On étoit d'accord du prix qui étoit de 11500. liv. duquel

Ayrouard compta 200 livres qui furent mises sur la table. Reynaud rédigea par écrit la convention de vente portant qu'il avoit reçu cette somme de 200 livres & la signa. Il y étoit dit qu'elle étoit faite double. Dans le même tems on vint appeller Ayrouard. Il sortit, & étant rentré dans la chambre, il dit au vendeur de renvoyer la conclusion de cette affaire à un autre jour. Ayant changé de volonté, il refusa de signer la convention, & demanda la restitution de la somme de 200 livres que Reynaud avoit retirées. Celui-ci prétendit que la vente étoit parfaite, & il présenta requête au Lieutenant de Marseille aux fins qu'Ayrouard fût condamné à passer l'acte de vente, autrement que la Sentence qui seroit rendue en tiendroit lieu. Ayrouard répondit que la vente n'étant point parfaite, il avoit pu changer de volonté, & par une requête incidente il demanda la restitution de la somme de 200 liv. Le Lieutenant de Marseille par sa Sentence du 6 juillet 1745, débouta Reynaud de sa demande, & faisant droit à la requête incidente d'Ayrouard, condamna Reynaud à la restitution de la somme de 200 liv. Reynaud ayant appelé de cette Sentence, elle fut confirmée par Arrêt du 30 juin 1746 au rapport de M. de Ballon.

IV. Il y a dans la vente la chose & le prix consistant en argent monnoyé §. 2. *Inst. de emptione & venditione*. En quoi la vente differe du contrat d'échange, duquel néanmoins elle tire son origine, comme il est dit dans la Loi 1. *D. de contrahendâ emptione*. Dans les premiers tems l'usage de l'argent monnoyé étoit inconnu, & tout le commerce se faisoit par des échanges: mais ce commerce trouvoit des difficultés; l'un n'avoit pas toujours ce qui pouvoit être utile à l'autre; de sorte qu'il fut établi une matiere frappée d'une forme publique, qui eut une valeur certaine, & fut au gré de tout le monde. Grotius *de jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 17. n. 22. dit que l'argent est la mesure commune de toutes les choses utiles: *Pecunia communis rerum utilium mensura*. L'usage de l'argent monnoyé & des ventes, a été néanmoins fort ancien chez divers peuples, comme l'a re-

marqué M. Huet dans son Histoire du Commerce & de la Navigation des Anciens chap. 6.

V. Le prix de la vente doit être certain ; mais la vente sera-t-elle valable , si les parties sont convenues que la chose sera vendue au prix qui sera réglé par un tiers ? L'on avoit douté de la validité d'une telle vente ; mais il fut décidé par Justinien qu'elle auroit son effet , si l'Arbitre dont on étoit convenu , en déterminoit le prix , & qu'elle seroit nulle s'il ne vouloit ou ne pouvoit en faire l'estimation , parce qu'alors il n'y a point de prix. C'est la décision de la Loi dernière *C. de contrahendâ emptione & venditione* qui est rappelée au §. 1. *Inst. de emptione & venditione*. Il y est ajouté que le même droit aura lieu pour le contrat de louage. Automne sur la Loi dernière *C. de contrahendâ emptione* , rapporte un Arrêt du Parlement de Bordeaux , par lequel il fut jugé que le tiers dont les parties étoient convenues étant mort sans avoir réglé le prix , la vente étoit nulle.

VI. Dès que la vente est parfaite , les pertes & les dommages , comme les accroissemens qui arrivent à la chose vendue , regardent l'acheteur qui en est devenu le maître. Si le fonds est emporté par les eaux de la riviere en tout ou en partie , si les arbres sont arrachés par des vents impétueux , cette perte est pour l'acheteur , & si le fonds est accru par l'alluvion , cet accroissement est pour lui §. 3. *Inst. de emptione & venditione* , *L. post perfectam 1. C. de periculo & commodo rei venditæ* , *L. sicut 12. C. de actionibus empti & venditi* , Covarruvias *variar. resol.* liv. 1. chap. 15. 10. 2. Mynsinger cent. 6. observ. 36. Loifel *Institutes coutumieres* liv. 3. tit. 4. n. 6. Charondas *Réponses du Droit François* liv. 9. resp. 30. Despeiffes tom. 1. part. 1. tit. 1. sect. 5. n. 14. pag. 39. & suiv.

VII. La vente peut être faite purement & simplement ou sous condition , §. 4. *Inst. de emptione & venditione*. Si la vente est conditionnelle , son accomplissement dépend de l'événement de la condition. Le contrat seroit nul si la condition étoit impossible ou contraire aux bonnes mœurs §. 11. §. 24. *Inst. de inutilibus stipulationibus*.

VIII. On ne doit point mettre au rang des ventes conditionnelles celle qui est faite avec pacte de rachat. La vente est parfaite & le lods en est dû, s'il s'agit d'un fonds emphytéotique. Par le pacte de rachat le vendeur ne fait que reprendre le fonds qu'il avoit aliéné, moyennant le même prix; & il n'est point dû de lods de la reprise, parce qu'elle se fait pour une cause nécessaire inhérente dans le premier contrat, comme je l'ai remarqué dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. tit. de la Directe, du Droit de prélation & du lods, sect. 3. du droit de lods n. 18. pag. 340.

IX. Le vendeur est tenu de la pleine garantie envers l'acheteur, en cas d'éviction, quoiqu'il ne l'ait pas expressément promise. C'est la décision de la Loi 6. C. de *evictionibus*, en ces termes: *Non dubitatur & si specialiter venditor evictionem non promiserit, re evictâ ex empto competere actionem*; & cette garantie embrasse & la restitution du prix & les dommages & intérêts de l'acheteur: *Evictâ re, ex empto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit*. Ce sont les termes de la Loi *evictâ re 70 D. de evictionibus*. Ces dommages & intérêts, comme dit M. de Catellan liv. 5. chap. 22. consistent en ce que la chose évincée vaut au tems de l'éviction au-delà du prix convenu, parce que cette plus value est un gain & une utilité légitimement acquise à l'acheteur. Il y a néanmoins des cas où les dommages & intérêts ne sont point dûs.

X. La vente est nulle des choses publiques & des Lieux saints & religieux; & celui qui les achete sciemment, n'a point de garantie pour ses dommages & intérêts contre le vendeur; mais il pourra les prétendre, s'il a été dans l'ignorance & qu'il ait été trompé par le vendeur, §. 5. *Inst. de emptione & venditione*.

XI. Suivant la Loi *si fundum 27. C. de evictionibus*, celui qui a acheté un fonds sachant qu'il n'appartenoit pas au vendeur, n'a point de garantie contre le vendeur. Cette Loi refuse même à l'acheteur la restitution du prix qu'il a payé, en quoi elle est contraire à toute équité & à d'autres textes du Droit; & certainement elle n'est pas

suivie dans ce point. Par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 1. liv. 4. tit. 9. chap. 1. il fut jugé que la vente du bien d'un mineur étant nulle, le tuteur n'étoit point tenu des dommages & intérêts envers l'acheteur, parce que l'acheteur avoit acquis contre l'autorité de la Loi, & la faute étoit commune.

XII. Mais la Loi *si fundum est* dans le cas où la garantie n'a pas été promise par le vendeur, comme il paroît par ces termes: *Nec quicumque de evictione convenit*. Et lorsque le vendeur a promis la garantie, & s'est obligé lui-même aux dommages & intérêts en son propre nom, il en est tenu, comme l'atteste Duperier dans ses Maximes de Droit tit. de l'aliénation du fonds dotal: » Il n'y a, » dit-il, point d'exemple dans tout le Droit qui décharge » des dommages & intérêts de l'éviction celui qui l'a promise, bien que l'acheteur sçût le vice du contrat, comme » en la vente d'un bien substitué, ou en celle d'un bien » appartenant à autrui, ou d'un fonds d'un pupille, quand » le tuteur s'est obligé lui-même aux dommages & intérêts » en son propre nom ». La Loi dernière §. *emptor 4. C. communia de legatis & fideicommissis* qui parle de la stipulation du double en cas d'éviction dans la vente d'un bien fidéicommissaire, n'est point dans le cas de la promesse de la garantie. Surdus décif. 208. n. 13. dit que la disposition du §. *emptor est odieuse & contre les regles du Droit. Dicti §. emptor dispositio est odiosa & contra juris regulas. Nam regulariter emens scienter rem alienam, potest sibi per stipulationem expressam vel specialem cavere de duplá ultrà restitutionem pretii*. Cette disposition étant odieuse, il faudroit, si on pouvoit l'admettre, la restreindre dans ses termes, suivant le même Auteur. *Si ergo est odiosa & correctoria, debet ad suos terminos restringi, non autem ad alios casus extendi*. Conséquemment on ne peut pas l'étendre au cas où il y a promesse de garantie.

XIII. L'héritier grévé qui a vendu un bien substitué, étant tenu d'éviction, son héritier en fera également tenu; l'héritier succede en tous les droits actifs & passifs du dé-

funt : Hæredem ejusdem potestatis , jurisque esse cujus fuit defunctus constat, dit la Loi 59. *D. de diversis regulis juris*. Conséquemment si le substitué est l'héritier du grévé qui a fait l'aliénation, il ne pourra pas en opposer la nullité. C'est la décision de la Loi *filius familias* 114. §. *cum pater* *D. de legatis* 1°. & le sentiment de Peregrinus *de fideicommissis* art. 33. n. 1. & suiv. jusqu'au n. 15. de Fachineus *controvertiarum juris* liv. 5. chap. 19. de Duperier tom. 1. liv. 1. quest. 9. de M. de Montvalon *Traité des Successions* tom. 1. chap. 3. art. 20. *Quem de evictione tenet actio , eundem agentem repellit exceptio*. Il est décidé dans plusieurs Loix, que si le propriétaire d'un fonds qui a été vendu est l'héritier du vendeur, il ne pourra pas révéndiquer le fonds vendu, parce qu'il est lui-même garant de la vente, comme héritier du vendeur. Telles sont la Loi *Marcellus* 1. §. *sed & si dominus* 1. *D. de exceptione rei venditæ*, la Loi *cum à matre* 14. *C. de rei vindicatione*, la Loi *venditrici* 3. *C. de rebus alienis non alienandis*. Le Parlement d'Aix a jugé suivant ces principes par divers Arrêts, notamment par Arrêt du 30 avril 1762, au rapport de M. des Crottes, en faveur de Joseph Curé, Maître Bastier de la ville d'Aix, contre le sieur Jean-Baptiste Deregina. Une femme veuve avoit vendu, en son propre nom, une propriété de terre, vignes & oliviers, avec promesse de faire avoir, jouir & tenir l'acquéreur, & de lui être tenue de tous troubles, empêchemens, éviction & garantie générale & particuliere de droit & de fait, envers & contre tous qu'il appartiendroit : cette terre appartenoit à son fils, qui l'avoit eue de l'héritage paternel. Après la mort de la mere, le fils se pourvut par action de révéndication du fonds vendu, sous l'offre de rembourser le prix qui en avoit été payé. Par cet Arrêt il fut déclaré non recevable & débouté de sa demande en l'état, parce qu'il étoit héritier de sa mere, qui avoit vendu l'immeuble en son propre nom & avec les clauses de garantie les plus expressees. La même chose fut jugée dans de pareilles circonstances par Arrêt rendu à l'Audience des Pauvres du 22 mars 1782, en faveur de Gautier du lieu de la Valette contre Jean-

Baptiste Cudiere. Voyez Maynard liv. 4. chap. 27. Henrys liv. 4. quest. 31. Catellan liv. 5. chap. 7.

XIV. Il y a néanmoins, suivant la Jurisprudence observée en Provence, une exception pour l'aliénation du fonds dotal, lorsque l'acheteur l'a acquis du mari, sçachant que le fonds étoit dotal, auquel cas seulement le mari est déchargé des dommages & intérêts, quoiqu'il ait promis la garantie, suivant l'Arrêt rapporté par M. de St. Jean décis. 88. & ceux que rapporte Boniface tom. 1. liv. 6. tit. 2. chap. 8. & 10. & tit. 3. chap. 1. Je l'ai remarqué ci-dessus liv. 1. tit. 4. des Conventions matrimoniales n. 19. Les dots des femmes tiennent en quelque sorte au Droit public : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere L. 2. D. de jure dotium : publicè interest dotes mulieribus conservari L. 1. D. soluto matrimonio.*

XV. S'il a été convenu entre les parties que le vendeur ne sera point tenu d'éviction, ce pacte sera-t-il valable ? Il est décidé que dans ce cas le vendeur ne sera point tenu des dommages & intérêts de l'acheteur ; il sera seulement obligé de restituer le prix qu'il a reçu. La Loi *ex empto* 11. §. *qui autem* 18. *D. de actionibus empti & venditi*, s'en explique en ces termes : *Si aperte venditor pronuntiet, per se hæredemque suum non fieri, quominus habere liceat, posse defendi ; ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptori interest ; verumtamen ut pretium reddat teneri. Ibidem ait idem esse dicendum, & si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine præstatum iri, pretium quidem deberi re evictâ, utilitatem non deberi.* Voyez la Loi *empti* 21. *C. de evictionibus*, Ranchin *decis. verb. emptio* art. 16. Fachineus *controversiarum juris* liv. 2. chap. 39. Perezius sur le titre du Code *de evictionibus* n. 23. Cambolas liv. 5. chap. 9. Catellan liv. 5. chap. 22.

XVI. Si après la vente l'acheteur est menacé d'éviction par une déclaration d'hypothèque ou autrement, il pourra retenir le prix ou la partie du prix qu'il doit encore, quoique le terme du paiement soit échu, si le vendeur ne donne bonne & suffisante caution de l'éviction *L. Habua-*

tionum 18. §. 1. *D. de periculo & commodo rei venditæ*, *L. si post perfectam* 24. *C. de evictionibus*, Faber déf. 1. *C. de evictionibus*, *Cancerius variar. resol.* part. 2. chap. 6. n. 62. & suiv. *Gulman de evictionibus* quest. 50. Arrêts de Papon liv. 11. tit. 4. n. 8. Boniface tom. 1. liv. 6. tit. 2. chap. 7. tom. 2. liv. 4. tit. 20. chap. 14. tom. 4. liv. 8. tit. 2. chap. 2. Catellan liv. 5. chap. 42. Brillon *verb* Eviction n. 16.

XVII. Lorsque l'acheteur a été trompé, & que le vendeur a vendu un fonds, comme lui appartenant, qui ne lui appartient pas, lorsque le fonds est dotal ou substitué, l'acheteur pourra-t-il demander la résolution de la vente? L'action rédhibitoire a lieu dans la vente des immeubles, comme dans celle des choses mobilières *L. si prædium* 4. *C. de adilitiis actionibus*, *L. servus* 30. §. *si sciens* 1. *D. de actionibus empti*, du Moulin *dividui & individui* part. 3. n. 620. & suiv. Domat dans ses Loix civiles liv. 1. tit. 2. sect. 11. Et plusieurs Arrêts ont cassé de telles ventes. Ils sont rapportés par Catellan & Vedel liv. 5. chap. 42. Augeard tom. 1. som. 37. Debezieux liv. 5. chap. 2. §. 17. de La Combe Recueil d'Arrêts chap. 77. dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 7. chap. 10. Il y a eu néanmoins des Arrêts qui ont ordonné seulement que le vendeur donneroit caution, Boniface tom. 1. liv. 6. tit. 2. chap. 7. tom. 4. liv. 8. tit. 2. chap. 2. de Cormis tom. 2. col. 1805. & suiv. chap. 16.

XVIII. Si le vendeur a caché la servitude dont le fonds est chargé, s'il a vendu comme franc & allodial un fonds qui est sujet à une directe & à un cens, l'acheteur pourra-t-il demander la résolution de la vente, ou seulement la moins-value ou *quanti minoris*? On tient communément que l'acheteur peut seulement demander la moins-value. Toutefois si le vice de la chose est tel que l'acheteur n'auroit point vraisemblablement fait l'achat s'il en avoit eu connoissance, il doit y avoir lieu à l'action rédhibitoire pour faire casser la vente. C'est le sentiment de Duperier dans ses Questions liv. 4. quest. 10. » J'estime, dit-il, que » la réticence étant volontaire, il y a lieu à rescinder le » contrat,

» contrat, si la servitude est telle que vraisemblablement
 » l'acheteur n'eût pas fait l'achat, si elle lui eût été con-
 » nue : par exemple, si c'étoit une terre vendue, comme
 » noble & avec juridiction, qui parût puis après roturiere
 » & sans juridiction, ou bien un fonds chargé d'un si grand
 » cens ou autre redevance qu'elle approchât de la valeur
 » d'une rente, & ainsi qu'au lieu de maître & proprié-
 » taire, l'acquereur fût comme un simple rentier ou loca-
 » taire. » Voyez Cambolas liv. 4. chap. 8. Catellan liv.
 3. chap. 19.

XIX. Lorsqu'un fonds a été vendu avec la clause franc s'il est franc, servile s'il est servile, le vendeur sera-t-il tenu de la moins-value ou *quanti minoris*, si le fonds se trouve sujet à la directe & à un cens ou à une autre servitude? Le vendeur n'en sera pas tenu, s'il a été dans la bonne foi & une juste ignorance. Mais s'il a connu la servitude, il a dû la déclarer, & sa réticence est un dol qui l'oblige à dédommager l'acquereur. C'est la décision de la Loi 1. §. *Venditor* 1. de la Loi *Tenetur* 6. §. dernier, de la Loi *Quero* 39. *D. de actionibus empti & venditi*. Ces Loix sont dans le cas de ventes où il y avoit des clauses équivalentes à celle, franc s'il est franc, servile s'il est servile. C'est l'avis de M. de Cormis tom. 2. col. 1726 & suiv. chap. 100 & suiv. où il rapporte que cela fut ainsi jugé dans l'affaire sur laquelle il avoit été consulté.

XX. L'acquereur qui est évincé de sa possession par le retrait lignager ou par le retrait féodal ou droit de prélation, n'a nulle garantie à prétendre contre le vendeur, parce que cela n'arrive pas par le fait du vendeur, mais par la puissance de la Loi, *non venditoris facto, sed Legis potestate & jure speciali*, comme dit d'Argentré sur la coutume de Bretagne art. 145. glos. 1. n. 1. le retrait ne forme pas un nouveau contrat, c'est la subrogation du retrayant à l'acquereur; & l'acquereur est pleinement indemnisé du prix qu'il a payé & de ses frais & loyaux coûts.

XXI. Le retrait lignager eut lieu par les Loix les plus anciennes & par les Loix Romaines. Il fut abrogé, comme contraire à la liberté des ventes, par la Loi *Dudum* 24. C.

de contrahendâ emptione. Il a été néanmoins conservé dans plusieurs lieux & sur-tout en Provence, comme fondé en équité & pour la conservation des biens dans les familles. La matière du retrait lignager donne lieu à beaucoup de questions importantes. On peut voir le traité que j'en ai donné dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. tit. du Retrait lignager pag. 261. & suiv.

XXII. Dès que le contrat de vente est parfait, l'acheteur devient propriétaire de la chose vendue, comme on l'a dit. Mais il n'en est véritablement le maître que lorsque le prix en a été payé: *Venditæ verò res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato,* dit le §. 41. *Inst. de rerum divisione.* Le vendeur a des droits réels sur la chose vendue, tant qu'il n'est pas payé du prix. Il y est préférable aux autres créanciers, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par M. de St. Jean décis. 69. Il a un précaire réel en vertu duquel, si la chose est aliénée, il la peut reprendre & la mettre dans ses mains pour être payé de ce qui lui est dû, comme je l'ai remarqué dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 2. sur le Statut du précaire pag. 492. & suiv.

XXIII. Mais lorsqu'il s'agit de la vente de choses mobilières dont le prix n'a pas été payé, le droit de suite n'a pas toujours lieu en faveur du vendeur contre le tiers. Voyez Louet & Brodeau lett. P. fom. 19. d'Olive liv. 4. chap. 10. Basset tom. 1. liv. 4. tit. 12. chap. 4. Lapey-rere lett. P. n. 129. les Commentateurs de la Coutume de Paris sur les articles 176 & 177. Boniface tom. 2. liv. 4. tit. 1. chap. 11. les Statuts de Marseille liv. 3. chap. 7. Par la Délibération de la Chambre du Commerce de la ville de Marseille du 11 août 1730, homologuée par Arrêt du Parlement d'Aix du 26 du même mois, le droit de suite de vendication ou réclamation des marchandises vendues, n'a lieu en faveur du vendeur qui n'a pas été payé du prix que sur celles qui sont trouvées en nature & extantes entre les mains de l'acheteur ou en celles de ses commissionnaires en cas qu'ils n'y aient pas fait des avances dessus

qui en absorbent toute la valeur : ou bien entre les mains d'un second acheteur qui n'en aura point encore payé le prix au premier , soit en argent comptant ou en lettres de change ou billets à ordre , excepté que le vendeur réclamataire eût vendu les marchandises au premier acheteur pour en être payé comptant sans jour & sans terme , & que ledit premier acheteur en eût fait la vente au second avant l'expiration de trois jours.

XXIV. La vente est un contrat où il est permis aux parties de s'avantager réciproquement. Mais s'il y a lésion d'outre-moitié du juste prix dans la vente d'un immeuble , la partie qui souffre cette lésion , est fondée à demander la rescision de la vente , suivant la Loi 2. *C. de rescindendâ venditione*. Voyez pour les questions qui se présentent sur cette matiere mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. sur le Statut , dans quel tems on peut venir contre les aliénations pag. 238. & suiv. & tom. 2. tit. des prescriptions , sect. 6. de la prescription des actions rescisoires pag. 574.



TITRE III.

Du Louage.

I. Il est dit dans les *Institutes princ. de locatione & conductione*, & dans la *Loi 2. D. locati*, que le contrat de louage approche de la nature de la vente & dépend des mêmes règles. Comme la vente se fait lorsqu'on est convenu du prix, le louage se forme lorsqu'on est convenu du loyer : *Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam, ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic & locatio & conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit.*

II. Le louage est donc un contrat par lequel une personne donne à l'autre la jouissance d'une chose mobilière ou immobilière pour un certain tems, moyennant un certain prix payable à la fin de l'année ou en d'autres termes dont on est convenu. C'est aussi un contrat par lequel l'une des parties loue ses œuvres à l'autre, moyennant une certaine somme ou récompense. Dans la vente la propriété de la chose vendue est transportée & pour toujours. Dans le louage c'est seulement la jouissance & pour un certain tems. Si la jouissance étoit transportée pour toujours ce seroit une autre sorte de contrat, comme d'emphytéose ou de bail à loyer perpétuel. Ce n'est pas non plus un contrat de louage, mais une autre sorte de contrat, si quelqu'un ayant un bœuf & son voisin en ayant aussi un, il est convenu entre eux qu'ils se prêteront leurs bœufs l'un à l'autre pendant dix jours pour labourer leurs terres, §. 2. *Inst. de locatione & conductione.*

III. Le louage est un contrat d'où naissent des obligations réciproques entre les parties. Le locataire doit exécuter toutes les clauses de son bail. Il doit apporter pour la garde des choses dont il a la jouissance, le même soin qu'un diligent pere de famille prend pour ses propres affaires, & il est responsable de la perte ou du dommage qui

arrive par la faute, §. 5. *Inst. de locatione & conductione*, *L. si merces 25. §. 3. 4. & 5. D. locati*, *L. si ut certo 5. §. 2. D. commodati*, *L. contractus 23. D. de diversis regulis juris.*

IV. Si la chose périt ou reçoit quelque dommage, par cas fortuit ou par quelque accident auquel le locataire n'ait point de part, il n'en est pas responsable; mais si c'est par la faute que la chose a péri ou a été endommagée, il en est tenu. C'est la décision de la Loi *si quis 9. §. si Colonis 3. D. locati.*

V. Mais si la maison a péri ou a reçu du dommage par un incendie, est-ce le propriétaire qui sera obligé de prouver que l'incendie est arrivé par la faute du locataire, ou le locataire qui devra prouver que l'incendie a été causé par quelque accident auquel il n'a point de part? Quoique cette question ait été controversée, on ne dispute plus aujourd'hui que le locataire de la maison où le feu a pris ne soit tenu du dommage causé par l'incendie, s'il ne prouve pas que l'incendie soit arrivé par toute autre cause que par son fait ou celui de ses préposés ou domestiques. La raison en est que les incendies arrivent par la faute de quelqu'un: *Cum incendium sine culpâ fieri non possit*, dit la Loi, *si vendita 11. D. de periculo & commodo rei vendita*; & ils arrivent ordinairement par la faute de ceux qui habitent la maison: *Plerumque incendia culpâ fiunt inhabitantium*, ce sont les paroles de la Loi *nam salutem 3. §. 1. D. de officio Præfecti vigilum*. La présomption est donc contre le locataire, & conséquemment c'est le locataire qui doit être chargé de la preuve. D'Argenté sur la Coutume de Bretagne art. 599. glos. 1. n. 3. en donne cette raison bien concluante que le propriétaire ayant loué sa maison, il ne lui est plus permis de voir ce qui s'y passe ni d'en prendre soin, ni d'examiner si celui qui l'habite a des domestiques & des serviteurs vigilans: *Manifesta ratio facit, quia cum Dominus ædes suas alteri locaverit, non licet post-hac Domino inquirere, quid in suo sed conducto fiat, nec ullâ ratione sibi potest prospicere, nec curiosus esse debet, quam sedulis aut diligentibus servis, aut famulatio conductor utatur;*

alieno enim ut suo conductor uitur, etiam Dominum prohibendo. Henrys liv. 4. quest. 87. embrasse l'opinion qui rejette la preuve sur le propriétaire. Mais le sentiment contraire qui charge le locataire de la preuve, a prévalu. C'est l'avis de Fachineus *controversiarum juris* liv. 1. chap. 87. de Lapeyrere lett. I. n. 13. de Bretonnier sur Henrys liv. 4. quest. 87. Et c'est ainsi que l'ont jugé les Arrêts rapportés par Choppin sur la Coutume d'Anjou liv. 1. art. 44. n. 11. Basset tom. 1. liv. 4. tit. 15. chap. 2. Catellan liv. 5. chap. 3. dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 1. chap. 20.

VI. Si la maison a été brûlée ou démolie en haine du locataire & à cause de ses inimitiés particulières, en sera-t-il tenu envers le propriétaire ? La Loi *si merces 25. D. locati* §. 4. où il s'agit d'arbres arrachés, décide qu'on est dans le cas où le dommage arrive par le fait ou la faute du locataire : *Culpæ ipsius & illud adnumeratur, si propter inimicitias ejus vicinus arbores exciderit.* C'est la doctrine du Président Faber déf. 24. C. de locato, & M. de Catellan liv. 5. chap. 3. rapporte un Arrêt par lequel une maison louée à un collecteur de tailles, ayant été brûlée dans une émeute populaire, le locataire fut condamné à en payer la légitime valeur au propriétaire.

VII. Le locataire, par la faute duquel la maison a été brûlée, est non seulement tenu du dommage envers le propriétaire de la maison, il est encore tenu du dommage que les maisons voisines ont souffert par cet accident. Mais si le locataire est insolvable, les propriétaires des maisons voisines auront-ils une action subsidiaire contre le propriétaire de la maison brûlée ? Il paroît certain que le propriétaire de la maison, qui a son habitation ailleurs, n'en répond pas. En louant sa maison il a usé de son droit. C'est une utilité publique que les maisons soient louées : Olivier Estienne, Traité des Hypotheses chap. 17. pag. 471. Basnage sur l'art. 403. de la Coutume de Normandie, Brillon Dictionnaire des Arrêts *verb.* incendie n. 8. Bretonnier sur Henrys liv. 4. chap. 87. Le propriétaire pourroit néanmoins en être tenu, si l'incendie provenoit de sa faute pour n'a-

voir pas fait les réparations, Boutaric sur le §. 5. *Inst. de locatione & conductione.*

VIII. Le propriétaire doit procurer au locataire la jouissance de la chose qu'il lui a louée; & si par le fait du propriétaire le locataire n'en jouit pas, le propriétaire est tenu de ses dommages & intérêts *L. ex conducto 13. §. competit. 1. & §. planè 8. D. locati.*

IX. Mais si le locataire est privé de la jouissance du fonds ou d'une partie par un cas fortuit, comme si une partie du fonds a été inondée ou emportée par la rivière, ou si le locataire n'en a pu jouir par quelque autre accident, auquel le propriétaire n'ait point de part, le dédommagement que lui doit le propriétaire, consiste seulement en la remise de la rente ou d'une portion de la rente proportionnée à la non jouissance. On fait cette distinction: ou le propriétaire a pu ôter l'empêchement, ou il ne l'a pas pu. Au premier cas, le locataire peut demander ses dommages & intérêts: au second cas, il ne peut agir que pour la remise de la rente. C'est la doctrine de Sanleger *resol. civil. chap. 31. n. 38. Alii distingunt, dit-il, utrum locator poterit remove impedimentum an non. Primo casu volunt peti posse totale interesse: secundo verò agi solùm posse ad remissionem mercedis.* Mais tous conviennent, ajoute le même Auteur, que dans le cas de la non jouissance, le locataire peut agir contre le propriétaire pour quelque dommage que ce soit, quoiqu'il ne soit pas intolérable: *Omnes tamen conveniunt conductorem hoc casu agere posse contrà locatorem pro quocumque damno, etiam non intolerabili.* Et il ne se fait point de compensation de cette non jouissance, avec les profits faits dans la partie dont le Fermier a joui, ni avec ceux des autres années du bail. Voyez Gratien *discept. forens. chap. 376. n. 18. Surdus décif. 326. Charondas liv. 4. resp. 102. Boniface tom. 2. part. 3. liv. 2. tit. 13. chap. 2. le Journal des Audiences tom. 1. liv. 3. chap. 42. de Cormis tom. 2. col. 1179. & suiv. chap. 42. & suiv.*

X. Le cas de la stérilité est bien différent de celui de la non-jouissance. Le propriétaire n'est pas tenu des cas

fortuits qui diminuent la production des fruits, comme le froid, les vents, les pluyes & les autres accidens de cette nature. Le Fermier est le propriétaire & l'acheteur des fruits, & conséquemment la diminution qui y arrive le regarde. Par la même raison que la rente n'est pas augmentée quand il y a eu des récoltes abondantes, elle ne doit pas être diminuée quand elles ne le sont pas. Grotius dans son *Traité de Jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 12. n. 18. observe que le louage approche de la vente, & dépend des mêmes regles. Car (dit-il) le prix répond à la rente ou au loyer; & le domaine de la chose à la faculté de jouir; de maniere que comme la perte de la chose vendue est pour le compte de l'acheteur à qui elle appartient, de même la stérilité & les autres accidens sont naturellement pour le compte du Fermier. *Locatio & conductio ut rectè à Caio dictum est, proxima est venditioni & emptioni, eisdemque regulis consistit. Respondent enim pretium pensioni sive mercedi, & rei dominium facultati utendi. Quare sicut res Domino perit, ità naturaliter sterilitas & alii casus qui usum impediunt, damno sunt conductoris.* Toutefois l'on a excepté le cas d'un dommage intolérable causé par une force majeure & qui soit de plus de la moitié, le Fermier peut demander dans ce cas un rabais de la rente, suivant la Loi *Ex conducto* 15. §. *Si vis tempestatis* 2. & la Loi *Si merces* 25. §. *vis major* 6. *D. locati*. Mais s'il s'agit d'un bail passé pour plusieurs années, la stérilité de l'une se compense avec la fertilité des autres, suivant la Loi *ex conducto* 15. §. *Papinianus* 4. *D. locati*. C'est la Doctrine du Président Faber déf. 3. & déf. 47. *C. de locato*. Il y a donc une grande différence du cas de la stérilité avec celui de la non-jouissance. Voyez *Mantica de tacitis & ambiguis conventionibus* liv. 5. tit. 8. n. 33. & suiv. *Sanleger resol. civil.* chap. 31. n. 40. & suiv.

XI. Le locataire peut relouer la chose à un autre, s'il n'a pas été convenu avec le propriétaire qu'il ne le pourroit pas. C'est la décision de la Loi 6. *C. de locato*, en ces termes : *Nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam alii locare, si nihil aliud convenit.* Cela doit néanmoins être entendu de maniere que le sous-locataire use de la chose
comme

comme auroit fait le premier locataire & pour le même usage, comme dit la glofe, *alii æquè idoneo & ad eundem usum*. Voyez encore la Loi *Si cujus* 13. §. dernier *D. de usufructu & quemadmodum*, la Loi *Non aliter* 7. *D. de usu & habitatione*. C'est la Doctrine de *Cancerius variar. resol.* part. 1. chap. 14. n. 2. de *Gomez resol.* tom. 2. chap. 3. n. 11. de *Despeiffes* tom. 1. pag. 107. n. 25.

XII. Dans le louage des maisons, le propriétaire pour les loyers qui lui sont dus, a une préférence à tous autres créanciers sur les meubles qui y ont été transportés. La Loi *Item quia* 4. *D. de pactis*, le décide ainsi en ces termes: *Placet in urbanis habitationibus locandis invec̄ta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit*. Il y a la même décision dans la Loi *Ceri juris* 5. *C. de locato*. Papon dans ses Arrêts liv. 10. tit. 3. art. 4. observe que même les meubles mis en garde & en dépôt dans la maison, sont subsidiairement obligés au paiement des loyers eu égard au lieu qu'ils y ont occupé & pour le tems qu'ils y ont été. Ceux même de la femme qui doit suivre son mari, sont subsidiairement obligés au paiement des loyers, comme il fut jugé par l'Arrêt rapporté par M. de Catellan liv. 5. chap. 2.

XIII. Le propriétaire de la maison pour ses loyers a le même privilege sur les meubles du sous-locataire, *Cancerius variar. resol.* part. 1. chap. 14. n. 2. *Gomez resol.* tom. 2. chap. 3. n. 12. *Despeiffes* tom. 1. pag. 100. n. 13. Cela est certain pour les loyers qui ont couru pendant le bail du sous-locataire. Mais l'on a douté que le sous-locataire en fût tenu pour les loyers échus avant son bail. La question se présenta au Parlement d'Aix le 18 juin 1734, & il y eut partage en la Chambre des Enquêtes, M. de Mirabeau Rapporteur, M. de Montvert Compartiteur. Le partage porté en la Grand'Chambre, il fut décidé que les meubles du sous-locataire n'étoient sujets qu'au paiement des loyers qui avoient couru pendant son bail. Basnage dans son *Traité des Hypotheques* part. 1. chap. 14. des dettes privilégiées pag. 349. rapporte un Arrêt par lequel il fut jugé que le sous-locataire ne pouvoit être exécuté

R r

pour les loyers de la maison qu'à proportion de ce qu'il occupoit.

XIV. Le privilege accordé au propriétaire pour ses loyers sur les meubles transportés dans la maison par le locataire, n'a pas lieu pour les marchandises vénales qui y sont portées non pour y demeurer, mais pour être vendues. Marquardus le décide ainsi dans son *Traité de jure mercatorum* liv. 2. chap. 2. n. 4. *Ab hac autem tacitâ obligatione*, dit-il, *exemptæ sunt merces venales invectæ & illatæ in domum seu tabernam conductam, de jure civili, quia non eâ intentione inductæ, ut ibi sint & maneat perpetuò.* C'est l'avis de Mantica *de tacitis & ambiguis conventionibus* liv. 11. tit. 15. n. 32. & 35. de Covarruvias *variar. resol.* liv. 2. chap. 5. n. 2. & 9.

XV. Pour ce qui est des terres, les fruits sont expressément obligés au propriétaire, tant pour la rente courante que pour les arrérages, & il est préférable sur ces fruits aux créanciers antérieurs du Fermier, *L. in prædiis 7. D. in quibus causis pignus vel hypotheca tacitè contrahatur.* Et cela a été ainsi jugé par les Arrêts rapportés par Louet & Brodeau lett. F. som. 4. Le propriétaire a la même préférence pour les détériorations & pour les fournitures qu'il a faites au Fermier. Par l'Arrêt rapporté dans le tome 2. des Œuvres de Duperier aux Arrêts de M. de Thoron som. 29. le propriétaire fut déclaré préférable à la dot de la femme du Fermier, non seulement pour la rente, mais aussi pour les fournitures faites au Fermier.

XVI. Le propriétaire sera-t-il aussi pour la rente préféré sur les fruits aux créanciers privilégiés qui ont fait des fournitures au Fermier, comme est celui qui lui a prêté les sémences sans le consentement du propriétaire? Cette question a été controversée. Mantica *de tacitis & ambiguis conventionibus* liv. 11. tit. 23. n. 11. est d'avis que la sémence est préférable à la rente; & Basnage dans son *Traité des Hypotheses* part. 1. chap. 14. des dettes privilégiées pag. 345. fait mention d'un Arrêt par lequel il fut jugé que celui qui avoit livré la sémence, étoit préférable sur le bled qui en étoit provenu, à celui qui avoit baillé l'hé-

ritage à Ferme. Mais le sentiment contraire a prévalu par la raison de la Loi qui scit 25. *D. de usuris*, que les fruits sont perçus, non par le droit de la semence, mais par le droit du sol : *Quia omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur*. C'est le sentiment de Gaitus dans son *Traité de Credito* chap. 4. n. 2008. d'Anfaldus dans son *Traité de Commercio* disc. 44. n. 13. d'Olivier Estienne dans son *Traité des Hypotheques* pag. 544. Celui qui a prêté les semences au Fermier qui étoit obligé de les fournir, a suivi la foi du Fermier & n'a pas pu acquérir une préférence au préjudice de celle du propriétaire, sans l'aveu & le consentement duquel le prêt a été fait. Ce sentiment est d'autant plus juste qu'on obvie par là aux fraudes que pourroit pratiquer un Fermier en pareil cas. Le Parlement d'Aix l'a ainsi jugé, notamment par l'Arrêt du 10 mai 1715. au rapport de M. de Rippert en faveur de Me. Cymon Avocat, contre Sebastien Richard du lieu d'Eguilles, créancier du Fermier, pour fourniture de semence. M. de Cormis rapporte cet Arrêt tom. 2. col. 1221. chap. 84. La même chose a été jugée par Arrêt d'Audience du 28. janvier 1767. en faveur de Me. Bayon Lieutenant particulier au Siege d'Aix, contre les Prieurs de la Confrerie de *Corpus Domini* du hameau des Milles. Lapeyrere lett. F. n. 24. rapporte un Arrêt par lequel il fut jugé que le propriétaire étoit préféré sur le prix de la Ferme à celui qui avoit prêté au Fermier pour la culture des biens.

XVII. Le louage ne finit point par la mort du propriétaire ou du locataire arrivée avant la fin du bail. L'héritier de l'un & de l'autre succede aux droits de celui qu'il représente & est sujet aux mêmes obligations §. 6. *Inst. de locato*, L. *sed addes* 19. §. *ex conducto* 8. *D. locati*. L. *viam veritatis* 10. *C. de locato*.

XVIII. On excepte néanmoins de cette regle, le louage d'œuvres. Le bail finit dans ce cas par la mort du locataire, parce qu'il s'y agit d'un service personnel, comme il fut jugé par l'Arrêt rapporté par Duperier tom. 2. lett. L. *verb. louage* n. 44.

XIX. En sera-t-il de même du bail d'un fonds par lequel

R r ij

le propriétaire a la moitié des fruits, & le métayer pour son travail & ses cultures l'autre moitié? Est-ce un contrat de louage qui passe aux héritiers, ou un contrat de société qui finit par la mort du métayer? On cite des textes du Droit pour l'une & l'autre proposition. Coquille qui les rapporte quest. 205. & sur la Coutume de Nivernois chap. 21. des Droits & Chaptels art. 4. *verb.* en Meftrairies, estime que si le métayer vient à décéder laissant des enfans en bas âge & une veuve, on ne doit pas les contraindre à continuer le bail. Et Duperier dans ses Arrêts lett. M. n. 9. *verb.* Megerie, rapporte un Arrêt qui déchargea l'héritier de la continuer, comme étant une société. Voyez Felicius *de societate* chap. 32. n. 7. & 54. de Cormis tom. 2. col. 1743. chap. 6.

XX. Si l'usufruitier a arrenté un fonds pour plusieurs années, & qu'il vienne à décéder dans le cours du bail, le bail est résolu, sans que l'héritier de l'usufruitier soit tenu de faire jouir le Fermier, ni par conséquent d'aucuns dommages & intérêts. C'est la décision de la Loi *si quis* 9. §. 1. *D. locati*, en ces termes: *Si fructuarius locaverit fundum in quinquennium & decesserit, hæredem ejus non teneri, ut frui præstet.* Le Fermier a dû sçavoir que le bail pourroit finir plutôt par le décès de l'usufruitier, comme l'a remarqué du Pont sur l'art. 179. de la Coutume de Blois tom. 2. pag. 209. Il en seroit autrement, & l'héritier de l'usufruitier pourroit être tenu des dommages & intérêts envers le Fermier, suivant le même Auteur, si l'usufruitier avoit arrenté le fonds comme lui appartenant en toute propriété, le Fermier étant dans une juste ignorance de la qualité de l'usufruitier.

XXI. Le cas du louage passé par l'hérier grevé, n'est pas absolument le même que celui de l'usufruitier, & il y a eu des sentimens différens parmi les Docteurs sur la question, si le louage doit être entretenu par le substitué; & cette question peut être diversement jugée, eu égard à la durée du bail & aux circonstances du fait. Voyez Peregrinus *de fideicommissis* art. 40. n. 96. & suiv. Fusarius *de substitutionibus* quest. 526. de Cormis tom. 2. col. 381. & suiv. chap. 82.

XXII. Par la même raison que le bail passé par l'usufruitier finit par sa mort, les baux passés par les Bénéficiers des biens de leurs Bénéfices expirent par leur mort ou leur démission. C'est la disposition de l'Ordonnance de Charles IX. du mois de septembre 1568. Le bail subsiste néanmoins pour l'année courante; & le successeur au Bénéfice peut rompre le bail pour les autres années sans être tenu d'aucuns dommages & intérêts, parce que le Fermier a pu prévoir cet événement, comme l'attestent Pastour de bonis temporalibus Ecclesiæ tit. 6. n. 10. & de jurisdictione ecclesiasticâ liv. 3. tit. 9. n. 11. Brodeau sur Louet lett. S. fom. 11. n. 3. de La Combe dans sa Jurisprudence Canonique verb. Bail art. 1. n. 3. & 6. Mais cette faculté d'expulser le Fermier n'est pas donnée au successeur du Bénéficiaire par résignation ou permutation, Mornac sur la Loi *si quis* 9. §. *si fructuarius D. locati*, Brodeau sur Louet lett. S. fom. 11. n. 3. de Cormis tom. 1. col. 622. & suiv. chap. 19. de La Combe Jurisprudence Canonique verb. Bail art. 1. n. 3. » Dans l'usage, dit ce dernier, » l'on observe que le successeur par résignation ou permutation est ordinairement tenu de continuer les baux » faits par le prédécesseur. Quoique le résignataire tienne » son droit du Supérieur qui lui a conféré le Bénéfice, » cependant il est considéré comme donataire du résignant, » parce que les collations étant nécessaires, il semble que » le résignataire tient plus son droit du résignant que du » collateur. Sur ce fondement on estime qu'il faudroit que » le résignataire fît voir de grandes raisons de fraude, » lésion ou autrement pour obtenir la rescision d'un bail » fait par son résignant.

XXIII. La même faculté qu'a le Bénéficiaire de rompre le bail à ferme passé par son prédécesseur, sera-t-elle donnée au Fermier? Par l'Arrêt du Parlement de Paris, rapporté par Soëfve tom. 2. cent. 4. chap. 38. il fut jugé que le Fermier n'étoit pas obligé de continuer le bail. Mais le résignataire n'ayant pas cette faculté, le Fermier ne doit pas l'avoir aussi, lorsque le successeur au Bénéfice l'a obtenu par la résignation du Bénéficiaire qui a passé le bail.

XXIV. Suivant la Loi *æde 3. C. de locato & conducto*, le locataire de la maison qui en a payé les loyers, n'en peut pas être expulsé par le propriétaire. On conclut de là que le locataire qui n'a pas payé les loyers, peut être expulsé avant la fin de son bail : ce qu'il faut entendre du locataire, qui n'a pas payé les loyers de deux années entières *L. quæro 54. §. inter locatorem 1. L. cum Domini 56. D. locati, cap. propter 3. §. verum extra de locato & conducto*, Bartole sur la Loi *quæro §. inter locatorem D. de locato & conducto*, Cancerius *variar. resol. part. 1. chap. 14. n. 3. & 4. Gomez resol. tom. 2. chap. 3. n. 6. Faber def. 42. & def. 44. C. de locato*, Boniface tom. 4. liv. 8. tit. 8. chap. 5. J'estime néanmoins que le locataire seroit reçu à purger la demeure dans un brief délai, faute de quoi il en seroit déchu.

XXV. La même Loi *æde 3. C. de locato* propose trois cas où le locataire de la maison peut être obligé de la vuidier pendant le bail, quoiqu'il ne soit point en demeure d'en payer les loyers. Le premier cas est si la maison est nécessaire au propriétaire pour son propre usage : *Si propriis usibus Dominus eam necessariam esse probaverit*. Cela doit être entendu suivant la Glose, lorsqu'après le contrat de louage il survient un cas de nécessité que le propriétaire n'avoit pas prévu, comme si l'autre maison qu'il habitoit vient à crouler ou qu'il se marie : *Intellige quando post locationem ex inopinato supervenit necessitas, ut quia alia domus quam habitabat corruit, vel uxorem duxit*. Il peut y avoir d'autres causes légitimes, comme si le propriétaire obtient quelque dignité qui l'oblige à avoir un logement plus considérable. C'est la remarque de Gomez *resol. tom. 2. chap. 3. n. 6.* mais s'il n'y a point de nouvelle cause de nécessité ou que la cause existât lors du contrat de louage, le propriétaire ne peut point expulser le locataire. C'est l'avis de Gomez au lieu cité, de Cancerius *variar. resol. part. 1. chap. 14. n. 5.* Il y a néanmoins des Arrêts, notamment celui du 31 mars 1635, rapporté par Brodeau sur Louet lett. L som. 4. n. 2. qui ont jugé que dans le cas même où il n'est survenu aucune nouvelle cause, le propriétaire voulant oc-

cuper la maison en personne & sans fraude, il est bien fondé à en expulser le locataire.

XXVI. Lorsque le propriétaire demande d'occuper sa maison pour une nécessité survenue depuis le bail, régulièrement il ne doit point être tenu de dommages & intérêts envers le locataire, parce que cela arrive par une cause nouvelle & nécessaire & le bénéfice de la Loi. Divers Arrêts l'ont ainsi jugé, notamment l'Arrêt du Parlement de Paris du 12 juillet 1552, rapporté par Papon liv. 10. tit. 3. art. 3. celui du 31 janvier 1570 rapporté par Brodeau sur Louet lett. L. fom. 4. celui du 17 mai 1629 rapporté dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 2. chap. 45. Il y a eu plus de raison d'adjuger des dommages & intérêts au locataire, lorsque le propriétaire, sans nouvelle cause & par la seule raison qu'il veut occuper sa maison en personne, a voulu obliger le locataire à vider la maison. Il y a cependant des Arrêts qui dans tous les cas ont adjugé des dommages & intérêts, & ce dédommagement est réduit ordinairement à la remise d'un terme ou d'un demi terme du louage, comme l'ont remarqué Le Prestre cent. 2. chap. 54. n. 12. Brodeau sur Louet lett. L. fom. 4. n. 2. Voyez l'Arrêt du 2 mars 1663 rapporté dans le Journal des Audiences tom. 2. liv. 2. chap. 8. Soëfve tom. 1. cent. 2. chap. 71. Maynard liv. 9. chap. 14.

XXVII. Ce privilege de la Loi *Æde* n'a lieu que pour les maisons qu'on habite & non pour d'autres arrentemens qui produisent des fruits soit naturellement ou par l'industrie du locataire, comme ceux des terres, d'un four, d'un moulin. C'est l'avis de Gomez *resol.* tom. 2. chap. 3. n. 6. de *Cancerius variar. resol.* part. 1. chap. 14. n. 6. *Hæc causa, dit ce dernier, ut propter proprium usum locator possit conductorem expellere, habet locum tantum in prædio urbano, & sic in domo conductâ, secus in prædio rustico, quia in illo etiam ob necessitatem supervenientem non potest expelli conductor.* Et Brodeau sur Louet lett. L. fom. 4. n. 5. observe que » la Loi *Æde* ne parle & ne s'entend que des maisons » situées ez villes, qui sont nécessaires pour l'usage, de-

» meure & habitation du propriétaire, & non de celles qui
 » sont situées aux champs. Le Parlement de Paris le jugea
 ainsi par l'Arrêt rapporté par Bardet tom. 2. liv. 8. chap. 3.

XXVIII. Le second cas où le propriétaire peut expulser le locataire suivant la Loi *æde*, est celui où le propriétaire veut réparer sa maison, *aut corrigere domum maluerit*. Sur quoi il faut observer 1°. que si la réparation est nécessaire, le propriétaire n'est tenu d'aucuns dommages & intérêts envers le locataire; il lui fait seulement la remise de la rente à proportion du tems qu'il n'a pas pu habiter la maison. Si au contraire la réparation n'étoit pas nécessaire, le propriétaire est tenu des dommages & intérêts du locataire. C'est la décision de la Loi *qui insulam* 30. *D. locati*, en ces termes: *Si vitiatum ædificium necessarium demolitus esset, pro portione quanti Dominus prædiorum locasset, quod ejus temporis habitatores habitare non potuissent, in rationem duci, & tanti litem æstimari. Sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius ædificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesse, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.* La glose sur la Loi *æde* & le chap. *propter 3. §. verum extrà de locato & conducto*, disent la même chose. Voyez le Prestre cent. 2. chap. 54. n. 12. 2°. Quand la maison a été rebâtie & réparée, le locataire a droit d'en reprendre la jouissance pour tout le tems qui reste de son bail & au même prix, suivant la Loi *si duo* 3. *§. cum inquilinus D. uti possidetis*, & la glose sur cette Loi *verb. Dominum*, *Cancerius variar. resol. part. 1. chap. 14. n. 12.* Belordeau dans ses Observations forenses liv. 2. part. 2. art. 11.

XXIX. Le troisieme cas où, suivant la Loi *Æde*, le locataire peut être expulsé, est s'il use mal de la chose, soit en la détériorant ou autrement, *aut tu malè in re locatâ versata es*, ou, comme dit le chap. *propter 3. §. verum extrà de locato & conducto*, *si perversè ibi fuerit conversatus*. Il n'est point dû dans ce cas de dommages & intérêts au locataire, au contraire il est tenu du dommage qu'il a causé, *pro damno dato in re locatâ*, comme dit la glose sur la Loi *æde verb. versata es*. Voyez Papon liv. 10. tit. 3. n. 2. Le Prestre cent. 2. chap. 54. n. 15. Despeiffes tom. 1. pag.

113. & suiv. n. 7. Boniface tom. 4. liv. 8. tit. 8. chap. 5.

XXX. Suivant la Loi *emptorem* 9. C. de *locato* & *conducto*, l'acheteur de la chose louée ou affermée peut rompre l'arrentement & expulser le locataire ou fermier, à moins qu'il n'eût été convenu que l'acheteur seroit obligé d'entretenir le bail, Faber déf. 19. C. de *locato*, Gomez *resol.* tom. 2. chap. 3. n. 9. Mais dans le cas où l'acheteur rompt le bail, le locataire ou fermier a son recours pour ses dommages & intérêts contre le vendeur, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par Boniface tom. 4. liv. 8. tit. 8. chap. 1. & 2.

XXXI. Il en est de même de la vente des fruits. L'usufruitier peut expulser le locataire, *L. arbores* 59. §. 1. D. de *usufructu* & *quemadmodum*, Faber déf. 19. C. de *locato*, Gomez *resol.* tom. 2. chap. 3. n. 9. Mais il faut pour cela que la vente soit faite pour un seul prix & un seul paiement. Par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 2. liv. 4. tit. 2. chap. 3. il fut jugé qu'une vente de fruits pour cinq ans moyennant un certain prix qui se payeroit tous les ans, n'annulloit pas l'arrentement. Il faut encore que la vente des fruits soit faite pour un nombre d'années & pour dix ans. Il y a cependant des Arrêts qui, dans le cas de ventes faites pour un seul prix & un seul paiement pour six ans, ont jugé que l'arrentement étoit annullé. Ils sont rapportés par Boniface tom. 2. liv. 4. tit. 2. chap. 4. & tom. 4. liv. 8. tit. 8. chap. 4. M. de Catellan liv. 5. chap. 44. rapporte un Arrêt semblable où la vente des fruits n'étoit faite que pour cinq ans.

XXXII. Le louage & le bail à ferme sont prorogés par la reconduction qui se fait, ou expressément par l'accord des parties, ou tacitement lorsque le locataire après la fin du bail demeure dans la maison louée, ou le fermier dans l'héritage affermé, sans que le propriétaire s'y oppose; on présume que les parties ont voulu continuer le bail pour l'année courante; & il en sera de même, si le même cas arrive dans les années suivantes, *L. item quaritur* 13. §. *qui impleto* 11. *L. qui ad certum* 14. D. *locati*, *L. legem* 16. C. de *locato* & *conducto*.

XXXIII. La reconduction se fait sous toutes les obligations , toutes les conditions du premier bail. Il faut néanmoins excepter de cette regle le cas où dans le premier bail il y a des cautions. L'accord qu'il y a ou qui est présumé entre le propriétaire & le locataire ou fermier , n'oblige pas les tiers ; & les cautions du bail ne seront point les cautions de la reconduction expresse ou tacite , à moins qu'elles n'eussent renouvelé leur engagement , *L. si cum hermes 7. C. de locato & conducto* , *Cancerius variar. resol. part. 1. chap. 14. n. 40. Domat Loix civiles liv. 1. tit. 4. sect. 4. n. 9.*



TITRE IV.

De l'Emphytéose, du Bail à loyer perpétuel, des Fiefs.

I. L'emphytéose n'est ni vente ni louage, §. 3. *Inst. de locatione & conductione, L. 1. C. de jure emphyteutico.* C'est un contrat par lequel le domaine utile d'un fonds est aliéné à longues années ou à perpétuité, moyennant un cens annuel & sous la réserve du domaine direct, & à la charge de le méliorer, suivant les Loix qui sont sous le titre du Digeste *si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur*, & sous celui du Code *de jure emphyteutico*. Il peut être fait pour vingt, trente, quarante ans ou pour un plus long-tems, ou pour la vie du preneur & de ses enfans. Selon l'usage ordinaire il est fait à perpétuité.

II. L'emphytéote est obligé de prendre l'investiture du Seigneur direct & de lui passer reconnoissance. Voyez Despeisses tom. 3. tit. 4. art. 3. sect. 1. & sect. 2. pag. 34. & suiv. Pastour *de jure feudali & emphyteutico* liv. 2. tit. 1. & suiv. tit. 12. & suiv.

III. Suivant la Loi 2. *C. de jure emphyteutico*, le Seigneur direct peut expulser l'emphytéote & reprendre la possession du fonds emphytéotique, si l'emphytéote est en demeure de payer le cens pendant trois ans. Cela n'est point observé parmi nous. La commise n'a pas lieu dans ce cas; & il est permis à l'emphytéote & à ses créanciers de purger la demeure. Voyez mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 2. part. 2. du Traité des Tailles sect. 4. n. 29. & suiv. pag. 185.

IV. L'emphytéote peut par le déguerpiement se libérer des charges qui lui sont imposées par le bail emphytéotique. Il en est quitte pour l'avenir en abandonnant le fonds, Loyseau du Déguerpiement liv. 4. chap. 5. n. 1. & suiv. Coquille sur les Coutumes de Nivernois chap. 5. des cens & censives art. 20. Pastour *de jure feudali* liv. 3.

S s ij

tit. II. n. I. & il y est reçu malgré le Seigneur direct ; quand même par le contrat de bail il auroit obligé tous ses biens présens & à venir , Coquille au lieu ci-dessus cité , de Cormis tom. I. col. 825. chap. 19. ce qui a été ainsi jugé par l'Arrêt rapporté par Duperier tom. 2. aux Arrêts de M. de Thoron som. 34. par l'Arrêt rapporté par Bardet tom. 2. liv. 8. chap. 7. & par celui du 16 juillet 1643 rapporté par d'Olive liv. 2. chap. 26.

V. Mais l'emphytéote sera-t-il reçu au déguerpissement ; s'il y a renoncé par un pacte exprès de l'acte de bail ? Les uns ont estimé qu'un tel pacte devoit être exécuté , comme faisant partie des conditions du bail emphytéotique , d'autres qu'il est nul , comme contraire à la liberté & parce que le déguerpissement est de l'essence de l'emphytéose. Lapeyrere lett. D. n. 9. est de cet avis , & rapporte un Arrêt qui le jugea ainsi. Le sentiment qui paroît le mieux fondé est que le pacte de renonciation au déguerpissement lie le preneur , & n'oblige pas ses successeurs. C'est l'avis de Pastour *de jure feudali* liv. 3. tit. II. n. I. *Tale pactum* , dit-il , *personale est* , *non obligat successores accipientis deserere volentes & ab illo onere annuo liberari. Species enim servitutis est hominem liberum in perpetuum obligari.* Voyez Bardet au lieu ci-dessus cité , Catellan liv. 3. chap. 33.

VI. Le Seigneur direct a deux droits de l'un desquels il peut user en cas de vente & d'autres mutations , le retrait ou droit de prélation & le droit de lods. Cette matiere donne lieu a beaucoup de questions qu'on pourra voir dans mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. I. tit. de la directe , du droit de prélation & du lods sect. I. de la directe , sect. 2. du retrait féodal ou droit de prélation , & sect. 3. du droit de lods pag. 312. & suiv. & le même Commentaire tit. du retrait lignager tom. I. pag. 261. & suiv.

VII. Pour les fraudes commises au préjudice de la directe & du droit de prélation , les emphytéotes ont été condamnés à des peines , même de la perte du fonds ou du prix de la vente qui en a été faite. Boniface tom. 4. liv. 2. tit. 3. chap. 6. & 7. en rapporte plusieurs Arrêts.

Il y a encore l'Arrêt rapporté par Duperier tom. 2. aux Arrêts de M. de Coriolis fom. 17.

VIII. Le bail à loyer perpétuel est différent de l'emphytéose. Le bailleur n'y retient qu'une pension annuelle ou rente foncière. Un bien emphytéotique peut être donné par l'emphytéote à loyer perpétuel. La rente stipulée est appelée *surcens*.

IX. Le locataire perpétuel peut par le déguerpiement se délivrer de la charge qui lui est imposée s'il la trouve trop onéreuse, comme l'emphytéote le peut envers le Seigneur direct. Le déguerpiement a lieu en toutes sortes de rentes & redevances foncières, Loyseau du Déguerpiement liv. 4. chap. 5. n. 2.

X. Quant au louage d'œuvres, il ne peut être fait à perpétuité. Une telle convention seroit nulle comme contraire à la liberté des personnes, Coquille sur la Coutume de Nivernois chap. 5. des Cens & Censives art. 20.

XI. Le Fief est un héritage ou un droit réel tenu du Roi ou d'un autre Seigneur à foi & hommage, à la charge de certains devoirs réglés par l'acte d'inféodation, ou par la Coutume des lieux. Pastour de *jure feudali* liv. 1. tit. 2. n. 1. dit que le Fief, en latin *feudum*, dérive du mot *fides*, à cause du serment de fidélité ou de la foi & hommage que le vassal doit à son Seigneur : *Feudum dicitur à fide ob juramentum fidelitatis quod exigitur à vassallo*.

XII. Quelques Auteurs ont cru trouver l'origine des Fiefs dans les Loix romaines. Du Moulin a réfuté cette opinion dans son Commentaire de la Coutume de Paris tit. 1. n. 3 & suiv. & dans son Conseil 50. n. 8. *Feuda*, dit-il, *non reguntur jure communi romano, cui prorsus fuerunt incognita*. Marius Giurba dans son Traité de *successione Feudorum prælud.* 1. n. 12. dit avec les Auteurs qu'il cite, que le Droit féodal tire son origine de la Coutume & des Usages, *ex recentiori consuetudine & moribus jus feudale originem traxisse*. Et les livres des fiefs, *consuetudines Feudorum* qui sont à la suite du Corps du Droit, n'ont point l'autorité de Loi parmi nous. Les Fiefs ne furent d'abord que des concessions révocables à la volonté des Souverains : en-

suite, ce furent des concessions à vie ; & enfin ils furent rendus héréditaires & patrimoniaux, comme je l'ai remarqué dans mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 2. des Tailles part. 2. sect. 2. n. 8. Beaucoup d'Auteurs dont on peut consulter les Ouvrages, ont écrit sur la matière des Fiefs. Voyez mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. pag. 1 & suiv. & tit. de la directe, du droit de prélation & du lods, & tom. 2. des Tailles part. 1. n. 12 & suiv. & part. 2. sect. 2. 3. 4. 5 & 6. & tit. des Bannalités.



TITRE V.

De la Société.

I. La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de se communiquer le gain & la perte de certaines affaires : *Contractus qui ex consensu duorum plurimumvè communionem inducit inter eos : damni & lucri ex consensu facta communicatio honesta & justa*, comme dit Cujas dans ses Paratitiles *D. pro socio*. Elle peut être contractée de tous les biens des associés où de quelque négoce particulier *prine. Inst. de societate*. La Loi *verum est 63. D. pro socio* dit que la société est en quelque sorte un droit de fraternité : *Cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat*.

II. Si les associés ne sont point convenus des parties du gain & de la perte, les portions doivent être égales §. 1. *Inst. de societate* : ce qui toutefois n'est vrai selon Grotius *de jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 12. n. 24, que lorsque les fonds conférés dans la société sont égaux : *Ita demùm pro vero habendum est, si quæ conferuntur sint æqualia*.

III. Mais si les associés sont convenus des parties que chacun doit avoir du gain & de la perte, s'il est dit, par exemple, que l'un d'eux aura les deux tiers du gain & de la perte, & l'autre un tiers, leurs conventions doivent être exécutées §. 1. *Inst. de societate* : on peut aussi convenir que l'un supportera les deux tiers de la perte & n'aura que le tiers du profit. Le travail & l'industrie de l'un peut être si considérable qu'il soit juste qu'il ait plus d'avantage que les autres dans la société. Par cette raison le pacte est valable par lequel l'un fournira l'argent, l'autre son travail & son industrie, & les profits seront communs entr'eux. On peut même convenir que l'un aura sa part du profit & ne sera point tenu de la perte §. 2. *Inst. de societate* ; mais la société seroit nulle, par laquelle un des associés participeroit à la perte sans participer au profit. C'est ce qu'on ap-

pelle la société léonine *L. si non fuerint* 29. §. *aristo* 2. *D. pro socio*, Grotius *de jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 12. n. 24. Mais si dans la convention de société on exprime seulement la part que chacun des associés aura dans le profit sans parler de la perte, ou la part qu'il aura de la perte sans parler du profit, ce qui aura été convenu pour l'une aura lieu également pour l'autre §. 3. *Inst. de societate*.

IV. La société doit avoir un terme. Il ne peut point y avoir de société qui ne doive jamais finir : *Nulla societatis in aeternum coitio est* *L. nulla* 70. *D. pro socio*, *L. in hoc judicium* 14. §. *si conveniat* 2. *D. communi dividundo*, Coquille sur la Coutume de Nivernois chap. 25. de Partage art. 1.

V. La société finit en plusieurs manières. Et premièrement par la volonté des associés, même par la renonciation de l'un d'eux à la société; mais il faut que la renonciation soit faite de bonne foi & sans dol ni fraude §. 4. *Inst. de societate*, *L. si convenerit* 14. *L. sed & socius* 17. §. *in societate* 2. *L. actione* 65. §. *diximus* 3. *D. pro socio*. Voyez Felicius *de societate* chap. 35. Despeiffes tom. 1. pag. 138.

VI. La société finit par la mort de l'un des associés; parce que c'est dans le choix des personnes que consiste principalement la société. Elle ne subsiste pas même entre les associés survivans, à moins qu'on n'en fût convenu autrement en contractant la société §. 5. *Inst. de societate*, *L. nemo* 35. *L. adeo* 59. *L. actione* 65. §. *morte* 9. *D. pro socio*. Cela n'a pas lieu néanmoins dans les fermes publiques suivant la Loi *adeo* 59. *D. pro socio*, même dans d'autres fermes, parce qu'alors c'est moins une société qu'un contrat de louage & de ferme dont les engagements passent aux héritiers, comme nous l'avons vû dans le titre du louage n. 17. Voyez Duperier tom. 1. liv. 2. quest. 6. Felicius *de societate* chap. 32, Despeiffes tom. 1. pag. 139. n. 4, Bornier sur l'Ordonnance du Commerce de 1673. tit. 4. des sociétés art. 14, De Cormis tom. 2. col. 1741 & suiv. chap. 6.

VII. La société finit pareillement par la mort civile de l'associé,

l'associé, par la confiscation de ses biens, par la cession qu'il fait de tous ses biens à ses créanciers, *L. verum est* 63. §. 10. *D. pro socio*, §. 7. §. 8. *Inst. de societate*. Elle finit lorsque l'affaire ou les affaires pour lesquelles elle a été contractée, sont finies §. 6. *Inst. de societate*.

VIII. L'associé est tenu envers ses associés de la perte qui arrive par son dol ou par sa faute §. 9. *Inst. de societate*, *L. contractus* 23. *D. de diversis regulis juris*. On ne lui imputera pas toutefois comme une faute s'il n'a pas eu le soin le plus exact des affaires de la société. Il suffit qu'il y apporte le même soin qu'il a de ses affaires propres. On doit s'imputer d'avoir choisi un associé peu diligent §. 9. *Inst. de societate*. Mais si frauduleusement l'associé a recelé la chose commune dans le dessein de la soustraire à la société, ses associés ont non seulement contre lui l'action ordinaire *pro socio*, mais encore l'action de larcin, *furti agi potest*, *L. rei communis* 45. *D. pro socio*.

IX. Si l'un des associés s'est obligé seul en son propre nom, les autres associés ne sont pas obligés, *L. jure societatis* 82. *D. pro socio*, Felicius *de societate* chap. 30. n. 1 & 2. Mais si l'associé a contracté au nom de la société, tous les associés sont obligés solidairement suivant la Rote de Gênes decif. 46. n. 5. Et c'est la disposition de l'art. 7. de l'Ordonnance du Commerce de 1673. tit. 4. des sociétés, en ces termes : » Tous associés seront obligés solidairement aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait » qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la Compagnie & non autrement. Ils sont réputés entre eux Préposés & Maîtres, comme l'a remarqué Bornier sur cet article. Les associés sont donc tenus chacun solidairement envers les tiers créanciers de la société; mais ils ne sont tenus entre eux que pour leur portion, comme l'a remarqué Anfaldus dans son *Traité de Commercio* disc. 37. n. 7. *receptum videmus* (dit-il) *quod socius convenius à consocio non tenetur nisi pro ratâ; quando verò convenitur à tertio creditore, erga ipsum tenetur in solidum*. Il dit la même chose disc. 98. n. 65.

X. Les créanciers de la société, même chirographaires,

T t

font préférables sur les effets de la société, aux créanciers antérieurs de l'un des associés. C'est l'avis de Fontanella dans son *Traité de Pactis nuptialibus* clauf. 4. glos. 9. part. 2. n. 52 & suiv. où il traite doctement cette question. Il observe que de même que les créanciers d'une hérédité font préférables sur les biens héréditaires aux créanciers des héritiers, de même les créanciers d'une société doivent être préférés sur les effets de la société aux créanciers de l'un des associés. Les créanciers de l'associé n'ont que le droit de leur débiteur, & l'associé n'a que sa part dans le partage des effets de la société; mais avant ce partage il faut payer & acquitter les dettes de la société suivant la Loi *omne as alienum* 27. *D. pro socio*. Sur ces principes par l'Arrêt du Parlement de Paris du 25 janvier 1677. rapporté dans le Journal des Audiences tom. 3. liv. 4. chap. 3. & dans le Journal du Palais part. 5. pag. 125 & suiv. il fut jugé que les créanciers de la société étoient préférables sur les effets de la société aux dots des femmes des associés. Il y a eu de semblables Arrêts du Parlement d'Aix.

XI. Un associé ne peut pas à l'insçu des autres & sans leur consentement, faire entrer un tiers dans la société. Il peut l'associer seulement à sa portion. Et ce tiers fera l'associé de l'associé, & ne fera pas l'associé des autres. *Socii mei socius, socius meus non est*, L. 19. 20. & 21. *D. pro socio*, L. 47. §. 1. *D. de diversis regulis juris*.

XII. Les sociétés doivent être rédigées par écrit & la preuve par témoins n'en seroit pas reçue. Suivant l'art. 54. de l'Ordonnance de Moulins, & l'art. 2. de l'Ordonnance de 1667, tit. 20. des faits qui gisent en preuve, il doit être passé actes pardevant Notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, & aucune preuve par témoins ne peut être reçue contre & outre le contenu aux actes. Il y a une disposition expresse pour les sociétés dans l'Ordonnance du Commerce de 1673 tit. 4. des Sociétés art. 1. en ces termes: » Toute » société générale ou en commendite sera rédigée par écrit » ou pardevant Notaires, ou sous signature privée; & ne

» fera reçu aucune preuve par témoins , contre & outre
 » le contenu en l'acte de société , ni sur ce qui seroit al-
 » légué avoir été dit avant , lors ou depuis l'acte , encore
 » qu'il s'agît d'une somme ou valeur moindre de cent
 » livres.

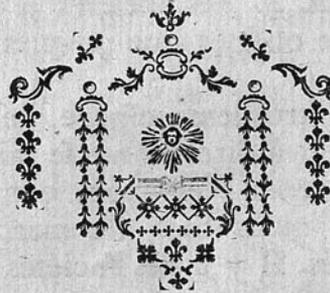
XIII. Cet article fait mention de deux fortes de sociétés qui sont en usage : la société générale & la société en commendite. On n'entend point sous le nom de société générale une société de tous les biens , dont on voit peu d'exemples. La société générale est celle dans laquelle les associés , sous le nom desquels elle est faite , confèrent leur argent & leurs soins & sont tous obligés solidairement , tant pour le fonds & capital qu'ils y ont mis , que pour les plus grandes sommes qu'il pourroit y avoir de perte. Au contraire l'associé en commendite ne fournit que son argent sans faire aucune fonction ni aucun acte de négoce , & il n'oblige que le fonds & capital qu'il met dans la société , de manière que s'il y a de plus grandes pertes , ce sont ceux qui portent le nom de la société qui en sont tenus. Il est dit dans l'art. 8. de l'Ordonnance du Commerce de 1673 , tit. 4. des sociétés , que les associés en commendite ne sont obligés que jusques à la concurrence de leur part.

XIV. Il y a une troisième espèce de société qu'on appelle anonyme , c'est-à-dire qui ne se fait sous aucun nom , comme lorsque plusieurs Négocians conviennent de s'associer dans un achat qu'ils font de marchandises dans une foire ou des marchés. Il y a des sociétés tacites qui se contractent par le fait & le consentement tacite des parties. Voyez le Commentateur de l'Ordonnance de 1673.

XV. Dans les fermes publiques celui qui s'est rendu caution du Fermier , est censé associé à la ferme. C'est un négoce où le Fermier ne s'engage point par nécessité , mais dans la seule vue d'y faire du profit ; & l'on présume que la caution y est entrée dans le même objet. C'est la remarque de Despeisses tom. 1. pag. 618. n. 29 , d'Anfaldus de Commercio disc. 49. n. 9. Et c'est ainsi que nous l'observons.

XVI. Dans la plûpart des Pays coutumiers il y a une communauté ou société de biens entre les mariés ou par une convention expresse, ou tacitement par la seule disposition de la coutume du lieu où le mariage est célébré. On y peut renoncer à la communauté dans les pactes du mariage. Et dans les lieux où elle n'est point établie par la coutume, elle ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une stipulation expresse.

XVII. Les contrats à la grosse ou à retour de voyage font une espece de société entre deux particuliers, dont l'un envoie des effets par mer & l'autre fournit une somme d'argent, qu'il retire avec un certain profit, si le voyage est bon, & qu'il perd si les effets périssent. Voyez l'Ordonnance de la Marine de 1681. liv. 3. tit. 5. des contrats à grosse aventure ou à retour de voyage, le Traité des Us & Coutumes de la mer part. 2. chap. 18. pag. 330. & suiv.



TITRE VI.

Du Mandat.

I. Le mandat est un contrat par lequel quelqu'un charge d'une affaire une personne qui en accepte la commission, pour la gérer gratuitement. On l'appelle aussi procuration ou commission. Vinnius sur le titre des *Institutes de mandato* définit le mandat en ces termes : *Mandatum (quod a manu quæ fidei symbolum est, dictum putatur) est contractus quo aliquid gratuito gerendum committitur & suscipitur.* La Loi 1. *D. de procuratoribus* dit que le Procureur est celui qui fait les affaires d'un autre, ayant pouvoir de lui : *Procurator est, qui aliena negotia mandato Domini administrat.*

II. On a la liberté d'accepter ou de refuser le mandat. Mais si on l'accepte on est obligé de l'exécuter & de s'y conformer exactement & sans en passer les bornes §. 8. §. 11. *Inst. de mandato L. diligenter 5. D. mandati*, Loifel *Institutes coutumieres liv. 3. tit. 1. n. 15. & tit. 2. n. 6.* Le mandataire, le Procureur *ad negotia*, le Procureur *ad lites* qui excèdent leur pouvoir, n'obligent pas le mandant. Voyez Boiceau & Danty *Traité de la Preuve par témoins part. 1. chap. 12. les Arrêts de Papon liv. 6. tit. 4. art. 22. Imbert en son Recueil du Droit verb. Défaveu de Procureur pag. 157 & suiv.*

III. Du mandat naissent deux actions, l'action directe & l'action contraire. Par la première le mandant oblige le mandataire à rendre compte de sa gestion. Le mandataire est tenu de dol & de faute *L. contractus 23. D. de diversis regulis juris, L. à procuratore 13. C. mandati*, Ansaldo de *Commercio disc. 62. n. 15 & suiv.*

IV. L'action contraire est donnée au mandataire pour être indemnisé des dépenses qu'il a faites & des dommages qu'il a soufferts dans l'exécution du mandat, *L. idemque 10. §. idem labeo 9. L. si verò 12. §. si mihi 9. L. ex mandato 20. D. mandati. Grotius de jure belli ac pacis liv.*

2. chap. 12. n. 13. dit : *Mandatarius indemnus præstari debet à sumptibus factis & damno in quod ex causâ rei mandata incidit.* M. de St. Jean décif. 7. rapporte un Arrêt par lequel il fut jugé qu'une Communauté devoit indemnifier ses mandataires ou députés des dommages causés par des brigands , quoique la Loi *inter causas* 26. §. *non omnia* 6. *D. mandati* parût contraire à cette décision.

V. Le mandat qui est contre les bonnes mœurs , n'est point obligatoire ; & il n'en naît aucune action entre le mandant & le mandataire §. 7. *Inst. de mandato* , *L. veluti* 27. *L. si flagitii* 123. *D. de verborum obligationibus*. Mais s'il a été commis un délit , celui qui a donné l'ordre est puni comme celui qui l'a exécuté , *L. non solum* 11. §. *si mandatu* 3. *D. de injuriis* , *L. nihil interest* 15. *D. ad legem Corneliam de Sicariis* , *L. non ideò* 5. *C. de accusationibus* , Grotius de *jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 21. n. 1. Julius-Clarus *lib. 5. §. fin. qu.* 89.

VI. Le Conseil ne produit aucune obligation , & il n'en naît point d'action de mandat ; celui qui le reçoit doit examiner s'il lui convient de le suivre : *Cum liberum cuique sit apud se explorare , an sibi expediat consilium* §. 6. *Inst. de mandato* , *L. mandatum* 2. §. 6. *D. mandati*. La Loi 47. *D. de diversis regulis juris* , dit que le conseil donné de bonne foi & sans fraude , n'est point obligatoire : *Consilii non fraudulentum nulla obligatio est* ; mais s'il y a du dol & de la fraude , celui qui a donné le conseil , en est tenu suivant la même Loi : *Ceterum si dolus & calliditas intercessit de dolo actio competit*. En matiere de délit celui qui a donné le conseil de le commettre , est puni. Grotius de *jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 21. n. 1. dit , *qui consilium dant , laudant , assentantur , hi omnes puniri possunt*.

VII. On peut s'obliger par une lettre. Celui qui exécute le mandat qui y est contenu , a l'action de mandat , *L. si litteras* 7. *C. mandati*, Mornac sur cette Loi , Boniface tom. 4. liv. 8. tit. 6. chap. 1. Mais si la lettre ne contient qu'une recommandation , elle n'oblige pas celui qui l'a écrite , parce que *commendandi magis hominis quam mandandi causâ , scripta est* , comme dit la Loi *si verò* 12. §. *cum quidam* 12.

D. mandati. Mornac sur cette Loi rapporte des Arrêts qui l'ont ainsi jugé. C'est la remarque de Godefroy sur la Loi dernière C. *quod cum eo qui in alienâ potestate est*, de Joannes de Passeribus dans son Traité de *scripturâ privatâ* liv. 3. quest. 1. n. 13. & 14. de Boerius décif. 282. n. 2. Cela dépend des termes dans lesquels la lettre est conçue. S'il en résulte un mandat, un cautionnement, elle est obligatoire. Elle ne produit aucune obligation, si elle ne contient qu'une recommandation. Voyez Duperier tom. 3. liv. 1. quest. 12. Le Prestre cent. 4. chap. 92. On doit néanmoins être fort réservé pour les recommandations & bien connoître la personne qu'on recommande, suivant le précepte d'Horace liv. 1. épit. 18. *ψ. 76.*

*Qualem commendes etiam atque etiam aspice, ne mox
Incutiant aliena tibi peccata pudorem.
Fallimur & quondam non dignum tradimus.*

VIII. Le mandat finit par des moyens qui sont propres à ce contrat, & premièrement par la révocation du mandat, les choses étant encore dans leur entier & le mandataire n'ayant pas encore commencé de l'exécuter §. 9. *Inst. de mandato, L. si verò 12. §. si mandavero 16. D. mandati.* Et si le mandant révoque le mandat après que le mandataire a commencé de l'exécuter, il doit indemniser le mandataire de la dépense qu'il aura faite.

IX. Le mandat finit aussi par la mort du mandant ou du mandataire, les choses étant encore dans leur entier. Car si le mandataire avoit exécuté le mandat dans l'ignorance de la mort du mandant, il auroit l'action de mandat contre l'héritier §. 10. *Inst. de mandato, L. mandatum 15. C. mandati.* Le mandat est donc personnel de part & d'autre & ne passe point aux héritiers. Il y a néanmoins une exception à cette règle dans la Loi *si ego 9. §. si res 1. D. de jure dotium.* Il s'y agit d'une chose dont la tradition a été faite pour l'employer à la dot d'une fille lorsqu'elle sera mariée; le mandant meurt avant le mariage; le Jurisconsulte décide qu'il est plus équitable pour

la faveur des dots d'obliger l'héritier d'exécuter ce que le défunt a fait : *Benignius est favore dotium necessitatem imponi hæredi consentire ei quod defunctus fecit : aut si distulerit vel absit , etiam nolente vel absente eo , dominium ad maritum ipso jure transferri , ne mulier maneat indotata.*

X. Conformément aux principes qu'on vient de rappeler , il est ordonné dans l'art. 2. de l'Ordonnance de 1667. tit. 26. de la forme de procéder aux Jugemens que » si la cause , instance ou procès n'étoient en état , les » procédures faites & les Jugemens intervenus depuis le » décès de l'une des parties , ou du Procureur , ou quand » le Procureur ne peut plus postuler , soit qu'il ait résigné » ou autrement , seront nulles , s'il n'y a reprise ou constitution de nouveau Procureur ». Et dans l'art. 3. que » le » Procureur qui sçaura le décès de la partie , sera tenu de » le faire signifier à l'autre , & seront les poursuites valables jusques au jour de la signification du décès ». Sur les mêmes principes la péremption d'instance est interrompue , lorsqu'avant qu'elle ait été acquise , l'une des parties ou l'un des Procureurs viennent à décéder , ou le Procureur à résigner son Office , suivant l'art. 3. du Règlement de 1672. tit. des Péremptions.

XI. Le mandat étant gratuit , comme on l'a dit , il s'enfuit qu'il prend la nature d'un autre contrat s'il n'est pas gratuit. S'il est fait sous la promesse d'un salaire , c'est un louage §. 13. *Inst. de mandato.* Cela a lieu pour les Procureurs , les Commis , Agens & autres qui reçoivent des salaires ou des appointemens.

XII. Mais le Procureur qui a fait les affaires du constituant pourra-t-il demander un salaire , lorsque le salaire n'a point été stipulé ni promis ? Cela dépend de la qualité des personnes , de la nature & de la qualité des services. Mornac , sur la Loi *salarium 17. C. mandati* , observe que par la Jurisprudence françoise le salaire est taxé eu égard à la personne & à la qualité du travail : *Taxatur hodiè salarium pro ratione personæ ac rei cui navata sit opera.* Cela a lieu sur-tout lorsque le Procureur est une personne dont l'état est tel que son travail exige une récompense. Ainsi par

par Arrêt de la Chambre des Vacations du Parlement du 9 juillet 1735 rendu en faveur de Me. Bourges ancien Procureur au Siege d'Aix contre le sieur de Fontvive, la Sentence du Lieutenant au Siege d'Aix qui avoit adjugé à Me. Bourges la somme de 350 liv. fut confirmée. Il y a eu d'autres Arrêts semblables, notamment celui qui est rapporté dans le Recueil de M. Debezieux liv. 4. chap. 9. §. 2. Mais lorsqu'il s'agit de services d'amitié & d'honnêteté & qu'on peut présumer qu'ils ont été rendus sans espoir de salaire & de récompense, les Arrêts ont rejeté la demande des salaires. Par cette distinction on concilie les différens Arrêts du Parlement d'Aix intervenus sur de pareilles questions. Ainsi par Arrêt du 11 mai 1716. au rapport de M. de Charleval, en faveur de M. de Sabran Evêque de Glandeves, contre Me. Felix Garcin ancien Lieutenant au Siege de Castellane, la Sentence qui avoit adjugé des salaires à Me. Garcin fut infirmée. On lit à la suite de la Consultation imprimée dans le Recueil de M. de Cormis tom. 2. col. 1726. chap. 99. que l'Arrêt fut favorable au sieur Garcin. Cette note n'est pas exacte. On présuma par les lettres d'honnêteté écrites de part & d'autre que c'étoient des services rendus gratuitement.

XIII. Régulièrement un tuteur ne peut point demander des salaires pour sa gestion de la tutelle, il doit seulement être indemnisé des dépenses qu'il a faites. Il a été néanmoins décidé eu égard à l'état des parties & aux travaux de la tutelle, qu'un tuteur pouvoit dans certains cas demander des salaires ou une indemnité. Voyez *Cancerius variar. resol.* part. 1. chap. 7. n. 29, *Bertrand* vol. 4. conf. 45. n. 15, le Recueil d'Arrêts de *Bardet* tom. 2. liv. 3. chap. 26, *Boniface* tom. 4. liv. 4. tit. 1. chap. 9. *Catellan* liv. 8. chap. 10.



TITRE VII.

Du Prêt, du Contrat de rente constituée à prix d'argent & du Senatusconsulte Macédonien.

I. Le prêt appelé en latin *mutuum*, est un contrat par lequel l'un donne à un autre une certaine quantité d'argent monnoyé ou d'autres choses qui se consomment par l'usage comme le bled, le vin, l'huile, pour être rendue non en la même espece, mais en la même quantité, ou au même poids ou à la même mesure. Elle cesse d'être à celui qui l'a prêtée : *Ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat, princ. Inst. quibus modis re contrahitur obligatio*. Ainsi celui qui emprunte devenant le maître de la chose prêtée, si elle périt elle est perdue pour lui, & il demeure toujours obligé §. 2. du même titre, *L. incendium 11. C. si certum petatur*.

II. Le prêt doit il être gratuit & peut on y stipuler des intérêts ? On le pouvoit par les Loix romaines, comme on le voit dans la Loi *debitor* 7. & la Loi *pecunia* 9. §. *usurarum* 1. *D. de usuris & fructibus & causis*. Mais cela n'a pas lieu selon nos mœurs, & la stipulation de l'intérêt d'un prêt est réputée usuraire, comme l'a remarqué Grotius *de jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 12. n. 20. Il est défendu par l'art. 202. de l'Ordonnance de Blois de prêter deniers à profit & intérêt. Les intérêts sont dûs seulement du jour de l'ajournement en peine de la demeure du débiteur, suivant l'art. 60. de l'Ordonnance d'Orléans. C'est ce qui a été jugé par les Arrêts rapportés par Louet & Brodeau lett. J. som. 8.

III. Plusieurs Arrêts ont imputé au principal les intérêts volontairement payés d'une promesse, comme l'ont remarqué Louet au lieu cité, Le Prestre cent. 2. chap. 27. n. 3. & 4. Il y a toutefois des cas où les Arrêts ont refusé l'imputation des intérêts au principal. L'Arrêt du 16 mai 1628, rapporté dans le Journal des Audiences tom. 1.

liv. 2. chap. 19. n'adjudgea les intérêts que du jour de la demande faite en Justice d'une somme prêtée avec la stipulation des intérêts pour être employée au retrait d'une terre, ceux néanmoins qui avoient été payés demeurant. Par l'Arrêt du 15 juin 1637, rapporté par Duperier lett. J. n. 26. & celui qui est rapporté par Boniface tom. 2. liv. 4. tit. 4. chap. 2. il a été jugé que les intérêts payés à un mineur ne peuvent point être imputés au principal. Brodeau sur Louet lett. J. fom. 8. n. 4. observe qu'il a été jugé par plusieurs Arrêts que les intérêts pouvoient être légitimement stipulés en faveur des pupilles & des mineurs. Voyez Louet & Brodeau lett. J. fom. 8. & 9, Le Prestre cent. 2. chap. 27, Le Grand sur la Coutume de Troyes art. 67. n. 27 & suiv. Henrys & Bretonnier liv. 4. quest. 47. & quest. 110. Dans le Dauphiné la stipulation des intérêts est permise aux contrats de prêt, comme l'atteste Chorier dans sa Jurisprudence de Guy Pape liv. 4. sect. 7. art. 1. aux notes pag. 252. » Les intérêts, dit-il, peuvent » être stipulés & promis avec effet, non seulement par » actes publics, mais aussi par promesse particuliere & » sous seing privé, jugé *consultis classibus* par Arrêt du » mois de juillet 1672.

IV. L'argent ne peut régulièrement produire des fruits ou intérêts que dans les contrats de rente constituée. Cette sorte de contrat étoit peu en usage parmi les Romains, parce que la stipulation des intérêts étant permise dans le prêt, les particuliers aimoient mieux contracter de cette maniere que d'aliéner à perpétuité le fort principal, comme l'a remarqué Du Moulin *contract. usurar.* qu. 75. n. 587. On trouve seulement des traces de ce contrat pour les deniers publics dans la Loi *si bene* 33. *D. de usuris & fructibus & causis* & dans la Nouvelle 160. de l'Empereur Justinien.

V. Le contrat de rente constituée est un vrai contrat de vente où le fort principal est le prix & la rente perpétuelle la chose vendue. Pour la validité de ce contrat trois conditions sont requises suivant les extravagantes *Regimini* de Martin 5. & de Calixte 3. qui sont sous le titre

de emptione & venditione aux extravagantes communes & les Ordonnances; sçavoir, 1°. que le fort principal soit aliéné pour toujours, c'est-à-dire, que l'acheteur de la rente n'ait pas la liberté de le répéter, tout son droit consistant à demander la rente annuellement; 2°. que le débiteur de la rente ait la faculté perpétuelle de la racheter en remboursant le fort principal; 3°. que la rente ne puisse pas être constituée à un plus haut taux que celui des intérêts établis par l'Ordonnance. C'étoit autrefois le denier 12, le denier 16, le denier 18, & aujourd'hui c'est le denier vingt. Voyez Du Moulin *contract. usurar.* qu. 50, Theveneau dans son Commentaire des Ordonnances liv. 2. tit. 14. art. 1, Maynard liv. 2. chap. 27, Louet & Brodeau lett. R. som. 8.

VI. Quoique ce soit une condition essentielle dans les contrats de rente constituée que le fort principal soit aliéné pour toujours, il est néanmoins des cas où l'aliénation peut être révoquée & le fort principal répété. Cela arrive lorsque les biens du débiteur sont tombés en discussion ou pris par bénéfice d'inventaire, comme l'a remarqué M. de Cormis tom. 2. col. 1628 & suiv. chap. 75. Cela arrive encore lorsque le débiteur aliène les fonds qu'il avoit spécialement hypothéqués pour l'assurance de la rente, & lorsque le débiteur aliène & dissipe ses biens, ou lorsque le débiteur ayant promis de faire l'emploi des deniers au paiement d'un créancier hypothécaire ou privilégié ou de donner caution, il ne l'a pas fait. Voyez les Arrêts de Boniface tom. 2. liv. 4. tit. 1. chap. 6. n. 16. tit. 7. chap. 3. & tit. 20. chap. 14, de Cormis tom. 2. col. 1631 & suiv. chap. 76, Duperier tom. 1. liv. 1. qu. 12. & tom. 2. liv. 2. n. 104, mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 2. tit. du Précaire n. 12. pag. 497 & suiv. Le fort principal peut encore être répété suivant notre usage & les Arrêts du Parlement, lorsque le débiteur étant en demeure de payer la rente pendant trois ans ou plus & ayant été condamné par la Sentence du Juge à en payer les arrérages dans le délai qui lui est assigné, faute de quoi, dès maintenant comme pour lors, il sera con-

traint pour les arrérages & le principal , il n'y a pas fait.

VII. Les arrérages des prestations annuelles ne sont prescrits que par trente ans. On peut les demander de vingt-neuf années. Il n'en est pas de même des rentes constituées à prix d'argent. On ne peut demander que les arrérages des cinq dernières années , & ceux d'un tems antérieur sont prescrits suivant l'Ordonnance de Louis XII. de 1510 art. 71. Cela a été introduit *in odium fœnoris* , l'argent ne produisant pas naturellement des fruits ou intérêts , & afin que les débiteurs ne fussent pas accablés par les arrérages accumulés de plusieurs années ; mais cela est propre aux contrats de rente constituée à prix d'argent , & cette prescription de cinq ans n'a pas lieu pour d'autres rentes ou prestations annuelles , même pour les rentes procédant du prix d'un fonds. Voyez mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. sur le Statut que les Marchands feront livre de raison n. 8. pag. 592. & tom. 2. tit. des prescriptions sect. 1. n. 21. & suiv. pag. 512. & suiv.

VIII. Le fils de famille peut s'obliger pour toute sorte de causes , suivant la Loi *filiusfamilias* 39. *D. de obligationibus & actionibus* ; mais il faut excepter de cette règle le contrat de prêt. Il fut défendu par le Sénatusconsulte Macédonien de prêter de l'argent aux enfans de famille qui sont sous la puissance de leur pere , à peine de perte de la dette §. 7. *Inst. quod cum eo qui in alienâ potestate est negocium gestum esse dicatur*. On apprend les motifs qui firent rendre ce Sénatusconsulte dans la Loi 1. *D. de Senatusconsulto Macedoniano*. Il fut appelé Macédonien du nom d'un fameux usurier nommé *Macedo* , qui ruinoit les fils de famille par des usures énormes , & donnoit lieu à leurs dissipations & à leurs débauches en leur prêtant de l'argent. Cette Loi est observée dans les Pays de Droit écrit ; l'âge de vingt-cinq ans n'y émancipe pas les enfans ; & par les Arrêts de Règlement du Parlement d'Aix rapportés par Boniface tom. 1. liv. 4. tit. 7. chap. 1. & 2. il est fait inhibitions & défenses à tous Marchands de fournir aucunes marchandises aux enfans de famille & mineurs , sans

l'express consentement des peres & meres , tuteurs ou curateurs , à peine de pure perte & d'amende arbitraire.

IX. Le Senatusconsulte Macédonien ne regarde point les enfans émancipés. Il en est de même des enfans qui , sans être véritablement émancipés , ont été rendus capables de gérer leurs affaires , de contracter & d'emprunter de l'argent , par cette sorte d'émancipation imparfaite qui est en usage en Provence que nous appellons habilitation.

X. Le Senatusconsulte Macédonien cesse en plusieurs cas ; & premièrement si le fils de famille a un pécule militaire ou quasi-militaire , & à concurrence de ce pécule *usque ad quantitatem castrensis peculii* , parce qu'à cet égard le fils de famille est réputé pere de famille , *L. 1. §. 3. & L. 2. D. de Senatusconsulto Macedoniano*. 2°. Si le fils de famille étoit réputé publiquement pere de famille , s'il agissoit , s'il contractoit comme tel , s'il avoit des fermes publiques , *L. si quis patremfamilias 3. princ. & §. 1. D. de Senatusconsulto Macedoniano* , *L. Zenodorus 2. C. ad S. C. Macedonianum*. 3°. Si le fils de famille a emprunté de l'argent avec la permission du pere , *L. Zenodorus 2* , *L. si permittente 4. C. ad S. C. Macedonianum*. 4°. Si le fils de famille a emprunté de l'argent pour une chose qui étoit à la charge du pere *quæ patris oneribus incumberet* , dict. *L. Zenodorus*. 5°. Si le fils de famille étant éloigné de son pere à cause de ses études ou de ses emplois , la somme a été prêtée pour des dépenses nécessaires qu'un bon pere ne refuseroit pas à ses enfans : *Quæ filiofamilias studiorum vel legationis causâ alibi degenti , ad necessarios sumptus quos patris pietas non recusaret , credita est* , *L. Macedoniani 5. C. ad S. C. Macedonianum*. 6°. Si le pere a approuvé l'emprunt , *L. si filiusfamilias 7. C. ad S. C. Macedonianum*. 7°. Si le fils étant émancipé a reconnu la dette , *L. Zenodorus 2. C. ad S. C. Macedonianum*. Voyez Despeisses tom. 1. part. 1. tit. 5. du Prêt sect. 1. n. 6 & suiv. pag. 173 & suiv.

TITRE VIII.

Du Commodat ou Prêt à usage.

I. Le commodat est un contrat par lequel une chose est prêtée gratuitement à quelqu'un pour s'en servir, à la charge de rendre la même chose dans un certain tems. Ce contrat qui s'exprime en françois par le mot prêt, est donc bien différent du prêt appelé *mutuum*, dont nous avons parlé dans le titre précédent. Dans celui-ci l'emprunteur devient propriétaire de la somme ou de la chose qu'il reçoit, & si elle périt par quelque événement que ce soit, il en souffre la perte, demeurant toujours obligé de rendre la même somme ou la même quantité. Au contraire dans le commodat celui qui prête la chose en conserve la propriété. Le commodataire n'en a que l'usage, obligé de rendre la même chose qu'il a reçue : *Non ita res datur ut ejus fiat & ob id de eâ re ipsâ restituendâ tenetur §. 2. Inst. quibus modis re contrahitur obligatio.* D'où il suit que si la chose vient à périr par cas fortuit, & sans qu'il y ait aucune faute de la part du commodataire, elle est perdue pour le propriétaire, & le commodataire n'en est pas tenu.

II. Mais comme ce contrat est tout à l'avantage du commodataire *ratione beneficæ acceptionis*, comme dit Grotius *de jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 12. n. 13, le commodataire doit avoir le plus grand soin de la chose qui lui a été prêtée ; & si elle périt par sa négligence ou par sa faute, quelque légère qu'elle soit, il en est responsable §. 2. *Inst. quibus modis re contrahitur obligatio, L. si ut certo §. custodiam §. L. in rebus 18. D. commodati vel contra.*

III. Le commodataire est même responsable de la perte ou du dommage qui arrive par cas fortuit, s'il s'est servi de la chose à d'autres usages que ceux pour lesquels elle a été prêtée. C'est alors par sa faute que la chose est perdue ou détériorée. Il a contrevenu à la loi du contrat ;

ainfi si le commodataire à qui l'on a prêté une chose pour s'en servir dans sa maison, l'a portée allant en voyage & qu'elle péricelle par la rencontre des voleurs ou par un naufrage, il en est responsable: *Si id quod tibi commodatum est domi, peregrè tecum ferre malueris & vel incurfu hostium, prædonumvè, vel naufragio amiseris, dubium non est quin de restituendâ eâ re tenearis*, §. 2. *Inst. quibus modis re contrahitur obligatio.* Mais si le commodataire n'a fait d'autre usage de la chose prêtée que celui qui lui étoit permis, il ne sera point tenu de la perte qui sera arrivée par cas fortuit, & sans qu'il y ait eu de faute de sa part, *dict. §. 2. L. si commodavero 23. D. commodati vel contra.*

IV. Le commodat est de sa nature gratuit. S'il y avoit un prix, ce ne seroit plus un prêt, mais une autre sorte de contrat, celui de louage §. 2. *Inst. quibus modis re contrahitur obligatio.*



TITRE IX.

Du Dépôt.

I. Le dépôt est un contrat par lequel on donne à quelqu'un une chose à garder, pour être rendue par le dépositaire lorsqu'il en sera requis : *Deposium est quod custodiendum alicui datum est*, dit la Loi 1. D. *Deposui vel contra*. Et le dépositaire doit être si fidele à rendre le dépôt, que s'il est créancier de celui qui a déposé une somme dans ses mains, il ne peut pas opposer la compensation de la somme qui lui est due avec la somme déposée, suivant la Loi *Si quis* 11. C. *Deposui vel contra*.

II. Mais le dépositaire n'est responsable que de la perte qui arrive par son dol ou une faute grossiere qui est comparée au dol, §. 3. *Inst. quibus modis re contrahitur obligatio*, L. *quod Nerva* 32. D. *Deposui vel contra*, L. 1. C. *Deposui vel contra*. Celui qui a donné quelque chose à garder à un ami négligent, doit en imputer la perte à sa trop grande facilité : *Qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei sed sue facilitati id imputare debet*, dict. §. 3. Les engagemens d'un dépositaire sont donc différens de ceux du commodataire. La raison en est que le dépôt n'est qu'en faveur de celui qui donne une chose à garder, au lieu que le commodat est tout à l'avantage du commodataire. C'est la remarque de Grotius de *jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 12. n. 13. *Depositarius*, dit-il, *præter fidelitatem nihil recepit : ideò si periit res, non tenebitur : non rei ratione, quia non exstat nec locupletior est, nec acceptionis ratione, quia accipiendo beneficium non accepit sed dedit*. Il faut néanmoins observer que le dépositaire peut être tenu de la perte qui arrive par sa négligence dans deux cas, suivant la Loi *si ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. D. *commodati vel contra*, sçavoir lorsqu'il a un salaire pour la garde du dépôt & lorsqu'il en a été convenu ; *nisi fortè & merces accessit, aut si hoc ab initio convenit*.

III. Nous distinguons le dépôt volontaire & le dépôt nécessaire. Le dépôt volontaire est celui qu'on fait à loisir, avec choix & délibération. Le dépôt nécessaire au contraire est celui qu'on est obligé de faire à la hâte & sans délibération & sans choix en cas d'incendie, de ruine, de tumulte, de naufrage ou d'autres occasions semblables.

IV. On met encore au rang des dépôts nécessaires, ceux que les voyageurs font de leurs effets dans les mains des Hôtes & Hôtesse. Ceux-ci répondent civilement des vols qui en sont faits dans leurs hôtelleries, *L. ait prætor 1. §. 8. L. sicut 2. D. nautæ, cauponæ, stabularii*, Arrêts de Montholon som. 15, Le Prestre cent. 1. chap. 19, Journal des Audiences tom. 1. liv. 8. chap. 2. Arrêt du 12 décembre 1654, Bornier sur l'art. 4 de l'Ordonnance de 1667 tit. 20. *des faits qui gisent en preuve*. Bornier au lieu cité excepte les cas où l'hôtellerie a été pillée, volée par force ou brûlée, ou que le larcin eût été fait par d'autres personnes logées dans la même hôtellerie, que l'Hôte a été contraint de loger en qualité d'Hôte, ou enfin que l'Hôte eût baillé de quoi ferrer les hardes. Voyez l'Arrêt du 15 mars 1629, rapporté dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 2. chap. 39.

V. Suivant l'art. 2. de l'Ordonnance de 1667. tit. 20. *des faits qui gisent en preuve*, il doit être passé des actes pardevant Notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépôts volontaires, & la preuve par témoins n'en doit point être admise. La raison en est, comme l'a remarqué Bornier, parce que celui qui donne une chose en garde a la liberté d'en avoir la preuve par écrit, n'y étant contraint par aucune nécessité. Il en est autrement du dépôt nécessaire, où l'on n'a pas le pouvoir de faire des actes. L'article 3. de la même Ordonnance s'en explique en ces termes : » N'entendons exclure la preuve par témoins pour dépôt nécessaire en cas d'incendie, ruine, » tumulte ou naufrage, ni en cas d'accidens imprévus où

» on ne pourroit avoir fait des actes : & aussi lorsqu'il y
 » aura un commencement de preuve par écrit. Et par l'ar-
 » ticle 4. il est dit : N'entendons pareillement exclure la
 » preuve par témoins pour dépôts faits en logeant dans
 » une hôtellerie, entre les mains de l'Hôte ou de l'Hô-
 » tesse, qui pourra être ordonnée par le Juge, suivant
 » la qualité des personnes & les circonstances du fait. Voyez
 Louet & Brodeau lett. D. fom. 33.

VI. La même Ordonnance de 1667 tit. 34. de la *Décharge des contraintes par corps* art. 4. défend de condamner par corps en matière civile, si non en cas de réintégrande pour délaisser un héritage en exécution des jugemens, pour stéllionat, pour dépôt nécessaire, &c. d'où l'on doit conclure que la contrainte par corps n'a pas lieu contre le dépositaire pour dépôt volontaire. Et conséquemment s'il s'est servi de l'argent qui a été déposé dans ses mains, il ne peut être poursuivi criminellement, comme il fut jugé par l'Arrêt du 16 mai 1626, rapporté dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 1. chap. 106. Voyez la Loi *si deposita 4. C. Depositi vel contra*, Duperier tom. 1. liv. 4. quest. 30. *Cancerius variar. resol.* part. 3. chap. 8. n. 63. & suiv.

VII. Les sequestres & les commissaires & gardiens des fruits & choses saisies dont il est parlé dans le tit. 19. de l'Ordonnance de 1667, font une autre sorte de dépositaires. La sequestration est un dépôt fait dans les mains d'un tiers par l'autorité de la Justice, ou sur la nomination des parties, d'une chose litigieuse, à la charge de la rendre à celui à qui elle sera adjugée. Les commissaires & gardiens sont des personnes établies par les Huiffiers ou Sergens à la garde des fruits ou des meubles saisis. Quoiqu'il y ait une différence entre les sequestres & les commissaires & gardiens, nous les appellons sequestres les uns & les autres. Ils doivent représenter les choses déposées dans leurs mains, & rendre compte de leur commission lorsqu'elle est finie. Et ils y peuvent être contraints par corps, suivant l'art. 4. de l'Ordonnance de 1667, tit. de la *décharge des contraintes par corps*.

VIII. Du dépôt naissent des engagemens réciproques ; & tout dépositaire doit être remboursé des dépenses qu'il a faites pour la garde & la conservation des choses déposées , *L. quod privilegium* 8. *L. si in Asia* 12. *D. depositi vel contra*, Coquille sur la Coutume de Nivernois chap. 21. *des croists & chaptels* art. 16. Vinnius dans ses questions liv. 1. chap. 51.



TITRE X.

Du Gage, de l'Antichrese & de l'Hypothèque.

I. Le gage est un contrat par lequel une chose mobilière du débiteur est mise dans les mains de son créancier pour la sûreté de la dette, à la charge de la rendre en espèce lorsque la dette sera payée.

II. Ce contrat est en faveur de l'une & de l'autre partie, *utriusque gratiâ* : du débiteur, afin qu'on lui prête plus facilement : du créancier, afin que sa créance soit plus assurée. C'est pourquoi le créancier saisi du gage, est moins obligé que le commodataire & plus que le dépositaire. Il suffit qu'il apporte un soin exact à conserver le gage ; & si après cela le gage vient à périr, il n'en est point tenu, §. 4. *Inst. quibus modis re contrahitur obligatio, L. ea igitur 14. D. de pignoratitiâ actione.* Ces différences sont établies par le Droit Romain, mais elles dérivent d'un Droit plus ancien, l'équité & la raison naturelle, comme l'a remarqué Grotius de *jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 12. n. 13. *In pignore (dit-il) ut & in locato media via sequenda est, ut qui rem accepit, nec de casu quovis teneatur, ut commodatarius, & majorem tamen diligentiam quam depositarius præstare debeat : quia pignoris acceptio est quidem gratuita, sed accedere solet contractui oneroso. Quæ omnia Romanis quidem congruunt legibus, sed non ex illis primitus, sed ex æquitate naturali veniunt.*

III. Si le créancier n'est point payé de ce qui lui est dû au tems convenu, pourra-t-il vendre le gage ? Suivant la Loi *si convenit 4. D. de pignoratitiâ actione*, le créancier pouvoit vendre le gage de sa propre autorité, s'il avoit été convenu entre les parties qu'il le pourroit vendre, même quoiqu'il n'y eût point de pareille convention ; & dans le cas où il auroit été convenu que le gage ne pourroit point être vendu, le créancier le pouvoit vendre après trois interpellations faites au débiteur. Et par la Loi der-

niere §. 1. *C. de jure domini impetrando*, à laquelle se rapporte le §. 1. *Inst. quibus alienare licet vel non*, il fut ordonné que les pactes convenus entre les parties touchant la vente du gage, seroient observés; & que s'il n'y avoit point de pacte, le créancier auroit la permission de vendre le gage après deux ans depuis la dénonciation qu'il auroit faite au débiteur, ou la Sentence du Juge. Par l'usage qui est observé en France, le créancier peut faire vendre le gage après le terme auquel le gage doit être racheté & la dette être payée, mais il ne le peut faire que par l'autorité de la Justice & partie appelée, & la vente doit être faite à l'encan public par un Sergent, comme l'ont remarqué Loyseau du Déguepissement liv. 3. chap. 7. n. 2. Despeisses tom. 1. part. 1. tit. 9. sect. 3. n. 17. pag. 228.

IV. Le créancier à qui un meuble a été donné en gage est préférable sur ce meuble à tous autres créanciers, même antérieurs, *L. procuratoris 5. §. quid tamen 8. D. de tributaria actione, L. insulam 13. D. qui potiores in pignore vel hypothecâ habeantur*, Choppin sur la Coutume de Paris liv. 3. tit. 3. n. 13. Mornac sur la Loi *si non Dominus 14. D. qui potiores in pignore vel hypothecâ habeantur*, Bornier sur l'art. 8. de l'Ordonnance du Commerce de 1673, tit. 11. des faillites, Boniface tom. 2. liv. 4. tit. 3. chap. 1. & tom. 4. liv. 8. tit. 20. chap. 5.

V. L'antichrese est un contrat par lequel le débiteur met un héritage dans les mains de son créancier, avec ce pacte que le créancier en jouira, & que les fruits lui appartiendront pour l'intérêt de la somme qui lui est due, jusques à ce qu'il en soit payé: la Loi *si is 11. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis*, dit que l'antichrese est *mutuus pignoris usus pro credito*.

VI. On a douté si l'antichrese devoit avoir lieu en France, ou s'il falloit rejeter ce contrat comme usuraire. L'opinion la plus généralement reçue est que ce contrat est permis. Voyez Du Moulin *contract. usurar.* quest. 35. les Opuscules de Loifel pag. 111. & suiv. Louet & Brodeau lett. P. som. 8. 9. 10. 11. & 12. Catellan liv. 5. chap. 1. Boniface tom. 4. liv. 8. tit. 11. chap. 1. Au-

geard tom. 1. som. 53. Bretonnier sur Henrys liv. 4. quest. 47. n. 9. tom. 2. pag. 358.

VII. C'est une question où il y a eu des Arrêts différens, si les fruits peuvent excéder l'intérêt légitime, ou si la compensation des fruits ne se peut faire qu'à concurrence de l'intérêt, de maniere que l'excédant des fruits s'impute au principal. Il est décidé dans la Loi *si ex pactione* 14. & dans la Loi *si eâ Lege* 17. C. de *usuris*, que dans l'antichrese expresse les fruits peuvent excéder l'intérêt légitime; & c'est l'avis du Président Faber dans son *Traité de erroribus pragmaticorum* décad. 9. err. 5. n. 10. à cause, dit-il, de l'incertitude des fruits qui peuvent être au dessous de l'intérêt légitime, & même manquer entièrement: *Quia potuit & minus esse & interdum etiam fortasse nihil*; & cette incertitude, ajoute-t-il, fait cesser tout soupçon de fraude: *Eaque & eventus & aestimationis fructuum incertitudo tollit omnem fraudis suspicionem*. Voyez Catellan, Boniface, Augeard aux lieux ci-dessus cités. M. de Catellan observe que les circonstances peuvent aider à régler & à déterminer la décision sur cette matiere.

VIII. On compare le contrat d'antichrese au contrat de vente à pacte de rachat. Il y a néanmoins une grande différence de l'un à l'autre. L'engagiste ne prescrit jamais tant qu'il possède sous ce titre & en cette qualité, comme l'ont remarqué Du Moulin sur la Coutume de Paris §. 12. *verb.* Prescription n. 15. & Duperier tom. 2. décis. liv. 1. n. 79. Et la faculté de rachat réservée dans un contrat de vente, même avec la clause à perpétuité & toutes les fois qu'on voudra, se prescrit par trente ans, comme l'attestent le Président Faber déf. 3 & 18. C. de *prescript.* 30 *vel 40 annorum*, Louet & Brodeau lett. P. som. 21, Dunod des Prescriptions part. 1. chap. 12. pag. 90 & suiv. Dans l'antichrese le pacte qu'on appelle la Loi commissoire, portant qu'après un certain tems l'engagement sera un titre translatif de propriété, est un pacte nul & réputé usuraire suivant la Loi dernière C. de *pactis pignorum & de Lege commissoria*; & dans la vente à pacte de rachat, s'il a été stipulé que le rachat pourroit être exercé dans un certain

tems moindre de trente ans, comme de dix ans ou d'un terme plus court, le rachat n'est plus reçu après le terme dont on est convenu suivant les Arrêts du Parlement d'Aix rapportés par Boniface tom. 4. liv. 8. tit. 2. chap. 10. comme l'atteste De Cormis tom. 1. col. 922. chap. 49. & tom. 2. col. 1525 & suiv. chap. 55. Au Parlement de Toulouse le rachat conventionnel n'est prescrit que par 30 ans, quoiqu'on ait stipulé un terme plus court, comme l'a remarqué M. de Catellan liv. 3. chap. 32. & liv. 7. chap. 3.

IX. L'hypothèque est l'obligation par laquelle les biens du débiteur sont obligés & affectés à son créancier pour la sûreté de la dette. Il y a cette différence entre le gage & l'hypothèque, que par le gage le débiteur met la chose qui lui appartient dans les mains de son créancier pour l'assurance de la dette, & par l'hypothèque le débiteur retient la possession des biens qu'il oblige en faveur de son créancier. C'est ce qui est exprimé dans le §. 7. *Inst. de actionibus* en ces termes : *Pignoris appellatione eam propriam rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam quæ sine traditione nudâ conventionione tenetur, propriæ hypothecæ appellatione contineri dicimus.*

X. Par l'hypothèque tous les biens du débiteur soit meubles ou immeubles sont obligés. Mais les meubles n'ont point de suite par hypothèque quand ils ont été aliénés & ne sont plus en la possession du débiteur, comme l'ont remarqué Delommeau dans ses Maximes du Droit françois liv. 3. fom. 14. Mr. de Saint Jean, décis. 31. n. 5, Bagnage Traité des Hypothèques chap. 9. pag. 94. Au contraire les immeubles peuvent être suivis par hypothèque contre les tiers acquéreurs, lorsque le débiteur & ses cautions, s'il y en a, sont insolubles. C'est un droit réel qui les suit en quelques mains qu'ils passent.

XI. Il y a trois sortes d'hypothèques : l'hypothèque contractuelle qu'on acquiert par un acte passé pardevant Notaire, l'hypothèque judiciaire qu'on acquiert par une Sentence ou un Jugement, & l'hypothèque légale ou tacite qui

qui a lieu par la disposition de la Loi sans convention des parties.

XII. Les créanciers hypothécaires sont payés sur les biens de leurs débiteurs suivant l'ordre du tems & la datte de leurs hypothèques. Celui qui est le premier passe avant ceux qui viennent après lui. On y suit la regle *qui prior est tempore, potior est jure*. Cette regle n'a pas lieu pour les dettes privilégiées. Les privileges ne se réglent pas par l'ordre du tems, mais par leur cause, comme dit la Loi *privilegia 16. D. de privilegiis creditorum : Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causâ*. Ainsi les frais de Justice, les frais funéraires, ceux de la derniere maladie sont alloués dans l'ordre des créanciers avant les autres dettes quoiqu'antérieures, *L. scimus 22. §. in computatione 9. C. de jure deliberandi, L. impensa 45. D. de religiosis & sumptibus funerum*. Un pareil privilege a lieu en faveur des serviteurs domestiques pour leurs gages de la derniere année seulement. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi dans l'ordre des créanciers de M. le Comte de Grignan par Arrêt du 29 janvier 1729. qui confirma le Jugement de la Chambre des Requêtes du Palais. Le créancier à qui un meuble a été donné en gage, est préféré sur ce meuble aux autres créanciers, quoiqu'antérieurs, comme il est dit ci-dessus n. 4 : le vendeur sur le fonds vendu pour le prix qui lui en est dû, comme je l'ai remarqué au titre du contrat de vente n. 22 : celui qui a fait des fournitures & des dépenses pour la conservation d'une chose, sur la chose qu'il a conservée, *L. interdum 5. L. hujus 6. D. qui potiores in pignore vel hypothecâ habeantur, Faber déf. 7. C. qui potiores in pignore habeantur, Despeisses tom. 1. pag. 683. n. 8. & suiv. Journal des Audiences tom. 7. liv. 2. chap. 14.*

XIII. Ceux des deniers desquels une dette hypothécaire est payée, ne peuvent entrer en la place & acquérir l'hypothèque du créancier que par la subrogation à ses droits. La subrogation est le changement d'un créancier en un autre créancier, par lequel les droits de l'ancien créancier qui est payé, passent à celui qui a fourni les deniers pour le payement. Il y a deux sortes de subroga-

tion; la subrogation conventionnelle & la subrogation légale.

XIV. Pour la subrogation conventionnelle il ne suffit pas que les deniers soient employés au paiement de l'ancien créancier, il faut qu'il y ait une convention expresse de succéder à ses droits suivant la Loi 1. C. *de his qui in priorum creditorum locum succedunt*. Voyez Louet & Brodeau lett. C som. 38. & 39, d'Olive liv. 4. chap. 14, Le Prestre & Gueret cent. 1. chap. 69, Boniface tom. 4. liv. 8. tit. 7. chap. 2.

XV. La subrogation doit être faite par le créancier ou par le débiteur. Si le créancier qui reçoit son paiement ne fait pas la subrogation, celle qui est faite par le débiteur sera suffisante, comme l'attestent Du Moulin *contract. usurar.* qu. 37. n. 276, Bafnage *Traité des Hypotheses* part. 1. chap. 15. pag. 388. & suiv. Dernuffon *Traité de la Subrogation* chap. 10. n. 7.

XVI. Mais si la cession d'actions ou la subrogation est faite après le paiement, sera-t-elle vaine & inutile? Il est décidé dans la Loi *modestinus* 76. D. *de solutionibus* que la subrogation faite après & depuis le paiement *post aliquod intervallum*, est nulle, parce qu'après le paiement il ne reste plus d'action & il n'y a plus de dette, *cum nulla actio superfuerit*. Le Parlement de Paris le jugea ainsi par l'Arrêt du 31 mai 1680 rapporté dans le Journal du Palais part. 10. pag. 71. & suiv. C'est le sentiment de Dernuffon dans son *Traité de la Subrogation* chap. 12. n. 20. & suiv. Il faut néanmoins observer que si la déclaration & subrogation est faite incontinent & immédiatement après l'acte qui contient l'emploi des deniers, quoique par un acte séparé, la subrogation doit avoir son effet, comme l'atteste le Président Faber déf. 5. C. *de his qui in priorum creditorum locum succedunt*. Si modò (dit-il) *incontinenti, non ex intervallo pactio secuta fit; nam quæ incontinenti fiunt, videntur inesse. Ità Senatus*. Il y en a un acte de notoriété de Mrs. les Gens du Roi du Parlement d'Aix du 30 mars 1697, & nous le tenons ainsi constamment, quoique Dernuffon au chap. 12. du *Traité de la Subrogation* n. 30.

& suiv. ait laissé des doutes sur cette question, & qu'il ait prétendu n. 40. qu'en cas de refus du créancier de consentir la subrogation, on pourra lui faire des offres & le faire assigner devant le Juge pour voir déclarer les offres valables.

XVII. L'ancien créancier qui a reçu le payement d'une partie de la dette & a consenti la subrogation de celui qui a fourni les deniers, sera-t-il préférable pour ce qui lui est encore dû au nouveau créancier, sur le bien du débiteur, ou celui-ci viendra-t-il en concours, comme ayant la même hypothèque? Il est décidé que la subrogation ne nuit pas à l'ancien créancier qui l'a consentie. Il conserve toujours la qualité d'ancien créancier pour ce qui lui est encore dû, & le nouveau créancier ne doit être payé que successivement. Voyez Dernuffon *Traité de la Subrogation* chap. 15.

XVIII. La subrogation légale est celle qui se fait par la Loi sans convention ni stipulation. Elle a lieu dans plusieurs cas suivant le Droit & nos usages.

XIX. Par la subrogation légale le créancier postérieur qui paye un créancier antérieur, est subrogé de plein droit à l'hypothèque de cet ancien créancier suivant la Loi *qui pignus 1. C. qui potiores in pignore habeantur*, la Loi *si prior 4. C. de his qui in priorum creditorum locum succedunt*, Du Moulin *contract. usurar. qu. 37. n. 276*, d'Olive liv. 4. chap. 14, Sanleger *resol. civil. chap. 29*, Basnage des hypothèques part. 1. chap. 15. pag. 382. & suiv. Dernuffon de la subrogation chap. 4. n. 2. & suiv. Raviot sur les Arrêts de Dijon tom. 2. qu. 299. n. 8.

XX. Pareillement l'acquéreur d'un fonds qui paye le prix de son acquisition aux créanciers hypothécaires de son vendeur, est subrogé de droit à leur hypothèque suivant la Loi *si potiores 3. C. de his qui in priorum creditorum locum succedunt*, Brodeau sur Louet lett. C. fom. 38. n. 7. Basnage des hypothèques part. 1. chap. 15. pag. 382. & suiv. Dernuffon de la subrogation chap. 5. n. 2. & suiv. Raviot sur les Arrêts de Dijon tom. 2. qu. 299. n. 10.

Y y ij

XXI. Sur le même principe, l'héritier par bénéfice d'inventaire est subrogé de plein droit aux hypothèques des créanciers héréditaires qu'il a payés de ses deniers, quoiqu'il n'ait pas pris de cession ou subrogation. C'est le sentiment de Duperier tom. 1. liv. 4. qu. 11, de Le Brun dans son Traité des Successions liv. 3. chap. 4. n. 19, de Dernuffon Traité de la Subrogation chap. 7. n. 76. & 77. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par Arrêt du 20 juin 1730. au rapport de M. d'Entrages en faveur du sieur Claude Guiramand en qualité de mari & maître de la dot & droits de Marguerite Roux héritière par bénéfice d'inventaire de Reymond Roux pour qui j'écrivois contre Catherine Roux. Dernuffon au lieu cité observe qu'il en est du curateur d'une succession vacante qui a payé les dettes de l'hérédité, comme de l'héritier bénéficiaire.

XXII. Le fidéjusseur qui a payé la dette du principal débiteur, sans rapporter la cession des droits de l'ancien créancier ou la subrogation à son hypothèque, lui sera-t-il subrogé de plein droit ? Les sentimens ont été différens sur cette question. Dernuffon dans son Traité de la Subrogation chap. 9. n. 5. & suiv. estime que le fidéjusseur qui a fait le payement purement & simplement, sans rapporter la cession des droits ou la subrogation, n'est point subrogé aux droits de l'ancien créancier ; qu'il n'a que l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum* contre le débiteur, & son hypothèque sur les biens du débiteur du jour de l'acte de cautionnement. Le même Auteur dit n. 32. que si le créancier refuse de consentir la subrogation & d'en faire mention dans sa quittance, le fidéjusseur pourra lui faire ses offres de le payer, à condition qu'il lui sera subrogé ; & attendu son refus le faire assigner devant le Juge pour voir déclarer ses offres bonnes & valables, & voir dire qu'il sera subrogé en consignation des deniers. L'Arrêt du Parlement de Paris du 26 août 1706, rapporté par Augeard tom. 1. som. 75. paroît conforme à ce sentiment. D'autres ont estimé qu'il faut distinguer entre le fidéjusseur qui paye volontairement & sans y être contraint, & celui qui paye forcément : qu'au premier cas il falloit requérir

& stipuler la subrogation, mais qu'il n'en est pas de même dans le cas de la contrainte, parce que la Loi soumettant le fidéjusseur à la nécessité de payer, il est naturel qu'elle lui accorde un secours qui opere la subrogation de plein droit. Maynard liv. 2. chap. 49, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse rendu en faveur du fidéjusseur qui avoit payé contraint, quoiqu'il n'eût pris la subrogation qu'après le payement. D'autres ont tenu sans distinction que la caution payant le créancier hypothécaire, est subrogée de droit à l'hypothèque de cet ancien créancier. C'est l'avis de M. d'Olive liv. 4. chap. 31. & ce sentiment paroît le plus équitable & le mieux fondé. On doit considérer la caution comme un créancier hypothécaire qui paye un ancien créancier, puisque la caution a hypothèque sur les biens du débiteur principal du jour de son cautionnement.

XXIII. Nous avons dit ci-dessus que les immeubles peuvent être suivis par hypothèque dans les mains des tiers possesseurs. Les créanciers qui ont hypothèque lors de l'aliénation des biens de leur débiteur, ont un droit réel sur ces biens qui peut être exercé contre les acquéreurs, lorsque le débiteur & ses cautions, s'il y en a, sont insolvable.

XXIV. Les créanciers dont l'hypothèque est antérieure à celle des acquéreurs, ont l'action hypothécaire pour être payés de ce qui leur est dû en principal, intérêts & dépens, sur les fruits ou sur les fonds des biens aliénés. Nous l'appellons action de regrès, *quia datur regressus contra possessorem*. Mais comme cette action se prescrit par le laps de dix ans entre présens, & de vingt ans entre absens, suivant la Loi I. C. *si adversus creditorem præscriptio opponatur*, la Loi dernière C. *de præscriptione longi temporis 20. vel 20. annorum* & l'authentique *quod si quis* au même titre: qu'elle ne peut être intentée qu'après que le créancier a discuté le débiteur & les cautions, s'il y en a, & que pendant cette discussion il peut arriver que les dix ans ou les vingt ans fussent expirés, la Jurisprudence françoise a introduit l'action de déclaration d'hypothèque, par le moyen de laquelle la prescription de dix ans & de vingt

ans est interrompue & l'action est prorogée à trente ans, comme l'a remarqué Loyseau dans son Traité du Dégagement liv. 3. chap. 2. n. 17.

XXV. Quant au créancier qui a hypothèque au tems de l'aliénation, mais dont l'hypothèque est postérieure à celle du tiers-acquéreur, si le débiteur & ses cautions sont insolvables, la Loi donne à ce créancier le droit d'offrir pour être mis en possession de l'immeuble aliéné en remboursant au possesseur tout ce qui lui est dû pour des hypothèques antérieures. C'est un soulagement qui lui est accordé pour le consoler de la perte de sa dette, *in solatium amissi debiti*, L. 3. § *si tamen* 1. D. de distractione pignorum, L. 1. C. *si antiquior creditor pignus vendiderit*, L. prior 5. & L. *diversis* 8. C. *qui potiores in pignore habeantur*, de Cormis tom. 2. col. 1275. & suiv. chap. 99. Et le possesseur ne peut se maintenir dans sa possession contre le droit d'offrir qu'en payant au demandeur les sommes qui lui sont dues pour ses hypothèques postérieures, comme il fut jugé par l'Arrêt du 4. avril 1685, rapporté par M. de Cormis au chap. cité col. 1283.

XXVI. Les hypothèques contractuelles, judiciaires & légales ou tacites, l'action hypothécaire & le droit d'offrir donnent lieu à beaucoup d'autres questions. On peut voir ce que j'ai écrit sur cette matière dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 2. tit. des Statuts concernant la Cour des Soumissions n. 11. & suiv. pag. 436. & suiv. au titre du Précaire pag. 493. & suiv. & au titre des Prescriptions sect. 5. de la prescription de l'action hypothécaire pag. 557. & suiv.

XXVII. C'est une question qui a été controversée & où la Jurisprudence a souvent varié, de quel tems se règle l'hypothèque des obligations qui naissent des délits: si c'est du jour du crime commis ou seulement du jour de la Sentence de condamnation. Mornac sur le titre du Digeste de *pignoribus & hypothecis*, dit qu'il n'y a point de Loi qui ait décidé expressément cette question: *Nulla Lex est que speciali jure definiat questionem prælationis hypothecariæ in delictis: an à tempore admissi criminis esse illud debeat, an*

Verò ab eo duntaxat momento quo Sententia lata est. L'Ordonnance de Moulins du mois de février 1566 porte en l'art. 53. que » dès-lors & en l'instant de la condamnation » donnée en dernier ressort, & du jour de la prononciation, » fera acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens » du condamné, pour l'effet & exécution du Jugement ou » Arrêt par lui obtenu ». Et la Déclaration du Roi donnée en interprétation de cette Ordonnance le 10 juillet de la même année ajoute à l'art. 53. » l'hypothèque sur les » biens du condamné aura lieu & effet du jour de la » Sentence, si elle est confirmée par Arrêt, ou que d'i- » celle n'y ait appel ». Sur ce fondement l'hypothèque n'auroit lieu que du jour de la Sentence confirmée par Arrêt ou qui a passé en force de chose jugée.

XXVIII. Cependant plusieurs Auteurs ont été d'avis que l'hypothèque est contractée du jour du délit. C'est le sentiment d'Argentré sur la Coutume de Bretagne art. 188. glos. 2. n. 2. de Choppin dans son *Traité de dominio* liv. 2. tit. 5. n. 5. & la Roche-Flavin liv. 2. *verb.* Hypothèque tit. 4. art. 1. rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, par lequel il fut jugé que l'hypothèque avoit lieu pour les amendes & les dépens depuis le crime commis. Par l'Arrêt du Parlement de Paris du 11 septembre 1708, rapporté par le sieur de La Combe dans le *Supplément de son Traité des Matieres Criminelles* 3^e. addition, il a été jugé que le cessionnaire d'une somme de 6600 liv. pour intérêts civils adjugés à une mere contre l'assassin de son fils, avoit hypothèque du jour du décret de prise de corps décerné contre le meurtrier. Il y avoit dans le cas de cet Arrêt cette circonstance qu'avant le Jugement définitif, l'accusé avoit vendu partie de ses biens & contracté frauduleusement plusieurs dettes hypothécaires. D'autres ont estimé que l'hypothèque est acquise du jour du crime pour la valeur des choses dérobées ou enlevées & non pour les amendes & les dommages & intérêts. C'est l'avis de M. de Catellan liv. 6. chap. 31. D'autres ont distingué les amendes taxées par la Loi, & celles qui dépendent de l'arbitrage du Juge. Ils donnent l'hypothèque pour les premières du jour du délit,

& ne la donnent pour les secondes que du jour de la Sentence de condamnation. Voyez *Basnage des Hypotheques* part. 1. chap. 13. pag. 186. & *suiv.* *Coquille* quest. 14. les *Arrêts d'Auzanet* liv. 2. chap. 94. liv. 3. chap. 12. le *Journal des Audiences* tom. 2. liv. 6. chap. 15. Arrêt du 2. mars 1667, *Ferriere* sur l'art. 170. de la *Coutume de Paris* §. 3. n. 11. & *suiv.* de *Cormis* tom. 2. col. 1957. & *suiv.* chap. 47. & col. 2036. chap. 98. La plus commune opinion est que l'hypothèque n'a lieu que du jour de la Sentence, *suivant* l'art. 53. de l'Ordonnance de *Moulins* & la Déclaration donnée in interprétation de cette Ordonnance ; & cela est très-certain pour les amendes envers le Roi, comme pour les confiscations, *suivant* la Déclaration du Roi du 13. juillet 1700. » Ayant trouvé (dit cette Déclaration) » que les confiscations n'ont lieu à » notre profit qu'après les dettes légitimes acquittées, nous » avons cru aussi ne pouvoir prétendre hypothèque pour » les amendes qui nous sont adjudgées que du jour du Jugement de condamnation, & nous avons bien voulu en faveur de nos sujets nous départir du privilège que nous avons ordonné à notre profit par notre Déclaration du 21. mars 1671 & notre Edit du mois de février 1691. » A ces causes, & autres à ce nous mouvant, de notre certaine science, pleine puissance & autorité royale, nous avons par ces présentes signées de notre main, déclaré & déclarons n'avoir hypothèque sur les biens de nos sujets pour le paiement des amendes auxquelles ils ont été ci-devant, & pourront être ci-après condamnés envers nous que du jour du Jugement de condamnation ; dérogeons à cet effet à notre Déclaration du 21 mars 1671 & à notre Edit du mois de février 1691 & aux Arrêts de notre Conseil donnés en conséquence ». Par la Loi unique *C. pœnis fiscalibus creditores præferri*, & la Loi *quod placuit 37. D. de jure fisci*, les créanciers sont préférés sur les biens du condamné aux peines pécuniaires adjudgées au fisc.

XXIX. Les intérêts ont la même hypothèque que la somme principale ; l'accessoire suit la nature du principal,
L.

L. creditor 12. §. sciendum 6. L. Lucius Titius 18. D. qui potiores in pignore vel hypothecâ habeantur, Brodeau sur Louet lett. D. som. 42. Charondas liv. 7. resp. 202. Journal du Palais part. 8. pag. 216. & suiv. Arrêts d'Expilly chap. 93. Et c'est ainsi que nous l'observons. Nous donnons aussi aux dépens la même hypothèque qu'à la dette principale, Arrêts de Duperier lett. D. n. 6. Boniface tom. 2. liv. 4. tit. 3. chap. 4. Brodeau sur Louet lett. D. som. 42. Arrêts de Basset tom. 2. liv. 2. tit. 11. chap. 2. Au Parlement de Toulouse on n'alloue les intérêts qu'au dernier rang & après toutes les sommes principales : il y a néanmoins des cas où l'on donne aux intérêts la même hypothèque qu'au principal, d'Olive liv. 4. chap. 21. Catellan liv. 4. chap. 42. liv. 6. chap. 5. chap. 9. chap. 30. Dans le même Parlement on ne donne l'hypothèque aux dépens que du jour de la condamnation prononcée contre le débiteur, suivant Maynard liv. 7. chap. 70.



TITRE XI.

Des Coobligés.

I. Deux ou plusieurs personnes peuvent s'obliger solidairement pour la même dette, & *stipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri possunt*. Et l'effet de l'obligation solidaire, est qu'un seul des obligés peut être convenu pour la totalité de la dette : *Singuli in solidum tenentur*, §. 1. *Inst. de duobus reis stipulandi & promittendi*.

II. Le nouveau Droit fit quelques changemens sur cette matiere ; & il y a trois principales observations à faire suivant la Nouvelle 99. d'où a été tirée l'authentique *hoc ita C. de duobus reis*.

III. La premiere qu'il n'y a point d'obligation solidaire sans une clause expresse, par laquelle deux ou plusieurs débiteurs s'obligent solidairement. Sans cela l'obligation se divise, & chacun des coobligés n'est tenu qu'à concurrence de sa portion.

IV. 2°. Les coobligés qui se sont obligés solidairement, peuvent opposer le bénéfice de division & de discussion, & obliger le créancier de discuter chacun des débiteurs en particulier pour la part qui le concerne ; mais la clause expresse de l'obligation solidaire produit cet effet qu'un seul est tenu pour le tout, si les autres sont insolubles : les coobligés solidaires sont regardés comme cautions les uns des autres : *Sunt vice mutuâ fidejussores*.

V. 3°. Quand les coobligés solidaires ont renoncé au bénéfice de division & de discussion, le créancier peut attaquer un seul des débiteurs & tel qu'il lui plaît pour le tout. De là c'est une clause usitée dans les contrats, que deux ou plusieurs personnes s'obligent solidairement & pour le tout, renonçant au bénéfice de division & de discussion. Ces regles sont constamment observées.

VI. Mais comme les regles ont leurs exceptions, il est des cas où deux débiteurs sont obligés solidairement, sans

division ni ordre de discussion, quoiqu'ils ne s'y soient pas soumis par une clause expresse. Les associés sont obligés solidairement aux dettes de la société, quoiqu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la Compagnie, suivant l'Ordonnance du Commerce de 1673 tit. 4. des sociétés art. 7. Je l'ai remarqué ci-dessus tit. 5. de la société n. 9. Par l'Arrêt du Parlement du Toulouse du 17 juin 1672, rapporté dans le Journal du Palais part. 2. pag. 51. & suiv. il fut jugé que deux Marchands ayant fait un billet pour marchandises en commun, pouvoient être poursuivis solidairement pour toute la somme contenue au billet; on les présume associés. Voyez Coquille quest. 196. Bacquet des Droits de Justice chap. 21. n. 248. mais si deux Marchands achètent en commun non des marchandises de leur commerce, mais, par exemple, un immeuble, ils ne sont point tenus solidairement, à moins qu'ils ne s'y fussent obligés par une clause expresse; parce qu'alors ils n'ont point contracté pour un fait de commerce, mais comme pourroient faire tous autres particuliers. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par Arrêt du 24 mars 1677, rapporté dans les Mémoires de M. Julien tit. *fidejussio* fol. 1. en ces termes: *Non teneri in solidum emptores judicatum est 24 martii 1677, referente D. de Lestang in causâ Laugier & Ferren Massiliensium & D. de Chauvas Sainte-Colombe; agebatur de mercatoribus qui villam emerant pro 16000. libris.*

VII. Si le créancier reçoit la portion de l'un des coobligés solidaires, fera-t-il censé diviser la dette & renoncer à l'obligation solidaire à l'égard des autres? La Loi *si creditores* 18. C. de *pactis*, décide que le créancier dans ce cas, est censé s'être départi à l'égard des autres de l'action solidaire, *ne alter pro altero exigatur*. On suit la décision de cette Loi, si le créancier a reçu la part de l'un des coobligés dans l'intention de diviser la dette, *animo dividendi*; mais il en est autrement, & l'obligation solidaire ne fera point remise aux autres coobligés, si par les termes de l'acte on peut présumer que le créancier n'a pas voulu leur faire la même grace. Voyez Robert *rerum judicatarum* liv. 4. chap. 7, Brodeau sur Louet lett. R.

lom. 6. Bacquet des Droits de Justice chap. 21. n. 244.
& suiv.

VIII. L'un des coobligés venant à payer toute la dette ; l'obligation est éteinte à son égard & à l'égard de tous les autres : *Alter solvendo omnium perimit obligationem & omnes liberat* §. 1. *Inst. de duobus reis stipulandi & promittendi.*

IX. Le coobligé solidaire qui a payé pour tous, comment pourra-t-il agir contre les autres : pourra-t-il exercer l'action solidaire pour le tout, sa portion déduite, contre l'un des coobligés : ou pourra-t-il ne demander à chacun d'eux que la portion qui le concerne ? Cette question est sans difficulté, lorsque le coobligé a payé sans prendre cession & subrogation du créancier. Nos Auteurs demeurent d'accord que dans ce cas le coobligé qui a payé, ne peut convenir les autres coobligés que pour leur portion. Si toutefois il s'en trouve parmi eux qui soient insolubles, la portion des insolubles doit être également supportée par chacun des solvables. C'est ainsi que les Arrêts l'ont jugé.

X. Mais la question a été diversement jugée dans le cas où le coobligé qui a payé, a pris cession & subrogation du créancier. Les Arrêts rapportés par Louet & Brodeau lett. R. lom. 11. ont décidé que le coobligé qui a pris cession du créancier, peut agir solidairement contre les autres coobligés, sa portion déduite. Et la même chose a été jugée au Parlement de Toulouse, comme l'a remarqué M. de Catellan liv. 5. chap. 49. Le contraire fut jugé par l'Arrêt du 22 février 1650, rapporté dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 5. chap. 55. & celui dont fait mention Boniface tom. 4. liv. 8. tit. 22. chap. 2. Et Dernuffon dans son Traité de la Subrogation chap. 8. n. 8, a embrassé ce dernier avis. Le sentiment qui paroît le mieux fondé, est celui des Arrêts rapportés par Louet & Brodeau, suivant lequel le coobligé solidaire qui en payant toute la dette a rapporté la subrogation aux droits du créancier, peut agir solidairement contre les autres coobligés, sa portion déduite, & au cas qu'il y eût des insolubles, leur portion est également portée par les solvables. Le Parle-

ment d'Aix le jugea ainsi par Arrêt du 9 avril 1707, rapporté par M. Debezieux, liv. 4. chap. 3. §. 7. pag. 227. C'est l'avis de Cancérius *variar. resol.* part. 2. chap. 5. n. 17, de Duperier tom. 2. décif. liv. 4. n. 285, de Gueret sur Le Prestre cent. 1. chap. 69, de Pocquet de Livonniere Regles du Droit françois liv. 4. chap. 6. n. 21. pag. 466.



TITRE XII.

Des Cautions ou Fidéjusseurs.

I. La caution ou le fidéjusseur est celui qui s'oblige pour le débiteur principal, pour la plus grande sûreté de ce qui est dû, de manière que le principal débiteur demeure toujours obligé *princ. Inst. de fidejussoribus, L. 1. §. sed aut proprio nomine 8. D. de obligationibus & actionibus.*

II. Il peut y avoir des cautions dans toutes les obligations : *In omnibus obligationibus assumi possunt §. 1. Inst. de fidejussoribus.* La caution contracte une obligation personnelle qui passe à ses héritiers : *Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem relinquit obligatum §. 2. du même titre.* On peut donner une caution avant & après l'obligation : *Fidejussor & precedere obligationem & sequi potest §. 3.*

III. S'il y a plusieurs fidéjusseurs, ils sont tenus chacun pour le tout, quoiqu'ils ne s'y soient pas soumis par une clause expresse, parce que chacun des fidéjusseurs s'oblige pour l'assurance de toute la dette. Mais l'Empereur Adrien leur accorda le bénéfice de division ; de manière qu'ils ne peuvent être poursuivis que pour leur part, à moins qu'il n'y eût des insolubles §. 4. *Inst. de fidejussoribus.* Et la Nouvelle 4. chap. 1. d'où a été tirée l'authentique présente, *C. de fidejussoribus & mandatoribus*, leur accorda le bénéfice d'ordre & de discussion. En sorte que le créancier doit discuter le débiteur principal avant de pouvoir attaquer les cautions. Mais les fidéjusseurs perdent ces avantages du rescript de l'Empereur Adrien & de la Nouvelle 4. s'ils ont renoncé au bénéfice de division & de discussion & se sont rendus principaux débiteurs. Voyez Duperrier tom. 2. décif. liv. 3. n. 33. & 34. où il observe que l'exception de la discussion n'a pas lieu à l'égard des fidéjusseurs judiciaires.

IV. Il a été décidé qu'entre Marchands & pour fait de

marchandise le fidejusseur peut être convenu sans discussion précédente du principal obligé, quoiqu'il n'ait pas renoncé au bénéfice de discussion. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par l'Arrêt du 28 janvier 1583, rapporté par Duperier tom. 2. aux Arrêts de M. de Thoron som. 9. Voyez le Président Faber déf. 3. *C. de fidejussoribus & mandatoribus.*

V. Le fidéjusseur ne peut être obligé pour une plus grande somme que le principal débiteur. Son obligation n'est que l'accessoire de l'obligation principale; & il répugne qu'il y ait plus dans l'accessoire que dans le principal: *Nec plus in accessione potest esse, quam in principali re* §. 5. *Inst. de fidejussoribus.* Mais le fidéjusseur peut s'obliger plus efficacement. L'on peut donner des cautions dans toutes sortes d'obligations, & soit que l'obligation soit civile ou naturelle §. 1. *Inst. de fidejussoribus, L. fidejussor* 16. §. *fidejussor* 3. *D. de fidejussoribus & mandatoribus, L. naturaliter* 13. *D. de conditione indebiti.* Duperier tom. 1. liv. 1. quest. 6. observe que » la maxime que l'accessoire » suit la nature du principal & la fidéjussion celle de l'obligation du débiteur, n'est pas toujours véritable. Car, » dit il, il y a plusieurs cas auxquels le fidéjusseur demeure » véritablement obligé, quoique le débiteur ne le soit pas, » parce que son intervention ne tendant qu'à l'assurance » du créancier, & afin qu'il puisse exiger du fidéjusseur » ce qu'il ne peut pas recevoir du débiteur, il n'y a pas » d'inconvénient que quand il se rencontre en la personne » de celui-ci quelque obstacle qui ôte au créancier le moyen » d'exiger ce qu'il lui a promis, il le prenne sur le fidéjusseur.

VI. Il est dit dans le §. 4. *Inst. de replicationibus*, que les exceptions du débiteur servent ordinairement à ses cautions; & qu'ainsi s'il a été convenu entre le créancier & le débiteur que le créancier ne lui demandera point l'argent qu'il lui doit, ce pacte sert à la caution. Ce seroit en vain qu'on quitteroit le débiteur si la caution n'étoit pas libérée en même temps, parce que, par la nature du cautionnement, la caution a l'action de mandat, en vertu de la-

quelle le débiteur principal est obligé de lui rendre ce qu'elle a payé pour lui. Mais il est ajouté dans le même §. 4. qu'il y a des exceptions qui ne servent point à la caution. Si le débiteur a fait cession de biens, l'abandonnement qu'il fait de ses biens à ses créanciers le délivre de leurs poursuites; mais la caution demeure obligée & fera tenue de payer, si le débiteur est insolvable.

VII. Si le principal débiteur est mineur & se fait restituer envers son obligation, cette restitution servira-t-elle à la caution? Le Président Faber déf. 1. C. de *fidejussoribus minorum*, fait cette distinction: ou le fidéjusseur, dit-il, a cautionné simplement & de la même manière qu'on cautionne pour un majeur: ou il a cautionné expressément la minorité, parce que la partie contractante n'auroit pas traité autrement. Au premier cas, la restitution du mineur sert à la caution. Au second cas, la restitution du mineur ne sert pas à la caution, à moins qu'il n'y eût du dol de la part de la partie qui a contracté avec le mineur, *nisi creditoris dolo minor circumscriptus proponatur*. La même distinction, s'il y a du dol ou s'il n'y en a pas, est faite par d'Argentré sur la Coutume de Bretagne art. 464. col. 1812. & par Perezius sur le titre du Code de *fidejussoribus minorum* n. 1. Elle est fondée sur la Loi 2. du même titre du Code: *Si dolo malo apparuerit contractum interpositum esse*.

VIII. Cela a lieu sur-tout en matière d'aliénation des biens des mineurs faite sans les formalités de droit. Il y a alors du dol & une faute commune. Telle fut la décision de l'Arrêt du Parlement d'Aix rapporté par M. de S. Jean décis. 36. Il s'agissoit de l'aliénation des biens d'un mineur; un tiers avoit cautionné la vente: *quidam intercessit ad venditionis confirmationem*. Le mineur & la caution gagnèrent leur cause, & l'acheteur fut condamné à restituer les biens du mineur: *Restituit quoque Senatus fidejussorem emptoremque condemnavit cedere rei possessionem & minori relinquere*. Il y a un Arrêt semblable qui restitua le mineur envers une transaction & déchargea la caution, rapporté par Boniface tom. 4. liv. 4. tit. 8. chap. 1. La même chose fut jugée par l'Arrêt rapporté par Basset tom. 2. liv. 6. tit. 1. chap. 6.

Le

Le tuteur qui a vendu les biens du pupille sans y observer les formalités de droit, n'est point tenu de garantie envers l'acheteur. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 1. liv. 4. tit. 9. chap. 1. Le tuteur qui fut mis hors de Cour & de procès, disoit que l'acheteur ayant acquis le bien du pupille contre l'autorité de la Loi, & la faute étant commune, il ne pouvoit point demander des dommages & intérêts.

IX. On a douté si l'exception du Senatusconsulte Macédonien qui défend de prêter de l'argent aux fils de famille à peine de perte de la dette, sert à la caution. On peut donner des cautions dans toute sorte d'obligation, soit civile ou seulement naturelle, comme on l'a dit ci-dessus; & il y a toujours une obligation naturelle dans le prêt fait au fils de famille; d'où l'on conclut que s'il a payé la somme qu'il avoit empruntée, il n'est pas recevable à la répéter, suivant la Loi *quia naturalis* 10. D. de *Senatusconsulto Macedoniano*. D'une autre part, celui qui a prêté de l'argent au fils de famille, doit s'imputer d'avoir contrevenu à la prohibition des Loix, *contra legem fecit*, comme dit d'Argentré sur l'art. 464. de la Coutume de Bretagne, col. 1813. Et il est décidé dans la Loi *Item si filiusfamilias* 7. D. de *Senatusconsulto Macedoniano* que l'exception du Senatusconsulte Macédonien sert à la caution *fidejussori filii subvenitur*. Il y a la même décision dans la Loi *Sed si paterfamilias* 9. §. *Non solum* 3. du même titre; mais cette Loi fait cette distinction, à moins que les fidéjusseurs n'eussent prêté leur cautionnement dans l'intention de donner, *nisi fortè donandi animo intercesserunt; tunc enim cum nullum regressum habeant, Senatusconsultum locum non habebit*. L'exception du débiteur principal ne peut servir au fidéjuteur, lorsque le fidéjuteur s'est rendu l'obligation propre. C'est la décision de la Loi *Quod dictum* 32. D. de *pactis*, en ces termes: *Igitur si mandati actio nulla sit, fortè si donandi animo fidejusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fidejussori*. Voyez Vinnius sur le §. 4. *Inst. de replicationibus*, Boniface tom. 4. liv. 8. tit. 19. chap. 1.

X. Le fidéjuteur qui a payé pour le débiteur principal,

A a a

a contre lui l'action de mandat pour répéter ce qu'il a payé : *Si quid fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causâ habet cum eo mandati judicium* §. 6. *Inst. de Fidejussoribus*. De là il suit que le fidéjusseur qui a été contraint de payer, peut poursuivre le débiteur, non seulement pour le principal & les intérêts qu'il a payés, mais encore pour les intérêts courus depuis le paiement, tant de la somme principale que des intérêts, parce qu'à son égard tout est capital : » C'est chose certaine, dit le Prestre cent. 2. chap. 30. n. 11. » que le fidéjusseur qui a été contraint de payer » pour celui pour lequel il a répondu, le peut poursui- » vre en Justice, & à faute de paiement le faire condam- » ner à lui payer les intérêts, non seulement du fort prin- » cipal qu'il a payé pour son débiteur, mais aussi des ar- » rérages qu'il a payés pour lui, d'autant que pour le re- » gard du fidéjusseur, tout ce qu'il a payé est principal ». M. de Catellan liv. 6. chap. 8. observe que dans le cas d'une caution qui avoit payé les intérêts par force, les intérêts des intérêts lui furent adjugés depuis le jour de chaque paiement, par Arrêt rendu à son rapport le premier avril 1650 ; que la même chose fut jugée en la Grand'Chambre le 27 mars 1670. Mais il ajoute qu'à l'égard de la caution qui a volontairement payé les intérêts, par Arrêt du 6 juillet 1662 les intérêts furent adjugés seulement depuis l'introduction de l'instance. Voyez l'Arrêt du 22 juillet 1682, rapporté dans le Journal du Palais part. 8. pag. 254. & suiv. Duperier tom. 1. liv. 2. quest. 23.

XI. Toutes les personnes qui sont capables de s'obliger en leur propre nom, peuvent s'obliger pour autrui & cautionner. Il faut excepter de cette regle les femmes. Elles sont relevées de leur cautionnement par le Senatusconsulte Velleien : *Velleiano Senatusconsulto plenissimè comprehensum est, ne pro ullo foeminae intercederent*, dit la Loi 1. *D. ad S. C. Velleianum*. L'Edit du mois d'août 1606 qui permet aux femmes de cautionner, n'a point lieu en Provence, ni dans la plupart des Pays de Droit écrit. Ainsi les Loix qui sont sous le titre du Digeste & du Code *ad S. C. Velleianum*, sont observées parmi nous ; mais suivant les mêmes Loix

il est des cas où les femmes s'obligent valablement pour autrui, & ces exceptions sont également reçues.

XII. Le cautionnement d'une femme fait pour la sûreté d'une dot, avant le mariage, est valable. La faveur du mariage & des dots l'emporte sur le *Senatusconsulte Velleien*; & une femme n'est point restituée envers un tel engagement, suivant la Loi *si dotare* 12. & la Loi *generaliter* 25. C. ad S. C. *Velleianum*. C'est ainsi que l'ont jugé les Arrêts rapportés par Boniface tom. 1. liv. 6. tit. 1. chap. 5. & tom. 4. liv. 6. tit. 2. chap. 9. Catellan liv. 4. chap. 16. C'est l'avis de *Cancerius variar. resol.* part. 3. chap. 1. n. 155. du Président Faber déf. 14. C. ad S. C. *Velleianum*, de *Perezius* sur le même titre du Code n. 21 & 22. La femme peut encore être autorisée à s'obliger, même à aliéner sa dot pour des causes utiles & nécessaires, comme pour racheter de captivité son mari ou ses enfans ou les tirer de prison. Je l'ai remarqué au liv. 1. tit. 4. n. 29. Mais hors de ces cas la femme qui cautionne & oblige ses biens propres pour autrui, même pour ses enfans, est relevée de son obligation par le bénéfice du *Senatusconsulte Velleien*. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi au rapport de M. de la Boulie par Arrêt du 22 juin 1779, confirmatif de la Sentence du Lieutenant de Marseille, en faveur de Dame Marianne Grognard veuve du sieur Silvy, contre les sieurs Zeslin, Languensée & Merian. Voyez *Duperier* tom. 1. liv. 4. quest. 22. & les Arrêts rapportés par *d'Olive* liv. 4. chap. 13. & *Catellan* liv. 4. chap. 49.

XIII. La femme qui veut jouir du bénéfice du *Senatusconsulte Velleien*, doit impétrer des Lettres royales de restitution envers son obligation, suivant la maxime du Royaume & nos usages; & ces Lettres doivent être impétrées & signifiées dans les dix ans, à compter du jour de l'obligation. C'est le terme des actions rescisoires, suivant les Ordonnances, après lequel une femme n'est plus recevable à demander d'être restituée envers son cautionnement. Le Parlement d'Aix l'a jugé ainsi par l'Arrêt rapporté par *Duperier* dans ses Arrêts tom. 2. lett. V. n. 5. & celui qui est rapporté par *Boniface* tom. 4. liv. 9. tit. 1. chap. 8.

A a a ij

La même chose a été jugée par l'Arrêt rapporté par M. de Catellan liv. 5. chap. 17.

XIV. L'assurance est un contrat qui a quelque rapport au cautionnement. Par le cautionnement on se rend caution de la solvabilité du débiteur; on s'oblige de payer pour lui. Par l'assurance on est caution de la chose ou du prix; on se rend garant des risques de la navigation. C'est un contrat par lequel un particulier s'oblige de réparer les pertes & dommages qui arrivent en voyage par cas fortuit au Vaisseau ou à son chargement, moyennant une certaine somme qui lui est payée par le propriétaire. Loccenius *de jure maritimo* liv. 2. chap. 5. n. 1. dit qu'on l'appelle assurance, *adsecuratio quod nimirum alter alterum ex convento securum vel indemnem reddat de periculo navis & mercium; veluti aliàs securum aliquem facere dicimur, cavendo pro eo quod à nobis petiit, L. 2. D. qui satisfacere cogantur.*

XV. Ce contrat peu connu des Anciens, est devenu très-fréquent & d'un grand usage, comme l'a remarqué Grotius *de jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 12. n. 3. *qui contractus*, dit-il, *olim vix cognitus, nunc est inter receptissimos.* Le même Auteur n. 23. observe que le contrat d'assurance sera absolument nul, si l'un des contractans avoit sçu que la chose de laquelle il s'agit, étoit arrivée à bon port au lieu de sa destination ou qu'elle eût péri: *Contractus avertendi periculi, quem adsecurationem vocant, omnino nullus erit, si contrahentium alter rem de qua agitur aut salvam quo destinabatur pervenisse, aut periisse sciverit.* Voyez sur cette matiere l'Ordonnance de la Marine de 1681. liv. 3. tit. 6. des Assurances, le Traité des Us & Coutumes de la mer part. 2. chap. 1. pag. 217. & suiv. Loccenius *de jure maritimo & navali* lib. 2. cap. 5. *de aversione periculi vulgò adsecuratione*, Santerna *de affecurationibus & sponsonibus mercatorum*, Scaccia *de commerciis & cambio*, de Casaregis *de commercio.*

CHEZ DAVID,
1785

TITRE XIII.

Des quasi-Contrats.

I. Les quasi-contrats sont des faits par lesquels deux ou plusieurs personnes se trouvent obligées l'une envers l'autre, sans qu'il y ait eu aucune convention précédente. Le titre des *Institutes de obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur*, en propose cinq especes : la gestion des affaires d'autrui, la tutelle, l'obligation qui naît entre des personnes qui ont une hérédité ou une chose commune, l'adition d'hérédité, le paiement fait par erreur d'une chose qui n'est pas due.

II. Celui qui fait les affaires d'un absent sans en avoir reçu l'ordre, est obligé de rendre compte de sa gestion, & il doit y apporter le soin le plus exact, parce qu'il s'est offert de lui-même sans en être requis; mais d'une autre part, il doit être indemnisé des dépenses qu'il a faites dans sa gestion. Ses bons offices ne doivent pas lui être nuisibles §. 1. *Inst. de obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur*, L. *contractus* 23. *D. de diversis regulis juris*, tit. *D. & C. de negotiis gestis*.

III. Quoiqu'il n'y ait point eu de convention entre le pupille & son tuteur, ils sont obligés l'un envers l'autre. Le tuteur doit rendre compte de son administration, & il doit être indemnisé des dépenses qu'il y a faites §. 2. *Inst. de obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur*. J'ai parlé de la tutelle & des engagements qui en naissent entre le tuteur & le pupille dans le liv. 1. tit. 9. des tutelles.

IV. Les pupilles ont une hypothèque légale & tacite sur les biens de leur tuteur pour le fait de son administration, du jour que la tutelle lui a été déferée, suivant la Loi *pro officio* 20. *C. de administratione tutorum*; & la même hypothèque est donnée au pupille contre le protuteur, suivant la Loi dernière *D. de tutela & rationibus distrahendis*. Mais le tuteur n'a pas la même hypothèque sur les biens

du pupille pour les dépenses qu'il a faites, parce que nulle Loi n'a donné cette hypothèque tacite au tuteur sur les biens du pupille du jour de son administration. Et quoiqu'il y ait eu des sentimens & des Arrêts différens sur cette question, l'on tient suivant les derniers Arrêts, & le sentiment le plus commun, que le tuteur n'a hypothèque sur les biens du pupille que du jour de la clôture de son compte. Voyez mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 2. sur les Statuts concernant la Cour de la Soumission n. 39. & suiv. pag. 448. & suiv.

V. Une chose peut être commune entre deux ou plusieurs personnes, quoiqu'il n'y ait point entre elles de société, comme si une même chose a été léguée ou donnée à deux. Ils ont l'action de partage *communi dividundo*. Et si l'un a perçu les fruits, il doit rendre compte à l'autre de la part qui lui revient. S'il a fait des dépenses pour la conservation de la chose commune, il en doit être indemnisé §. 3. *Inst. de obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur*. Il en est de même entre les cohéritiers d'une même hérédité. Ils ont l'action de partage *familiæ eriscumde* §. 4. *Inst. du même titre*.

VI. Par l'addition d'hérédité l'héritier s'oblige à payer les legs & les dettes héréditaires, quoiqu'il n'ait point contracté avec les légataires & les créanciers du défunt §. 5. *Inst. de obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur*. Pour n'en être pas tenu personnellement & au-delà des forces de l'héritage, l'héritier doit prendre la succession par bénéfice d'inventaire, comme je l'ai remarqué au liv. 2. tit 12. de la qualité & de la différence des héritiers.

VII. Celui à qui l'on a payé par erreur une chose qui ne lui étoit pas due, est obligé, par un quasi-contrat, de rendre la somme qu'il a reçue induement, comme il le feroit d'un prêt de deniers. Celui qui a fait le paiement a l'action de répétition, appelée *condictio indebiti* §. 6. *Inst. de obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur* §. 1. *Inst. quibus modis re contrahitur obligatio*, & l'intérêt n'est dû, comme du prêt, que du jour de la demande faite en Justice. L. 1. *Cod. de condictione indebiti*.

VIII. On dit le paiement fait par erreur ; car il n'y a pas lieu à la répétition à l'égard de celui qui a payé volontairement ce qu'il savoit certainement ne devoir pas. On présume qu'il en a fait un don ; *cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est*, dit la Loi 53. D. de *diversis regulis juris* ; & lorsqu'on dit le paiement fait par erreur, cela s'entend de l'erreur de fait & non de l'erreur de droit. Car la répétition n'est point accordée à celui qui a fait le paiement dans l'ignorance du Droit. C'est la décision de la Loi 10. C. de *juris & facti ignorantia* en ces termes : *Cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti comperere tibi notum est*. Ainsi lorsqu'il y a une obligation naturelle, lorsqu'on a payé sans se servir d'une exception de Droit, si le fils de famille a payé la somme qui lui avoit été prêtée, si l'on a payé une dette prescrite, la répétition n'a pas lieu, comme je l'ai remarqué au tit. 1. de ce troisième livre. Il en est de même de l'héritier qui, pour se conformer à l'intention du testateur, paye les legs en entier sans retenir la quarte falcidie, suivant la Loi 1. C. ad *L. falcidiam*. Il faut néanmoins observer que l'héritier qui a payé les legs, sera reçu à répéter la quarte, s'il a erré en fait, s'il a été trompé sur la qualité des biens & la valeur de l'hérédité, s'il n'a pas connu toutes les dettes, s'il en est survenu de nouvelles, suivant la Loi *error* 9. C. ad *L. falcidiam*. Voyez mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. tit. de la quarte trébélianique & de la quarte falcidie sect. 2. n. 17. & 18. pag. 429. & suiv. & tom. 2. tit. des prescriptions sect. 1. n. 42. pag. 520.

IX. Si celui qui doit cent écus paye par erreur deux cents écus, il pourra répéter les cent écus qu'il ne devoit pas. Mais si c'est un fonds de terre de deux cents écus qu'il a donné en paiement, pourra-t-il répéter le fonds entier ou seulement la moitié ? Il est décidé dans la Loi *si non sortem* 26. §. 4. D. de *condictione indebiti* qu'il pourra demander que le fonds entier lui soit rendu, en payant à son créancier la somme qu'il lui doit : *Si centum debens,*

quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus lib. XX. Digestorum scribit & centum manere stipulationem. Licet enim placuit rem pro pecuniâ solutam parere liberationem, tamen si ex falsâ debiti quantitate majoris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecuniâ. Nemo enim invitus compellitur ad communionem; sed & conditio integrâ rei manet & obligatio incorrupta: Ager autem retinebitur donec debita pecunia solvatur. Il y a une pareille décision dans la Loi 84. D. de diversis regulis juris, en ces termes: Cùm amplius solutum est quàm debebatur, cujus pars non invenitur quæ repeti possit: totum esse indebitum intelligitur, manente pristina obligatione.



TITRE XIV.

Des Obligations qui naissent des Délits.

I. On divise les délits en délits privés & en délits ou crimes publics. Les délits privés sont ceux dont la poursuite n'est permise qu'à la partie offensée & à ceux qui y ont intérêt, suivant la Loi dernière *D. de privatis delictis* & la Loi *is cujus 85. D. de furtis*.

II. Les crimes publics sont ceux qui intéressent le public & dont la poursuite étoit ordinairement permise par le Droit Romain à toute personne du Peuple. La République Romaine étoit un Etat populaire où chaque citoyen pouvoit se rendre accusateur dans les crimes publics : *Publica dicta sunt quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur §. 1. Inst. de publicis judiciis*. En France il n'y a que les Procureurs du Roi & ceux des Seigneurs qui aient la vindicte publique & le pouvoir de poursuivre la punition des crimes publics. Seulement les particuliers qui y ont intérêt peuvent se rendre parties civiles *pro suo tantum civili interesse*, comme l'a remarqué Bugnyon dans ses Loix abrogées liv. 1. som. 121. Voyez les Arrêts de Papon liv. 24. tit. 1. n. 2, Loyseau des Seigneuries chap. 10. n. 73, Bacquet des Droits de Justice chap. 16. n. 1. l'Ordonnance criminelle de 1670. tit. 3. des Plaintes, Dénonciations & Accusations.

III. Le dénonciateur ne peut point agir en son nom, ni appeler de la Sentence qui absout l'accusé, Code Henry liv. 7. tit. 1. art. 3. aux Notes, Bruneau Matieres criminelles tit. 21. n. 22. pag. 208. & suiv. De La Combe Matieres criminelles part. 3. chap. 1. sect. 5. n. 5. & 8. Acte de Notoriété de Mrs. les Gens du Roi du Parlement d'Aix du 30 mars 1696. Journal des Audiences du Parlement de Bretagne tom. 3. chap. 70. Le Parlement d'Aix l'a ainsi jugé par Arrêt de la Chambre Tournelle du 24 mai 1783, prononcé par M. le Président de Saint Vincent, sur les

Bbb

conclusions de M. l'Avocat Général de Califfanne. Le Seigneur de Melve s'étoit rendu dénonciateur contre Me. Maffren, Notaire du même lieu. L'accusé ayant été déchargé de l'accusation par la Sentence du Lieutenant de Sisteron, le Seigneur de Melve interjeta appel de cette Sentence. L'Arrêt faisant droit à la requête incidente de Me. Maffren, déclara le Seigneur de Melve non-recevable en son appel, & le condamna aux dépens.

IV. Il est parlé des crimes publics dans le titre des *Institutes de publicis judiciis*. On les divise en crimes capitaux & non capitaux. Les crimes capitaux sont ceux pour lesquels le coupable est condamné au dernier supplice ou à une peine qui emporte la mort civile. Les non capitaux sont ceux pour lesquels le coupable est condamné à une peine infamante & pécuniaire §. 2. *Inst. de publicis judiciis*.

V. Suivant le Droit Romain, le larcin, le vol, le dommage causé à dessein de nuire & l'injure étoient réputés délits privés dont la poursuite appartenoit seulement à la personne qui y avoit intérêt. On le voit dans les *Institutes* au liv. 4. tit. 1. *de obligationibus quæ ex delicto nascuntur*, tit. 2. *de vi bonorum raptorum*, tit. 3. *de lege aquiliâ*, tit. 4. *de injuriis*. Cela est vrai parmi nous pour le dommage causé à dessein de nuire & pour l'injure soit verbale ou réelle. Celui à qui l'injure a été faite a droit de s'en plaindre : le pere pour son fils & le mari pour sa femme, si l'injure a été faite à un fils de famille ou à une femme mariée §. 2. *Inst. de injuriis* : le maître pour son serviteur, si le serviteur a été maltraité à cause de son maître §. 6. *Inst. de injuriis*, Godefroy sur ce §. Guy Pape qu. 557. Bruneau Matieres criminelles tit. 5. n. 21. pag. 52. Boniface tom. 5. liv. 3. tit. 7. chap. 4. L'action pour l'injure verbale se prescrit par le laps d'une année L. *si non convicii* §. C. *de injuriis* : *Diffimulatione aboletur* §. 12. *Inst. de injuriis*. L'injure réelle, comme les autres délits, ne se prescrit que par le laps de 20 ans. Voyez mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 2. tit. des Prescriptions sect. 8. de la prescription des crimes.

VI. Mais parmi nous le vol & le larcin sont un crime

public, dont la poursuite pour la vindicte publique appartient au Procureur du Roi & à celui des Seigneurs; & la partie qui y a intérêt, a droit d'en faire la poursuite pour son intérêt civil & ses dommages & intérêts. La signification de ces deux mots vol & larcin est différente en ce que le vol se fait par force & violence, par rupture & effraction, & le larcin se fait par surprise, clandestinement & en cachete. Il y a tels vols & larcins qui sont punis de la peine de mort, d'autres qui sont punis de la peine des galeres, du bannissement, du fouët. Voyez l'Ordonnance de François I.^{er} du mois de janvier 1534. la Déclaration du Roi du 4 mars 1724.

VII. Par le Droit Romain on commettoit un larcin toutes les fois qu'on se servoit d'une chose contre la volonté de celui à qui elle appartenoit. De maniere qu'un créancier qui se servoit du gage, un dépositaire qui se servoit de la chose déposée, celui qui se servoit de la chose qui lui avoit été prêtée, à d'autres usages que ceux pour lesquels elle lui avoit été prêtée, celui qui ayant emprunté un cheval pour se promener jusqu'à un tel lieu, l'avoit mené plus loin, étoient coupables de larcin. §. 6. *Inst. de obligationibus quæ ex delicto nascuntur*. Cela n'est point observé parmi nous; & l'usage que l'on fait de la chose d'autrui, contre la volonté du maître, n'est point regardé comme un vol ou un larcin, d'où puisse naître l'action criminelle. On doit seulement se pourvoir par la voie civile & pour les dommages & intérêts, s'il y en a. L'Ordonnance de 1667 tit. 34. de la Décharge des contraintes par corps art. 4. ne permet la contrainte par corps que pour le dépôt nécessaire; d'où l'on conclut que la contrainte par corps n'a pas lieu contre un dépositaire volontaire. Par l'Arrêt rapporté dans la seconde édition du Journal des Audiences tom. 1. liv. 1. chap. 106. il fut jugé qu'un dépositaire ne pouvoit être poursuivi criminellement. La même chose fut jugée au Parlement d'Aix pour un particulier qui s'étoit servi d'un cheval à un autre usage que celui pour lequel il lui avoit été confié, par Arrêt de la Chambre des Vacations du 30 juillet 1729. en faveur de François Sou-

liés maître Tailleur d'habits de la ville de Grasse pour lequel je plaidois contre Joseph Petit, Marchand de la même Ville. Souliés étoit en traité pour l'achat du cheval de Petit ; le cheval lui ayant été remis pour aller à sa maison de campagne, il vint à Aix où il avoit un procès. Petit prit la voie criminelle & fit procéder à l'information. Souliés fut décrété de prise de corps & constitué prisonnier. Il appella du décret de prise de corps & de toute la procédure. Sa Partie disoit que suivant le §. 6. *Inst. de obligationibus quæ ex delicto nascuntur*, celui à qui l'on a prêté un cheval pour se promener, est coupable de larcin, s'il le mene plus loin : *Si quis equum gestandi causâ commodatum sibi, longius aliquò duxerit*. Il étoit répondu que cela n'étoit point observé : que la partie n'avoit que la voie civile. Et par l'Arrêt le décret de prise de corps & la procédure furent cassés avec dépens, dommages & intérêts.

VIII. Il a été pareillement jugé par les Arrêts du Parlement d'Aix, que s'il s'agit d'une chose de peu de conséquence, comme de quelques petits fruits pris sur les arbres, ou de quelques raisins pris dans la vigne du voisin, l'on ne doit pas procéder par la voie criminelle de l'information, mais par la voie civile & du mandement. Boniface tom. 2. part. 3. liv. 1. tit. 2. chap. 25. en rapporte des Arrêts. Mais si le larcin est plus important, l'action criminelle doit être ouverte & l'information ordonnée, quand même il n'en devroit résulter que la condamnation à des amendes & aux dommages & intérêts.

IX. Soit qu'il s'agisse d'un délit privé ou d'un crime public, celui qui le commet s'oblige à en faire la réparation. Grotius *de jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 17. *de damno per injuriam dato, & obligatione quæ inde oritur* marque les diverses réparations qui sont dues aux diverses sortes de crimes. Celui, dit-il n. 15. qui a abusé d'une fille par force ou par séduction, doit la dédommager à proportion de ce qu'elle devient par là moins en état de se marier. Il est même tenu de l'épouser s'il a obtenu ses dernières faveurs sous promesse de mariage : *Qui virginem imminuit vi aut*

fraude ; tenetur ei rependere quanti minoris ipsi valet spes nuptiarum. Imò & ducere tenetur , si ea promissione corporis usuram impetraverit. Aujourd'hui depuis la Déclaration du Roi du 22. novembre 1730 , concernant le rapt de séduction , on ne contraint plus le ravisseur à épouser la personne ravie , en lui donnant l'alternative de la peine de mort ou du mariage. Mais le ravisseur est condamné selon les circonstances plus ou moins graves ou à la peine de mort suivant la Loi unique C. *de raptu virginum , seu viduarum , necnon sanctimonialium* , & les Ordonnances , ou à des amendes & à des dommages & intérêts envers la personne ravie qui lui tiennent lieu de dot.

X. Le larron & le ravisseur , dit le même Grotius n. 16. doivent restituer ce qu'ils ont pris avec son accroissement naturel , & reparer le dommage que le maître de la chose a souffert , tant en ce qu'il a perdu qu'en ce qu'il a manqué de gagner. Et si la chose a péri , ils en doivent payer la valeur , sur une estimation ni haute ni basse , mais moyenne : *Fur & raptor tenentur rem subtractam reddere cum suo incremento naturali & cum sequente damno aut cessante lucro ; & si res perierit estimationem non summam , non infimam , sed mediam.*

XI. Le même Auteur n. 22. observe qu'on souffre aussi du dommage en son honneur & en sa réputation par les coups qu'on reçoit , par les injures , les calomnies & d'autres outrages : *Damnum etiam adversus honorem & famam datur , puià verberibus , contumeliis , maledictis , calumniis , irrisu , aliisque similibus modis.* La réparation de ce dommage , ajoute-t-il , se fait en avouant sa faute , en donnant des marques d'estime pour celui qu'on avoit outragé , en rendant témoignage à son innocence , & par d'autres satisfactions semblables. On peut aussi imposer une amende ou peine pécuniaire à l'offenseur , si l'offensé le veut , parce que l'argent est la mesure de toutes les choses utiles : *Culpæ confessione , exhibitione honoris , testimonio innocentia & per ea quæ his similia sunt : Quanquam & pecuniâ tale damnum rependi poterit , si læsus velit , quia pecuniâ communis est rerum utilium mensura.*

XII. Non seulement celui qui commet le délit est soumis aux peines prononcées par les Loix & obligé à en faire la réparation ; mais ceux qui l'ont commandé, ou qui ont prêté leur secours au coupable, ou qui y ont participé en quelque autre manière, en sont aussi tenus. Grotius de *jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 21. de *pœnarum communicatione* marque de quelle manière on a part au crime & à la peine. Tous les coupables d'un même délit sont tenus solidairement des amendes & des réparations civiles, *L. si plures* 34. *D. de injuriis & famosis libellis*, Julius Clarus dans sa *Pratique Criminelle* quest. 84. *¶. ultimò quæro.*

XIII. Les crimes doivent être punis suivant la Loi du pays où ils ont été commis. C'est la Loi que le coupable a offensée, & sur laquelle il doit être jugé. La question se présenta au Parlement d'Aix sur le fait suivant : Louise Jatton, veuve de la ville de Lauzane en Suisse, âgée de plus de 30 ans, vint former une accusation de rapt par-devant le Lieutenant criminel de Marseille, contre Civate, mineur de 25 ans, originaire de la ville de Saint-Paul de Vence en Provence. Celui-ci appella du décret de soit-informé & de la procédure, sur le fondement des Arrêts du Parlement d'Aix, rapportés par Boniface tom. 2. part. 3. liv. 1. tit. 6. chap. 5. & 7. portant que toute Audience sera déniée aux filles majeures qui accuseront de rapt des mineurs. Louise Jatton répondoit que le crime ayant été commis à Lauzane, la plainte devoit être jugée suivant les Loix du pays où le crime avoit été commis ; que la Loi unique *C. de rapto virginum seu viduarum* ne fait point de distinction des personnes majeures & des personnes mineures : qu'à Lausanne, où les Arrêts du Parlement d'Aix sont inconnus, l'on suit la disposition du Droit commun ; qu'enfin il y avoit les preuves du rapt de séduction par l'information & les lettres de l'accusé. Sur ces moyens, il y eut un premier Arrêt de la Chambre Tournelle, prononcé par M. le Président de Bandol le 8 février 1727, par lequel les parties furent renvoyées au Lieutenant de Marseille, sauf à l'accusé d'y proposer ses fins de non-recevoir. Et le Lieutenant criminel de Marseille ayant ensuite

rendu la Sentence au fond, sur l'appel il y eut Arrêt au mois de décembre 1727, par lequel l'accusé fut condamné à 200 liv. de dommages & intérêts envers Louise Jatton, à 400 liv. pour le part & aux dépens. Grotius dans son *Traité de jure belli ac pacis* liv. 2. chap. 11. n. 5. dit que si un étranger contracte avec un citoyen, il sera soumis aux Loix du lieu où il contracte, comme sujet à temps : *Etiamsi peregrinus cum cive paciscatur, tenebitur illis legibus, quia qui in loco aliquo contrahit, tanquam subditus temporarius legibus loci subjicitur.*

XIV. Quoique régulièrement la connoissance des crimes appartienne aux Juges des lieux où ils ont été commis, il est des cas où pour des crimes commis hors du Royaume on peut poursuivre le coupable en France pardevant les Juges du lieu où on le trouve : *Ubi te invenero, ibi te judicabo.* Cela arrive lorsque l'accusateur & l'accusé sont François, lorsque l'accusateur est étranger & l'accusé François, & lorsque l'accusateur est François & l'accusé étranger. Mornac sur le titre du Code *Ubi de criminibus agi oporteat*, rapporte l'Arrêt du Parlement de Paris du 18 mai 1577, par lequel un Italien, accusé d'avoir tué un François à Bologne en Italie, fut débouté du renvoi qu'il demandoit. La même chose fut jugée par l'Arrêt du Parlement d'Aix du 20 octobre 1584, rapporté dans le second tome des Œuvres de Duperier, aux Arrêts de M. de Thoron, tom. 12. Louis Chaulan, de la ville de Marseille, étant à Nice, avoit été attaqué & blessé par un sujet du Duc de Savoie. Le Savoyard étant venu à Marseille, Louis Chaulan porta sa plainte au Lieutenant de la même Ville. L'accusé déclina & demanda d'être renvoyé aux Officiers de Nice. Le Lieutenant ordonna le renvoi. Mais sur l'appel, la Sentence fut infirmée par l'Arrêt qui ordonna que le procès seroit fait à l'accusé.

XV. Il en est autrement, & le renvoi doit être ordonné lorsque l'accusateur & l'accusé sont étrangers. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par l'Arrêt du 19 janvier 1672, rapporté dans le Journal du Palais part. 1. pag. 74. & suiv. & par Boniface tom. 3. liv. 1. tit. 1. chap. 1. entre deux

Gentilshommes Genoïs, l'un accusateur & l'autre accusé, pour raison d'un vol fait à Genes où ils furent renvoyés.

XVI. Il peut néanmoins y avoir des circonstances qui rendent les Juges de France compétens, lors même que l'accusateur & l'accusé sont étrangers. C'est dans un cas semblable que fut rendu l'Arrêt du Parlement de Paris du 15 février 1671. rapporté dans le Journal du Palais part. 1. pag. 77. & suiv. Il s'y agissoit du vol d'une boîte de diamans fait à un Arménien dans la ville de Venise par deux Siennesis. Ces étrangers s'étant trouvés à Paris, l'Arménien fit surprendre les deux Siennesis dans la boutique d'un Jouiaillier où ils expofoient les diamans en vente : l'accusateur disoit que les Siennesis étoient des vagabonds & gens sans aveu, & qu'en cette qualité ils pouvoient être punis par les Juges des lieux où ils étoient trouvés. Il ajoutoit sur-tout que le larcin ayant eu suite & continuation en France par l'exposition des diamans volés, les Juges de France étoient véritablement compétens pour en connoître. Bartole sur la Loi *si dominium D. de furtis n. 2.* dit que celui qui a fait un vol à Florence, s'il est trouvé à Milan avec la chose volée, pourra y être puni : *Faciens furtum Florentia, si reperitur hic Mediolani cum furto, quod potest hic puniri.* Voyez Borniet sur l'art. 1. de l'Ordonnance criminelle de 1670. tit. 1. de la compétence des Juges. Expilly Plaid. 24. les Arrêts d'Auzanet liv. 1. chap. 38.

XVII. Dans les procès on suit l'usage du lieu & du Tribunal où l'on plaide, pour ce qui regarde l'ordre de la procédure & les formes judiciaires. Mais pour tout ce qui regarde la décision du fond, on suit la Loi du lieu où les parties ont contracté. C'est la remarque de Ranchin sur la quest. 262 de Guy Pape : *in his, dit-il, quæ respiciunt litiis decisionem servanda est consuetudo loci contractûs. At in his quæ respiciunt litiis ordinationem, attenditur consuetudo sive situs loci ubi causa agitur.* Voyez Brodeau sur Louet lett. C. som. 42. n. 2. L'Ordonnance de 1669. tit. des Evocations art. 46. & celle du mois d'août 1737. concernant les évocations & les réglemens de Juges tit. 1. art. 92. ordonnent » que
» les causes & procès évoqués seront jugés par les Cours
» auxquelles

» auxquelles le renvoi en aura été fait suivant les Loix,
» Coutumes & Usages des lieux d'où ils auront été évo-
» qués, à peine de nullité des Jugemens & Arrêts qui seroient
» rendus au contraire ; pour raison de quoi les parties
» pourront se pourvoir au Conseil de Sa Majesté. » Et il
y en a une Loi spéciale pour la Provence dans les Lettres
patentes du 14 juillet 1633, & celles du 8 août 1665, por-
tant qu'en procédant au jugement des procès évoqués du
Pays de Provence, on suivra les Loix, Us, Statuts & Cou-
tumes de ladite Province. Ces Lettres patentes sont rappor-
tées dans le Recueil de Boniface tom. 2. aux Additions
chap. 4. & 5.



TITRE XV.

Des Obligations qui naissent des quasi-Délits.

I. Le quasi-délit est un fait par lequel on cause du dommage à quelqu'un par imprudence ou par ignorance, sans en avoir le dessein & la volonté. Il differe en cela du dol & du délit qui se commet toujours avec le dessein de nuire. Dans les délits on procede criminellement, & il y a des peines outre la réparation du dommage. Dans les quasi-délits on agit par la voie civile pour la réparation du dommage. Il peut seulement y avoir lieu dans certains cas à des amendes pécuniaires pour l'infraction des Loix de la Police.

II. Le titre des *Institutes de obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur*, en donne des exemples. Celui-là est obligé par un quasi-délit, de la chambre duquel, soit que la maison lui appartienne ou qu'il la tienne à louage, on a jetté ou répandu quelque chose qui a causé du dommage à quelqu'un. Il en est de même de celui qui a suspendu quelque chose dans un lieu où l'on passe ordinairement, laquelle étant tombée a blessé quelqu'un. Et soit que le Juge regle lui-même les dommages & intérêts, ou qu'il en renvoie la liquidation à des Experts, on doit non seulement compter les salaires des Médecins & les autres frais qui ont été faits pour la guérison, mais encore avoir égard au gain que cette personne a perdu, ou qu'elle perdra pour n'avoir pas pu exercer sa profession §. 1. *Inst. de obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur*.

III. Suivant le §. 3. du même titre, le Maître du Navire, l'Hôtelier sont tenus par un quasi-délit du dommage ou du larcin qui est fait dans le Navire ou dans l'Hôtellerie par quelqu'un de ceux dont ils se servent, quoiqu'ils n'y aient point de part. On est dans une sorte de faute pour avoir fait un mauvais choix des personnes qu'on y a pré-

posées : *Culpæ reus est, quod operâ malorum hominum uteretur.* Voyez Coquille quest. 174.

IV. Il est dit au commencement du même titre *de obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur*, que le Juge qui, par inadvertance, a jugé contre la disposition des Loix, sera obligé par un quasi-délit & condamné à la peine qu'il paroîtra juste au Juge de lui imposer. Pasquier dans ses Recherches de la France liv. 2. chap. 4. rapporte qu'anciennement en France c'étoit une coutume générale de faire ajourner les Juges pour venir soutenir leur jugé à leurs périls & fortunes. Mais cela ne s'observe plus. Et nous tenons pour maxime que les Juges ne peuvent être intimidés & pris à partie pour le mal jugé, si ce n'est qu'ils eussent mal jugé par dol, concussion ou fraude, *per fraudem, gratiam, inimicitias aut sordes*, comme l'ont remarqué Louet & Brodeau lett. J. fom. 14. Il y a néanmoins des cas où ils peuvent être pris à partie, qui sont marqués dans l'Ordonnance de 1667 tit. 1. art. 8. tit. 6. art. 1. & 2. tit. 25. art. 4.

V. L'ignorance dans l'art dont on fait profession, est comparée à la faute : *ignorantia culpæ adnumeratur*, dit la Loi 132. *D. de diversis regulis juris.* Les Médecins en sont responsables suivant le §. 7. *Inst. de Lege aquiliâ.* Mais cela n'est point observé à leur égard. Il y a plus de raison contre les Chirurgiens qui ont des regles certaines dans leur art ; & il y a des Jugemens qui les ont condamnés à des dommages & intérêts envers les personnes qu'ils avoient blessées ou estropiées par des saignées ou d'autres opérations faites par ignorance & contre les regles de l'art. Boniface tom. 2. part. 3. liv. 1. tit. 2. chap. 10. rapporte un Arrêt, par lequel il fut jugé que l'action criminelle ne compétoit pas contre un Apothicaire & un Chirurgien qui avoient mal pensé leur malade par ignorance. L'Arrêt cassa la procédure, mais il maintint l'action civile en appoinçant les parties en leurs faits contraires.

VI. Quant aux Artisans qui péchent par ignorance dans les ouvrages de leur art, ils sont tenus du dommage, &

la regle *imperitia culpæ adnumeratur*, a lieu dans ce cas suivant la Loi *si quis* 9. §. *celsus* 3. *D. locati conducti*. Il est décidé dans la Loi *si servus* 27. §. *si ex plostro* 33. *D. ad L. aquiliam* que le Charretier est tenu du dommage causé par des pierres qui sont tombées de sa charrete, parce qu'il les avoit mal rangées : *Si malè composuit lapides, & idèd lapsi sunt.*



TITRE XVI.

Comment s'éteignent les Obligations.

I. Toute obligation est éteinte par le payement de ce qui est dû : *Tollitur omnis obligatio solutione ejus quod debetur, princ. Inst. quibus modis tollitur obligatio.*

II. Lorsqu'un débiteur de diverses sommes pour des causes différentes fait un payement à son créancier, à compte de ce qu'il lui doit, sans dire de quelle dette il fait le payement, sur quelle dette faudra-t-il l'imputer ? L'imputation se fait tout premièrement sur les intérêts, s'il en est dû, & ensuite sur le sort principal : *Prius in usuras id quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur*, dit la Loi 1. C. de *solutionibus*. Par Arrêt du 27 juin 1765. au rapport de M. de Meyronnet de Chateauneuf entre les hoirs de Jean de la Mer & la Dame Marie - Therese Bazan veuve du sieur Guillaume de St. Jacques, il fut jugé que le payement s'imputoit tout premièrement sur les intérêts & les dépens & ensuite sur le principal.

III. A l'égard des sommes principales, le créancier est obligé de faire l'imputation du payement sur la dette la plus dure & la plus onéreuse, & si les dettes sont semblables sur la plus ancienne. C'est la décision des Loix qui sont sous le titre du Digeste de *solutionibus & liberationibus*, notamment de la Loi *in his verò 5.* du même titre en ces termes : *In graviolem causam videri solutum. Si autem nulla prægraveret, id est si omnia nomina similia fuerint, in antiquiorem.* Ainsi la dette pour laquelle il a été donné une caution, est réputée plus dure que celle qui est pure & sans caution, comme dit la même Loi : *Gravior videtur quæ & sub satisfactione debetur, quam ea quæ pura est.* Celle pour laquelle il y a une hypothèque expresse & privilégiée, est réputée plus onéreuse que celle pour laquelle on n'a qu'une simple hypothèque : *Potior habebitur causa ejus pecuniæ quæ sub hypothecâ vel pignore contracta est*, dit la Loi *cum ex pluribus 97.*

du même titre. La même Loi fait mention des autres cas où la dette est réputée plus onéreuse. Les Arrêts ont suivi ces principes. On peut voir ceux qui sont rapportés par Papon liv. 10. tit. 5. n. 6, Catellan liv. 5. chap. 52, Augeard tom. 2. fom. 89. Par Arrêt du 11 décembre 1734. au rapport de M. de Donodei en faveur du sieur Honoré Berard, Négociant de la ville de Marseille pour lequel j'écrivois, contre sieur Jean-Baptiste de la Mer, il fut jugé que plusieurs dettes étant allouées au même degré, l'imputation du payement s'étoit faite sur celle pour laquelle il y avoit une hypothèque expresse & privilégiée. Voyez *Cancerius variar. resol.* part. 2. chap. 6. n. 7. & suiv.

IV. Si le créancier refuse de recevoir le payement de ce qui lui est dû, le débiteur sera libéré par la consignation de toute la somme qu'il doit. Il faut pour cela qu'il y ait une offre réelle & à deniers découverts, & que la consignation soit ordonnée par le Juge compétent, la partie appelée. C'est la décision de la Loi *acceptam* 19. C. de *usuris*, de la Loi *obsignatione* 9. C. de *solutionibus & liberationibus*. Voyez Du Moulin *contract. usurar.* quest. 39. n. 296. quest. 40. n. 310. & 311. quest. 41. n. 312. quest. 43. n. 325. Faber déf. 29. C. de *distractioe pignorum*, Loyseau du Déguerpissement liv. 5. chap. 9, Debezieux liv. 3. chap. 7. §. 7.

V. La compensation est regardée comme un vrai payement, par lequel l'obligation est éteinte. Elle se fait de plein droit entre deux personnes qui sont respectivement débitrices l'une de l'autre, & produit dès ce moment une libération mutuelle & réciproque suivant la Loi 4. & la Loi dernière C. de *compensationibus*, jusques là qu'il est décidé dans la Loi *si ambo* 10. D. de *compensationibus* que celui qui pouvant compenser, a payé au préjudice de la compensation, peut répéter ce qu'il a payé comme le payement d'une chose qui n'est pas due : *Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebitio soluto.*

VI. Ainsi deux dettes dont l'une porte des intérêts & l'autre n'en porte pas, se compensent, & la compensation

se faisant de droit, lorsque deux personnes sont respectivement débitrices l'une de l'autre, elle fait cesser le cours des intérêts, comme l'a remarqué Du Moulin dans son *Traité contract. usurar.* qu. 43. n. 322. & dans son *Traité des contrats, usures, rentes* n. 284.

VII. La compensation se faisant de droit, le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire la compensation de la somme qui lui étoit due par le cédant avec la somme dont il est débiteur. La cession n'empêche pas la compensation, Guy Pape qu. 567, Bacquet des Droits de Justice chap. 8. n. 13, Olea de *cessione jurium* tit. 6. quest. 11. n. 22. & suiv. Henrys & Bretonnier tom. 4. pag. 106. & suiv. Boniface tom. 4. liv. 8. tit. 16. chap. 2. Mais si le débiteur cédé avoit accepté la cession, il ne pourroit plus faire la compensation au préjudice du cessionnaire, Chorian Jurisprudence de Guy Pape liv. 4. sect. 7. art. 15. aux notes. Voyez pour les lettres & les billets de change l'Ordonnance du Commerce de 1673. tit. 5. des lettres & billets de change art. 23. 24. 25. & 30.

VIII. La compensation opérant un vrai payement, empêche la prescription, comme l'explique très-bien Duperier tom. 1. liv. 2. quest. 18. » En l'an 1600, dit-il, je prêtai » une somme d'argent à un homme, qui en 1610 devint » mon créancier de pareille somme ou d'une plus grande; » de laquelle m'ayant demandé payement en 1631, je lui » opposai qu'il falloit compenser & déduire sur la somme » que je lui devois depuis l'an 1610, celle qu'il me devoit » depuis 1600, & que les 30 ans qui s'étoient passés ne » pouvoient pas avoir prescrit cette dette, puisque la Loi » en avoit fait elle-même la compensation & la déduction » *ipso jure*, au même instant qu'il étoit devenu mon créancier d'une pareille somme.

IX. Mais on ne pourroit pas compenser une dette prescrite avec une dette contractée après la prescription acquise, & l'opinion de Duperier liv. 2. quest. 19. qui admet la compensation dans ce cas, ne doit pas être suivie, comme l'a remarqué M. De Cormis sur cette question. La prescription est un moyen par lequel l'obligation est éteinte.

Et suivant la Loi *Si pupillus 45. D. de administratione tutorum*, le débiteur qui prescrit, est semblable à celui qui paye: *Qui tempore liberatus est, similis est ei qui satisfecit*. On ne peut donc faire revivre une dette éteinte, ni conséquemment la compenser avec une dette contractée après que la prescription a été accomplie.

X. La compensation se doit faire d'une dette claire & liquide avec une autre dette claire & liquide. On ne peut pas compenser une chose illiquide avec une dette liquide, suivant la Loi dernière §. 1. *C. de Compensationibus*. Mais si la chose illiquide peut être facilement liquidée & en peu de temps, la compensation peut être légitimement opposée, suivant la même Loi: *Proximè liquidandum habetur pro liquido*. Voyez le Président Faber déf. 2. *C. de compensationibus*, Berfanus *de compensationibus* chap. 2. quest. 3. les Commentateurs de la Coutume de Paris sur l'art. 105.

XI. De ce que la compensation se doit faire d'une dette claire & liquide, il s'ensuit qu'elle ne peut se faire d'une dette due présentement, avec une dette qui n'est due qu'après un certain temps ou sous condition.

XII. Le créancier d'une rente constituée à prix d'argent ne peut pas compenser le sort principal avec la somme claire & liquide qu'il doit. La raison en est que dans les contrats de rente constituée, le sort principal est aliéné à perpétuité, & n'est pas exigible. Le créancier ne peut donc compenser que les arrérages de la rente. Mais le débiteur de la rente peut compenser le sort principal avec une somme pareille ou plus grande qui lui est due; & , si la somme est moindre, en suppléant en argent, parce qu'il est de la nature de la rente constituée que le débiteur s'en puisse libérer, en payant le sort principal. C'est la Doctrine de Du Moulin dans son *Traité des Contrats, Usures, Rentes*, n. 284. & dans son *Traité Contract. usurar.* quest. 43. n. 323. de M. de Cormis tom. 2. col. 1627. chap. 74.

XIII. Celui qui doit une somme pour alimens ne peut pas la compenser avec la somme qui lui est due, suivant la Loi *in ea 3. C. de Compensationibus*: ce qu'il faut entendre des alimens à venir, & non des arrérages du passé. C'est l'avis

l'avis de Mornac sur la Loi 4. C. de *compensationibus*, de Surdus dans son *Traité de Alimentis* tit. 8. privileg. 53, de Berfanus dans son *Traité de Compensationibus* chap. 2. quest. 2. n. 9. quest. 7. n. 1. quest. 8. n. 4. Pastour dans son *Traité de Beneficiis* liv. 3. tit. 12. n. 14, estime que le débiteur d'une pension sur un bénéfice ne peut pas opposer la compensation de la pension avec la somme qui lui est due par le pensionnaire, parce que la pension tient lieu d'alimens; mais il en peut compenser les arrérages : *Si debitor pensionis conveniatur pro pensione currente, & à pensionario aliquid sibi debeatur, non potest opponere compensationem ejus quod sibi debetur : pensionem debet solvere & quod sibi debetur petere. Nam cum pensio cedat alimentorum loco, non patitur dilationem, nec compensationem* L. 3. C. de *Compensationibus*, Gigas de *Pensionibus* qu. 92. *at si conveniatur pro reliquis decursis compensatio admittitur.* Berfanus dans son *Traité de Compensationibus* chap. 2. quest. 7. n. 4. observe néanmoins que le débiteur d'une pension pour alimens peut opposer la compensation, lorsque celui à qui la pension est due, a de quoi vivre d'ailleurs : *Limitatur in alimentario, qui non sit adeo pauper ut non habeat undè aliundè se aliat; nam in eo cessant rationes prædictæ; & idè contrà eum agentem ad alimenta compensatio rectè opponi potest.* Il est ordonné dans l'art. 5. de l'Ordonnance de 1670 tit. 12. des Sentences de provision, que les deniers adjugés par provision, ne pourront être saisis pour frais de Justice, ni quelque autre cause & prétexte que ce soit.

XIV. C'est une question qui a été fort controversée, si la compensation a lieu en faveur d'un créancier postérieur au préjudice des créanciers antérieurs, lorsque les biens du débiteur sont mis en discussion pendant sa vie, ou qu'après sa mort, son héritage a été pris par bénéfice d'inventaire ou mis en discussion. Il est certain que la compensation n'a pas lieu lorsque le débiteur est devenu créancier après l'ouverture de la discussion; mais s'il étoit devenu créancier auparavant, la compensation se fera-t-elle faite de droit & aura-t-elle lieu au préjudice des créanciers antérieurs? Berfanus traite doctement cette question dans son *Traité de compensationibus* chap. 3. quest. 10. Il y rapporte

D d d

le sentiment des Docteurs, qui ont estimé que la compensation avoit lieu, & l'avis de ceux qui ont tenu l'opinion contraire; & il embrasse le premier sentiment. Si suivant les Loix la compensation se fait de plein droit entre deux personnes qui sont débitrices l'une de l'autre de dettes claires & liquides, si elle a l'effet d'un vrai payement, on doit conclure qu'une dette éteinte par la compensation avant l'ouverture de la discussion ou la mort du débiteur dont l'héritage est pris par bénéfice d'inventaire, n'a plus d'existence. C'est la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, comme l'a remarqué M. de Catellan, liv. 6. chap. 38. » Si » depuis la distribution (dit-il) on devient créancier, on » ne peut opposer la compensation; mais si avant la distribution, on est créancier & débiteur de celui dont les » biens sont dans la suite généralement saisis, on peut demander la compensation que le Juge déclare avoir été » faite avant la saisie générale. » Et il rapporte deux Arrêts qui l'ont ainsi jugé. Les Arrêts du Parlement d'Aix ont jugé le contraire & rejeté la compensation. Il y en a deux Actes de Notoriété de Mrs. les Gens du Roi du Parlement, l'un du 14 mai 1694, l'autre du 25 février 1695. Belordeau dans ses Controverses liv. 4. chap. 28. rapporte un Arrêt du Parlement de Bretagne qui le jugea ainsi. Une semblable question s'étant présentée à la Cour des Comptes, Aides & Finances de Provence, elle fut jugée en faveur de la compensation, par Arrêt du 4 juin 1762, au rapport de M. de Bregançon, pour les hoirs du Sr. de Saint-Père, contre le Curateur *ad lites* de la discussion du sieur Dugrou.

XV. La compensation a lieu en matière de délits : *Paria delicta mutuâ compensatione tolluntur*, L. viro 39. D. *Solutio matrimonio*, L. Si ambo 10. §. 2. D. *de Compensationibus*. Berfanus *de Compensationibus* chap. 1. quest. 6. n. 43. chap. 2. quest. 25. n. 1. & suiv. Par Arrêt du 8 mars 1731, prononcé par M. le Président de Bandol, entre Mongin & Nuirate de la ville de Martigues, les parties furent mises hors de Cour & de procès, dépens compensés. Il s'agissoit d'injures verbales dont elles se plaignoient respectivement. Cet Arrêt est rapporté dans le Recueil de Bonpet lett. J

fom. 3. Il n'en feroit pas de même, & l'injure ne feroit pas entièrement éteinte par la compensation, fi elle étoit plus grave d'un côté que de l'autre, foit par la qualité de l'injure, ou par la qualité des parties, Berfanus de *Compensationibus* chap. 2. quest. 27. n. 14. La compensation n'a pas lieu dans les crimes dont la punition intéresse le public. On n'y peut compenser que des intérêts civils, Perezius sur le titre du Code de *Compensationibus* n. 9. Berfanus de *Compensationibus* chap. 2. quest. 25. n. 4.

XVI. L'obligation s'éteint par le pacte que le créancier fait avec son débiteur de ne lui rien demander, *per pactum de non petendo* §. 3. *Inst. de exceptionibus*, §. 4. *Inst. de Replikationibus*, Despeiffes tom. 1. part. 4. tit. 8. pag. 735. & l'on n'est point assujetti à la formule des paroles de l'acceptilation & de la stipulation aquilienne dont il est parlé dans le §. 1. & le §. 2. *Inst. Quibus modis tollitur obligatio*. Notre Droit a rejetté ces subtilités. Et le consentement du créancier en quelle maniere qu'il le donne, suffit pour libérer le débiteur. Si le créancier rend à son débiteur le billet contenant sa promesse, on présume que la dette est quittée & remise, *L. Labeo 2. §. 1. D. de Pactis*, Du Moulin sur la Loi *Modestinus D. de Solutionibus* n. 40. Despeiffes tom. 1. part. 1. tit. 5. sect. 3. n. 45. pag. 203. Les obligations se dissolvent par une volonté contraire §. 4. *Inst. quibus modis tollitur obligatio*.

XVII La novation est le changement d'une premiere obligation en une seconde, de maniere que la premiere ne subsiste plus. Cela arrive, lorsque par la délégation & le changement de la personne du débiteur, la premiere obligation est éteinte par la libération du premier débiteur, & le second qui prend la place du premier, demeure seul obligé §. 3. *Inst. quibus modis tollitur obligatio*, *L. Si delegatio 3. C. de Novationibus & Delegationibus*. La Loi dernière du même titre veut que la novation soit faite en termes exprès, & elle est assez expresse lorsqu'il y a une vraie délégation, & que le premier débiteur demeure acquitté. Une seconde obligation de la même dette ne fait donc pas toujours une novation, & l'on ne la présume pas.

D d d ij

Voyez Louet & Brodeau lett. N. fom. 7, Catellan liv. 5^e chap. 48, Domat dans ses Loix civiles liv. 4. tit. 3. des Novations & tit. 4. des délégations.

XVIII. Il y a plusieurs différences entre la délégation & la cession ou le transport que fait un débiteur à son créancier de ce que lui doit une autre personne. Par la délégation le débiteur est entièrement libéré. Mais lorsqu'il ne s'agit que d'une cession, le cédant est à l'instar d'un vendeur, & il est tenu de garantie, si le débiteur cédé est insolvable, comme l'ont remarqué Coquille sur la Coutume de Nivernois chap. 32. *des exécutions* art. 1, Bacquet *des transports des rentes* chap. 18. n. 4. Toutefois si le débiteur cédé étoit solvable lors de la cession, le cessionnaire qui a négligé de se procurer son paiement, n'a plus de recours contre le cédant, suivant la Loi *periculum 35. D. de rebus creditis, si certum petatur*. C'est la doctrine de Cancerius *variar. resol.* part. 2. chap. 6. n. 168. & suiv. Et c'est ainsi que l'ont jugé les Arrêts rapportés par Boniface tom. 2. liv. 4. tit. 8. chap. 1. & tom. 4. liv. 8. tit. 5. chap. 1. & chap. 3. Voyez Louet & Brodeau lett. F. fom. 25.

XIX. L'Ordonnance du Commerce de 1673. tit. 5. des lettres de change, ordonne en l'article 4. que » les porteurs de lettres qui auront été acceptées, ou dont le » paiement échet à jour certain, seront tenus de les faire » payer ou protester dans dix jours après celui de l'échéance ». Il est dit dans l'art. 13. que » ceux qui auront » tiré ou endossé les lettres, seront poursuivis en garantie dans la quinzaine, s'ils sont domiciliés dans la distance » de dix lieues & au-delà à raison d'un jour par cinq » lieues » & dans l'art. 15. » qu'après les délais ci-dessus, » les porteurs des lettres seront non recevables dans leur » action en garantie contre les tireurs & endosseurs. Il faut néanmoins excepter de cette disposition, suivant l'art. 16. le cas où ceux sur qui les lettres de change ont été tirées, ne seroient pas redevables ou n'auroient pas provision au tems qu'elles auroient dû être protestées, comme l'ont remarqué les Commentateurs de l'Ordonnance sur cet

article. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par Arrêt du 18 mai 1758. au rapport de M. de Mons, en faveur des sieurs Joseph & George Audibert Négocians de la ville de Marseille contre les sieurs Jean-Baptiste Gautier & Compagnie. Cet Arrêt confirma la Sentence des Juges-Consuls de Marseille du 21 novembre 1757. par laquelle les sieurs Gautier & Compagnie avoient été condamnés à garantir les sieurs Audibert de la lettre de change de la somme de 953 livres 6 sols 8 deniers, quoiqu'elle n'eût pas été protestée dans le délai de l'Ordonnance, parce que les fonds n'en avoient pas été faits par les tireurs.

XX. Une autre différence entre la délégation & la cession, c'est qu'après la délégation le débiteur qui est délégué, ne peut se libérer qu'en payant au créancier qui l'a acceptée; mais celui qui a fait une cession peut recevoir la somme cédée, si la cession n'a pas été signifiée au débiteur. C'est la décision de la Loi *si delegatio 3. C. de novationibus & delegationibus*, suivant laquelle le cédant peut retirer la somme cédée, si le cessionnaire n'en a point formé la demande en Justice, s'il n'a point exigé une partie de la dette, ou s'il n'a pas fait signifier la cession au débiteur. La Coutume de Paris est conforme au Droit Romain dans ce point. Il est dit dans l'art. 108. » un simple transport ne fait point, & faut signifier le transport à la partie. Sur le même principe, si la cession n'a pas été signifiée, les créanciers du cédant peuvent saisir la somme cédée, comme l'observe Despeisses tom. 1. part. 1. sect. 2. n. 4. pag. 13. Et c'est ainsi que le Parlement d'Aix le jugea par Arrêt du 15 juin 1768. au rapport de M. de Beauval, confirmatif de la Sentence du Lieutenant au Siege de Grasse, en faveur de Me. André Mouton Procureur au même Siege, pour lequel j'écrivois, contre Jacques Martin. Voyez les Arrêts rapportés par M. de Catellan liv. 4. chap. 47. Augeard tom. 1. som. 77. Chorier en sa Jurisprudence de Guy Pape liv. 4. sect. 7. art. 6. pag. 254. & suiv.

XXI. Nous tenons même dans le cas où la cession a été signifiée ou acceptée, que, tant que la dette existe,

les créanciers antérieurs du cédant, après avoir discuté les biens de leur débiteur, peuvent porter leurs exécutions sur la somme cédée & sont préférés au cessionnaire. Les anciens Arrêts du Parlement d'Aix avoient jugé que sans discussion même des autres biens, la somme cédée étoit sujette aux exécutions des créanciers antérieurs; mais les derniers Arrêts ont jugé que les autres biens devoient être préalablement discutés, la somme cédée demeurant en l'état dans les mains du débiteur. Ils sont rapportés par Duperier tom. 2. aux Arrêts de M. le Président de Coriolis som. 10. par M. Debezieux liv. 3. chap. 7. §. 5. C'est ce qu'atteste M. de Cormis tom. 2. col. 870. chap. 15. » Par les Arrêts du Parlement d'Aix (dit-il) le » créancier du cédant, après discussion faite des autres effets » de son débiteur, emporte la somme cédée, nonobstant » l'intimation & malgré la jouissance du cessionnaire qui » est postérieur en hypothèque. Et Boniface tom. 2. liv. 4. tit. 8. chap. 2. rapporte un Arrêt par lequel il fut jugé que le débiteur étant insolvable, celui des deux cessionnaires qui étoit antérieur en hypothèque devoit emporter la somme cédée, quoique l'autre eût fait signifier la cession le premier.

XXII. Conformément à ces principes fut rendu l'Arrêt du 20 juin 1771. au rapport de M. de Fortis en faveur de l'Économe du Chapitre de Salon, Bernard Reynard, Mre. Bazin Prêtre & des hoirs de Joseph Barlatier, tous créanciers de Jean-Baptiste Bazin, pour lesquels j'écrivois contre Abraham Bedarride Juif de la ville de Cavaillon, sur le fait suivant. Par acte du 19 novembre 1763. Jean-Baptiste Bazin céda à Abraham Bedarride la somme de 2000 liv. à prendre de Jean & Dominique Honnorat freres, en cinq payemens égaux de 400 liv. chacun, dont le premier devoit échoir le 8 septembre 1766. & ainsi continuant annuellement, avec promesse d'être tenu de dette due & non payée & ailleurs cédée, & de tout ce dont un cédant est de droit tenu envers son cessionnaire, moyennant pareille somme de 2000 livres qu'il avoit reçue de Bedarride. Par le même acte Jean Honnorat l'un des dé-

biteurs cédés, tant pour lui que pour Dominique Honorat son frere, promet de payer à Bedarride la somme de 2000 liv. aux susdites échéances. En 1665. des créanciers de Jean-Baptiste Bazin firent saisir la rente de 400 liv. Le désordre des affaires de ce débiteur amena une discussion. Il abandonna ses biens à ses créanciers par un concordat. La discussion fut ouverte. Il fut nommé un Curateur *ad lites*. Les créanciers de Jean-Baptiste Bazin antérieurs en hypothèque à Bedarride, demanderent que les freres Honorat se désaisiroient en leur faveur des rentes de 400 liv. Bedarride prétendit que la cession formoit une vraie délégation. On lui répondit qu'il n'y avoit qu'une cession & non une vraie délégation, parce que la dette n'étoit point éteinte & que le cédant avoit promis la garantie, & par l'Arrêt qui intervint, en infirmant la Sentence du Lieutenant des Soumissions au Siege d'Aix, la demande des créanciers leur fut adjugée. Surdus décis. 23. rapporte un Arrêt du Sénat de Mantoue qui le jugea ainsi dans un cas tout semblable. Voyez Gratien *discept. forens.* chap. 64. n. 2. Dernuffon de la Subrogation chap. 2. n. 9. 10. 11. & 12.

XXIII. S'il s'agit de la cession d'une rente fonciere ou d'une rente perpétuelle constituée à prix d'argent, qui parmi nous est réputée immeuble tant qu'elle n'est pas éteinte par le remboursement du fort principal, l'action du créancier antérieur sur la chose cédée, est une action hypothécaire qui se prescrit par dix ans entre présens & vingt ans entre absens. C'est la remarque de M. Julien dans ses Mémoires tit. *Judex fol. 74. si agatur de pensione perpetua*, dit-il, *post decem annos non potest cessionarius inquietari, quia tunc cessio venditionis locum obtinet*. Mais s'il s'agit d'une dette exigible, il a été jugé que l'action du créancier antérieur dure 30 ans. Il y a l'Arrêt du 7 mai 1740, au rapport de M. de Villeneuve d'Anfouis, en faveur de Joseph Albert du lieu de Souliers, contre Claire Dol, veuve de Joseph Laure. On cite un Arrêt semblable rendu en 1725., au rapport de M. de Lubieres, en faveur du sieur de Thomas Châteauneuf, de la ville de Toulon, contre le sieur Legier.

XXIV. La cession des biens est encore un moyen d'éteindre les obligations. C'est l'abandonnement qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, pour se délivrer de leurs poursuites & avoir la liberté de sa personne. Elle est de deux sortes : la cession volontaire que le débiteur fait d'un commun accord avec ses créanciers, & la cession judiciaire qui est un bénéfice du Droit, & se fait en jugement malgré les oppositions que pourroient faire les créanciers. Celui qui est ainsi reçu à la misérable cession de ses biens, a une exception pour se défendre contre les poursuites de ses créanciers §. 4. *Inst. de replicationibus*. Et il est délivré de la prison, s'il est contraint ou peut être contraint par corps, L. 1. C. *qui bonis cedere possunt*, art. 48. de l'Ordonnance de Moulins.

XXV. Toutefois si les biens que le débiteur abandonne à ses créanciers, ne sont pas suffisans pour leur entier paiement, il est bien délivré de la prison, mais il ne sera pas libéré de ce qui leur est encore dû. C'est la décision de la Loi 1. C. *qui bonis cedere possunt*. Et s'il acquiert de nouveaux biens, il pourra être poursuivi par ses créanciers, mais il ne sera tenu qu'à concurrence de ce qu'il peut faire, réduction faite de ce qui est nécessaire pour sa subsistance §. 40. *Inst. de actionibus L. is qui 4. & L. qui bonis 6. D. de cessione bonorum*, *Cancerius variar. resol. part. 2. chap. 9. n. 4. & suiv.* ce qui néanmoins ne regarde pas les cautions du débiteur, ni les nouveaux créanciers des dettes qu'il a contractées depuis la cession des biens.

XXVI. Ce bénéfice de la loi n'a pas lieu pour toute sorte de débiteurs. Il est accordé aux débiteurs malheureux & refusé aux débiteurs frauduleux : *Miserorum subsidium, non præsidium doloſorum*, comme l'ont remarqué *Straccha de decoctoribus part. 3. n. 9. & suiv. Cancerius variar. resol. part. 2. chap. 9. n. 43. & suiv.* Ainsi un Fermier n'est pas reçu à la cession des biens, parce qu'ayant pris les fruits, il commet une espèce de larcin qui le rend indigne du bénéfice des Loix, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par *Louet & Brodeau lett. C. fom. 57. Bacquet du Droit d'Aubaine chap. 16. n. 8. Bardet tom. 2. liv.*

liv. 2. chap. 36. Soefve tom. 1. cent. 2. chap. 76. Pareillement les Bouchers n'y font pas reçus fuyant les Arrêts rapportés par d'Olive liv. 1. chap. 31. Soefve tom. 1. cent. 3. chap. 49. Boniface tom. 2. liv. 4. tit. 9. chap. 2. Ce fecours eft dénié toutes les fois qu'il y a dol de la part du débiteur, & à tous les débiteurs avec lefquels on eft néceffairement obligé de contracter, *cum quibus neceffitas eft contrahendi*, comme les tuteurs, les receveurs & adminiftrateurs publics & autres femblables, La Roche-Flavin liv. 6. tit. 20. Bacquet du Droit d'Aubaine chap. 16. n. 8. Des Arrêts du Parlement de Touloufe ont jugé qu'on n'est point reçu à faire la ceflion des biens pour les fommes pour lefquelles le créancier a pourfuiwi des condamnations; mais la derniere Jurifprudence du même Parlement en a jugé autrement lorsqu'il n'y a point de dol & de fraude de la part du débiteur, comme l'a remarqué M. de Catellan liv. 6. chap. 32. & c'est ainfi que nous l'obfervons.

XXVII. La ceflion de biens ne peut avoir lieu que pour des dettes civiles. Et quoique la Loi derniere §. *in pecuniaria 4. C. de custodia reorum*, paroiffe admettre la ceflion des biens pour les condamnations pécuniaires en matiere de délit, il eft conftamment décidé qu'elle n'y a pas lieu. C'est la Doctrine de Julius Clarus dans fa Pratique criminelle §. fin. qu. 95. n. 5. *Pone (dit-il) quod iste qui eft condemnatus ex delicto in pœnam pecuniariam, offerat cedere bonis, nunquid erit audiendus? Respondeo quod non, sed opus eft quod luat in corpore, & ita tenent communiter Doctores.* Coquille dans fes Institutions au Droit françois tit. des exécutions pag. 138. dit » ceflion de biens n'est reçue en » certains cas, comme quand aucun eft condamné en ré- » paration d'intérêt civil, procédant du délit : c'est l'avis du Préfident Faber déf. 4. C. *qui bonis cedere poffunt*. M. de Catellan & Vedel liv. 6. chap. 15. rapportent que c'est la Jurifprudence du Parlement de Touloufe. On le juge ainfi au Parlement d'Aix. Le fleur Sambuc détenu prifonnier pour la somme de dix mille livres à laquelle il avoit été condamné fur une accusation de crime de rapt, ayant demandé d'être reçu à la ceflion des biens, il en fut dé-

bouté par Arrêt du 11 décembre 1723. prononcé par M. le Président de Piolenc sur les conclusions du Substitut de M. le Procureur Général du Roi. Il a même été décidé que la cession de biens n'étoit pas recevable pour les dépens d'un procès criminel. Le Parlement le jugea ainsi par Arrêt du 23 mai 1730. en faveur de Me. François Guinet Substitut de M. le Procureur Général du Roi en la Chambre des Eaux & Forêts, pour lequel je plaidois contre Audran & Aubert. Et cette Jurisprudence paroît la mieux fondée, quoique d'anciens Arrêts rapportés par M. Le Prestre cent. 1. chap. 99. n. 35. Bouvot tom. 2. *verb.* cession de biens, qu. 2. Boniface tom. 5. liv. 5. tit. 10. chap. 2. & celui du 14. janvier 1661. rapporté dans le Journal des Audiences tom. 2. liv. 1. chap. 1. ayent jugé le contraire. Toutes les condamnations pécuniaires procédant d'un délit, soit amende, dommages & intérêts, ou dépens, sont également la peine du délit.

XXVIII. Le bénéfice de la cession des biens n'est pas accordé aux étrangers non naturalisés, parce qu'autrement ils pourroient faire passer leurs effets dans leurs pays & frustrer impunément leurs créanciers, comme l'ont remarqué Bacquet du Droit d'Aubaine chap. 16. n. 8. Mornac sur la loi *nec non* 28. *D. ex quibus causis majores 25. annis in integrum restituantur.* Bouvot tom. 2. *verb.* cession de biens quest. 9. Chorier dans sa Jurisprudence de Guy Pape liv. 5. sect. 7. art. 4. n. 4. Et c'est la disposition de l'Ordonnance du Commerce de 1673, tit. 10. *des cessions de biens* art. 2. en ces termes : » Les étrangers qui n'auront » obtenu lettres de naturalité ou de déclaration de naturalité, ne seront reçus à faire cession. Il n'y a pas la même raison contre les François. Conséquemment ils doivent être admis à la cession des biens contre les créanciers étrangers, lorsqu'ils ne sont point dans des cas où ce bénéfice de la Loi est dénié. Deux Arrêts du Parlement d'Aix rapportés par Bonnet dans son Recueil lett. C. som. 1. l'ont ainsi jugé, l'un du 21 juillet 1696. en faveur de Claude Chabert Marchand de la ville de Marseille, contre les sieurs Sollicoffre cessionnaires de Martin

& Godevin, Marchands étrangers : l'autre du 23 décembre 1697. en faveur de Vincent Tenque patron de Barque de la ville de Marseille contre Sedy Matmeth Sefsi Marchand du royaume de Tunis.

XXIX. L'ancienne Jurisprudence condamnoit le débiteur qui faisoit cession de biens, à porter le bonnet vert. Les Arrêts sont rapportés par Pasquier dans ses Recherches de la France liv. 4. chap. 10. Louet & Brodeau lett. C. fom. 56. Bouvot tom. 2. *verb.* Cession de biens quest. 15. Chorier dans sa Jurisprudence de Guy Pape liv. 5. sect. 7. art. 4. n. 3. Le Prestre cent. 1. chap. 99. n. 40. Bardet tom. 1. liv. 1. chap. 97. & liv. 3. chap. 14. Soëfve tom. 1. cent. 4. chap. 28. Boniface tom. 2. part. 2. liv. 4. tit. 9. chap. 1. part. 3. liv. 1. tit. 12. chap. 1. & tom. 5. liv. 5. tit. 10. chap. 3. Mais l'on est revenu de cette rigueur, qui n'étoit fondée sur aucune Loi, ni Ordonnance. Ou il y a du dol & de la fraude, & dans ce cas le débiteur doit être déchu du bénéfice des Loix ; ou il est exempt de dol & de fraude, & dans ce cas il doit être reçu à la cession des biens purement & simplement. C'est ainsi que la question fut jugée en la Chambre des Enquêtes du Parlement d'Aix par Arrêt du 10 mars 1727, en faveur d'Antoine Projet, contre Joseph Imbert. Antoine Projet ayant perdu un procès, pour les dépens duquel il avoit été contraint par corps, demanda d'être reçu à la misérable cession de biens. Sa partie, sur le fondement des anciens Arrêts, prétendit qu'il fût condamné à porter le bonnet vert. Cette exception fut rejetée, & le débiteur fut reçu à la cession des biens purement & simplement. Il y a eu cependant un Arrêt rendu à l'Audience de la Grand'Chambre le 12 octobre 1730 ; prononcé par M. le Premier Président Lebret sur les conclusions du Substitut de M. le Procureur Général du Roi, qui renouvella l'ancienne Jurisprudence. Ce fut en la cause des sieurs Bardon & Gueric & autres Négocians de la ville de Marseille pour lesquels je plaidois. Ces créanciers prétendoient que leur débiteur ne devoit point être reçu à la cession des biens. L'Arrêt ordonna qu'il porteroit le bon-

E e e ij

net vert. On crut que ce pourroit être un moyen pour l'obliger à satisfaire ses créanciers. Des circonstances particulières furent le motif de cet Arrêt. Et lorsqu'on ne peut imputer de dol ni de fraude au débiteur qui a recours au bénéfice de la Loi, il ne seroit ni juste ni raisonnable d'ajouter à son infortune l'opprobre de bonnet vert.

XXX. Le Commentateur de l'Ordonnance de 1673 sur le tit. 10. des Cessions de biens art. 1. observe qu'il n'est pas nécessaire de se constituer prisonnier pour être reçu au bénéfice de cession, & qu'aujourd'hui on n'exige plus cette formalité. On juge au contraire au Parlement de Provence que le débiteur doit se constituer prisonnier, s'il ne l'est pas déjà, & qu'il ne suffit pas qu'il se présente en personne le jour de l'Audience. L'Arrêt rapporté par Boniface tom. 2. liv. 4. tit. 9. chap. 4. le jugea ainsi. L'Auteur dit que cet Arrêt fut fondé sur l'usage. Et il y a eu plusieurs Arrêts semblables, notamment le 8 octobre 1764, contre Durbec de la ville de Marseille : le 23 décembre 1775 contre Agnès Cartoux : le 13 février 1776 contre Barnabé Long : le 30 juin 1780 contre Etienne Mazet : le 24 avril 1781 contre Louis Marron.

XXXI. Nous avons parlé jusqu'ici du droit des personnes, des choses & des moyens de les acquérir, & des obligations. Ce sont les objets qui font la matière des Jugemens. Il reste à traiter des formes judiciaires, des actions & des Jugemens qui sont le troisième objet du droit.

Fin du Troisième Livre.

LIVRE IV.

DES ACTIONS ET DES JUGEMENS.

TITRE I.

Des Actions.

I. **L'**Action est le droit de poursuivre en Jugement ce qui nous est dû : *Jus persequendi in judicio quod sibi debetur princ. Inst. de actionibus.*

II. Par l'ancien Droit Romain les actions étoient sujettes à des formules qu'on impétoit du Préteur. On ne pouvoit former une demande dans d'autres termes, à peine d'en être déchu. Ces vaines formalités furent abrogées par les Loix qui sont sous le titre du Code *de formulis & impetrationibus actionum sublatis*. La première de ces Loix est de l'Empereur Constantin, en ces termes : *Juris formulæ aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus ampuentur.* Et c'est ainsi que nous l'observons, comme l'a remarqué Bugnyon dans ses Loix abrogées liv. 1. som. 64. On n'est pas même obligé de nommer l'action qu'on intente, comme on le faisoit selon les Loix Romaines. C'est de l'intérêt que naît l'action ; & il suffit de déduire simplement le fait & les fins de la demande dans la requête ou l'exploit libellé. Notre pratique judiciaire qui a pris bien des choses du Droit Canonique, a suivi dans ce point le chap. *dilecti 6. extra de judiciis*, comme l'observe d'Argentré sur la Coutume de Bretagne art. 266. cap. 7. de *interruptione per libellum n. 8. cum actionum nomina*, dit-il, *exprimi in prosecutionibus nihil necesse sit, ut ambages illæ*

juris & descriptiones evitentur, quæ sunt anxie à jure traditæ; in quo canonicam æquitatem sumus secuti, cap. dilecti extrâ de judiciis. Ex solâ facti narratione & conclusione intentionem agentium concipimus, & re probatâ judicamus. Conformément à ces principes, l'Ordonnance de 1667 tit. 2. des ajournemens art. 2. ordonne que » les ajournemens & citations en toutes » matieres & en toutes Jurisdiccions, seront libellés, con- » tiendront les conclusions & sommairement les moyens » de la demande, à peine de nullité des exploits.

III. Celui qui demandoit plus qu'il ne lui étoit dû, étoit déchu de sa demande *causâ cadebat*, suivant l'ancien Droit, & le Prêteur ne lui accordoit le bénéfice de restitution que dans certains cas §. 33. *Inst. de actionibus*. Les peines de la plus-pétition dont il est fait mention dans ce §. & dans le titre du Code de *plus-petitionibus*, n'ont plus lieu; seulement si le défendeur fait l'offre de ce qu'il doit, & que le demandeur insiste à demander plus qu'il ne lui est dû, le demandeur sera condamné aux dépens. Mais si celui qui doit cinquante écus, & à qui l'on en demande cent, ne fait point l'offre des cinquante écus qu'il doit, il sera condamné aux dépens pour sa demeure, suivant le Président Faber déf. 1. C. de *pluris petitionibus*.

IV. La regle est certaine que le demandeur, soit qu'il ait demandé plus ou moins ou une chose pour l'autre, peut corriger sa demande avant la Sentence §. 34. §. 35. *Inst. de Actionibus, L. Edita 3. C. de Edendo*; il sera seulement tenu des dépens frustrés. C'est l'avis de M. d'Argentré sur la coutume de Bretagne art. 266. chap. 7. de *interruptione per libellum* n. 9, où parlant de *emendatione libelli*, il dit, *hanc nos quandoque, id est usque ad Sententiam fieri posse censemus, id quidem refusus expensis.*

V. Toutes les actions qui se poursuivent devant les Juges ou devant des Arbitres, sont ou personnelles, ou réelles, ou mixtes. L'action personnelle est celle par laquelle nous agissons contre ceux qui nous sont obligés par contrat ou quasi-contrat, délit ou quasi-délit pour les contraindre à payer ou à faire quelque chose §. 1. *Inst. de Actionibus*.

VI. L'action réelle est celle par laquelle nous suivons

la chose dont nous prétendons avoir la propriété, ou sur laquelle nous avons des droits réels, en quelles mains qu'elle passe. Telle est la révendication de la chose, dont le demandeur prétend avoir le droit de propriété, ou l'action hypothécaire intentée par le créancier contre le tiers possesseur §. 1. §. 7. *Inst. de Actionibus.*

VII. L'action mixte est celle qui est partie personnelle, partie réelle. Il y en a trois : l'action de partage d'une hérité entre cohéritiers *familiæ-erciscundæ* : l'action de partage d'une chose commune entre associés ou copropriétaires, *communi dividundo*, & l'action pour mettre & placer des bornes entre voisins, *finium regundorum* §. 20. *Inst. de Actionibus.* Il faut néanmoins observer, comme l'a remarqué Lange dans sa Pratique liv. 3. chap. 6. que » par notre » usage nous faisons mixtes la plupart des actions purement » réelles, en ajoutant à la demande de l'héritage ou du » droit réel & seigneurial que nous vendiquons, la demande » des fruits ou des arrérages, dont les détenteurs contre » qui nous agissons, sont personnellement tenus.

VIII. L'action réelle se subdivise en action pétitoire & en action possessoire. L'action pétitoire est celle où il s'agit de la propriété. L'action possessoire est celle par laquelle on agit pour être maintenu provisoirement dans la possession d'un fonds ou d'un droit réel, lorsqu'on y est troublé. Cette action est appelée interdit dans le Droit Romain, comme on le voit dans le titre des *Institutes de interdictis*. Nous l'appellons complainte & réintégrande, comme on le voit dans l'Ordonnance de 1667. tit. 18. *des complaintes & réintégrandes.*

IX. Il est porté par l'art. 1. de ce titre de l'Ordonnance que » si aucun est troublé dans la possession & » jouissance d'un héritage ou droit réel ou universalité de » meubles qu'il possédoit publiquement sans violence, à au- » tre titre que de Fermier ou possesseur précaire, il peut dans » l'année du trouble former complainte en cas de saisine & » de nouvelleté contre celui qui lui a fait le trouble. Et dans l'art. 2. il est ordonné que » celui qui aura été dé- » possédé par violence ou voie de fait, pourra demander

» la réintégrande par action civile & ordinaire, ou extraor-
 » dinairement par action criminelle. Ce sont les interdits
retinenda & recuperanda possessionis, dont il est parlé dans les
 paragraphes 4. 5. & 6. *Inst. de interdicitis*.

X. Dans la complainte & la réintégrande il n'est ques-
 tion que de la possession. Celui qui possède doit être main-
 tenu provisoirement. Et il peut arriver qu'après avoir ob-
 tenu gain de cause dans le possessoire, il succombe ensuite
 dans le pétitoire, si sa partie prouve que l'héritage ou le
 droit réel lui appartient. Il est porté par l'art. 4. de l'Or-
 donnance de 1667. tit. 18. *des complaintes & réintégrandes*
 que » celui contre lequel la complainte ou réintégrande
 » sera jugée, ne pourra former la demande au pétitoire,
 » sinon après que le trouble sera cessé, & celui qui aura
 » été dépossédé rétabli en la possession avec restitution des
 » fruits & revenus & payé des dépens, dommages & in-
 » térêts, si aucuns ont été adjugés; & néanmoins s'il est
 » en demeure de faire taxer ses dépens & liquider les
 » fruits, revenus, dommages & intérêts, dans le tems qui
 » lui aura été ordonné, l'autre partie pourra poursuivre
 » le pétitoire en donnant caution de payer le tout après
 » la taxe & liquidation qui en sera faite.

XI. Suivant l'art. 3. de l'Ordonnance de 1667. tit. 2.
 des ajournemens, tous exploits d'ajournement doivent être
 faits à personne ou domicile, & il doit être fait mention
 en l'original & en la copie, des personnes auxquelles ils
 ont été laissés, à peine de nullité. Les exploits concernant
 les droits d'un bénéfice peuvent néanmoins être faits au
 principal manoir du bénéfice, & ceux concernant les droits
 & fonctions des offices ou commissions, aux lieux où s'en
 fait l'exercice. Et il est porté par l'art. 4. que si les Huif-
 fiers ou Sergens ne trouvent personne au domicile, ils
 seront tenus, à peine de nullité, d'attacher leurs exploits
 à la porte, & d'en avertir le proche voisin, par lequel ils
 feront signer l'exploit, & s'il ne le veut ou ne peut signer,
 ils en feront mention; & en cas qu'il n'y ait point de
 proche voisin, ils feront parapher leur exploit & dater le
 jour du paraphement par le Juge du lieu, & en son ab-
 sence

fence ou refus par le plus ancien Praticien auxquels il est enjoint de le faire sans frais.

XII. L'art. 6. du même titre de l'Ordonnance porte que les demandeurs feront tenus de faire donner dans la même feuille ou cahier de l'exploit, copie des pièces sur lesquelles la demande est fondée. Tout demandeur doit prouver sa demande, & par cela seulement qu'elle n'est pas prouvée le défendeur est mis hors d'instance & de procès : *Actore non probante, qui convenitur, est nihil ipse præstet, obtinebit*, dit la Loi 4. C. de edendo. C'est dans ce sens qu'il est dit dans la Loi 125. D. de diversis regulis juris que la cause du défendeur est plus favorable que celle du demandeur : *Favorabiliores rei potius quàm actores habentur*. Et tel est l'avantage de la possession suivant le §. 4. *Inst. de interdictis*, qu'encore que la chose n'appartienne pas à celui qui la possède, si le demandeur ne prouve pas qu'elle soit à lui, la possession demeure en la personne du possesseur : *Commodum possidendi in eo est, quod etiam si ejus res non sit qui possidet, si modo actor non poterit suam esse probare, remanet in suo loco possessio*.

XIII. Nul n'est contraint d'intenter une action civile ou criminelle suivant la Loi unique C. *ut nemo invitatus agere vel accusare cogatur*. Mais les héritiers du défunt sont obligés de poursuivre en Justice la vengeance de sa mort contre ses assassins à peine d'être privés de sa succession comme indignes *L. heredem 17. D. de his quæ ut indignis auferuntur, L. 1. C. de his quibus ut indignis hæreditates auferuntur*. Toutefois la Loi qui prive de la succession du défunt les héritiers qui n'ont pas vengé sa mort, n'a pas toujours été suivie à la rigueur ; & il est des cas qui en ont été exceptés. Voyez Boërius décif. 25. n. 13. Maynard liv. 9. chap. 3. les Arrêts de Papon liv. 24. tit. 2. art. 1. & suiv. Louet & Brodeau lett. H. som. 5. Duperier dans ses Maximes de Droit tit. de la substitution vulgaire & tom. 2. Plaid. 1. L'Arrêt du 30 juillet 1630. & celui du 4 avril 1637. rapportés dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 2. chap. 80. Boniface tom. 5. liv. 1. tit. 22. chap. 1. De La Combe Matieres Criminelles part. 3. chap. 1.

sect. 1. n. 13. Le Traité des Successions de M. de Montvalon tom. 1. chap. 3. art. 4. Il est du devoir des Procureurs du Roi & de ceux des Seigneurs de poursuivre la punition des crimes publics.

XIV. Il faut encore observer que si quelqu'un se vante d'avoir un procès à intenter contre un autre, celui-ci peut l'obliger à déduire sa prétention en jugement, faute de quoi perpétuel silence lui sera imposé, suivant la Loi *diffamari 5. C. de ingenuis manumissis*. Quoique cette Loi soit dans le cas particulier d'une question d'état des personnes, néanmoins la pratique en est générale pour toutes sortes d'affaires. Voyez du Moulin conf. 16. n. 18, Mynsinger cent. 6. obs. 90, Cancerius *variar. resol.* part. 3. chap. 1. n. 53. & suiv. Henrys & Bretonnier tom. 2. suite du liv. 4. quest. 148. n. 6. & n. 8., mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. tit. des Substitutions sect. 2. de la Substitution fidéicommissaire n. 43. pag. 401.

XV. Lorsque d'une même chose on a deux actions, l'action civile & l'action criminelle, le choix de l'une éteindra-t-il l'autre, ou pourra-t-on après avoir intenté l'une, se servir de l'autre? Il y a sur cette question des sentimens différens. Ceux qui tiennent que par le choix de l'une de ces deux actions l'autre est éteinte, se fondent sur la Loi *nemo 43. §. 1. D. de diversis regulis juris*, qui dit que lorsqu'on a plusieurs actions pour une même chose, on doit en exercer une seule : *Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, unâ quis experiri debet*. On cite encore la Loi *plura delicta 53. D. de obligationibus & actionibus*. C'est le sentiment de Mornac sur la Loi *quod in hærede 9. §. 1. D. de tributoriâ actione*, où il rapporte un Arrêt du Parlement de Paris qui le jugea ainsi : *Si civili judicio, dit-il, agere cæperit qui aliquid sibi subtractum queritur, redire postea ad capitalem, criminofamvè, ut loquimur, actionem non potest, ut ex receptis juris romani regulis judicatum est in majore auditorio*. Et dans l'Arrêt du Parlement de Paris du 2 août 1706, rapporté dans le Journal des Audiences tom. 5. liv. 6. chap. 30. M. l'Avocat Général attesta, comme une maxime tirée de la faveur de la libération, que lorsque l'accusateur a

bien voulu prendre la voie civile, il ne peut plus reprendre la voie criminelle.

XVI. Le contraire a été jugé au Parlement d'Aix par divers Arrêts fondés sur des textes du Droit qui paroissent clairs & précis. Il est décidé dans la Loi unique C. *quando civilis actio criminali præjudicet*, que lorsque d'une même chose on a l'action civile & l'action criminelle, le choix de l'une ne consume pas l'autre, & qu'on peut intenter l'action criminelle après avoir pris la voie civile, & l'action civile après avoir pris la voie criminelle: *A plerisque prudentium generaliter definitum est, quoties de re familiari & civilis & criminalis competit actio, utràque licere experiri, sive prius criminalis, sive civilis actio moveatur; nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi & similiter è contrario.* C'est encore la décision de la Loi *rei communis 45. D. pro socio*, de la Loi *nunquam 130. D. de diversis regulis juris*. Sur ce fondement, il a été décidé par les Arrêts rapportés par Boniface tom. 5. liv. 3. tit. 12. chap. 5. que la partie qui avoit pris d'abord l'action civile, avoit pu intenter l'action criminelle. Et c'est ainsi que le Parlement le jugea par Arrêt du 26 janvier 1732, prononcé par M. le Président de Bandol, en faveur du sieur de Vacheres, contre Me. Perrin, Avocat de la ville de Brignolle. Marguerite & Claire Moute étoient héritières d'Antoine Moute leur pere; la première avoit épousé Me. Perrin; l'autre avoit épousé le sieur de Vacheres. Il s'agissoit du partage de la succession du pere de ces deux sœurs. Le sieur de Vacheres prétendit que le livre de raison d'Antoine Moute avoit été altéré, & qu'il avoit été enlevé des papiers de la succession commune. Il se pourvut contre Me. Perrin par action civile pardevant le Lieutenant de Brignolle, & demanda le serment en plaid pour la somme de 12000 liv. Il protesta dans sa requête de l'action criminelle. Pendant cette instance il prit la voie criminelle; & sur l'information, Me. Perrin fut décrété d'assigné. Me. Perrin appella du décret de soit-informé & de toute la procédure sur deux moyens: le premier, que le sieur de Vacheres ayant pris la voie civile, il ne lui avoit plus

été permis de prendre la voie criminelle ; le second, qu'un cohéritier, pour la chose commune, ne peut point intenter l'action criminelle contre son cohéritier, qu'il n'a que l'action civile de partage de l'hérédité *familiæ erciscundæ*, suivant la Loi *adversus 3. C. familiæ erciscundæ*. Le sieur de Vacheres répondoit 1°. qu'après avoir intenté l'action civile, il avoit pu prendre la voie criminelle, suivant les textes du Droit & les Arrêts de la Cour : 2°. que l'action criminelle compete au cohéritier contre son cohéritier, à l'associé contre son associé, lorsqu'il s'agit d'une soustraction des choses communes, faite frauduleusement *celandi animo*. La Loi 45. D. *pro socio* le décide ainsi, ajoutant que des deux actions, la civile & la criminelle, l'une ne consume pas l'autre : *Rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam dolovè malo amovit, vel rem communem celandi animo contrectet : sed & pro socio actione obstructus est : nec altera actio alteram tollet : idemque in omnibus bonæ fidei judiciis dicendum est*. Sur ces raisons, Me. Perrin fut débouté de son appel avec amende & dépens. D'autres Arrêts du Parlement d'Aix rapportés par Bonnet lett. A som. 2. ont jugé qu'après avoir pris la voie civile, on avoit pu prendre la voie criminelle.

XVII. Mais en matiere de complainte & réintégrande, lorsque la partie a les deux actions, la civile & la criminelle, après avoir intenté l'une, il ne lui est plus permis de venir à l'autre, si ce n'est qu'en prononçant sur l'action criminelle, on lui eût réservé l'action civile. L'Ordonnance de 1667, tit. 18. *des Complaintes & Réintégrandes* art. 2. le décide ainsi, en ces termes : » Celui qui aura été déposé » sédè par violence ou voie de fait, pourra demander la » réintégrande par action civile & ordinaire, ou extraordinairement par action criminelle : & s'il a choisi l'une » de ces deux actions, il ne pourra se servir de l'autre, » si ce n'est qu'en prononçant sur l'extraordinaire, on lui » eût réservé l'action civile.



TITRE II.

Des Exceptions.

I. L'exception est la défense du défendeur contre l'action du demandeur : *Comparatæ sunt exceptiones defendendorum eorum gratiâ cum quibus agitur, princ. Inst. de exceptionibus.* La Loi 2. *D. de exceptionibus*, dit que l'exception est quasi quædam exclusio quæ opponi actioni cujusque rei solet, ad eludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.

II. Il y a des exceptions péremptoires & des exceptions dilatoires : *Aliæ perpetuæ & peremptoriæ : aliæ temporales & dilatoriæ §. 8. Inst. de exceptionibus.* L'exception péremptoire est celle qui peut toujours & en tout temps être opposée & qui détruit entièrement l'action, *perpetuæ & peremptoriæ sunt quæ semper agentibus obstant & semper rem de quâ agitur perimunt §. 9. du même titre.* Ainsi les moyens qui éteignent les obligations dont on a parlé dans le tit. 16. du liv. 3. comme le paiement, la compensation, la remise de la dette, la prescription, sont des exceptions péremptoires contre la demande.

III. Le serment décideiroire déferé par la partie à son adversaire, la chose jugée sont aussi des exceptions péremptoires §. 4. & §. 5. *Inst. de exceptionibus.* Il en est de même des transactions, & généralement des divers moyens par lesquels l'action est anéantie. Et par la même raison que le demandeur doit prouver sa demande, le défendeur doit prouver son exception. Il devient demandeur à cet égard, suivant la regle du Droit, *reus excipiendo fit actor.*

IV. Si l'on a été contraint par crainte & par violence, on induit par fraude & par erreur à promettre une chose qu'on ne doit pas, on a une exception légitime & péremptoire contre la demande qui en est faite §. 1. *Inst. de exceptionibus.* Mais on ne peut la proposer qu'en impétrant des Lettres du Prince pour être restitué envers une telle promesse. La raison en est qu'en France nulle restitution en

entier ne peut avoir lieu, ni nul bénéfice de la Loi être accordé qu'en vertu des Lettres de la Chancellerie du Roi, comme l'ont remarqué Mornac sur la Loi *si mulier* 21. §. *si metu D. quod metûs causâ*, Lebret de la Souveraineté du Roi liv. 4. chap. 1. Bugnyon des Loix abrogées liv. 1. fom. 123. Coquille tom. 1. histoire de Nivernois pag. 356. & tom. 2. sur les Coutumes de Nivernois chap. 21. art. 15.

V. Et cette rescision doit être demandée, & les Lettres royaux doivent être signifiées dans les dix ans, à compter du jour que l'acte a été passé, ou que les causes de crainte & de violence ont cessé, suivant l'Ordonnance de Louis XII de 1510. art. 46. & l'Ordonnance de François I.^{er} de 1535. appelée communément l'Ordonnance de Provence, tit. de la maniere que l'on doit procéder, tant en ladite Cour de Parlement qu'ès autres Cours inférieures art. 30. Par l'Arrêt du Parlement de Paris du 10 mai 1650, rapporté par Soëfve tom. 1. cent. 3. chap. 34., la partie qui avoit demandé dans les dix ans la résolution d'un contrat de vente pour lésion d'outre-moitié du juste prix, mais qui n'avoit impétré les Lettres royaux de rescision qu'après ce terme, fut déclarée non-recevable. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par Arrêt du premier juillet 1778 en la Grand-Chambre, au rapport de M. de Thorame, après avoir ordonné à l'Audience, qu'il en seroit délibéré sur le registre, sur le fait suivant. Par acte du 11 novembre 1764, Honoré Ventre, du hameau de Villars près Colmars, avoit vendu une terre à Joseph Ventre. Par exploit libellé du 14 septembre 1774, le vendeur demanda la cassation de la vente, sur le prétendu fondement de la lésion d'outre-moitié du juste prix; mais il n'impétra des Lettres royaux de rescision que le 22 avril 1778, plus de dix ans après la vente. Par l'Arrêt, il fut déclaré non-recevable. Et il ne suffiroit pas d'avoir obtenu les Lettres de rescision dans les dix ans, si les Lettres n'avoient été signifiées dans le même temps, comme l'atteste Brodeau sur Louet, lett. D. somm. 25 : » Ce qui, dit-il, a été ainsi jugé par Arrêt » donné en la premiere Chambre des Enquêtes, le 31 jan-

» vier 1615, confirmatif de la Sentence du Bailli d'Eruy,
 » nonobstant que les Lettres fondées sur lésion d'outre-
 » moitié du juste prix, eussent été obtenues dans les dix
 » ans, trois jours auparavant qu'ils fussent expirés, n'ayant
 » été signifiées que le lendemain des dix ans ; & la deman-
 » dereffe fut déclarée non-recevable en ses Lettres, la ques-
 » tion demandée aux Chambres.

VI. C'est une exception qui est opposée valablement au demandeur qu'il n'a point d'intérêt. C'est de l'intérêt que naît l'action. Il ne peut donc point y avoir d'action où il n'y a point d'intérêt. La Loi *loci corpus 4. §. competit 7. D. si servitus vindicetur*, en donne cet exemple : Une maison est sujette à la servitude de ne pouvoir être élevée plus haut en faveur d'un voisin. Un autre voisin auquel il n'est point dû de servitude, veut empêcher qu'on élève la maison. Cette Loi décide qu'il ne le peut pas, parce qu'à son égard la maison est libre : *quantum enim ad eum pertinet, liberas ædes habeo*. Celui qui n'a point d'intérêt ne doit point être écouté, dit Cancerius *variar. resol. part. 1. chap. 18. de exceptionibus n. 16. Exceptio tua non interest repellit quem à limine judicii, & hoc quia interesse cessante quis audiri non debet.*

VII. De là vient aussi la maxime qu'on ne peut pas exciper du droit du tiers, comme l'ont remarqué Cancerius *variar. resol. part. 1. chap. 18. n. 13 & 14. Faber déf. 20. C. de exceptionibus*. Cette règle souffre néanmoins une exception dans le cas où le droit du tiers est exclusif de plein droit de l'action du demandeur, *si jus tertii sit exclusivum juris agentis ipso jure, quia tunc licet de jure tertii opponere*, comme l'observe Cancerius au lieu cité n. 14. Il en donne l'exemple dans le cas où l'on oppose à celui qui agit par revendication que la chose ne lui appartient pas, mais qu'un autre en est le propriétaire, & on le prouve. *Et sic agenti rei vindicatione potest opponi quod ipse non est dominus, sed quidam tertius & hoc probato, ipso jure agens excluditur*. Tessaureus dit la même chose décis. 4. n. 1. Il rapporte dans la même décision divers cas où l'on peut exciper du droit du tiers. Cancerius au lieu cité n. 15. est d'avis que le créancier peut exciper du droit de son débiteur ; & Tessaureus n. 7. dit

qu'on peut alléguer le droit du tiers lorsqu'on y a intérêt:

VIII. Le Parlement d'Aix rendit sur une pareille question un Arrêt remarquable à l'Audience du rôle, en faveur de la Communauté de la Seyne & de celle de Sixfours, contre le sieur de Beauffier, Capitaine des Vaisseaux du Roi au Département de Toulon. Par un acte du 22 septembre 1759, M. l'Abbé de St. Victor avoit transporté au sieur de Beauffier, sans néanmoins aucune garantie, le droit de Haute-Justice dans le territoire de la Seyne, en augmentation & par-dessus la moyenne & Basse-Justice qu'il lui avoit déjà cédée dans l'arrière-fief de la Chaulane, » à » l'effet d'exercer le droit de compensation qu'il lui avoit » également cédé, lequel droit de Haute-Justice ledit Sr. de » Beauffier ne pourroit néanmoins exercer qu'un seul jour » de l'année seulement. En conséquence de quoi, le Sr. de Beauffier avoit obtenu une Bulle de la Vice-Légation d'Avignon, le 28 novembre de la même année, qui commettoit deux Chanoines de l'Eglise de Toulon, pour vérifier les causes de la demande & des faits énoncés dans ladite Bulle, & pour lui accorder la confirmation de la cession du jour de Jurisdiction; & le 19 décembre, ces Commissaires procédèrent à leur procès-verbal. Les Communautés de la Seyne & de Sixfours se rendirent appellantes comme d'abus de l'exécution de la Bulle du 28 novembre 1769, & de ce qui avoit suivi, sur le fondement 1°. que l'aliénation d'un jour de la Haute Justice avoit été faite sans nécessité & sans utilité pour l'Abbaye de St. Victor. 2°. Qu'elle avoit été faite sans les formalités prescrites par les Canons, les Libertés de l'Eglise Gallicane & les Ordonnances. Le sieur de Beauffier faisoit consister sa principale défense à soutenir que les Communautés de la Seyne & de Sixfours étoient non-recevables. Mais par l'Arrêt du 25 mai 1761, la Cour reçut le Procureur Général du Roi appellant comme d'abus de l'exécution de la Bulle; & faisant droit à son appel, ensemble à celui des Communautés de la Seyne & de Sixfours, déclara y avoir abus à l'exécution de ladite Bulle & à tout ce qui avoit suivi, ordonna que l'amende seroit restituée, & condamna le sieur de Beauffier

aux

aux dépens. On cita pour les Communautés de la Seyne & de Sixfours *Cancerius variar. resol. part. 2. chap. 16. de tertiis oppositoribus n. 121. & 122. qui dit tertium posse opponere de nullitate alienationis rerum ecclesiasticarum ob non servatam solemnitatem, etiam Ecclesiâ nolente. Et demùm in quâcumque materiâ potest allegari jus tertii ab eo cujus interest.*

IX. Si le défendeur a plusieurs exceptions, il peut les proposer toutes. C'est la décision de la Loi 43. D. *de diversis regulis juris. Nemo ex his qui negant se debere, prohibetur etiam aliâ defensione uti, nisi Lex impedit.* Et si ces exceptions sont contraires, on peut proposer les unes principalement, les autres subsidiairement.

X. Les exceptions dilatoires sont celles qui ne tendent pas à anéantir l'action, mais qui en empêchent l'effet pendant un certain temps, comme l'exception du pacte par lequel on est convenu qu'on ne demandera rien jusqu'à un certain temps, par exemple, de cinq ans ou un autre terme : *Temporales atque dilatoriæ sunt quæ ad tempus nocent & temporis dilationem tribuunt, qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium §. 10. Inst. de exceptionibus.*

XI. Il y a des exceptions déclinatoires, par lesquelles le défendeur décline la Jurisdiction du Juge pardevant lequel il est assigné, & demande son renvoi pardevant le Juge à qui la connoissance de l'affaire appartient. Cette exception doit être jugée tout premièrement & à l'Audience : *Prius de Judice quàm de lite.* L'Ordonnance de 1667, tit. 6. des Fins de non procéder art. 3. enjoint à tous Juges de juger sommairement à l'Audience les renvois, incompétences & déclinatoires qui seront requis & proposés, sous prétexte de litispendance, connexité ou autrement, sans appointer les parties, lors même qu'il en fera délibéré sur le registre, ni réserver & joindre au principal, pour y être préalablement ou autrement fait droit.

TITRE III.

De la Compétence des Juges.

I. Les Juridictions sont de Droit public. Il n'est pas au pouvoir des parties de se choisir des Juges ; & les causes, instances & procès doivent être portés pardevant les Juges qui ont droit d'en connoître. L'Ordonnance de 1667. tit. 6. des Fins de non-procéder art. 1. défend à tous les Juges de retenir aucune cause, instance ou procès dont la connoissance ne leur appartient, & leur enjoint de renvoyer les parties pardevant les Juges qui doivent en connoître, ou d'ordonner qu'elles se pourvoient, à peine de nullité.

II. Dans les actions personnelles & mixtes, le demandeur doit se pourvoir pardevant le Juge du défendeur : *Actor sequitur forum rei*, L. 2. C. de jurisdictione omnium judicum & de foro competenti, L. 3. C. ubi in rem actio exerceri debeat, Bacquet des Droits de Justice chap. 8. n. 9. & 29.

III. En action purement réelle, comme la révendication ou l'action hypothécaire contre le tiers acquéreur, que nous appellons en Provence action de regrès, on se pourvoit pardevant le Juge du lieu où l'héritage est assis. C'est la décision de la Loi 3. C. ubi in rem actio exerceri debeat, en ces termes : *Sed & in locis in quibus res, propter quas contenditur constitutæ sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri.* Par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 3. liv. 2. tit. 3. chap. 1. il fut jugé que la partie qui s'étoit pourvue par action hypothécaire contre un tiers acquéreur, avoit pu l'assigner pardevant le Juge du lieu où la chose étoit située. Le défendeur avoit décliné la Jurisdiction du Juge pardevant lequel il avoit été assigné, il fut débouté de ses fins déclinatoires. Il appella de la Sentence, prétendant que l'action étoit mixte, & qu'il avoit dû être assigné pardevant le Juge de son domicile. L'Arrêt qui intervint confirma la Sentence.

IV. Il faut rappeler ici ce que nous avons remarqué

dans le titre 1. que l'action purement réelle devient mixte, lorsqu'on ajoute à la demande de l'héritage ou droit réel, la demande des fruits ou des arrérages, dont les défendeurs sont personnellement tenus. Néanmoins Bacquet, des Droits de Justice, chap. 8. n. 31. estime qu'en l'action pure réelle, il est en l'option du demandeur de poursuivre le défendeur pardevant le Juge du domicile dudit défendeur, ou pardevant le Juge du lieu auquel l'héritage contentieux est assis, ou auquel la chose controversée est située, suivant la Loi dernière C. *ubi in rem actio exerceri debeat*, laquelle, dit-il, nous suivons en France. Nous voyons en effet que même dans l'action personnelle qui a la chose pour objet, *personalis in rem scripta* ou *condictio ex Lege municipali*, comme le retrait lignager, c'est une opinion assez commune, que le demandeur a le choix de se pourvoir, ou pardevant le Juge du domicile du défendeur, ou pardevant le Juge du lieu où l'héritage est situé. Pastour *de jure feudali* liv. 6. tit. 15. n. 3. estime que l'action de retrait doit être intentée devant le Juge du domicile de l'acquéreur; & Brodeau sur Louet, lett. R. fom. 51. n. 2. rapporte des Arrêts qui l'ont ainsi jugé. Mais il a été décidé par plusieurs Arrêts que le retrayant avoit le choix de se pourvoir, ou pardevant le Juge du domicile de l'acquéreur, ou pardevant le Juge du lieu où l'héritage est assis. Ils sont rapportés par Papon liv. 7. tit. 7. art. 43. & liv. 11. tit. 7. art. 27. Bardet tom. 2. liv. 2. chap. 60. Dunod Traité des Retraits chap. 1. pag. 5. Et ce sentiment est le plus équitable & le mieux fondé, comme je l'ai remarqué dans mon Commentaire sur les Statuts de Provence, tom. 1. tit. du Retrait lignager, sect. 7. pag. 311.

V. Toutes les Jurisdiccions dépendent du Roi, fondé en toute Justice dans son Royaume, comme l'a remarqué Bacquet des Droits de Justice, chap. 4. n. 1. & la compétence des Juges est réglée par les Ordonnances, Edits & Déclarations.

VI. Par l'art. 5. de l'Edit de Cremieu du 19 juin 1536, il est ordonné que les Baillifs, Sénéchaux & Juges Présidiaux connoîtront de toutes les causes & matieres ci-

viles, personnelles & possessoires des Nobles vivans noblement, tant en demandant qu'en défendant, & des causes criminelles esquelles ils seront défendeurs, poursuivis & accusés.

VII. Mais parce que les Jurisdicions des Seigneurs sont héréditaires & patrimoniales, & que le Roi, en faisant des Réglemens pour sa Justice royale, ne préjudicie pas à celle des Seigneurs. L'article 5. de l'Edit de Cremieu de 1536. ne regarde nullement les Justices seigneuriales. Les Nobles qui y ont leur domicile, y doivent être assignés lorsqu'ils sont défendeurs, & ils doivent s'y pourvoir, quand ils forment des demandes contre des domiciliés dans ces Justices. Cela fut déclaré bien expressément par la Déclaration donnée à Compiègne le 24 février suivant. » Voulons, » dit cette Déclaration, que tous & chacuns nos vassaux » & ayans Justices, l'exercent & fassent exercer entre toutes personnes nobles & plébées, & de toutes causes & » matieres dont la connoissance leur a appartenu & appartient, & tout ainsi qu'ils ont fait & pu faire auparavant » nosdits Ordonnance & Edit, par lesquels n'avons voulu » ni entendu aucunement préjudicier à la Justice & exercice d'icelle, mais au contraire privilégier & favoriser » nosdits vassaux, même les Nobles vivans noblement. » Les Arrêts l'ont ainsi jugé. Voyez mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. sur le premier Statut n. 25. & suiv. pag. 17. & suiv.

VIII. Par la même raison la connoissance des matieres possessoires & de complainte & réintégrande que les Loix Romaines appelloient interdits, appartient aux Juges des Seigneurs dans l'étendue de leur Justice. L'article 19. de l'Edit de Cremieu de 1536 n'a fait que regler la compétence des Juges royaux dans cette matiere; & par l'article 2. de l'Ordonnance de Henri II du mois de juin 1559, il fut dit & déclaré que les Baillifs & Sénéchaux ne pourroient prendre connoissance des causes possessoires de nouvelleté ou autre quelle qu'elle fût, entre justiciables de Seigneurs sous couleur de prévention. Il n'y a plus de doute sur cette question, comme l'attestent Brodeau sur Louet lett. B. som.

11. n. 15. Bardet tom. 1. liv. 3. chap. 13. & le Parlement d'Aix le jugea ainsi par l'Arrêt du 18 juin 1726, prononcé par M. le Premier Président Lebrét, entre Simon & Mrs. Beche & le Seigneur d'Entrecasteaux, prenant le fait & cause de son Procureur Jurisdictionnel. J'ai rapporté cet Arrêt dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. pag. 20. n. 30.

IX. Mais en matière Ecclésiastique & Bénéficiale, les Juges des Seigneurs ni les Juges Ecclésiastiques ne peuvent connoître des actions possessoires & de complainte. La connoissance en appartient aux Baillifs & Sénéchaux, comme l'ont remarqué Brodeau sur Louet lett. B. fom. 11. n. 15. de Roye dans ses Institutions du Droit canonique liv. 3. tit. 4. pag. 385. dans son Traité de *Jure Patronatus*, chap. 29. pag. 99. & dans son Traité de *Juribus honorificis*, liv. 2. chap. 15.

X. Le Juge du principal est Juge de l'accessoire & de l'incident. On ne peut diviser la cause *convenientiam causæ*, plaider sur le principal devant un Juge, & sur la possession devant un autre Juge, faire divers procès de ce qui peut être terminé par un seul jugement. C'est la décision de la Loi *nulli 10. C. de Judiciis*. Ainsi le garant est tenu de procéder en la Jurisdiction où la demande originaire est pendante, suivant l'art. 8. de l'Ordonnance de 1667, tit. 8 des garans, en ces termes : » Ceux qui seront » assignés en garantie formelle ou simple, seront tenus de » procéder en la Jurisdiction où la demande originaire » fera pendante, encore qu'ils déniaient être garans, si ce » n'est que le garant soit privilégié & qu'il demande son » renvoi pardevant le Juge de son privilege; mais s'il pa- » roît par écrit & par l'évidence du fait, que la demande » originaire n'ait été formée que pour traduire le garant » hors de sa Jurisdiction, enjoignons aux Juges de ren- » voyer la cause pardevant ceux qui en doivent connoître.

XI. Lorsqu'une cause est pendante en un Tribunal, un autre Tribunal n'en peut prendre connoissance. C'est l'exception de la litispendance dont il est parlé dans l'Ordonnance de 1667, tit. des *Fins de non proceder*, art. 2.

On peut voir sur cette matiere ce que j'ai écrit dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 2. sur le Statut que *les causes pendantes pour vraie discussion & légitime concours de créanciers ne soient évoquées*, pag. 462. & suiv. J'y ai fait mention de l'Arrêt du Conseil d'Etat du 1. octobre 1665, servant de réglemeut pour les Jurisdiccions des Lieutenans en la Sénéchaussée de Provence, Juges royaux & Officiers des Seigneurs Hauts Justiciers du même Pays, qu'on pourra voir dans le recueil de Boniface tom. 1. liv. 1. tit. 10.

XII. Le Juge supérieur même ne peut évoquer à soi les causes, instances & procès pendans pardevant le Juge inférieur, sous prétexte d'appel ou de connexité. Cela ne peut lui être permis que lorsqu'il juge définitivement à l'Audience, & par un seul & même Jugement. C'est la disposition de l'art. 2. de l'Ordonnance de 1667, tit. 6. des fins de non procéder, en ces termes : » Défendons à » tous Juges, sous les mêmes peines & de nullité des Ju- » gemens qui interviendront, d'évoquer les causes, instances » & procès pendans aux Sieges inférieurs ou autres Jurif- » diccions, sous prétexte d'appel ou connexité, si ce n'est » pour juger diffinitivement en l'audience & sur le champ » par un seul & même Jugement.

XIII. Et quant aux procès criminels, l'Ordonnance de 1670, tit. 26. des appellations art. 5. s'explique en ces termes : » Les procès criminels pendans pardevant les Ju- » ges des lieux, ne pourront être évoqués par nos Cours, » si ce n'est qu'elles connoissent après avoir vu les char- » ges, que la matiere est legere & ne mérite une plus » ample instruction : auquel cas pourront les évoquer à la » charge de les juger sur le champ à l'audience & faire » mention par l'Arrêt des charges & informations : le tout » à peine de nullité.

XIV. En matiere criminelle, soit qu'il s'agisse d'un délit public ou d'un délit privé, le Juge du lieu du délit en doit connoître. C'est la disposition de l'art. 1. de l'Ordonnance criminelle de 1670, tit. 1. *de la compétence des Juges.* » La connoissance des crimes, dit cet article, appartient- » dra aux Juges des lieux où ils auront été commis.

XV. Les cas royaux font exceptés de cette regle. La connoissance en appartient aux Baillifs, Sénéchaux & Juges Présidiaux, suivant l'art. 11. du même titre 1. de l'Ordonnance de 1670. » Nos Baillifs, Sénéchaux & Juges Présidiaux, dit cet article, connoîtront, privativement à nos » autres Juges & à ceux des Seigneurs, des cas royaux, » qui font le crime de leze-Majesté en tous ses chefs, sacrilege avec effraction, rébellion aux mandemens émanés » de nous, ou de nos Officiers, la police pour le port » des armes, assemblées illicites, séditions, émotions populaires, force publique, la fabrication, l'altération ou » l'exposition de fausse monnoie, correction de nos Officiers, malversations par eux commises en leurs charges, crime d'hérésie, trouble public fait au Service divin, rapt & enlèvement de personnes par force & violence & autres cas expliqués par nos Ordonnances & » Réglemens.

XVI. Néanmoins dans tous ces cas, le Juge ordinaire du lieu du délit, est compétent pour informer, décréter, & interroger l'accusé. C'est la disposition de l'art. 21. de la Déclaration du Roi du 5 février 1731, sur les cas prévôtaux & présidiaux, en ces termes : » Voulons que tous » Juges du lieu du délit, royaux ou autres, puissent informer, décréter & interroger tous accusés, quand même » il s'agiroit de cas royaux ou de cas prévôtaux. Leur enjoignons d'y procéder aussitôt qu'ils auront eu connoissance desdits crimes, à la charge d'en avertir incessamment nos Baillifs & Sénéchaux dans le ressort desquels ils » exercent leur Justice, par acte dénoncé au Greffe Criminel desdits Baillifs & Sénéchaux, lesquels seront tenus » d'envoyer quérir aussi incessamment les procédures & les » accusés. Pourront pareillement lefd. Prévôts des Maréchaux informer de tous cas ordinaires, commis dans l'étendue de leur ressort, même décréter les accusés & les » interroger, à la charge d'en avertir incessamment nos » Baillifs & Sénéchaux, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, & de » leur remettre les procédures & les accusés, sans attendre » même qu'ils en soient requis.

XVII. Mais si le Juge est notoirement incompetent, comme s'il s'agit d'un Juge qui n'a point de Jurisdiction dans le lieu où le délit a été commis, ou d'un Juge cartulaire & d'un délit dont la connoissance ne lui appartient pas, toute la procédure est incompetent, & doit être cassée, comme il fut jugé par l'Arrêt du Parlement de Paris du 11 Juin 1706, rapporté dans le Recueil d'Augeard tom. 1. fom. 72. & celui de la Chambre des Vacations du Parlement d'Aix du 23 juillet 1735 que j'ai rapporté dans mon Commentaire des Statuts de Provence, tom. 1. pag. 23. n. 36, par lequel l'information prise par le Viguiier d'Aix sur un prétendu crime, commis dans le territoire de Septemes, le procès extraordinaire & la Sentence définitive furent cassés, sur le fondement de l'incompétence notoire du Viguiier d'Aix. Pour la compétence des Juges en matiere criminelle, voyez encore ce que j'ai remarqué ci-dessus liv. 3. tit. 14. *des obligations qui naissent des délits* n. 13. & suiv..

XVIII. Il y a des Tribunaux particuliers qui connoissent de certaines matieres, à l'exclusion des Juges ordinaires, & dont la compétence est réglée par les Ordonnances & les Réglemens intervenus sur le fait de leur Jurisdiction, comme les Juges des Eaux & Forêts pour lesquels il y a l'Ordonnance du mois d'août 1669, les Sieges de l'Amirauté pour les affaires maritimes pour lesquels il y a l'Ordonnance de la Marine du mois d'août 1681. Pour la Jurisdiction des Juges & Consuls des Marchands, voyez l'Ordonnance du Commerce de 1673, tit. 12. de la Jurisdiction des Consuls, & ce que j'ai écrit dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. sur le Statut concernant les causes des Marchands pour fait de marchandise, pag. 70. & suiv. J'ai parlé dans le même Commentaire tit. 1. n. 37. & suiv. de la Jurisdiction des Trésoriers de France & de celle des Juges de Police.



TITRE I V.

De la Preuve par écrit.

I. Le demandeur doit prouver sa demande & le défendeur ses exceptions, comme nous l'avons dit dans les titres 1. & 2. de ce quatrième livre. Cujas dans ses Paratitres du Code tit. *de Probationibus*, donne la définition de la preuve, en ces termes : *Probatio est intentionis suæ legitima fides quam facit Judici actor, vel reus, vel uterque.*

II. Il y a différentes sortes de preuves : la preuve par écrit, la preuve par témoins, le serment & les interrogatoires & confessions des parties, les procès-verbaux des Juges dans les descentes sur les lieux, les rapports d'Experts, les présomptions.

III. La preuve par écrit se fait par des actes publics passés pardevant des Notaires ou des Officiers publics, ou par un écrit sous signature privée. Cette espèce de preuve est la plus sûre, & en matière civile la plus ordinaire. Il est traité de cette preuve dans les titres du Digeste & du Code de *Fide instrumentorum*.

IV. La preuve par témoins ne peut être admise contre les actes : *Contrà scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur.* Ce sont les paroles de la Loi 1. C. de *Testibus*. Et c'est la disposition de l'art. 2. de l'Ordonnance de 1667 tit. 20. *des Faits qui gisent en preuve vocale ou littérale*, portant qu'il ne sera reçu aucune preuve par témoins, contre & outre le contenu aux actes, ni sur ce qui seroit allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agît d'une somme ou valeur moindre de cent livres. Mais suivant l'art. 3. la preuve par témoins n'est point exclue, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit.

V. S'il n'y a point de commencement de preuve par écrit, l'acte public ou sous signature privée ne peut être détruit que par l'accusation ou l'inscription de faux. La règle qui défend d'admettre la preuve par témoins contre

H h h

le contenu aux actes, n'a pas lieu en matière criminelle dans l'accusation ou l'inscription de faux, qui s'instruit extraordinairement par information, recolement & confrontation. Il y a le faux principal & le faux incident.

VI. L'accusation de faux principal se fait en la même forme que les procédures criminelles sur les autres crimes, suivant l'Ordonnance du mois de juillet de 1737, tit. *du faux principal* art. 1. dont voici les termes : » Les plaintes, » dénonciations & accusations de faux principal, se feront » en la même forme que celles des autres crimes, sans » consignation d'amende, sans inscription en faux, som- » mation ni autres procédures avec celui contre lequel » l'accusation sera formée.

VII. A l'égard du faux incident, la même Ordonnance au titre *du faux incident*, porte en l'art. 1. que » la pour- » suite du faux incident aura lieu lorsqu'une des parties » ayant signifié, communiqué ou produit quelque pièce » que ce puisse être, dans le cours de la procédure, » l'autre partie prétendra que ladite pièce est fautive ou » falsifiée. « Dans la procédure du faux incident, il y a bien des formalités à remplir à peine de nullité. On peut les voir dans l'Ordonnance de 1737 tit. 2. *du faux incident*.

VIII. Pour la reconnaissance des écritures & signatures en matière criminelle & la preuve par comparaison d'écritures, voyez l'Ordonnance de 1670 tit. 8. *de la reconnaissance des écritures & signatures en matière criminelle* & le même titre de l'Ordonnance du mois de juillet 1737. Pour les reconnaissances & vérifications des écritures en matière civile, voyez l'Ordonnance de 1667 tit. 12. *des compulsoires & collations de pièces* & l'Edit du mois de décembre 1684.



TITRE V.

De la preuve par Témoins.

I. La preuve par témoins en matiere civile se fait par des enquêtes. Comme cette preuve a ses dangers par la malice des hommes & la corruption des témoins, on ne l'admet point indistinctement & dans tous les cas. Elle n'est point reçue des choses excédant la somme ou valeur de cent livres, qui tombent en convention & dont l'on a pu passer des actes publics ou sous signature privée. C'est la disposition de l'art. 54 de l'Ordonnance de Moulins & de l'art. 2. de l'Ordonnance de 1667, tit. 20. *des faits qui gisent en preuve vocale ou litterale.* L'article 3. excepte le cas où il y auroit un commencement de preuve par écrit. Cela a lieu pour le dépôt volontaire & la preuve par témoins n'y est pas reçue, parce qu'on peut le faire à loisir, avec choix & délibération; mais il en est autrement du dépôt nécessaire qui est fait en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage & d'autres accidens imprévus où on ne peut avoir fait des actes. Il en est de même des dépôts faits dans une hôtellerie entre les mains de l'Hôte ou de l'Hôtesse. La preuve par témoins est reçue dans ces cas suivant les articles 3. & 4. du tit. 20 de l'Ordonnance de 1667.

II. Les délais sont péremptoires en matiere d'enquête suivant les anciennes Ordonnances & l'art. 2. de l'Ordonnance de 1667. tit. 22. des Enquêtes, comme l'a remarqué Bornier sur cet article; le délai porté par la Sentence qui ordonne l'enquête étant expiré, il n'est plus permis de faire enquête, ou de produire de nouveaux témoins; mais le délai peut être amplié par le Juge, si avant qu'il soit expiré la partie demande un nouveau délai pour faire déposer les témoins qui n'ont pas encore été ouïs. C'est la forme qu'on suit dans la pratique du Palais. Sans cela le délai seroit péremptoire & l'enquête nulle. Par Arrêt du Parlement d'Aix du 13 avril 1728, rendu à l'Audience

Hhh ij

dans une cause de Forcalquier, il fut jugé que le délai étoit péremptoire. Mais le délai ne court que du jour de la signification de la Sentence faite à la partie en personne ou en domicile; la signification faite au Procureur ne suffit pas, comme il fut jugé par Arrêt du 8 février 1746, prononcé par M. le Premier Président de la Tour.

III. Dans les enquêtes ordinaires on suit les formes prescrites par l'Ordonnance de 1667 au tit. 22. *des Enquêtes*. On suit une autre forme pour les enquêtes dans les matières sommaires. Il est porté par l'art. 8. de la même Ordonnance tit. 17. *des Matières sommaires* que » si les parties » se trouvent contraires en faits dans les matières som- » maires, & que la preuve par témoins en soit reçue, les » témoins seront ouïs en la prochaine Audience en la pré- » sence des parties, si elles y comparent, si non en l'ab- » sence des défaillans, & néanmoins à l'égard des Cours, » des Requêtes de l'Hôtel & du Palais & des Présidiaux, » les témoins pourront être ouïs au Greffe par un des Con- » seillers, le tout sommairement, sans frais & sans que le » délai puisse être prorogé.

IV. Les témoins suspects & contre lesquels on propose des reproches valables, ne doivent point faire de preuve. La Loi *testium 3. D. de testibus*, nous apprend que le Juge doit examiner avec soin la qualité & la condition des témoins, si le témoin est une personne honnête & irréprochable, ou s'il est noté & reprochable, s'il est riche ou pauvre, ami ou ennemi de la partie en faveur de laquelle ou contre laquelle il dépose : *Testium fides diligenter examinanda est : ideòque in persona eorum exploranda erunt in primis conditio cujusque ; utrum quis decurio, an plebeius sit, & an honestæ & inculpatae vitæ, an verò notatus quis & reprehensibilis ; an locuples vel egens sit, ut lucri causâ quid facillè admittat ; vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat : nam si careat suspitione testimonium, vel propter personam à quâ fertur, quod honesta sit, vel propter causam, quod neque lucri, neque gratiæ, neque inimicitiae causâ sit, admittendus est.*

V. L'Ordonnance de 1667 tit. 22. *des Enquêtes*, porte en l'art. 11. que » les parens & alliés des parties jusques

» aux enfans des cousins issus de germains inclusivement,
 » ne pourront être témoins en matiere civile pour déposer
 » en leur faveur ou contre eux, & feront leurs dépositi-
 » tions rejetées. « Et il est dit dans l'Ordonnance de
 1670, tit. 6. *des Informations*, art. 5. que » les témoins
 » feront enquis de leur nom, surnom, âge, qualité,
 » demeure, & s'ils sont serviteurs, domestiques, parens
 » ou alliés des parties & en quel degré; & du tout fera
 » fait mention, à peine de nullité de la déposition & des
 » dépens, dommages & intérêts des parties contre le Juge.

VI. Dans les matieres criminelles on n'a ordinairement d'autre preuve que celle des témoins. L'on appelle information la procédure qui contient leurs dépositions. Les formes qui y doivent être observées, sont prescrites par l'Ordonnance de 1670, tit. 6. *des Informations*. Les autres especes de preuve y sont aussi admises. Il est porté par l'art. 5. de l'Ordonnance de 1670, tit. 25. *des Sentences, Jugemens & Arrêts*, que » les procès criminels pourront
 » être instruits & jugés encore qu'il n'y ait point d'infor-
 » mation, si d'ailleurs il y a preuve suffisante par les in-
 » terrogatoires & par pieces authentiques & reconnues
 » par l'accusé & par les autres présomptions & circon-
 » stances du procès.

VII. Si la matiere est légère, le procès est jugé sur l'information & les interrogatoires & réponses que la partie a prêtées en conséquence du décret décerné par le Juge. Il est porté par l'Ordonnance de 1670, tit. 10. *des Décrets* art. 2. que » selon la qualité des crimes, des preu-
 » ves & des personnes, il sera ordonné que la partie sera
 » assignée pour être ouïe, ajournée à comparoir en per-
 » sonne ou prise au corps.

VIII. Mais si l'accusation mérite d'être instruite, s'il s'agit d'un crime qui puisse être puni de peine afflictive ou infamante, on procede extraordinairement par recolement & confrontation des témoins, suivant l'art. 1. de l'Ordonnance de 1670 tit 15. *des recolemens & confrontations des témoins*. Par ces moyens la vérité se découvre & l'on parvient plus sûrement à la justification ou à la conviction de l'accusé.

IX. On peut passer de la voie civile à la voie criminelle, & de la voie criminelle à la voie civile. L'Ordonnance de 1670 tit. 20. de la conversion des procès civils en procès criminels & de la reception en procès ordinaire, porte en l'art. 1. que » les Juges pourront ordonner qu'un » procès commencé par la voie civile fera poursuivi extraordinairement, s'ils connoissent qu'il peut y avoir lieu » à quelque peine corporelle. « On doit y ajouter, ou infamante, puisque dans ce cas on doit également procéder extraordinairement.

X. Et par l'art. 3. du même titre, il est ordonné que » s'il paroît avant la confrontation des témoins que l'affaire ne doit pas être poursuivie criminellement, les » Juges recevront les parties en procès ordinaire; & pour » cet effet ordonneront que les informations seront converties en enquête, & permis à l'accusé d'en faire de sa part, dans les formes prescrites pour les enquêtes.



TITRE VI.

*Du serment & des interrogatoires & confessions
des parties.*

I. Le serment qui selon les circonstances est déferé au demandeur ou au défendeur, est une sorte de preuve que le Droit admet dans certains cas. Cujas dans ses paratitres sur le titre du Code de *rebus creditis & jurejurando*, dit que le serment est une affirmation religieuse dont on rend Dieu le témoin & le Juge : *affirmatio religiosa quâ pleraque firmanur inter homines, Deo immortalî interposito, tum judice tum teste.*

II. Les choses de très-peu d'importance peuvent être décidées par le serment que le Juge déferé à l'une des parties, eu égard à la qualité des personnes & des autres présomptions s'il y en a : *inspectâ qualitate personæ rei & actoris & etiam testium & aliarum præsumptionum, si quæ in causa fuerint.* C'est la disposition de l'un de nos Statuts rapporté dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. pag. 74. Un autre Statut rapporté pag. 80. & suiv. ordonne que les causes de salaires & les autres où il s'agit d'une somme très-modique, & les causes d'alimens qui sont demandés & dûs par l'office du Juge, soient décidées par le serment de la partie à qui le Juge trouvera à propos de le déferer, lorsqu'il n'y aura pas d'autre preuve. Par l'Arrêt rapporté par Boniface tom. 1. liv. 1. tit. 39. n. 5. il fut jugé que le serment devoit être donné au maître qui est défendeur & soutient d'avoir payé les gages de son serviteur. Par un autre Arrêt rapporté dans le recueil d'Arrêts notables qu. 57. un Menuisier fut débouté de la demande du prix d'une armoire, en jurant par le Bourgeois qu'il lui en avoit payé le prix.

III. Le demandeur peut déferer le serment au défendeur, & le défendeur dans ce cas est obligé de jurer ou

de payer. S'il ne veut pas prêter le serment, il sera condamné au payement de la somme ou de la chose qui est demandée. C'est la décision de la Loi *Jusjurandum* 34. §. 6. *D. de jurejurando*, en ces termes : *Ait Prator eum à quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam. Alterum itaque eligat reus, aut solvat aut juret : si non jurat, solvere cogendus erit à Pratore.* La Loi *manifestæ* 38. du même titre dit que c'est s'avouer débiteur, si l'on ne veut jurer ni déférer le serment : *Manifestæ turpitudinis & confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.*

IV. Le serment que nous appellons supplétoire, est celui qui est donné au demandeur qui a prouvé sa demande, mais qui ne l'a pas entièrement prouvée, ou au défendeur qui a prouvé son exception, mais qui ne l'a pas entièrement prouvée ; de manière que le serment supplée à ce qui manque à la perfection de la preuve. Cela est fondé sur la Loi *in bonæ fidei* 3. *C. de rebus creditis & jurejurando*, sur laquelle Du Moulin dit, *in eo casu loquitur Lex nostra, ut tùm quod deest plenæ probationi, suppleatur per juramentum suppletorium.* Cancerius *variar. resol. part. 2. chap. 8. n. 1.* parle de ce serment dans les mêmes termes : *Certum est, dit-il, juramentum suppletorium, seu necessarium ut alii appellant, esse illud quod defertur in supplementum probationis, quandò scilicet actor vel reus semiplenè tantùm probavit, quia tunc potest Judex, parte petente, deferre juramentum semiplenè probanti, per cujus juramentum suppletur ejus probatio sufficiens ad condemnationem vel absolutionem.* Les questions sur cette matière dépendent beaucoup de l'arbitrage du Juge. Il doit considérer la qualité des parties, celle de la cause & des preuves, & les circonstances du fait, & ne pas admettre légèrement le serment. Voyez Du Moulin & Cancerius aux lieux ci-dessus cités, le Cardinal de Luca *de judiciis* disc. 25. n. 10. Danti de la preuve par témoins, addition sur le chap. 1. n. 18.

V. Le serment décisif est celui qui est déféré en jugement par l'une des parties à son adversaire, à l'effet de se rapporter à son serment. Ce serment a tant de force, qu'après qu'il a été prêté la partie ne peut plus faire rétracter

rétracter le Jugement qui est intervenu en conséquence, ni être admise à la preuve contraire. Toute action lui est déniée suivant la loi *nam postquam* 9. & la loi *si quis* 39. *D. de jurejurando*. Et c'est ainsi que l'ont jugé les Arrêts rapportés par Papon liv. 9. tit. 6. n. 16. & 17. Louet & Brodeau lett. S. som. 4. Morgues sur les Statuts de Provence pag. 23. Voyez Fevret de l'abus liv. 7. chap. 2. n. 47. Le Journal des Audiences tom. 4. liv. 13. chap. 3. Boniface tom. 3. liv. 3. tit. 13. chap. 1.

VI. Il y a le serment en plaid, *juramentum in litem*, qui est déferé au demandeur par le Juge, quand le fait qui est le fondement de la demande étant prouvé, la quantité n'est pas prouvée. C'est l'estimation du dommage qu'a souffert le demandeur par le fait de dol, d'enlèvement ou de malversation dont il se plaint; la fixation en est faite par son serment, mais elle a les bornes que le Juge lui prescrit en déterminant la somme jusqu'à laquelle la partie peu jurer, ce que le Juge détermine eu égard aux circonstances du fait & par l'estimation qu'il croit la plus juste. C'est la décision des Loix qui sont sous le titre du Digeste & du Code de *in litem jurando*, de la Loi *arbitrio* 18. *D. de dolo malo*, de la Loi *qui restituere* 68. *D. de rei vindicatione*, de la loi *si quando* 9. *C. undè vi*. Ainsi le serment en plaid est donné contre le tuteur qui n'a pas fait inventaire des biens de son pupille, suivant la Loi *tutor qui repertorium* 7. *D. de administratione & periculo tutorum*. Il est donné contre celui qui retient des pièces qu'il a & doit avoir en son pouvoir, & qui refuse de les exhiber, *L. in instrumentis* 10. *D. de in litem jurando*, *L. alio jure* 4. au même titre du Code, Boniface tom. 1. liv. 1. tit. 39. n. 2.

VII. Ce qu'on a dit touchant le serment qui est déferé par le Juge à l'une des parties, ou par l'une des parties à son adversaire, n'a pas lieu pour les réponses cathégoriques. Elles ne se rapportent point au titre de *jurejurando*, mais au titre du Digeste de *interrogationibus in jure faciendis*, procédure introduite par le Droit ancien & qui a été rétablie par les Ordonnances, comme l'a remarqué Rebuffe

dans son Commentaire des Ordonnances tom. 3. Traité des réponses par crédit art. 3. & 4. *Hodiè*, dit-il, *ventum est ad jus antiquum quo jure interrogabantur partes*. C'est ce qu'on voit dans l'Ordonnance de François I^{er}. de 1539 art. 37. & dans l'Ordonnance de 1667 tit. 10. des interrogatoires sur faits & articles, art. 1. qui est en ces termes : » Per-
 » mettons aux parties de se faire interroger en tout état
 » de cause sur faits & articles pertinens, concernant seu-
 » lement la matiere dont est question, pardevant le Juge
 » où le différend est pendant ; & en cas d'absence de la
 » partie, pardevant le Juge qui fera par lui commis, le
 » tout sans retardation de l'instruction & jugement. « Le
 serment sous lequel la partie prête ses réponses n'est donc
 pas décisif. C'est une instruction pour le jugement. Et la
 preuve du contraire est reçue, comme l'a remarqué Bor-
 nier sur l'art. 7. de l'Ordonnance de 1667 tit. 10. des *In-*
terrogatoires sur faits & articles. Nous le tenons ainsi con-
 stamment, comme il a été jugé par l'Arrêt rapporté par
 Boniface tom. 3. liv. 3. tit. 13. chap. 3. & celui qui est
 rapporté dans le recueil de Bonnet lett. S. fom. 4. mais s'il
 s'agit de la preuve par témoins, on ne doit l'admettre que
 dans les cas où elle peut être reçue suivant le Droit & les
 Ordonnances.

VIII. Par l'art. 1. du tit. 10. de l'Ordonnance de 1667,
 il est permis aux parties de se faire interroger en tout état
 de cause sur faits & articles pertinens, concernant seule-
 ment la matiere dont il est question ; si les faits articulés
 ne sont point tels, la partie ne peut être obligée de ré-
 pondre, comme l'a remarqué Bornier sur cet article. » Si
 » les faits, dit-il, sont impertinens, ne concernant point
 » la cause & la matiere dont est question, calomnieux ou
 » captieux & préjudiciables, ou qu'ils concernent le dol
 » & la conscience des parties, qu'ils aillent à découvrir
 » leur turpitude, alors elles ne sont pas tenues de ré-
 » pondre.

IX. Le serment doit être prêté en personne, & ne peut
 être prêté par procureur. Rien n'est plus personnel que le
 serment. Bien des gens peuvent croire ne pas jurer lors-

qu'ils jurent par procureur, & tel qui fait une procuration ne soutiendrait pas la présence du Juge, comme l'a remarqué M. d'Argentré sur la Coutume de Bretagne, art. 98. not. 3. n. 3. Il est ordonné par l'art. 6. de l'Ordonnance de Rouffillon, & par l'art. 6. de l'Ordonnance de 1667 tit. 10. *des interrogatoires sur faits & articles*, que » la partie répondra en personne & non par procureur ni » par écrit; & en cas de maladie ou empêchement légitime, le Juge se transportera en son domicile pour » recevoir son interrogatoire. « Et c'est ainsi que l'ont jugé les Arrêts rapportés par Papon liv. 9. tit. 5. art. 3. Bouvot tom. 1. part. 3. *verb.* Réponse par Procureur quest. 1. Despeiffes tom. 2. pag. 532. n. 11. & pag. 533. & suiv. n. 1. On le Juge ainsi en matière de retrait lignager pour le serment que le retrayant doit prêter, qu'il fait le retrait pour lui-même & non pour autrui. J'en ai rapporté les Arrêts dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. tit. *du Retrait lignager* sect. 3. n. 20. pag. 283. & suiv.

X. Le serment que prête le retrayant lignager n'est point décisif. Il n'est que cathégorique; & la preuve de la fraude & de l'accomodation de nom est reçue nonobstant le serment que le retrayant a prêté. On peut voir ce que j'ai écrit sur cette matière au lieu cité de mon Commentaire des Statuts de Provence n. 21. & suiv.

XI. La confession est la déclaration ou la reconnoissance de la vérité d'un fait; & étant faite en jugement ou dans des interrogatoires en matière civile, elle fait une preuve entière contre celui qui l'a faite: *Confessus pro judicato est qui quodammodo suâ sententiâ damnatur*, dit la Loi 1. D. *de confessis*. Il y a la même décision dans la loi unique du même titre au Code; & la Loi *Proinde* 25. §. 2. D. *ad L. aquiliam* dit, *nullæ partes sunt judicandi in consuetis*.

XII. Il n'en est pas de même en matière criminelle. La confession de l'accusé ne fait pas une preuve sur laquelle il puisse être condamné à mort, s'il n'y a pas d'autre preuve. *Nemo auditur perire volens*. C'est la décision de la Loi 1. §. *Divus Severus* 17. D. *de quæstionibus*: *Divus Severus*

rescriptis confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat. Voyez Louet & Brodeau lett. C. som. 34. Robert *rerum judicatarum* liv. 1. chap. 4. Despeiffes tom. 2. pag. 688. n. 3. Mascardus *de probationibus* qu. 7.

XIII. On tient communément que la confession est indivisible en matiere civile : *Confessio in civilibus non scinditur*, Faber def. 1. C. *de confessis*, Chorier Jurisprudence de Guy Pape liv. 5. sect. 4. art. 3. aux notes, Cancerus *variar. resol.* part. 1. chap. 18. n. 8. Cela n'est pas toutefois sans distinction ; & plusieurs estiment que la confession se peut diviser, lorsque les faits ne sont pas connexes, lorsqu'ils sont différens & séparés. Voyez la Loi *Publia Mœvia* 26. §. *Titius Sempronius* 2. D. *depositi*, Du Moulin sur la Coutume de Paris §. 9. glos. 6. *in verb.* rendre compte n. 24. Grivel décis. 12. n. 24. Henrys tom. 4. qu. 6. pag. 18. le Journal du Palais part. 6. pag. 357. & suiv. Arrêt du 3. août 1678.



TITRE VII.

*Des Descentes sur les lieux & des rapports
d'Experts.*

I. S'il s'agit d'une affaire où il soit nécessaire que le Juge examine par lui-même la situation ou la disposition du lieu contentieux & qu'il soit dressé procès-verbal de l'état des lieux & des dire & contestations des parties, le Juge peut ordonner la descente d'office ; & à plus forte raison lorsqu'il en est requis. Il peut pareillement, si le cas le requiert, ordonner qu'il sera fait un plan ou figure des lieux par un Géometre ou un Architecte. Mais lorsqu'il ne s'agit que d'un simple rapport d'Experts, le Juge ne peut faire descente sur les lieux, s'il n'en est requis par écrit par l'une des parties. C'est la disposition de l'art. 1. de l'Ordonnance de 1667 tit. 21. *des Descentes sur les lieux*, en ces termes : » Les Juges, même ceux de nos Cours, » ne pourront faire descente sur les lieux dans les matieres » où il n'échoit qu'un simple rapport d'Experts, s'ils n'en » sont requis par écrit par l'une ou l'autre des parties, à peine » de nullité, de restitution de ce qu'ils auront reçu pour » leurs vacations & de tous dépens, dommages & intérêts.

II. Dans les matieres expérimentales & les choses que le Juge ne peut faire par lui-même, il commet des Experts qui en font le rapport & donnent leur avis. On leur permet souvent d'entendre les témoins, & alors ils font une enquête contenant les dépositions des témoins produits par les parties.

III. Si les parties ne conviennent pas des Experts, le Juge les nomme d'office. Avant leur nomination, suivant l'usage de cette Province & les Arrêts rapportés par Boniface tom. 1. liv. 1. tit. 30. n. 1. & 2. les parties ont la liberté de donner un rôle des Experts qui ne leur sont pas suspects & d'exclure ceux qui leur sont suspects ; mais après que les Experts ont été nommés, les parties ne peu-

vent les recuser que par les mêmes moyens qu'on recuse les Juges. Les Experts doivent prêter serment. On observe pour leur nomination ce qui est prescrit par le Règlement du Parlement tit. *nomination des Experts & Rapport* art. 1.

IV. La partie qui se prétend lésée par le rapport des Experts, en peut recourir par recours simple à d'autres Experts, & ce recours est ouvert jusqu'à ce qu'il y ait trois rapports conformes. On en peut recourir au Juge comme arbitre de droit, si les Experts ont jugé un point de droit, s'ils ont mal interprété les actes, les enquêtes, les jugemens, s'ils en ont tiré des conclusions fausses. Le rapport est nul si les Experts ont excédé leur pouvoir, s'ils ne se sont pas conformés à leur commission. On peut voir pour les usages de cette Province ce que j'ai écrit sur cette matière dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. tit. *de l'appel des Sentences arbitrales, des Experts & du recours de leurs rapports* n. 9. & suiv. pag. 361. & suiv.

V. Suivant l'Edit du mois de mars 1670, rapporté par Boniface tom. 3. liv. 2. tit. 5. chap. 1. les Experts doivent être nommés des lieux où les prises & estimations doivent être faites; & en cas de suspicion, des lieux circonvoisins & dans la même Viguerie. Il y en a deux raisons: la première que les personnes du lieu ont plus d'expérience pour les connoissances locales; la seconde qu'il en coûte moins de frais aux parties.



TITRE VIII.

Des Présomptions.

I. Les Présomptions sont une sorte de preuve. Ce sont, disent nos Auteurs, des conséquences qu'on tire d'un fait certain & connu, pour faire connoître la vérité d'un fait incertain. J'en rapporterai ici quelques exemples.

II. S'il y a une contestation entre deux personnes pour la propriété d'un fonds, la présomption est en faveur de celui qui en a la possession, & il y sera maintenu si l'autre ne prouve pas qu'il en ait le droit §. 4. *Inst. de interdicitis, L. possessiones 2. C. de probationibus.* La Loi 128. *D. de diversis regulis juris* dit : *in pari causâ possessor potior haberi debet.*

III. Tout ce que se trouve avoir une femme, soit en argent ou en meubles, les sommes qu'elle a placées pendant le mariage, celles dont elle a fait des acquisitions de fonds, toutes ces choses sont présumées provenir des biens du mari & lui appartiennent, à moins que la femme ou ses héritiers ne prouvent qu'elle les a eues d'ailleurs. C'est la décision de la Loi *Quintus Mutius 51. D. de donationibus inter virum & uxorem*, & de la Loi *etiam si 6.* au même titre du Code & la doctrine du Président Faber *def. 36. & def. 41. C. de probationibus & præsumptionibus*, de Ranchin *decif. verb. uxor. art. 2.* de Charondas *liv. 13. resp. 100.* de Despeisses *tom. 1. pag. 279. n. 8.* & les Arrêts l'ont ainsi jugé, *Journal des Audiences tom. 4. liv. 4. chap. 31.* Arrêt du 26 juillet 1689. *Catellan liv. 4. chap. 5.* Boniface *tom. 4. liv. 5. tit. 14. chap. 2.* Et la même présomption a lieu pour ce que la femme acquiert après la mort du mari pendant l'année de deuil, comme l'ont remarqué Du Moulin sur les *Conseils d'Alexandre vol. 2. conf. 82.* Bornier sur les *décisions de Ranchin verb. uxor. art. 2.* Menoch *de præsumptionibus lib. 3. præsumpt. 51. n. 22.* Cancérius *variar. resol. part. 1. chap. 9. n. 44.* Par l'Arrêt rapporté par Du-

perier tom. 2. aux Arrêts de M. de Coriolis fom. 61. il fut jugé que la disposition de la Loi *Quintus Mutius* a lieu contre la veuve pendant l'année de deuil.

IV. Une autre présomption importante pour l'état des personnes, est que celui qui est né d'une femme mariée & qui a été conçu durant le mariage, est réputé le fils du mari, suivant la Loi *filium* 6. *D. de his qui sui vel alieni juris sunt* & la Loi *miles* 11. §. *quæ propter* 9. *D. ad L. juliam de adulteriis*, d'où s'est formée la maxime *justus est filius quem nuptiæ demonstrant*. La déclaration même contraire du pere & de la mere ne doit pas nuire à l'état de l'enfant, suivant la Loi *ait Prætor* 3. §. 3. *D. de jurejurando*, la Loi *Imperatores* 29. §. *mulier* 1. *D. de probationibus & præsumptionibus*, la Loi *non nudis* 14. *C. de probationibus*. Voyez Mornac sur la Loi *filium* 6. *D. de his qui sui vel alieni juris sunt*, Le Prestre cent. 3. chap. 34. Henrys tom. 3. liv. 6. qu. 38. le Journal des Audiences tom. 1. liv. 8. chap. 22. Arrêt du 5 juillet 1655. tom. 2. liv. 3. chap. 7. Arrêt du 26 janvier 1664. tom. 4. liv. 10. chap. 16. Arrêt du 16 juillet 1695. les Arrêts de Soefve tom. 2. cent. 4. chap. 1. Le Brun des successions liv. 1. chap. 4. sect. 2. les Causes célèbres tom. 3. pag. 270. & suiv. tom. 5. pag. 1. & suiv. tom. 6. pag. 329. & suiv.

V. Dans les questions concernant les absens dont on n'a point de nouvelles, on allégué communement la regle que l'homme est présumé vivre cent ans. On cite la Loi *an usufructus* 56. *D. de usufructu*, la Loi *si usufructus* 8. *D. de usu & usufructu*, & la Loi *ut inter* 23. *C. de sacrosanctis Ecclesiis*, qui disent que cent ans sont le tems le plus long de la vie de l'homme, *longissimum vitæ hominis tempus*. Il est vrai cependant, comme l'a remarqué Mornac sur la loi derniere *C. de sacrosanctis Ecclesiis*, que parmi plusieurs mille hommes, à peine en trouve-t-on un seul qui parvienne à cet âge : *Ubi de vitâ hominis agitur, vix est ut ex millibus plurimis inveniatur qui centum annos impleat*. Et il y a peu de matieres où il y ait eu autant de variations dans les sentimens des Docteurs & dans la jurisprudence des Arrêts. Voyez Bartole sur la Loi 2. §. *si dubitetur*

biteur *D. quemadmodum testamenta aperiantur*, & dans son *Traité testimoniorum §. mortuum n. 37.* Du Moulin sur la Coutume de Paris tit. 1. §. 1. glos. 2. *in verb.* par faute n. 4. & sur les Conseils d'Alexandre vol. 5. conf. 1. *verb. vivere*, Choppin sur la Coutume de Paris liv. 2. tit. 5. n. 25. Coquille quest. 48. Le Prestre & Gueret cent. 4. chap. 90. Ricard des dispositions conditionnelles chap. 5. sect. 4. n. 366. & suiv. Le Brun des successions liv. 1. chap. 1. sect. 1. Ferriere sur l'art. 318. de la Coutume de Paris n. 9. & suiv. tom. 4. col. 683. & suiv. Henrys & Bretonnier tom. 2. suite du liv. 4. quest. 160. Bretonnier dans ses questions de Droit *verb.* absent, les Arrêtés de M. de Lamoignon tit. *des absens*, le Journal des Audiences tom. 1. liv. 2. chap. 14. Arrêt du 7 juillet 1629. chap. 145. Arrêt du 2 janvier 1634; & tom. 4. liv. 3. chap. 4. Arrêt du 9 mars 1688. De Cormis tom. 1. col. 1793. & suiv. chap. 16.

VI. Lorsqu'on se fonde sur la mort de quelqu'un pour recueillir sa succession ou pour d'autres causes, il faut la prouver, comme l'a remarqué Peregrinus *de fideicommissis* art. 43. n. 37. *Fundans intentionem suam super morte alicujus, illam probare debet.* Et si l'on ne la prouve pas, l'absent est réputé vivant & n'est présumé mort qu'après sa centième année. Toutefois pour empêcher la dissipation des biens & les conserver dans les familles, il a été établi qu'après un certain tems les plus proches parens de l'absent duquel on n'a point de nouvelles, pourroient demander le partage provisionnel de ses biens, à la charge de les rendre s'il venoit à paroître. Voyez Chenu sur les Arrêts de Papon liv. 15. tit. 7. art. 6. Le Prestre & Gueret cent. 4. chap. 90. Lapeyrere lett. M. n. 54. & lett. P. *verb.* partage, Catellan & Vedel liv. 2. chap. 58. Boniface tom. 2. liv. 1. tit. 23. chap. un. le *Traité des successions* de M. de Montvalon tom. 1. chap. 1. art. 10. Mais quel est le tems après lequel le partage provisionnel peut être demandé? Les uns disent après cinq ans d'absence, d'autres après sept ans, d'autres après neuf ans, d'autres après dix ans. Le Brun dans son *traité des successions* liv. 1. tit. 1. sect. 1. n. 8. estime que cela doit être laissé à l'arbitrage du Juge

qui examinera les circonstances. A l'égard des femmes des absens, elles peuvent agir pour leurs conventions matrimoniales; mais elles ne peuvent contracter un second mariage que sur des preuves certaines de la mort de leurs maris, suivant le chapitre *in præsentiâ* 19. de *sponsalibus & matrimonio*, & le chapitre *dominus* 2. de *secundis nuptiis*, aux Décretales. Et pour ce qui est du mariage des enfans de l'absent, il faut voir ce que j'ai écrit au liv. 1. tit. 2. du mariage n. 26.

VII. Mais lorsqu'on veut faire agir l'absent dont on n'a point de nouvelles, lui faire recueillir des successions ou acquérir d'autres droits, on doit prouver son existence & qu'il a été vivant au tems où ces droits sont échus. C'est le fondement de la demande. On doit par conséquent en rapporter la preuve. Et par la même raison que lorsqu'on se fonde sur la mort de quelqu'un, on doit la prouver, lorsqu'on se fonde sur la vie & l'existence d'un absent, on doit la prouver aussi. *Qui super vitâ fundat se, debet quoque de vitâ probare*, dit Peregrinus de *fideicommissis* art. 43. n. 37. De maniere que dans ce cas la regle que l'homme est présumé vivre cent ans, n'a pas lieu. C'est ce qu'a fort bien remarqué Cancerius *variar. resol.* part. 3. chap. 1. n. 221. *Contraria sententia, dit-il, est verior, quia regula illa quod quis præsumitur vivere centum annos, non habet locum cum quis agendo se fundat in vitâ alicujus; tunc siquidem tenetur probare quod vivat.* C'est le sentiment d'Olivier Estienne dans son *Traité des Hypotheques* chap. 11. pag. 60. & suiv. Cela paroît vrai à l'égard des héritiers de l'absent. Mais pour ce qui est de ses créanciers, il y a des Arrêts qui ont jugé que l'absent étoit présumé vivant, & ont reçu ses créanciers à se payer sur la légitime ou les droits successifs échus depuis son absence. Le Parlement de Paris le jugea ainsi par l'Arrêt du 7 juillet 1629, rapporté dans le *Journal des Audiences* tom. 1. liv. 2. chap. 14. & par un autre Arrêt du 13 février 1672, rapporté dans le *Journal du Palais* part. 1. pag. 178. La même chose fut jugée par l'Arrêt du Parlement de Rouen du 12 mars 1655, rapporté par Basnage sur l'art. 235. de la Coutume de Normandie tom. 1. pag. 397. par lequel

un absent depuis dix ans fut présumé vivant, & son créancier reçu à se faire payer sur la succession à lui échue depuis son absence.

VIII. Lorsqu'il s'agit de deux personnes comme le pere & l'enfant, la mere & l'enfant qui ont péri dans un même incendie, un même naufrage, les ruines d'une maison ou d'autres accidens, à faute de preuve certaine, on a recours aux présomptions pour déterminer lequel est mort le premier & régler l'ordre des successions. On tire ces présomptions des circonstances du fait, de l'âge, de la force, du sexe des personnes. Voyez Covarruvias *variar. resol. lib. 2. cap. 7.* Menoch *de præsumptionibus lib. 6. præf. 50.* Peregrinus *de fideicommissis art. 43. n. 53. & suiv.* Ricard des Dispositions conditionnelles chap. 5. sect. 5. n. 570. & suiv. Le Brun des Successions liv. 1. chap. 1. sect. 1. n. 13. & suiv. Duperier tom. 1. liv. 4. quest. 9. & tom. 2. aux Arrêts de M. de Coriolis fom. 3. les Arrêts de Bouguier lett. C. fom. 4. l'Arrêt du 9 février 1629 & celui du 10 mai 1655, rapportés dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 2. chap. 33. & liv. 8. chap. 18. les Discours de M. l'Avocat Général de Gueidan tom. 1. disc. 4.

IX. Lorsque le débiteur de la taille présente trois quittances consécutives des tailles des trois dernières années, on présume qu'il a payé les tailles des années précédentes, à moins qu'il n'y eût des preuves du contraire. C'est la décision de la Loi *Quicumque 3. C. de apochis publicis*, en ces termes : *Cùm probatio aliqua ab eo tributariæ solutionis exposciatur, si trium coherentium sibi annorum apochas, securitatesque protulerit, superiorum temporum apochas non cogatur ostendere, neque de præterito ad illationem functionis tributariæ coerceatur, nisi fortè aut curialis, aut quicumque apparitor, vel optio, vel actuarius, vel quilibet publici debiti exactor sive compulsor possessorum, vel collatorum habuerit cautionem, aut id quod reposcit deberi sibi manifestâ gestorum adsertione patefecerit.*

X. Les Docteurs ont appliqué la décision de cette Loi à l'emphytéote qui produit trois quittances consécutives du cens des trois dernières années, & généralement à tous les autres débiteurs de rentes ou pensions annuelles. C'est l'avis

de Cancerius *variarum resolutionum* part. 1. chap. 14. n. 43. & 45 : de maniere, dit-il, que le paiement ait été fait de trois années continues, & par trois paiemens distincts de chaque année. Il en seroit autrement, & le paiement des années précédentes ne seroit pas présumé, si le paiement des trois dernieres années avoit été fait en même tems & par une seule quittance : *Cum eo tamen ut solutio sit facta tribus continuis annis, ac tribus solutionibus distinctis, quolibet scilicet anno : secus si interpolatim vel uno contextu sit facta unica solutio pro tribus annis, quia tunc non præsumitur pro præterito solvisse, nisi id probet.* Voyez le Président Faber déf. 32. C. de *solutionibus & liberationibus*, Ranchin & Bornier *decis. verb. Solutio* art. 24. Despeisses tom. 3. des *tailles*, tit. 2. art. 14. sect. 1. n. 37. pag. 296. Catellan & Vedel liv. 3. chap. 28.

XI. Lorsqu'il s'agit de la disposition d'un contrat ou d'un autre acte qui présente des doutes, on l'explique par l'observance qui s'est ensuivie. On présume que la disposition est telle qu'il paroît par l'usage qu'on en a fait. *Talis præsumitur titulus qualis apparet usus.* C'est la remarque de Bertrand vol. 1. part. 2. Conf. 126. n. 1. de Clapiers caus. 23. quest. 3. n. 2. de Bellus Conf. 103. n. 12. de Sanleger *resol. civil.* chap. 68. n. 7. Le Cardinal de Luca dans son *Traité de Emptione* disc. 9. n. 8. dit que l'observance est la meilleure interprete de toutes les dispositions & de la volonté des contractans, & la reine des interprétations : *Omnis difficultas cessare videbatur ex subsequuta observantiâ, quæ juxta passim receptam & quotidianam propositionem, quâ nil in foro frequenius, omnium actuum, ac dispositionum, etiam contractuum, seu contrahentium voluntatis est optima interpres, ac interpretationum regina.* Il dit la même chose dans son *Traité de Judiciis* disc. 21. n. 7. où il observe qu'on n'a pas besoin, pour cette interprétation, ni du tems, ni des autres qualités qui seroient requises pour la prescription : *Atque ista species alicujus determinati temporis spatio non indiget, minusque aliis requisitis præscriptionis.* Fagnan a fait la même observation sur le chap. 1. *extrâ de consuetudine* n. 36.

XII. Si un jugement contient quelque disposition obscure ou ambiguë, on doit l'entendre & l'expliquer selon le Droit & la matière dont il s'agit. On présume que l'intention du Juge a été telle qu'elle a dû l'être. C'est la remarque de Du Moulin sur la coutume de Paris §. 60. glos. 1. *in verb.* par main souveraine n. 16. *Verba Judicis, etiam impropriando, si opus sit, reducuntur ad intellectum juris & materiæ subjectæ; & talis ejus, scilicet Judicis, mens præsumitur qualis esse debet.* J'en ai rapporté des exemples dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 2. part. 3. des Tailles sect. 3. n. 26. pag. 326. & tit. des Prescriptions, sect. 4. n. 14. pag. 548.

XIII. Il y a des présomptions que les Docteurs appellent *juris & de jure*, qui sont telles, que ce qu'on présume passe pour une vérité certaine, sans qu'il soit besoin d'autre preuve, & comme dit Mascardus en son Traité de *Probationibus* quest. 10. n. 48. *Dicitur juris præsumptio quia a lege introducta fuit; de jure verò, quia super hâc præsumptione Lex firmum sancit jus & eam pro veritate habet.* Il y en a d'autres qui ne sont que des conjectures, & qui seules ne font pas passer pour certain ce qui est présumé. Voyez Mascardus au lieu cité, Menoch dans son Traité de *Præsumptionibus*.

XIV. La preuve qui résulte de l'évidence du fait, est, comme disent nos Auteurs, la plus forte & la plus sûre. *Nulla est major nec certior probatio quam quæ fit per evidentiam rei, cum res ipsa loquitur*, dit le Président Faber déf. 5. C. ad L. *Corneliam de falsis* not. 7. liv. 9. tit. 13. d'Argentré sur la coutume de Bretagne art. 131. glos. 1. n. 2. dit pareillement, *probatio quæ fit per rerum evidentiam omnem aliam superat.* Voyez Mascardus dans son Traité de *Probationibus* quest. 8.



TITRE IX

Des Sentences & Jugemens.

Il y a des Jugemens provisionnels, des Jugemens interlocutoires, des Jugemens définitifs.

II. Le Jugement provisionnel est celui qui pendant l'instruction adjuge une somme ou quelque chose par provision à l'une des parties, ou ordonne que telle ou telle chose sera faite. La forme qu'on observe dans les Jugemens provisionnels, est d'ordonner qu'il sera poursuivi au principal, ainsi qu'il appartient; & cependant que sans préjudice du droit des parties, il sera adjugé, par manière de provision, une telle somme; ou bien que par Experts convenus ou pris d'office il sera fait rapport de description de l'état des lieux, &c. Ces sortes de Jugemens ne préjugent point le principal.

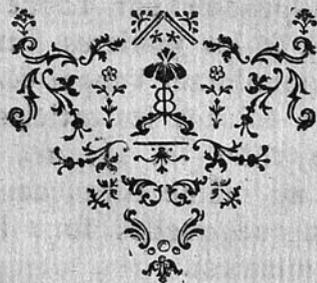
III. Le Jugement interlocutoire est celui qui prononçant sur le principal, ordonne qu'avant dire droit à la demande, fins & conclusions des parties, on vérifiera, ou prouvera tel ou tel fait. Par le Droit Romain, on ne pouvoit pas appeler avant la Sentence définitive, suivant la *Loi Antè sententiæ 7. C. quorum appellationes non recipiantur*, & la glose sur cette Loi. Cujas dans ses Observations liv. 12. chap. 3. en rapporte deux raisons, l'une pour éviter la longueur des procès, l'autre, parce que le préjudice pouvoit être réparé en définitive. Il en est autrement parmi nous. Les Sentences interlocutoires préjugent la cause, & la partie qui y est lésée en doit appeler, comme l'a remarqué Theveneau dans son Commentaire des Ordonnances liv. 6. tit. 6. art. 1. » Autre est, dit-il, la Jurisprudence » françoise; car il faut appeler de tous interlocutoires, » autrement ils font préjudice en la cause.

IV. Il ne peut point y avoir d'appel des Jugemens rendus en dernier ressort. Les Jugemens interlocutoires de cette qualité préjugeront-ils la cause? On tient communé-

ment qu'ils préjugent la cause. Il y a néanmoins des Arrêts qui ont jugé que la question au fond pouvoit encore être agitée, & l'inutilité ou le préjudice de l'interlocution être réparés en définitive, sur-tout lorsque l'Arrêt ou le Jugement interlocutoire contient la clause sans préjudice du droit des parties. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par Arrêt du 26 mars 1735, au rapport de M. de Beauval, en faveur de Charles Verdet, pour qui j'écrivois, contre Hode, Fermier des droits de directe de la ville de Manosque. Voyez les actions forenses de Peleus liv. 6. art. 36. pag. 732. les Arrêts de Maynard liv. 7. chap. 17.

V. Le Jugement définitif est celui qui décide & termine la contestation qui est entre les parties, qui fait droit à la demande ou qui en déboute le demandeur.

VI. Les Jugemens qui ont passé en force de chose jugée, sont les Jugemens rendus en dernier ressort, & ceux dont il n'y a point d'appel ou dont l'appel n'est pas recevable. C'est la disposition de l'art. 5. de l'Ordonnance de 1667 tit. 27. *de l'exécution des Jugemens.*



TITRE X.

Des Appellations.

I. L'appel est une voie ordinaire & nécessaire pour corriger l'injustice des Sentences des premiers Juges, *L. 1. D. de appellationibus & relationibus*. On est obligé d'avoir recours à cette voie, parce que le Juge qui a rendu une Sentence ne peut pas la réformer lui-même, suivant la Loi *Judex posteaquam 55. D. de re judicatâ*, & la Loi *quia arbiter 20. D. de receptis qui arbitrium receperunt*. Et l'on propose pardevant le Juge d'appel les moyens de défense qui avoient été omis pardevant le premier Juge, & l'on rapporte les preuves qui n'avoient pas été rapportées, suivant la regle du Droit *non deducta deducam, non probata probabo*, *L. eos qui 6. §. 1. D. de appellationibus & consultationibus*, *L. per hanc 4. C. de temporibus & reparationibus appellationum*.

II. Régulièrement l'appel a un effet suspensif. Il y a cependant des cas où l'exécution des Sentences des premiers Juges n'est point suspendue par l'appel. Dans les choses concernant la police & les matieres sommaires, les Jugemens sont exécutés nonobstant l'appel & sans y préjudicier, en donnant caution, suivant les articles 12. 13. 14. & 15. de l'Ordonnance de 1667 tit. 17. *des matieres sommaires*. Cette Ordonnance, au même titre, dans l'article 1. & les articles suivans, marque quelles sont les causes qui sont réputées matieres sommaires.

III. Bornier sur l'Ordonnance de 1667 tit. *des matieres sommaires* art. 14. & le nouveau Commentateur de cette Ordonnance sur l'art. 15. du même titre, observent que cette exécution provisoire des Sentences nonobstant l'appel n'a pas lieu pour les dépens. On juge au Parlement d'Aix qu'elle a lieu, tant pour les dépens que pour les autres dispositions de la Sentence. Et cet usage est fondé sur l'art. 15. de l'Ordonnance de Provence du mois d'octobre 1535
tit.

tit. *des appellations*, comme l'a remarqué M. de Montvalon dans son Précis des Ordonnances pag. 24. n. 6. Par Arrêt du 30 juillet 1712, prononcé par M. le Président de Pionenc entre Michel & Remusat de la ville de Marseille, l'exécution provisoire fut ordonnée pour les dépens en faveur du défendeur, le demandeur ayant été débouté de sa demande d'une somme de 38 livres Par un autre Arrêt du 17 décembre 1739, prononcé par M. le Premier Président de La Tour, en faveur de la Dame d'Estienne, veuve du sieur de Cipriani, Dame de Cabriés, contre le sieur Le Blanc, il fut jugé qu'une Sentence du Lieutenant au Siege d'Aix, rendue en matiere de complainte & réinté-grande, devoit être provisoirement exécutée pour les dépens comme pour le principal.

IV. Par l'Edit de Charles IX du mois de novembre 1563, portant création de Juges-Consuls dans la ville de Paris pour le jugement des causes de Marchands, pour fait de marchandises, les autres Edits portant création de Juges-Consuls dans les autres Villes du Royaume & celui du mois d'octobre 1565, confirmatif de la Jurisdiction des Juges des Marchands établie de toute ancienneté dans la ville de Marseille, il est ordonné que » des Mandemens, » Sentences ou Jugemens qui seront donnés par lesdits Juges des Marchands sur différends mus entre Marchands » & pour fait de marchandises, l'appel ne soit reçu, pourvu » que la demande & condamnation n'excede la somme de » 500 livres pour une fois payer; » & il y est ajouté qu'ès » cas qui excedent ladite somme de 500 livres tournois, » fera passé outre à l'exécution des Sentences desdits Juges, » nonobstant oppositions ou appellations quelconques & » sans préjudice d'icelles.

V. Il y a des exemples, mais très-rares, comme celui des Juges-Consuls, où des Juges subalternes jugent en dernier ressort & sans appel jusqu'à une certaine somme. Le Roi, de qui procedent toutes les Jurisdctions, a réglé l'étendue & les bornes du pouvoir des Officiers qu'il rend dépositaires de son autorité. Il est ordonné dans l'Ordonnance de la Marine de 1681. liv. 1. tit. 13. des Juge-

mens & de leur exécution art. 1. que » tous Jugemens » des Sieges particuliers de l'Amirauté qui n'excéderont la » somme de cinquante livres , & ceux des Sieges généraux » raux es Tables de Marbre qui n'excéderont cent cinquante livres , seront exécutés définitivement & sans appel ». J'ai rapporté dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. pag. 75. n. 2. des Arrêts du Parlement d'Aix , par lesquels il a été jugé que l'appel n'étoit pas recevable des Sentences des Lieutenans de l'Amirauté qui n'excédoient la somme de cinquante livres.

VI. Suivant le Droit, on pouvoit appeller jusqu'à ce qu'il y eut trois Sentences conformes , *L. 1. C. ne liceat in unâ eâdemque causâ tertio provocare*. Nous avons un ancien Statut portant art. 3. que s'il y a trois Sentences conformes elles seront réellement mises à exécution. Cela n'a plus eu lieu parmi nous , lorsque Louis XII. par ses Lettres patentes du mois de juillet 1501. eut créé & érigé à Aix un Parlement qui par ses Arrêts jugea souverainement & en dernier ressort les différends des parties. Il est dit dans ces Lettres patentes qu'on a voulu *obvier aux grandes longueurs , subterfuges & délais des parties plaidoyants , lesquels par le premier train & forme accoutumée de ladite Justice pouvoient appeller des Sentences qui sont données par les Juges inférieurs à quatre , cinq ou six fois , devant que venir à la définitive , tellement que les procès étoient comme immortels*.

VII. Comme il n'y a point de pareil Règlement dans les Tribunaux Ecclésiastiques , l'on y suit encore la disposition du Droit , & l'on est reçu à l'appel jusqu'à ce qu'il y ait trois Sentences conformes. A l'égard des Sentences interlocutoires , on n'en peut appeller après deux Sentences conformes , suivant la Pragmatique-Sanction tit. 6. *de frivolis appellationibus* , & le Concordat de Leon X. & de François I. tit. 11. *de frivolis appellationibus* §. 4. Mais l'on peut toujours appeller comme d'abus au Parlement , même après trois Sentences définitives conformes , comme l'observe Fevret dans son Traité de l'Abus liv. 1. chap. 2. n. 14. Sur le même fondement qu'on peut appeller , suivant le Droit , jusqu'à ce qu'il y ait trois Sentences con-

formes ; nous avons retenu l'usage en matiere de rapport d'Experts , qu'on en peut recourir jusqu'à ce qu'il y ait trois rapports conformes , comme je l'ai remarqué dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. tit. de l'appel des Sentences arbitrales &c. n. 9. pag. 361.

VIII. Les appellations qualifiées comme d'abus sont interjettées des Ordonnances , Jugemens & Actes des Juges d'Eglise. Il y a lieu à ces appellations , lorsque les Juges d'Eglise ont entrepris sur la puissance & la juridiction temporelle ; s'ils ont contrevenu aux saints Décrets & Constitutions Canoniques reçues dans le Royaume , aux Libertés de l'Eglise Gallicane , aux Ordonnances de nos Rois , aux Arrêts des Cours Souveraines. Les Cours ne peuvent connoître que par cette voie des Ordonnances & Jugemens des Juges d'Eglise , ni recevoir d'autres appellations. Voyez l'Edit de 1695. concernant la Jurisdiction Ecclesiastique art. 35. 36. & 37. Fevret Traité de l'Abus , de Marca de concordia Sacerdotii & Imperii. Il est ordonné dans l'art. 36. de l'Edit de 1695. que » les appellations » comme d'abus qui seront interjettées des Ordonnances & » Jugemens rendus par les Archevêques, Evêques & Juges » d'Eglise pour la célébration du Service Divin , réparation » des Eglises , achats d'ornemens , subsistance des Curés , » rétablissement ou conservation de la clôture des Religieuses , correction des mœurs des Personnes ecclésiastiques & toutes autres choses concernant la Discipline ecclésiastique , & celles qui seront interjettées des Réglemens faits & Ordonnances rendues par lesd. Prélats » dans le cours de leurs visites n'auront effet suspensif , » mais seulement dévolutif ; & seront les Ordonnances & » Jugemens exécutés nonobstant lesdites appellations & » sans y préjudicier.

IX. En matiere criminelle aucune appellation , même de Juge incompetent , ne peut empêcher ou retarder l'exécution des décrets , l'instruction & le Jugement , suivant l'Ordonnance de 1670 , tit. 10. des décrets art. 12. & tit. 26. des appellations art. 3.

TITRE XI.

De l'exécution des Jugemens.

I. Les Arrêts & les Jugemens passés en force de chose jugée, ne peuvent être exécutés que préalablement ils n'aient été signifiés au Procureur & à la partie, suivant les articles 1 & 2 de l'Ordonnance de 1667, tit. 27. de l'exécution des Jugemens.

II. Il est dit dans l'art. 1. que » ceux qui auront été con-
» damnés par Arrêt ou Jugement passé en force de chose
» jugée, à délaisser la possession d'un héritage, seront tenus de ce faire quinzaine après la signification de l'Arrêt ou Jugement faite à personne ou domicile, à peine de 200. liv. d'amende, moitié envers le Roi, & moitié envers la partie, qui ne pourra être remise ni modérée. Et il est ajouté dans l'article 3. que » si quinzaine après la premiere sommation les parties n'obéissent à l'Arrêt ou Jugement, ils pourront être condamnés par corps à délaisser la possession de l'héritage, & en tous les domages & intérêts de la partie.

III. Mais s'il est porté par l'Arrêt ou le Jugement que celui qui est condamné a délaisser l'héritage fera remboursé de quelques sommes, especes, impenses ou améliorations, il ne pourra y être contraint qu'après que le remboursement lui en aura été fait. Et s'il est en demeure de faire liquider les sommes, especes, impenses & améliorations, la partie pourra être mise en possession des lieux en donnant caution des les payer, après qu'elles auront été liquidées. C'est la disposition de l'art. 9. du même titre de l'Ordonnance de 1667, en ces termes: » Celui qui aura été con-
» damné de délaisser la possession d'un héritage en lui remboursant quelques sommes, especes, impenses, ou améliorations, ne pourra être contraint de quitter l'héritage qu'après avoir été remboursé; & à cet effet, sera tenu de faire liquider les especes, impenses & améliorations,

» dans un seul délai qui lui sera donné par l'Arrêt ou
» Jugement, sinon l'autre partie sera mise en possession des
» lieux, en donnant caution de les payer après qu'elles
» auront été liquidées.

IV. La partie qui a obtenu un Arrêt ou un Jugement passé en force de chose jugée, qui lui adjuge une somme, des intérêts & des dépens, peut, après avoir fait procéder à un exploit de commandement de payer dans trois jours la somme due, porter ses exécutions sur les biens meubles ou immeubles de son débiteur. Si des meubles ou choses mobilières ont été saisis, on les fait vendre à l'encan, les solemnités requises gardées. Les formes qu'on y doit observer, sont marquées dans l'Ordonnance de 1667, tit. 33. *des saisies & exécutions & ventes des meubles, grains, bestiaux & choses mobilières*, & dans le Règlement du Parlement de 1672, tit. *du Procès exécutorial*.

V. Si les exécutions sont portées sur des héritages & biens immeubles, dans presque toutes les Provinces du Royaume on procède à la saisie & à l'adjudication par décret au plus offrant & dernier enchérisseur, conformément à l'Edit de Henri II du 3 septembre 1551, servant de règlement sur les criées, proclamations & adjudications par décret, & aux Réglemens intervenus sur cette matière. Il y a une Déclaration du 16 janvier 1736 pour le Languedoc, portant règlement sur les adjudications par décret.

VI. Il en est autrement en Provence. Les exécutions sur les héritages & biens immeubles, n'y peuvent être faites par la voie des décrets & criées; mais c'est par la voie ordinaire de collocation sur les biens des débiteurs, suivant l'estimation qui en est faite par les Estimateurs modernes des lieux, ou autres qui sont commis par les Juges. Le Pays de Provence a été expressément maintenu dans ce droit par la Déclaration du Roi du 18 mars 1621 & celle du 20 mars 1706: » Ce qui, dit cette Déclaration, est d'une grande
» utilité pour les débiteurs qui ne sont privés de leurs biens,
» que jusqu'à concurrence des sommes par eux dues; & ce
» qui est également avantageux aux créanciers, puisque cela
» se faisant presque sans frais, ils n'ont pas le chagrin de

» voir confumer inutilement les biens de leurs débiteurs
 » fans en rien recevoir, comme il arrive souvent dans les
 » Provinces où les décrets font autorifés ». C'est fur ce
 fondement, que nous n'avons pas reçu en Provence l'Edit
 des confervateurs des hypotheques du mois de juin 1771,
 comme inutile & d'ailleurs très-préjudiciable, & tendant à
 y détruire les hypotheques, loin de les conferver. Par des
 Lettres patentes du 24 novembre 1778, enrégiftrées au Par-
 lement le 11 janvier 1779, la fufpenfion en a été ordonnée
 dans le reffort du Parlement de Provence, comme fi l'Edit
 n'y avoit pas été adreffé.

VII. Notre coutume donne encore cet avantage au dé-
 biteur, qu'il peut racheter l'immeuble dans l'an; au moyen
 de quoi il rentre dans la poffeffion du bien dont il avoit
 été dépouillé, & le créancier pleinement indemné, recouvre
 le paiement de ce qui lui eft dû. Il faut encore obferver
 que le débiteur, qui n'eft pas en état d'exercer ce droit
 de rachat, le peut céder à un autre & en retirer un avan-
 tage qui l'indemne du plus grand prix qu'il auroit pu fe
 procurer par une vente volontaire & moins preffée. On
 peut voir, fur cette matiere, ce que j'ai écrit dans mon Com-
 mentaire des Statuts de Provence tom. 1. tit. *des appella-
 tions, de l'exécution des Jugemens, des collocations & du ra-
 chat des collocations.* n. 14. & fuiv. pag. 218. & fuiv.

VIII. On exécute les Jugemens non feulement fur les
 biens de celui qui y a été condamné à faire quelque chofe
 ou à payer quelque fomme: on les exécute encore fur la
 perfonne par l'emprifonnement, dans les cas où la con-
 trainte par corps a été ordonnée. Les cas où il peut y
 avoir lieu à la contrainte par corps en matiere civile, font
 marqués par l'Ordonnance de 1667 dans le tit. 34. *de la
 décharge des contraintes par corps*, & par l'Ordonnance du
 Commerce de 1673 tit. 7. *des Contraintes par corps*. Voyez
 pour les emprifonnemens en matiere civile, mon Com-
 mentaire fur les Statuts de Provence, tom. 2. fur le Statut,
*que nul ne peut être pris au corps dans fa maifon ou une autre
 pour dette civile* pag. 485. & fuiv. & pour la contrainte
 par corps contre les femmes, le même Commentaire titre
des Prefcriptions fect. 10. pag. 607. & fuiv.

TITRE XII.

Des Requêtes civiles.

I. Un Juge ne peut pas révoquer la Sentence qu'il a rendue, comme nous l'avons dit dans le tit. 10. *des Appellations*. Il n'y a que les Juges qui jugent en dernier ressort qui aient le droit de réformer leurs propres Jugemens, suivant la Loi 1. C. *de Sententiis Præfectorum Prætorio*. Parmi nous, un Arrêt ou un Jugement rendu en dernier ressort, ne peut être rétracté que par des Lettres royaux en forme de Requête civile, impétrées & signifiées, & les assignations données dans le tems de droit, & sur les moyens prescrits par les Ordonnances.

II. Il est dit dans l'article 1. de l'Ordonnance de 1667. tit. 35. *des Requêtes civiles*, que » les Arrêts & Jugemens en » dernier ressort ne pourront être rétractés que par Lettres en forme de Requête civile, à l'égard de ceux qui auront été parties ou duement appellés, & de leurs héritiers, successeurs ou ayans cause.

III. L'article 5. marque le tems dans lequel on doit se pourvoir par Requête civile, & après lequel on n'y est plus reçu, en ces termes : » Les Requêtes civiles seront obtenues & signifiées & assignations données, soit au Procureur ou à la partie, dans les six mois, à compter, à l'égard des majeurs, du jour de la signification qui leur aura été faite des Arrêts & Jugemens en dernier ressort à personne ou domicile ; & pour les mineurs, du jour de la signification qui leur aura été faite à personne ou domicile depuis leur majorité.

IV. Et l'article 7. donne aux Ecclésiastiques, Hôpitaux & Communautés, tant laïques qu'ecclésiastiques, séculières & régulières, & aux absens du Royaume pour cause publique, le délai d'une année pour obtenir les requêtes civiles & les faire signifier, en ces termes : » les Ecclésiastiques, les Hôpitaux & les Communautés tant laïques

» qu'ecclésiastiques , séculières & régulières , même ceux
 » qui sont absens du Royaume pour cause publique , au-
 » ront un an pour obtenir & faire signifier les requêtes
 » civiles , à compter pareillement du jour des significations
 » qui leur auront été faites au lieu ordinaire des Bénéfices,
 » des bureaux des Hôpitaux , ou aux Syndics ou Procureurs
 » des Communautés , ou au domicile des absens ». Il faut
 observer que ce qui est dit des Ecclésiastiques dans cet ar-
 ticle , doit être entendu des affaires concernant les droits
 de l'Eglise ou des Bénéfices qu'ils possèdent. A l'égard des
 biens & des droits qui leur sont propres , ils n'ont point
 de privilege , & le délai de six mois court contre eux
 comme contre tous les autres particuliers.

V. Il est porté par l'art. 8. de la même Ordonnance que
 » si les Arrêts ou Jugemens en dernier ressort , ont été
 » donnés contre ou au préjudice des personnes qui se-
 » ront décédées dans les six mois du jour de la signification
 » à eux faite , leurs héritiers , successeurs ou ayans cause ,
 » auront encore le même délai de six mois , à compter
 » du jour de la signification qui leur aura été faite des
 » mêmes Arrêts & Jugemens en dernier ressort , s'ils sont
 » majeurs ; sinon , le délai de six mois ne courra que du
 » jour de la signification qui leur sera faite depuis leur
 » majorité.

VI. Le délai de six mois & d'un an ne court , suivant
 les articles qu'on vient de rapporter , que du jour que l'Ar-
 rêt ou le Jugement en dernier ressort a été signifié à per-
 sonne ou domicile. On peut donc , si l'Arrêt ou le Juge-
 ment en dernier ressort n'a pas été signifié , impêtrer requête
 civile pendant tout le tems qu'un Arrêt peut être exécuté ,
 & dans le cours de trente ans. Le Parlement d'Aix le ju-
 gea ainsi par Arrêt du 14 Décembre 1724 , prononcé par
 M. le Président de Ste. Tulle en faveur de la Commu-
 nauté de Carros , contre le sieur de Blacas , Seigneur du
 même lieu. Il s'agissoit d'un Arrêt rendu depuis vingt-six
 ans , mais qui n'avoit pas été signifié. Il fut jugé que le
 délai d'un an n'avoit pas couru , & la requête civile fut
 ouverte.

VII.

VII. Le délai de six mois & d'un an ne devant courir que du jour que l'Arrêt ou le Jugement en dernier ressort a été signifié à personne ou domicile, la question se présenta au Parlement d'Aix, pour sçavoir si ce délai avoit couru contre la partie qui avoit fait signifier l'Arrêt, mais à qui l'Arrêt n'avoit pas été signifié. Par Arrêt du 14 février 1737 en faveur de la Communauté d'Istres, contre la Dame de Becari & ses adhérens, prononcé par M. le Premier Président de La Tour, il fut jugé que le délai d'un an n'avoit pas couru, & la requête civile fut ouverte envers un Arrêt rendu du consentement des parties depuis cinq ans. L'Ordonnance veut que l'Arrêt ait été signifié à personne ou domicile. Si cette signification n'a pas été faite, on est dans le Droit commun, & l'on n'est plus au cas du court délai de six mois ou d'un an porté par l'Ordonnance.

VIII. L'article 34 de la même Ordonnance de 1667 tit. 35. *des requêtes civiles*, marque les moyens par lesquels un Arrêt ou Jugement en dernier ressort peut être retracté, en ces termes : » Ne seront reçues autres ouvertures de » requêtes civiles à l'égard des majeurs que le dol per- » sonnel; si la procédure par nous ordonnée n'a point été » suivie; s'il a été prononcé sur choses non demandées ou » non contestées; s'il a été plus adjugé qu'il n'a été de- » mandé, ou s'il a été omis de prononcer sur l'un des » chefs de demande; s'il y a contrariété d'Arrêts ou Juge- » mens en dernier ressort entre les mêmes parties, sur les » mêmes moyens, & en mêmes Cours ou Jurisdictions : » sauf en cas de contrariété en différentes Cours ou Ju- » risdictions à se pourvoir à notre Grand Conseil. Il y aura » pareillement ouverture de requête civile, si dans un même » Arrêt il y a des dispositions contraires; si ès choses qui nous » concernent ou l'Eglise, le public ou la police il n'y a eu » de communication à nos Avocats ou Procureurs géné- » raux; si on a jugé sur pieces fausses ou sur des offres » ou consentemens qui aient été défavoués & le défaveu » jugé valable, ou s'il y a des pieces décisives nouvelle- » ment recouvrées & retenues par le fait de la partie.

M m m

IX. Il faut remarquer que ce dernier moyen est valable ; suivant l'usage observé au Parlement de Provence , pourvu que les pieces soient décisives & nouvellement recouvrées , quoiqu'elles n'aient pas été détenues par le fait de la partie adverse. C'est aussi l'usage dans le même Parlement , de recevoir la requête civile contre un Arrêt de défaut qui n'a pas été rabattu dans la huitaine , contre les Arrêts rendus à l'Audience , à faute par la partie , de s'y être présentée & d'avoir fourni des défenses , & contre les Arrêts rendus par forclusion , à faute par la partie d'avoir produit ses pieces.

X. A l'égard des Ecclésiastiques pour les droits concernant l'Eglise ou les bénéfices , des Communautés & des mineurs , ils sont reçus à se pourvoir par requête civile , lorsqu'ils n'ont pas été valablement défendus. C'est la disposition de l'art. 35. de l'Ordonnance de 1667 , tit. *des Requetes civiles* , en ces termes : » Les Ecclésiastiques , les Communautés & les mineurs , seront encore reçus à se pourvoir » par requête civile , s'ils n'ont été défendus , ou s'ils ne l'ont » été valablement.

XI. Si un Arrêt contient plusieurs chefs différens & indépendans les uns des autres , il y a autant d'Arrêts que de chefs différens : *Tot capita , tot Sententiæ* ; & le moyen de requête civile , qui ne frappe que l'un de ces chefs , ne fait pas rétracter les autres qui en sont indépendans. Les Arrêts rapportés par Boniface tom. 1. liv. 7. tit. 6. chap. 2. & tom. 3. liv. 3. tit. 4. chap. 1. l'ont ainsi jugé. Il y a un Arrêt semblable du Parlement de Paris du dernier juillet 1685 , rapporté dans le Journal du Palais part. 10. pag. 67. Et c'est ainsi que le Parlement d'Aix le jugea , à l'Audience du rôle , par Arrêt du 22 décembre 1738 , en faveur de l'Acteur de l'Université d'Aix pour qui je plaïdois , contre les Syndics des Chirurgiens de la ville de Marseille. Il en seroit autrement s'il s'agissoit d'un Arrêt rendu du consentement des parties , parce qu'alors c'est un accord , une convention dont tous les articles sont corrélatifs , & qu'il faut exécuter ou rescinder dans toutes ses parties.

XII. Sur les Lettres royaux en forme de Requête civile , on ne juge & on ne peut juger que le rescindant ,

c'est-à-dire, la demande qui tend à faire rétracter l'Arrêt ou le Jugement rendu en dernier ressort, à l'effet que les parties soient remises au même état où elles étoient avant l'Arrêt ou le Jugement, suivant l'art. 37. de l'Ordonnance de 1667, au titre 35. *des Requêtes civiles.* Le rescifoire qui est le fond des contestations des parties, est jugé ensuite. Et il peut arriver que les prétentions de la partie qui a obtenu l'ouverture de la Requête civile, soient encore condamnées comme elles l'avoient été par le premier Arrêt ou Jugement, si son droit ne paroît pas mieux établi.

XIII. L'Ordonnance a non-seulement fixé le terme très-court de six mois & d'un an pour les Requêtes civiles, elle a voulu encore par l'art. 13. qu'il » fût attaché aux » Lettres de Requête civile, une Consultation signée de » deux anciens Avocats, & de celui qui aura fait le rapport, laquelle contiendra sommairement les ouvertures » de Requête civile; & feront les noms des Avocats & » les ouvertures inférés dans les Lettres. » Et par l'art. 16. il est ordonné que » les impétrans des Lettres en forme » de Requête civile contre des Arrêts contradictoires, soit » qu'ils soient préparatoires ou définitifs, seront tenus de » configner la somme de trois cent livres pour l'amende » envers le Roi, & cent cinquante livres d'autre part pour » celle envers la partie; & si les Arrêts sont par défaut, » la somme de cent cinquante livres pour l'amende envers » le Roi, & soixante-quinze livres pour celle envers la » partie, pour être, après le jugement des Requêtes civiles, rendues à qui il appartiendra.

XIV. Les Requêtes civiles ne peuvent point empêcher l'exécution des Arrêts, suivant l'article 18. du même titre de l'Ordonnance de 1667. Voyez au surplus le même titre & les Commentateurs, & le Règlement du Parlement d'Aix de 1672. tit. *des Requêtes civiles.*

XV. Ce qu'on a dit des Requêtes civiles, n'a pas lieu pour les Arrêts ou Jugemens rendus contre une partie qui n'y a point été partie ni appelée, ni pour les Arrêts & Jugemens donnés sur requête. L'opposition de la partie en arrête l'exécution, & il n'y a point d'amende, si son op-

position est mal fondée. Il est dit dans l'article 2. de l'Ordonnance de 1667 tit. 35. *des Requêtes civiles.* » Permettons » de se pourvoir par simple requête à fin d'opposition » contre les Arrêts & Jugemens en dernier ressort, auxquels le demandeur en requête n'aura été partie ou dûment appelé, & même contre ceux donnés sur requête. » Et il est ajouté dans l'article 3 : » Permettons pareillement » de se pourvoir par simple requête contre les Arrêts & Jugemens en dernier ressort qui auroient été rendus à faute de se présenter, ou en l'Audience à faute de plaider, » pourvu que la requête soit donnée dans la huitaine du jour de la signification à personne ou domicile de ceux qui seront condamnés, s'ils n'ont constitué Procureur, » ou au Procureur quand il y en a un ; si ce n'est que la cause ait été appelée à tour de rôle, auquel cas les parties ne se pourront pourvoir contre les Arrêts ou Jugemens en dernier ressort intervenus en conséquence, » que par requête civile.



TITRE XIII.

De l'opposition des tiers envers les Arrêts & les Jugemens rendus en dernier ressort.

I. Les tiers opposans sont ceux qui n'ont point été parties au procès, qui n'y ont été ni ouïs ni appelés. Si un tiers souffre du préjudice par la Sentence rendue par un Juge subalterne, il en peut appeler pardevant le Juge supérieur, quoique la Sentence ait passé en force de chose jugée, par l'acquiescement des parties, entre lesquelles elle est intervenue, comme l'a remarqué *Cancerius variar. resol. part. 2. chap. 16. de tertiis oppositionibus n. 55*; & c'est ainsi que nous le pratiquons. Mais s'il s'agit de l'opposition d'un tiers à un Arrêt ou à un Jugement rendu en dernier ressort, c'est le même Tribunal qui a rendu l'Arrêt ou le Jugement qui en doit connoître.

II. L'opposition du tiers n'empêche pas l'exécution de l'Arrêt ou du Jugement contre la partie qui y a été condamnée. Il est dit dans l'art. 11. de l'Ordonnance de 1667, tit. 27. *de l'exécution des Jugemens*, que » les Arrêts & Jugemens passés en force de chose jugée, portant condamnation de délaisser la possession d'un héritage, seront exécutés contre le possesseur condamné, nonobstant les oppositions des tierces personnes, & sans préjudice de leurs droits ». Il est porté par l'art. 10. du même titre de l'Ordonnance, que » les tiers opposans à l'exécution des Arrêts, qui auront été déboutés de leurs oppositions, seront condamnés en cent cinquante livres d'amende, & ceux qui seront déboutés des oppositions à l'exécution des Sentences, en soixante-quinze livres, le tout applicable moitié envers le Roi & moitié envers la partie.

III. Ceux qui n'ont que le droit de la partie condamnée par un Arrêt ou un Jugement en dernier ressort, ne peuvent point venir par tierce opposition, lorsque l'Arrêt ou le Jugement a été rendu en contradictoires défenses &

sans collusion ; ils n'ont que la voie de la requête civile. C'est la disposition de l'art. 1. de l'Ordonnance de 1667, tit. *des Requetes civiles*, en ces termes : » Les Arrêts & » Jugemens en dernier ressort, ne pourront être ré- » tractés que par lettres en forme de requête civile, à » l'égard de ceux qui auront été parties, ou duement ap- » pellés & de leurs héritiers, successeurs ou ayans cause.

IV. Ainsi les créanciers qui exercent les actions de leur débiteur, ne sont pas recevables à venir par opposition aux Arrêts ou Jugemens en dernier ressort, rendus contradictoirement avec leur débiteur. Brillon dans son Dictionnaire des Arrêts *verb.* Opposition n. 1. rapporte un Arrêt du Grand Conseil rendu en 1704, qui le jugea ainsi. La même chose fut jugée par Arrêt du Parlement d'Aix du 27 octobre 1740, sur les conclusions de M. le Procureur Général de Montclar, en faveur du sieur Pierre Peraud, Négociant de la ville de Marseille, pour qui je plaidois, contre les créanciers de Manuel. Celui-ci ayant fait faillite, passa un concordat avec ses créanciers qui le rétabliroit dans ses actions. Le sieur Peraud ayant obtenu contre lui un Arrêt contradictoire de la Chambre des Vacations du 13 août 1740, les créanciers de Manuel se pourvurent par tierce opposition contre cet Arrêt. Ils en furent déboutés avec dépens, & l'amende de 150 liv. Il y eut un pareil Arrêt du même Parlement du 16 juin 1744, au rapport de M. de Parades, en faveur de Jean-Barthelemi Saugey de la ville de Marseille, pour lequel j'écrivois, contre les Syndics des créanciers de la faillite de Jean Saugey & Compagnie.

V. Par Arrêt du Parlement d'Aix du 26 février 1715, prononcé par M. le Premier Président Lebret, en faveur de M. de Papus, Conseiller au Parlement de Toulouse, contre le sieur Perrin de Langarie, il fut jugé que le garant formel, c'étoit le vendeur, ne pouvoit pas se pourvoir par opposition comme tiers non ouï, envers l'Arrêt contradictoire rendu contre l'acheteur. Cet Arrêt est rapporté dans le Recueil de Bonnet lett. G. fom. 3.

VI. L'Arrêt ou le Jugement en dernier ressort, rendu contradictoirement & sans collusion contre l'héritier grevé,

fait droit contre le substitué ; & le substitué ne peut pas y former opposition comme tiers non ouï. Il en est de même d'un second substitué pour un Arrêt ou un Jugement rendu contre un premier substitué, parce qu'autrement les affaires n'auroient point de fin. C'est la décision de la Loi *ex contractu* 44. *D. de re judicatâ*, & la doctrine de Peregrinus de *fideicommissis* art. 53. n. 52. & suiv. de Fusarius de *substitutionibus* qu. 622. de Ranchin dans ses Décisions *verb. Sententia* art. 12. & 13. de Cancerius *variar. resol.* part. 2. chap. 16. de *tertiis oppositionibus* n. 102. & suiv. de De Cormis tom. 2. col. 313. & suiv. chap. 62.

VII. Ce qu'on vient de dire que le créancier, le garant & le substitué ne peuvent point venir par tierce-opposition envers l'Arrêt ou le Jugement en dernier ressort rendu contre le débiteur, l'acquéreur ou le substitué, n'a pas lieu, s'il y a eu du dol & de la collusion, ou si celui contre qui l'Arrêt ou le Jugement a été rendu, s'est laissé condamner volontairement & sans se défendre. C'est l'avis de Cancerius *variar. resol.* part. 2. chap. 16. n. 114. *Fallit*, dit-il, *ubicumque circa Sententiam concurrisset dolus, fraus, aut collusio, negligentia, vel actus voluntarius succumbentis*. Voyez encore le Président Faber déf. 1. *C. inter alios acta vel judicata non nocere*, Peregrinus de *fideicommissis* art. 53. n. 57. & suiv. Fusarius de *substitutionibus* quest. 622. n. 8. & suiv. les Œuvres de Cochin tom. 5. pag. 375.

VIII. Suivant la Loi *sepè* 63, *D. de re judicatâ*, le Jugement rendu avec une partie, nuit à la partie qui a sçu l'instance & n'y est pas intervenue, lorsqu'étant la principale partie à qui l'action ou la défense compete, elle laisse agir une seconde partie : *Scientibus Sententia, quæ inter alios data est, obest, cum quis de eâ re cujus actio vel defensio primùm sibi competit, sequenti agere patiatur*. C'est l'avis de Rebuffe sur les Ordonnances tom. 3. au Traité de *Arestis & opponentibus contra ea*, glos. 1. n. 13. *Si quis tamen* (dit-il) *sciat suam agi causam vel interesse, debet se opponere ante Arrestum vel Sententiam, alioqui postea non audietur*. Et Cancerius l'atteste ainsi *variar. resol.* part. 2. chap. 16. de *tertiis oppositionibus* n. 50. *Interdum* (dit-il) *Sententia inter alios dicta*

nocet tertio quoad plenum præjudicium , non suapte naturâ , sed ubi quis eâ de re , cujus actio vel defensio sibi primùm competit , id sciens alium agere aut defendere patiur. Nam tunc cum ille primas habeat illius litis defensiones , eique primo loco & non litiganti competat jus defendendi litem illam , cum possit litis defensionem assumere , & alium à priori saltem defensionis loco repellere , cum id non fecerit , quinimò illum agere & defendere passus fuerit , ratione taciti consensûs sibi præjudicat , & Sententia quæ in dictâ causa fertur , dicto tertio id scienti & patienti plenè præjudicat.

IX. La Cour des Aides le jugea ainsi en faveur des Maire, Consuls, Assesseur & Communauté de la ville d'Aix pour lesquels j'écrivois, contre Jean-Guillaume Gueidan & les Consuls & Communauté de Meireuil. Les Consuls & Assesseur d'Aix informés des contrebandes qui se faisoient dans les lieux voisins & limitrophes, au préjudice de la ferme des Boucheries, avoient obtenu sur leur requête un Arrêt du 20 mars 1726, par lequel il étoit fait inhibitions & défenses à ceux qui débitent ou font débiter de la viande dans les terroirs des lieux de Venelles, de Meireuil, du Tholonet, & autres limitrophes de la même Ville, d'en faire le débit, à peine de confiscation & de 500 liv. d'amende, sauf à ceux qui fournissent de la viande aux habitans desdits lieux de faire ladite fourniture près de l'Eglise paroissiale de chaque lieu. Cet Arrêt ayant été proclamé & affiché dans tous les lieux où il devoit être exécuté, les Seigneurs de Venelles, du Tholonet & de Meireuil présentèrent requête à la Cour des Aides le 12 avril suivant pour le faire révoquer, & les Communautés des mêmes lieux ne firent aucun mouvement. La cause ayant été plaidée, il y eut Arrêt contradictoire le 7 janvier 1728, par lequel il fut ordonné que le débit de la viande qui se fait aux lieux de Venelles, du Tholonet & de Meireuil, seroit fait, sçavoir, à Venelles dans le village ou au fauxbourg qui est immédiatement au-dessous, & aux lieux du Tholonet & de Meireuil aux environs de l'Eglise paroissiale, avec défenses de le faire ailleurs. En 1746 sur de nouvelles contraventions de Jean-Guillaume Gueidan, il fut

fut procédé à une saisie dont il demanda la cassation par-devant la Cour des Aides. Il sollicita l'intervention de la Communauté de Meireuil, qui vint présenter une requête à la Cour le 23 avril 1748 en tierce-opposition à l'Arrêt du 7 janvier 1728. Par l'Arrêt qui intervint le 30 juin 1753, Jean-Guillaume Gueidan fut débouté de sa requête, & sans s'arrêter aux requêtes des Consuls & Communauté de Meireuil, ni à leur tierce-opposition en laquelle ils furent déclarés non recevables & mal fondés, il fut ordonné que l'Arrêt du 7 janvier 1728 seroit exécuté selon sa forme & teneur, les Consuls & Communauté de Meireuil condamnés à l'amende portée par l'Ordonnance, & les Consuls & Communauté de Meireuil & Gueidan condamnés aux dépens des qualités les concernant.



TITRE XIV.

Du Compromis & des Sentences arbitrales.

I. Le compromis est un moyen par lequel les parties pour terminer leurs différends en commettent la décision à des Arbitres. L'Ordonnance du mois d'août 1560, & l'article 83 de l'Ordonnance de Moulins, autorisent les Jugemens donnés sur les compromis des parties.

II. Régulièrement nul n'est obligé de compromettre suivant la Loi *si dictum* 56. §. *si compromifero* D. de *evictionibus*. D'Argentré sur la Coutume de Bretagne art. 18. not. 2. n. 4. dit qu'on ne peut pas plus être forcé de compromettre que de transiger & de contracter : *Nemo compromittere cogitur, non magis quam transigere aut contrahere.*

III. Il y a pourtant des cas où les parties peuvent y être obligées, si l'une d'elles le demande. Nous avons un Statut en Provence qui ordonne le compromis entre parens, alliés & conjoints. On peut voir ce que j'ai écrit sur ce sujet dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 1. tit. *du Compromis* n. 6. & suiv.

IV. Il y a un autre cas où l'on peut être obligé de compromettre. C'est lorsqu'il s'agit de différends entre associés. La société est en quelque sorte un droit de fraternité, *jus quodammodo fraternitatis*, comme dit la Loi *verum est* 63. D. *pro socio*. L'Ordonnance du Commerce de 1673 tit. 4. *des Sociétés* art. 9. s'en explique en ces termes :
 » Toute société contiendra la clause de se soumettre aux
 » Arbitres pour les contestations qui surviendront entre
 » les associés ; & encore que la clause fût omise un des
 » associés en pourra nommer, ce que les autres feront tenus de faire, si non en fera nommé par le Juge pour
 » ceux qui en feront refus.

V. Les Sentences arbitrales doivent être homologuées par les Juges qui ont droit de connoître de la matière sur laquelle les Arbitres ont prononcé. Les mêmes Juges

connoissent des différends qui naissent de l'exécution de ces Sentences. Il est dit dans l'art. 13. du même titre de l'Ordonnance de 1673 que » les Sentences arbitrales entre » affociés pour négoce , marchandise ou banque , seront » homologuées en la Jurisdiction consulaire , s'il y en a : » sinon aux Sieges ordinaires ou de ceux des Seigneurs ». Et par la Déclaration du Roi du 27 mars 1718 donnée pour la Provence , il est déclaré & ordonné que » l'homologation des Sentences arbitrales ne puisse être demandée que pardevant les Juges ordinaires & autres qui » étoient saisis de la contestation sur laquelle les Arbitres » auront été nommés ; & en cas qu'il n'y eût point encore de Juges saisis de ladite contestation dans le tems » des compromis qui auront donné lieu aux Sentences » arbitrales , pardevant ceux devant lesquels la contestation auroit dû être portée , si elle avoit été introduite » en Justice , auxquels Juges dans lesdits cas l'exécution desdites Sentences arbitrales appartiendra , sans néanmoins qu'ils puissent entrer en connoissance de cause de ce qui aura été réglé par les Sentences arbitrales , mais » seront tenus de les homologuer à la premiere requisiion » de l'une des parties.

VI. Par les Sentences arbitrales , les premiers degrés de Jurisdiction sont remplis , & l'appel en doit être porté à la Cour Souveraine , qui a droit de connoître en dernier ressort de la matiere dont il s'agit. Par les Arrêts du Parlement d'Aix , rapportés par Boniface tom. 1. liv. 1. tit. 10. n. 15. il fut fait inhibitions & défenses aux Lieutenans des Sénéchaux de connoître de l'appel des Sentences arbitrales , à peine de nullité. S'il s'agit d'une affaire qui soit de la compétence de la Jurisdiction ordinaire , c'est au Parlement que l'appel doit être porté ; *sauf l'appel desdites Sentences arbitrales en notredite Cour de Parlement* , dit la Déclaration du Roi du 27 mars 1718. Et s'il s'agit de l'appel d'une Sentence arbitrale , rendue sur une matiere qui soit de la compétence de la Cour des Comptes , Aides & Finances , c'est cette Cour qui en doit connoître.

TITRE XV.

Des Transactions.

I. Les procès sont terminés par les Transactions comme par les Jugemens. La Loi 20. C. de *Transacionibus*, dit que les Transactions ont l'autorité des choses jugées: *Non minorem auctoritatem transacionum quam rerum judicatarum esse, rectâ ratione placuit.*

II. La transaction est une convention de deux ou de plusieurs personnes pour la décision d'un procès ou d'un différend, en donnant ou retenant ou promettant quelque chose. Si l'on se départoit gratuitement d'un droit qu'on a, ce ne seroit pas une transaction, mais un acte par lequel on quitteroit ce droit libéralement. La Loi 1. D. de *transacionibus*, fait cette distinction en ces termes: *Qui transigit quasi de re dubiâ & lite incertâ neque finitâ transigit. Qui verò paciscitur, donationis causâ rem certam & indubitatam liberalitate remittit.* Et la Loi 38. C. de *Transacionibus*, dit que *transactio nullo dato, vel retento, seu promisso, minimè procedit.* Ainsi Vinnius, dans son *Traité de Transacionibus*, chap. 1. n. 3. définit la transaction, *non gratuita rei dubiæ decisio facta conventionione partium*, ou, comme dit Valeron dans son *Traité de Transacionibus*, tit. 1. qu. 1. n. 14. la transaction est définie *de re dubiâ conventa decisio, non gratuita.*

III. Pour pouvoir transiger, il faut être maître du droit qu'on remet, & en avoir la libre disposition. Mais les transactions passées par des majeurs des choses qui sont en leur commerce & disposition, sont des actes qui ne peuvent être rescindés, sous prétexte de lésion, quelque grande qu'elle fût. Il n'y a que le dol personnel qui soit un moyen légitime de restitution envers de tels actes. C'est la disposition de l'Ordonnance des Transactions du mois d'avril 1560, en ces termes: » Nous avons par ces Présentes,

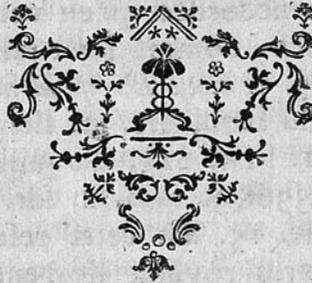
» confirmé & autorisé, confirmons & autorisons toutes
 » transactions, qui sans dol & force, seront faites & passées
 » entre nos Sujets majeurs d'ans des choses qui sont en leur
 » commerce & disposition. Voulons & nous plaît que contre
 » icelles nul ne soit reçu sous prétexte de lésion d'outre-
 » moitié du juste prix, ou autre plus grande quelconque
 » & ce qu'on dit en latin *dolus re ipsa*; mais que les Juges
 » à l'entrée du Jugement, s'il n'y a autre chose alléguée
 » contre icelles transactions, déboutent les impétrans des
 » Lettres & de l'effet & entérinement d'icelles, & les dé-
 » clarent non-recevables.

IV. Le dol personnel est un moyen légitime de restitution envers les transactions pour les personnes majeures qui ont transigé. Et on n'y peut être reçu qu'en impétrant des Lettres royaux de rescision, parce qu'en France nulle restitution ne peut être accordée qu'en vertu de Lettres de la Chancellerie du Prince, comme l'ont remarqué Mornac sur la Loi *si mulier* 21. §. *si metu* D. *quod metus causâ*, Leuret de la Souveraineté du Roi, liv. 4. chap. 1. Bugnyon des Loix abrogées liv. 1. som. 123. Coquille tom. 1. Histoire de Nivernois, pag. 356. & tom. 2. sur la coutume de Nivernois chap. 21. art. 15. Et cette rescision doit être demandée, & les Lettres royaux doivent être impétrées & signifiées dans les dix ans, comme je l'ai remarqué ci-dessus au titre *des Exceptions* n. 5.

V. Les mineurs sont restitués envers les transactions passées dans leur minorité, s'ils y sont lésés; mais ils n'y sont plus recevables après l'âge de trente-cinq ans parfaits & accomplis, suivant l'Ordonnance de François I.^{er} du mois d'août 1539 art. 134. Voyez mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. tit. des Tutelles, sect. 1. des Tutelles & des Curatelles n. 32. & tom. 2. tit. *des Prescriptions*, sect. 6. de la *Prescription des actions rescisoires*.

VI. Les transactions n'embrassent que les affaires qui ont été traitées entre les parties. Les autres différends qu'il peut y avoir entre elles, n'y sont pas compris, & les clauses générales des transactions, ne se rapportent qu'aux choses

qui y ont été spécifiées, suivant la Loi *si de certâ re 31. C. de transactionibus*. C'est la doctrine de Faber déf. 6. C. de *transactionibus*, de Ranchin décif. *verb. transactio* art. 3. & 4. de Mornac sur la Loi 3. C. de *transactionibus*. Du Moulin sur la Loi 4. C. de *juris & facti ignorantia*, dit : *tâm Sententia quàm transactio restringuntur ad causas persecutas & transactas.*



TITRE XVI.

De la Péremption d'instance.

I. Les procès finissent encore par la péremption. Suivant la Loi *properandum* 13. C. de *judiciis* les instances civiles sont péries, si elles n'ont pas été poursuivies pendant trois ans, & les instances criminelles pendant deux ans. L'Ordonnance de Rouffillon de 1563 art. 15. ne fait point de distinction. Toute instance est périe, si elle a été discontinuée pendant trois ans.

II. L'instance ainsi périe, étant comme non avenue, n'arrête pas le cours de la prescription. C'est la disposition du même art. 15. en ces termes : » L'instance intentée, ores » qu'elle soit contestée, si par 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, ne introduite, & sans » qu'on puisse prétendre ladite prescription avoir été in- » terrompue ». Boniface tom. 1. liv. 1. tit. 23. n. 1. rapporte plusieurs Arrêts qui l'ont ainsi jugé.

III. Mais si le tems de la prescription n'étoit point accompli, l'action n'étant point éteinte, la demande peut encore être formée par nouvelle action ; & dans ce cas, les actes probatoires, les confessions subsistent & peuvent être employés dans la nouvelle instance, comme l'attestent Louet & Brodeau lett. P. fom. 38. Chorier dans sa Jurisprudence de Guy Pape liv. 5. sect. 3. art. 20. pag. 308. Mornac sur la Loi *properandum* C. de *judiciis*, Pastour de *Jurisdictione ecclesiasticâ* liv. 2. tit. 6. n. 2.

IV. Cela n'a pas lieu néanmoins pour les instances d'appel des Sentences rendues contradictoirement. La péremption alors emporte la confirmation de la Sentence ; & il n'est plus permis d'appeler. Les Arrêts rapportés par Boniface tom. 1. liv. 1. tit. 23. n. 1. & tom. 5. liv. 3. tit. 20. chap. 1. l'ont ainsi jugé ; c'est la disposition du Règlement du Par-

lement de 1672 , tit. *des Péremptions* art. 1. Il en est autrement , & l'on peut faire encore prononcer sur l'appel, si la Sentence a été rendue par défaut ou par forclusion , suivant les Arrêts rapportés par Boniface tom. 1. liv. 1. tit. 23. n. 6. & le Règlement ci-dessus cité art. 2.

V. La péremption peut être interrompue par divers moyens. Il y a des instances qui ne sont pas sujettes à péremption. On peut voir les diverses questions qui se présentent sur ce sujet dans mon Commentaire des Statuts de Provence tom. 2. tit. *des Prescriptions*, sect. 7. de la *Péremption & de la Prescription des instances*, pag. 599 & suiv.



TITRE

TITRE XVII.

De la Peine des téméraires Plaideurs.

I. Pour empêcher les hommes de se livrer trop facilement à la fureur des procès, les Législateurs ont, dans tous les tems, imposé des peines contre ceux qui plaidoient témérairement. Il y avoit dans certain cas, suivant le Droit Romain, des peines du double, du triple, du quadruple §. 1. *Inst. de poenâ temerè litigantium*. Ces peines ne sont pas en usage en France, comme l'a remarqué Bugnyon dans ses Loix abrogées liv. 2. fom. 30.

II. La peine ordinaire de ceux qui plaident témérairement, est la condamnation aux dépens. *L. Eum quem 79. D. de Judiciis. L. Properandum 13. §. sive autem 6. C. de Judiciis, Novel. 82. cap. 10.* La partie qui succombe peut aussi être condamnée à des dommages & intérêts, lorsque la vexation est telle qu'elle y donne lieu, suivant l'art. 88. de l'Ordonnance de François I.^{er} du mois d'août 1539, comme l'a remarqué Domat dans ses Loix civiles liv. 3. tit. 5. sect. 2. n. 14. De quoi néanmoins il y a peu d'exemples dans l'usage & la pratique du Palais.

III. Il est ordonné dans l'art. 1. de l'Ordonnance de 1667 tit. 31. *des dépens*, que toute partie soit principale ou intervenante qui succombera, sera condamnée aux dépens indéfiniment, nonobstant la proximité ou autres qualités des parties, sans que sous prétexte d'équité, partage d'avis, ou pour quelque autre cause que ce soit, elle en puisse être déchargée. On ne suit pas cependant toujours la rigueur de cette règle. Les dépens peuvent être compensés, lorsqu'il y a des demandes ou des appellations respectives des deux parties auxquelles il est fait droit. Ils peuvent même être modérés ou compensés en d'autres cas selon les circonstances & la qualité de l'affaire, comme l'a remarqué Vinnius sur le §. 1. *Inst. de poenâ temerè litigantium* n. 3. *Planè* (dit-il) *si quis justam causam litigandi*

O o o

habuisse videatur, quod interdum accidit, vel quia res obscura est, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine juris nata ex discrepantibus Doctorum Sententiis, placet hunc, esse victus est, ab onere expensarum excusari, Nov. 82. cap. 10. Auth. post jusjurandum in fine, C. de Judiciis. Idque Judicis religioni & prudentiae æstimandum relinquitur.

IV. Il y a des cas où la partie qui succombe, outre les dépens, est condamnée à une amende. L'appellant d'une Sentence qui est débouté de son appel, est condamné à une amende. S'il s'agit d'un appel porté à une Cour Souveraine, l'amende du fol appel est de vingt livres, suivant l'Ordonnance de Provence du mois d'octobre 1535, tit. *des Appellations*, art. 3. Par l'usage constant, elle est modérée à 12 liv. Mais celui qui a déclaré appel & s'en est départi dans les dix jours, ne doit point d'amende, suivant le même art. 3. Dans les appellations comme d'abus, si l'appellant succombe, il est condamné à l'amende de soixante & quinze livres, suivant l'art. 37. de l'Edit de 1695, concernant la Jurisdiction ecclésiastique. Dans les Requêtes civiles, l'impétrant qui est débouté de ses Lettres royales en forme de Requête civile, est condamné à l'amende de 300 liv. envers le Roi, & de 150 liv. envers la partie, suivant l'art. 39. de l'Ordonnance de 1667, tit. 35. *des Requêtes civiles*. Le tiers opposant envers un Arrêt qui est débouté de sa tierce opposition, est condamné à l'amende de 150 liv. applicable moitié envers le Roi, & moitié envers la partie, suivant l'art. 10. de l'Ordonnance de 1667, tit. 27. *de l'exécution des Jugemens*. En matière d'évocation, l'évoquant qui succombe étoit condamné à 300 liv. d'amende, moitié envers le Roi, moitié envers la partie, suivant l'art. 35. de l'Ordonnance de 1669. tit. 1. *des Evocations*. Par l'Ordonnance de 1737, tit. 1. *des Evocations*, art. 79. il est condamné à 300 liv. d'amende envers le Roi, & 150 liv. envers la partie. Par le Règlement du 28 juin 1738, concernant la procédure qui doit être observée au Conseil du Roi, part. 1. tit. 4. *des demandes en cassation d'Arrêts ou de Jugemens rendus en dernier ressort*, il est ordonné dans l'art. 5. que » le demandeur en cassation fera tenu de con-

» figner la somme de cent cinquante livres pour l'amende
» envers Sa Majesté, lorsqu'il s'agira d'un Arrêt ou Juge-
» ment contradictoire, & celle de soixante & quinze li-
» vres, s'il ne s'agit que d'un Arrêt ou Jugement par dé-
» faut ou par forclusion : » Et dans l'art. 35. » que le de-
» mandeur en cassation qui succombera en sa demande
» après un Arrêt de soit communiqué, sera condamné en
» trois cent livres d'amende envers Sa Majesté, & en cent
» cinquante livres envers la partie, si l'Arrêt ou Juge-
» ment dont la cassation étoit demandée a été rendu con-
» tradictoirement, & en la moitié seulement desdites som-
» mes, si l'Arrêt ou le Jugement a été rendu par défaut
» ou par forclusion, dans lesquelles sommes sera com-
» prise celle qui aura été signifiée par le demandeur en
» cassation, suivant l'art. 5. ci-dessus.

V. Dans certaines Jurisdictions, il y a des peines contre les débiteurs qui manquent à leur promesse, & dénie la demande. Dans les Cours des Soumissions de Provence, le débiteur est condamné au paiement du droit de latte, qui est une peine pécuniaire introduite en la Chambre rigoureuse pour punir la demeure & la chicane des débiteurs. Il y a la latte simple & la latte triple. La latte simple est due au Roi ou à ses Fermiers par la seule clameur, & la demande faite par le créancier pardevant le Lieutenant des Soumissions. La latte triple est due quand le débiteur conteste mal-à-propos la demande, & nie la dette. Voyez les questions concernant les droits de latte dans le tom. 2. de mon Commentaire sur les Statuts de Provence. Il y a un droit pareil à celui du droit de latte dans certaines coutumes du Royaume, dont il est fait mention dans le glosaire du Droit François de Ragueau, au mot Reclain ;
» Reclain (dit-il) est plainte faite en jugement, lorsque le
» débiteur, obligé sous scel royal, rompt sa promesse &
» doit amende au Roi.



TITRE XVIII.

Du Devoir des Juges.

I. Le Juge doit juger suivant les Loix, les Ordonnances & les Usages : *In primis illud observare debet Judex ne aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus, aut moribus proditum est, princ. Inst. de officio Judicis, L. non quidquid 40. D. de judiciis.* Il est le Ministre des Loix ; il n'en est pas l'arbitre : *Non licebit Judici de ipsis judicare, sed secundum ipsas, can. in istis 3. dist. 4.*

II. Les Juges ne peuvent retenir les causes, instances ou procès dont la connoissance ne leur appartient, & ils doivent renvoyer les parties pardevant les Juges qui en doivent connoître, ou ordonner qu'elles se pourvoient, à peine de nullité. C'est la disposition de l'art. 1. de l'Ordonnance de 1667, tit. 6. *des Fins de non procéder* ; & cela a lieu quand même les parties consentiroient de procéder devant eux, parce que l'ordre des Jurisdictions est de Droit public. Et l'art. 2. du même titre de l'Ordonnance, défend à tous Juges d'évoquer les causes, instances & procès pendans aux Sieges inférieurs ou autres Jurisdictions, sous prétexte d'appel ou connexité, si ce n'est pour juger définitivement en l'Audience & sur le champ par un seul & même Jugement. Par l'Ordonnance de Blois art. 179. il est défendu aux Cours Souveraines de retenir sur les acquiescemens ou les appellations mises au néant, la connoissance de la cause principale, ni pareillement l'exécution des Arrêts & Jugemens ; & il leur est enjoint de renvoyer la connoissance de la cause au Juge d'où provient l'appel, s'il a été bien jugé, & si la Sentence a été infirmée, à celui qui tient le Siege immédiatement après lui, fors aux cas esquels, par les Ordonnances, il leur est permis d'user de retention de cause. Et le semblable doit être gardé par les autres Juges d'appel, à peine de nullité des procédures & Jugemens, & de tous dépens, dommages & intérêts.

III. Le Juge qui connoît en lui des causes légitimes de récusation, doit s'abstenir & ne pas attendre d'être récusé, suivant l'art. 118. de l'Ordonnance de Blois. Mais comme un Juge n'est suspect & obligé de s'abstenir que lorsque la cause lui en est connue, la présomption est en faveur du Juge qu'il l'a ignorée ou oubliée, s'il n'y a preuve du contraire, suivant le chap. *in presentia 6. extra de renunciacione: Presumitur pro Judicis fide*, dit Godefroi sur la Loi 2. C. *de officio civilium Judicum*. Ainsi passé le troisieme degré de parenté ou d'alliance, on présume que le Juge l'a ignorée, quand la partie ne porte pas le même nom. Le Parlement d'Aix l'a ainsi jugé, notamment par Arrêt du 1 juin 1726 à l'Audience, entre Guillaume & Jean Espinaffi, & Honoré Curet, du lieu de la Seyne. Voyez Boniface tom. 2. part. 3. liv. 1. tit. 1. chap. 2. le Journal des Audiences tom. 5. liv. 2. chap. 32. Les causes pour lesquelles un Juge peut être récusé, sont expliquées dans l'Ordonnance de 1667, tit. 24. *des récusations des Juges*.

IV. A l'exception de quelques cas marqués par l'Ordonnance de 1667, les Juges ne peuvent être intimés & pris à partie, que lorsqu'ils ont mal jugé par dol, concussion ou fraude, *per fraudem, gratiam, inimicitias, aut sordes*, comme l'attestent Louet & Brodeau let. J. fom. 14. Et pour faire descendre le Juge de son Tribunal & le prendre à partie, il faut en avoir obtenu la permission de la Cour, à qui le dernier ressort appartient, suivant l'Arrêt de Règlement du Parlement de Paris du 4 juin 1699, rapporté dans le Journal des Audiences tom. 4. liv. 14. chap. 10. & par Bretonnier sur Henrys tom. 1. liv. 2. qu. 7. & celui du Parlement d'Aix du 28 octobre 1712, rapporté dans le Recueil d'Arrêts de Règlement pag. 249.

V. Le Juge ne peut prononcer que sur le différend des parties: *Utrà id quod in judicium deductum est, excedere potestas Judicis non potest*, dit la Loi *ut fundus 18. D. communi dividundo*. C'est un moyen de requête civile envers les Arrêts, s'il a été prononcé sur choses non demandées ou non contestées, suivant l'art. 34. de l'Ordonnance de 1667, tit. 35. *des Requetes civiles*. Mais le Juge peut corriger les

paroles des demandeurs & s'expliquer plus correctement, suivant la Loi *actorum verba* 46. *D. de re judicatâ.*

VI. Le Juge ne peut condamner un accusé de crime à la mort ou à d'autres peines, que sur des preuves certaines & indubitables. Il doit avoir devant les yeux la regle qui est tracée dans les Capitulaires de Charlemagne & de Louis le Débonnaire, *lib. 7. cap. 239*, de l'Édition de Baluze. Qu'un Juge, y est-il dit, ne condamne qui que ce soit sans être assuré de la justice de son Jugement, qu'il ne condamne personne sur les conjectures. L'accusation n'est pas une preuve que l'accusé soit coupable; il faut qu'il soit convaincu. Le Jugement des choses douteuses est remis à Dieu; & les hommes doivent sçavoir qu'il ne les a pas faits Juges des choses qu'il n'a pas voulu leur faire connoître: *Nullus quemquam antè justum judicium damnet: nullum suspicionis arbitrio judicet. Prius quidem probet & sic judicet. Non enim qui accusatur, sed qui convincitur, reus est. Pessimum namque & periculosum est quemquam de suspitione judicare. In ambiguis Dei judicio reservetur Sententia. Quod certè agnoscunt, suo, quod nesciunt, divino reservent judicio. Quoniam non potest humano condemnari examine quem Deus suo judicio reservavit.* La Loi *absentem* 5. *D. de Pœnis*, dit qu'un accusé de crime ne doit pas être condamné sur des conjectures: *Nec de suspitionibus debere aliquem damnari.*

VII. C'est encore un devoir du Juge d'examiner avant de juger les procès criminels, s'il n'y a point de nullité dans la procédure, & il doit la casser, s'il y trouve quelque nullité. L'art. 8. de l'Ordonnance de 1670, tit. 14. *des Interrogatoires des accusés*, laisse au devoir & à la religion des Juges, d'examiner avant le Jugement, s'il n'y a point de nullité dans la procédure.

VIII. La Loi *Observandum* 19. *D. de officio Præsidis* parle des qualités que doit avoir le Juge. On doit trouver auprès de lui un accès doux & facile, mais tempéré par la gravité; de maniere que sans détruire la confiance, il laisse subsister les sentimens de respect: *Observandum est jus reddendi, ut in adeundo quidem facilem se præbeat, sed contemni non patiatur.* Quand il est obligé de reprendre ou de punir,

il doit le faire d'une maniere qui n'ait rien de dur ni d'ou-
trageant. Il ne doit point montrer de colere contre ceux
qu'il croit méchants, ni trop de fenfibilité pour les malheu-
reux : *Et in cognoscendo neque excandescere adversus eos quos
malos putat, neque precibus calamitosorum illacrymari oportet :
id enim non est constantis & recti Judicis, cujus animi motum
vultus detegit. Et summatim ita jus reddere debet, ut auctoritatem
dignitatis ingenio suo augeat.* On trouve les mêmes préceptes
pour les Ministres de la Justice dans les Offices de Ciceron,
liv. 1. chap. 25.

F I N.



TABLE

DES MATIERES.

A

Abeilles.

Comment on acquiert les effains d'abeilles. 166.

Si on veut avoir des ruches à miel, à quelle distance elles doivent être de celles du voisin. 166.

Absent.

S'il est présumé vivre cent ans. 440 & suiv.

Dans quel tems le partage provisionnel des biens de l'absent peut être ordonné. 441.

Femme de l'absent ne peut se marier que sur des preuves certaines de la mort de son mari. 442.

Quid du mariage des enfans de l'absent. 23. 442.

Quid des successions échues pendant l'absence. 442.

Abus.

Voyez *Appellation.*

Accession.

Moyen d'acquérir l'accessoire de la chose principale. 177.

Quid si l'on bâtit dans son fonds avec les matériaux d'autrui, ou si quelqu'un bâtit de ses matériaux dans le fonds d'autrui. 177.

Quid si le Peintre a peint sur une toile qui ne lui appartient pas. 178.

Quid de l'écriture sur le papier ou le parchemin d'un autre. 178.

Accroissement.

Droit d'accroissement a lieu entre cohéritiers. 225.

Droit d'accroissement entre légataires. 275 & suiv.

Accusations.

Par qui doivent être intentées. 377.

Action.

Action.

Définition de l'action. 405.
 Anciennes formules des actions abrogées. Il suffit de déduire simplement le fait & les fins de la demande 405.
Quid si l'on demande plus qu'il n'est dû. 406.
 Si le demandeur peut corriger sa demande. 406.
 Quelle est l'action personnelle. 406.
 L'action réelle. 406.
 L'action mixte. 407.
 Comment l'action réelle devient mixte. 407.
 L'action réelle se divise en action pétitoire & en action possessoire. 407.
 Quelle est l'action possessoire de complainte & réintégrande 407 & suiv.
 Tout demandeur doit prouver sa demande. 409.
 Et le défendeur ses exceptions. 413.
 Nul n'est contraint d'intenter une action. 409.
 Exception. 409.
 De la Loi *diffamari*. 410.
 Si lorsqu'on a deux actions d'une même chose, la civile & la criminelle, après avoir intenté l'une, on peut se servir de l'autre. 410 & suiv.
 Si le cohéritier a l'action criminelle contre son cohéri-

tier, l'associé contre son associé pour la soustraction des choses communes. 412.

Action redhibitoire, si elle a lieu en vente des immeubles comme des choses mobilières. 304.

Action hypothécaire. 357.

Voyez *hypothèque*.

Action rescisoire.

Voyez *rescision*.

Adoption.

Par le Droit Romain on acqueroit la puissance paternelle par l'adoption. 102.

Adoptions ont eu lieu anciennement en France, & comment. 102.

Ne sont plus en usage; & il n'en reste de vestiges que dans les donations & les institutions d'héritier, à la charge de porter le nom & les armes du donateur ou testateur. 103.

Dans certaines Provinces on pratique les affiliations ou associations. 103.

Affiliation des enfans orphelins dans l'Hôpital de Lyon. 103.

Adultere.

Peines des femmes adultères. 39.

Quid du mari qui tue sa

- femme surprise en adultere , & l'homme qui le commet. 40.
 S'il gagne la dot & les gains de survie. 40.
 S'il n'y a que le mari qui puisse accuser sa femme d'adultere. 41.
Quid si le mari est complice des débauches de sa femme. 41.
 La femme ne peut accuser le mari d'adultere. 41.
 L'homme ne commet proprement l'adultere que lorsqu'il a commerce avec une femme mariée. 41 & suiv.
 Les enfans qui naissent du commerce d'un homme marié avec une femme libre, sont adulterins. 42.

Ajournemens.

Doit être fait à personne ou domicile. 408.

Aliénation.

Aliénations des biens des pupilles & des mineurs sans les formalités du Droit, nulles. 368.

Aliénation de biens d'Église, si un tiers en peut appeler comme d'abus. 416.

Voyez *vente*.

Alimens.

Les peres & les meres doi-

vent des alimens à leurs enfans. 3.

Même à leurs enfans naturels. 3.

Ne les doivent point si les enfans ont d'ailleurs de quoi vivre. 3.

Alimens de la femme dans l'année de deuil. 71.

Alluvion.

Comment on acquiert par l'alluvion. 171.

Quid lorsqu'une partie du fonds est emportée par l'impétuosité de la riviere. 172.

Ambre gris.

A qui appartient. 167.

Amende.

Amende du fol appel. 474.

Amende de l'appel comme d'abus contre l'appellant qui succombe. 474.

Amende des requêtes civiles. 474.

Amende des tiers opposans envers les Arrêts & Jugemens en dernier ressort. 474.

Amende des évocations. 474.

Amende des demandes en cassation d'arrêts ou jugemens en dernier ressort. 474 & suiv.

Amortissement.

Voyez *legs.*

Antichrese.

Définition de l'antichrese.

350.

Si l'antichrese a lieu en France.

350.

Si les fruits peuvent excéder l'intérêt légitime.

351.

Différence de l'antichrese & du contrat de vente à pacte de rachat.

351.

Si le pacte appelé la Loi commissoire, qu'après un certain tems l'engagement sera un titre translatif de propriété, est nul.

351.

Appellation.

En cause d'appel on propose & on prouve ce qui n'avoit pas été proposé & prouvé devant le premier Juge.

448.

Appel a un effet suspensif.

448.

Cas où les Sentences des premiers Juges sont exécutées nonobstant l'appel & sans y préjudicier.

448.

Si cette exécution provisoire nonobstant l'appel, a lieu pour les dépens.

448 & suiv.

Sentences des Juges-Consuls exécutoires nonobstant l'appel.

449.

Sentences dont l'appel n'est pas reçu.

449.

Appel jusqu'à ce qu'il y ait trois Sentences conformes, n'a plus lieu.

450.

Excepté dans les Tribunaux ecclésiastiques.

450.

Appellation comme d'abus des Juges d'Eglise, dans quel cas reçue.

451.

En matiere criminelle l'appel n'empêche l'instruction & le jugement.

451.

Arbitres.

Voyez *Compromis.*

Arrêt.

Voyez *Jugement, opposition, requête civile.*

Artisans.

Tenus des dommages s'ils péchent par ignorance dans les ouvrages de leur art.

387 & suiv.

Assurance.

Quel est le contrat d'assurance.

372.

Est nul si l'une des parties sçavoit que la chose fût arri-

vée au lieu de sa destination,
ou qu'elle eût péri. 372.

Aubain. Aubaine.

Aubains ou étrangers sujets
au droit d'aubaine. II.

Ne peuvent recueillir des
successions ni disposer de leurs
biens par des actes à cause de
mort. II 228.

Le Roi leur succede, si ce
n'est qu'ils eussent des enfans
nés & demeurans dans le Ro-
yaume. II

Peuvent contracter & re-
cevoir & faire des donations
entre vifs. 228.

Le droit d'aubaine n'a lieu
s'ils sont naturalisés par Let-
tres du Prince ou par l'Edit
du Port franc de Marseille.
II & 12.

Augment.

Augment de dot. 68 & suiv.

B

Bail.

Bail à loyer perpétuel.
Voyez *Louage*.

Bail à emphytéose. Voyez
Emphytéose.

Bâtards.

Ne succèdent point à leurs
pere & mere : n'ont point de
parens. 33.

S'ils meurent *ab intestat*
leur succession appartient au
Roi ou au Seigneur Haut
Justicier, si ce n'est qu'ils
eussent des enfans nés de lé-
gitime mariage, ou que la
femme survive à son mari
bâtard, ou le mari à sa fem-
me bâtarde. 33.

Legs d'alimens fait par le
testateur à son enfant bâtard,
valable. 33.

Si un testateur peut insti-
tuer ses héritiers les enfans nés
du légitime mariage de sa fille
bâtarde adulterine. 98 & suiv.

Voyez *Alimens, Héritier,*
Légitimation.

Bâtimens.

Voyez *Accession.*

Biens vacans.

A qui appartient. 169.

C

Caution.

Définition de la caution
366.

Il peut y avoir des cautions ou fidejusseurs dans toutes les obligations. 366.

Si plusieurs fidejusseurs sont tenus chacun pour le tout. 366

Si les fidejusseurs ont le bénéfice d'ordre & de discussion quand ils n'y ont pas renoncé. 366.

Si entre Marchands la caution peut être convenue sans discussion précédente du principal obligé. 366 & suiv.

Fidejusseur ne peut être obligé pour plus que le principal débiteur, mais peut être obligé plus efficacement 367.

Si les exceptions du débiteur principal servent à la caution. 367 & suiv.

Si l'exception du Senatusconsulte Macedonien sert à la caution. 369.

Quelle action a contre le principal débiteur la caution qui a payé pour lui. 369 & suiv.

Si les intérêts que la caution a payés sont principal à son égard. 370.

Si tous ceux qui sont capables de s'obliger peuvent cautionner. 370.

Les femmes sont relevées du cautionnement par le Senatusconsulte Velleïen. 370.

Peuvent cautionner pour

dot. 371.

Pour être relevées de leurs cautionnements, doivent impêtrer des Lettres royales & les faire signifier dans les dix ans. 371.

Contrat d'assurance, espece de cautionnement. 372.

Cession.

Différence de la cession & de la délégation. 396.

Si le cédant est tenu de l'insolvabilité du débiteur. 396.

Si celui qui a fait la cession peut recevoir la somme cédée. 397.

Si les créanciers du cédant peuvent saisir la somme cédée. 397.

Si la cession même signifiée est sujette aux exécutions des créanciers antérieurs. 398.

Quel tems dure l'action du créancier antérieur sur la chose cédée. 399.

Cession des biens qu'un débiteur fait à ses créanciers, est ou volontaire ou judiciaire. 400.

Délivre le débiteur de la prison. 400.

S'il est délivré de la dette lorsque les biens ne sont pas suffisans. 400.

Ce bénéfice du droit est accordé aux débiteurs mal-

heureux, non aux débiteurs
frauduleux. 400.

A quels débiteurs il est
refusé. 400 & suiv.

N'a lieu que pour dettes
civiles & non pour des con-
damnations pécuniaires en ma-
tiere criminelle. 401.

N'est pas accordé aux étran-
gers non naturalisés. 402.

Si celui qui fait cession des
biens peut être condamné à
porter le bonnet vert. 403.

Si celui qui demande de
faire cession des biens doit se
constituer prisonnier. 404.

Chasse.

A qui défendue. 165 & suiv.

Chirurgiens.

S'ils sont responsables des
fautes commises par ignoran-
ce de leur art. 387.

Choses.

Division des choses en cel-
les qui sont dans le commer-
ce & celles qui sont hors de
commerce. 135.

Choses communes, publi-
ques, des Communautés & qui
n'appartiennent à personne.
135.

Choses des Villes & Com-
munautés. 143.

Choses sacrées, religieu-
ses & saintes. 143 & suiv.

Dans quels cas les choses
sacrées peuvent être aliénées?
143 & suiv.

Division des choses en cor-
porelles & incorporelles. 147.

En meubles & en immeu-
bles. 147.

Par quels moyens on ac-
quiert le domaine des choses?
165 & suiv.

A qui appartiennent les
choses abandonnées par leurs
maîtres. 169.

Quid des épaves. 169 &
suiv.

Quid des choses jetées dans
la mer pour soulager le Vaif-
seau lors de la tempête. 170
& suiv.

On acquiert la chose qui
est produite par la chose qui
nous appartient. 171.

Voyez *Occupation*.

Codicile.

Volonté moins solemnelle
que le testament. 289.

Soit qu'on ait testé ou qu'on
n'ait point fait de testament,
on peut faire des legs & des
fidéicommiss par des codiciles.
289.

On ne peut faire une insti-
tution d'héritier & une subs-
titution directe, ni les révo-

quer dans un codicile. 289. tre mariés. 45. 332.

Si l'institution d'héritier faite dans un codicile se convertit en fidéicommiss. 289 & suiv.

Quelle est la forme des codiciles ? 290.

Codiciles privilégiés qui exigent moins de formalités. 291.

Il peut y avoir plusieurs codiciles d'une même personne. 291.

Collocation.

Voyez Jugement , Rachat.

Commissaires.

Commissaires & gardiens des fruits & choses saisies. 347.

Voyez Dépôt.

Commodat.

Définition du commodat ou prêt à usage. 343.

Différence du commodat & du prêt. 343.

Quelle est l'obligation du commodataire, & de quoi il est tenu ? 343.

Commodat est de sa nature gratuit : est une autre sorte de contrat s'il y a un prix. 344.

Communauté.

Communauté de biens en-

Compensation.

Se fait de droit entre deux personnes débitrices l'une de l'autre. 390.

Fait cesser le cours des intérêts. 390 & suiv.

Si elle peut être opposée au cessionnaire. 391.

Empêche la prescription. 391.

Dette prescrite ne peut être compensée avec une dette contractée après la prescription acquise. 391 & suiv.

La compensation n'a lieu que de dette claire & liquide. 392.

Le créancier d'une rente constituée ne peut compenser le fort principal avec une dette claire & liquide, & le débiteur de la rente le peut. 392.

Si le débiteur d'une somme pour alimens la peut compenser. 392 & suiv.

Si la compensation a lieu lorsque les biens du débiteur sont mis en discussion ou pris par bénéfice d'inventaire. 393.

Si la compensation a lieu en matière de délits. 394.

Compétence.

Voyez Juge.

Complainte.

Complainte & réintégrande. Voyez *Action*.

Compromis.

Nul n'est forcé de compromettre. 466.

Excepté entre parens & alliés. 466.

Et entre associés. 466.

Sentences arbitrales doivent être homologuées & par-devant quels Juges. 466 & suiv.

Quels Juges doivent connoître de l'exécution des Sentences arbitrales. 467.

L'appel des Sentences arbitrales doit être porté au Parlement ou à la Cour souveraine à qui la connoissance de la matiere appartient. 467.

Concubine.

Si les donations & les legs faits par le donateur ou le testateur à sa concubine sont nuls. 34. 232.

Quid de l'obligation en faveur d'une concubine. 34.

Si l'on peut prouver par témoins le concubinage de la donataire ou légataire avec le donateur ou testateur. 232 & suiv.

Concubinage permis par les Loix romaines, défendu par nos Loix. 237.

Voyez *Héritier*.

Condamné.

Si les biens des condamnés à la mort sont confisqués, & dans quels cas. 106.

Condition.

Conditions conjonctives, alternatives & disjonctives. 226 & suiv.

Condition impossible ou contre les bonnes mœurs, rejetée dans les institutions d'héritiers, les legs, les fidéicommiss. 227.

Dans les contrats annulle le contrat. 227.

Le jour incertain fait une condition. 244.

Voyez *Héritier*, *Mariage*.

Confec̄tion.

D'une nouvelle espece : à qui la nouvelle espece appartient. 176.

Confession.

Fait preuve. 435.
Quid en matiere criminelle.

435.
Si

Si elle est indivisible en
matière civile. 436.

Confiscation.

Voyez *Condamné.*

Confront.

N'est pas la chose con-
frontée. 140.

Confusion.

De deux espèces : qui en
a la propriété. 177.

Contrainte par corps.

Septuagénaire ne peut être
contraint par corps en ma-
tière civile. 132.

Cas auxquels la contrainte
par corps peut être ordonnée.
454.

Contrat.

Contrat à la grosse avan-
ture ou à retour de voyage.
332.

Contrat de rente consti-
tuée à prix d'argent. Voyez
Rente.

Etranger qui contracte avec
un citoyen, sujet aux loix du
lieu où il contracte. 383.

L'observance interprète des
contrats & des autres disposi-
tions. 444.

Voyez *Juge, quasi-Contrat.*

Convention.

Conventions passées en plei-
ne mer ou dans une Isle dé-
serte, par quel droit sont ré-
gies. 136.

Quid des conventions des
Souverains. 136.

Coobligés.

Deux ou plusieurs person-
nes peuvent s'obliger solidai-
rement. 362.

Qu'il n'y a point d'obliga-
tion solidaire sans une clause
expresse. 362.

Si les coobligés solidaires
peuvent opposer le bénéfice
de division & de discussion.
362.

Cas où plusieurs débiteurs
sont obligés solidairement
sans division ni discussion,
quoiqu'ils ne s'y soient pas
soumis par une clause ex-
presse. 362 & suiv.

Si le créancier qui reçoit
la portion de l'un des co-
obligés solidaires, est censé
renoncer à l'obligation soli-
daire à l'égard des autres.
363.

L'un des coobligés solidai-
rement payant toute la dette,
comment pourra-t-il agir

contre les autres coobligés ? 364.

Crime.

Crimes publics , capitaux
& non capitaux. 378.

Voyez *Délit* , *Juge*.

Curateurs.

Curateurs donnés aux mi-
neurs de vingt-cinq ans. 121.

Différences entre les tuteurs
& les curateurs. 121.

Curateurs sont nommés par
le Juge , & comment. 121.

Mineur n'est obligé d'avoir
un curateur , si ce n'est lorf-
qu'il plaide. 122.

Peut exiger ses revenus
sans assistance de curateur ,
non une somme principale.

122.

Curateurs des furieux & des
prodigues : quel est leur pou-
voir , & comment ils doivent
être nommés. 122.

Si le mari peut être cura-
teur de sa femme. 133.

Excuses de la curatelle.
Voyez *Tutelle*.

Curateurs suspects. Voyez
Tutelle.

D*Décret.*

Décrets en matiere crimi-

nelle décernés selon la qua-
lité des crimes , des preuves
& des personnes. 429.

Décrets & criées sur les
biens des débiteurs n'ont lieu
en Provence. 453.

Déguerpiſſement.

A lieu en toutes rentes &
redevances foncieres. 325.

Voy. *Emphytéose* , *Louage*.

Délégation.

Différence de la délégation
& de la ceſſion. 396.

Si par la délégation le dé-
biteur est entièrement libéré.
396.

Délit.

Délits font ou privés ou
publics. 377.

Par qui doit être faite la
poursuite de la punition des
délits ou crimes publics. 377.

Par quel tems les délits
font prescrits. 378.

Celui qui commet un délit,
obligé de réparer le domma-
ge , & comment. 380 & suiv.

Tous ceux qui ont parti-
cipé au délit , tenus solidai-
rement des amendes & dé-
pens. 382.

Crimes punis suivant les
loix du pays où ils ont été
commis. 382.

Crimes commis en pays étranger : s'ils peuvent être punis par les Juges de France. 382 & suiv.

Voyez *Juge*.

Demande.

Voyez *Action*.

Dénonciateur.

Ne peut agir en son nom. 377.

Dépens.

Partie qui succombe condamnée aux dépens, quelquefois aux dommages & intérêts. 473.

Si les dépens peuvent être compensés ou modérés. 473.

Dépôt. Dépositaire.

Définition du dépôt. 345.

Si la somme déposée peut être compensée avec la somme qui est due au dépositaire. 345.

De quoi est tenu le dépositaire. 345.

Différence du dépôt volontaire & du dépôt nécessaire. 346.

Si les Hôtes & Hôteses répondent civilement des vols faits dans leurs hôtelleries,

des choses qu'on y a déposées. 346.

Preuve par témoins n'est reçue du dépôt volontaire de plus de cent livres, reçue du dépôt nécessaire. 346.

Contrainte par corps a lieu en dépôt nécessaire, n'a lieu en dépôt volontaire. 347.

Dépositaires commis par la Justice, sequestres, commissaires & gardiens des fruits & choses saisies : leurs obligations. 347.

Obligations de celui qui fait le dépôt & du dépositaire. 348.

Descente.

Descente sur les lieux. Voyez *Procès-verbaux*.

Deuil.

Habits de deuil dus à la veuve. 71.

An de deuil. Voyez *Ali-mens*.

Directe.

Voyez *Emphytéose*.

Dommage.

Voyez *Délit, quasi-Délit, Dépens*.

Q q q ij

Donation.

- Si les donations entre mariés pendant le mariage peuvent être révoquées. 59.
- Donations de survie en usage en Provence dans les contrats de mariage. 69.
- Se divisent en portions viriles entre le conjoint & les enfans survivans. 69.
- Le conjoint perd la propriété de la portion virile, s'il se remarie. 69.
- De la donation des coffres, prix & reconnu d'iceux. 69. & suiv.
- Si la donation faite par le pere à son enfant non émancipé, peut être révoquée. 85.
- Donation des meubles & immeubles ne comprend les dettes & actions. 149.
- Donations à cause de mort comparées aux legs : quelle en est la forme. 182.
- Donations entre vifs irrévocables. 182.
- Formes qui y doivent être observées. 183.
- Donations où ces formes ne sont pas requises. 183.
- De l'acceptation des donations. 183.
- De l'insinuation des donations. 183.
- Donations en contrat de

mariage non sujettes aux formalités du Statut de Provence. 183.

Donation est révoquée par la survenance des enfans. 184.

Par la légitimation par mariage subséquent. 184.

Si la renonciation pure & gratuite à un droit bien établi, est donation révoquée par la survenance des enfans. 185.

Donation révoquée par l'ingratitude du donataire. 186.

Quelles sont les causes d'ingratitude. 186 & suiv.

Si la donation révoquée revient au donateur franche d'aliénation & d'hypothèque. 187.

Dans quels cas le retour des donations a lieu en faveur des donateurs. 187 & suiv.

Voyez *Testament*.

Dot.

Est générale ou particulière. 46.

Fruits de la dot appartiennent au mari. 46. 50.

Quid Si un usufruit a été donné en dot. 47.

La femme qui n'a qu'une constitution de dot particulière, conserve la libre disposition de ses autres biens. 48.

Payement des deniers de

- la dot fait au mari, libéré le débiteur : le mari n'est tenu de donner caution. 48.
- Hypothèque de la dot. 49.
- Dots peuvent être constituées & augmentées pendant le mariage. 49.
- La femme doit prouver la réalité des confessions de dot faites pendant le mariage, s'il y a des créanciers du mari. 49 & suiv.
- Si les créanciers de la femme peuvent porter leurs exécutions sur les biens dotaux. 50 & suiv.
- Quel est le fonds dotal. 51.
- Les réparations utiles & nécessaires sont dues au mari. 52.
- Le fonds dotal ne peut être aliéné. 52.
- Si après la mort du mari la femme peut prendre son fonds dotal ou le prix. 52.
- Si le mari qui en a fait l'aliénation peut demander la cassation de la vente, sans être tenu des dommages & intérêts. 52 & suiv.
- Quel est le fonds subsidiairement dotal. 53.
- Quel est le droit de la femme sur les biens subsidiairement dotaux. 53.
- L'estimation ne rend pas toujours le fonds subsidiairement dotal. 54.
- Si le fonds acquis des deniers de la dot, est subsidiairement dotal. 55.
- Si les fonds donnés en dot peuvent être aliénés par le mari, lorsqu'on en est convenu dans le contrat de mariage. 55 & suiv.
- Si les biens dotaux peuvent être aliénés par le mari pour payer les dettes auxquelles ils sont hypothéqués. 56.
- Et sans des formalités. 57.
- Si le fonds dotal peut être échangé avec un autre fonds. 57.
- La femme pendant la vie du mari ne peut aliéner ni engager sa dot. 57.
- Exceptions. 57 & suiv.
- La femme ne peut demander la restitution de sa dot pendant le mariage. 59.
- Excepté dans le cas où les biens du mari sont mis en discussion ou lorsqu'il dissipe ses biens. 60 & suiv.
- Si la femme étant colloquée pour sa dot sur des biens emphytéotiques, les lods en sont dûs. 60.
- Forme de procéder pour la répétition de la dot, lorsque le mari dissipe ses biens. 61 & suiv.
- La femme doit être colloquée pour sa dot sur des immeubles. 62.

S'il n'y a que des meubles ils doivent être vendus & les deniers être placés. 62.

La femme colloquée ne peut aliéner ni obliger ses biens dotaux pendant le mariage. 62. & suiv.

Les fruits doivent être employés à l'entretien de la femme, du mari & des enfans. 63.

De quel jour les intérêts de la dot sont dûs. 63.

Devoir du pere de doter sa fille. 64.

Si la dot constituée par le pere pour tous droits paternels & maternels, ne s'impute que sur les droits paternels. 64 & suiv.

La Loi *si pater dotem* n'a pas lieu pour la dot de la fille religieuse. 66.

Si le pere est obligé de redoter sa fille quand le mari est insolvable. 67.

Si cette obligation regarde la mere ou le frere qui ont constitué la dot. 68.

Si cette action n'a pas lieu contre les tiers-possesseurs. 68.

Si les enfans héritiers de leur mere peuvent demander la redotation. 68.

Augment de dot n'est point en usage en Provence. 69.

Dot consistant en deniers

n'est payable qu'une année après la mort du mari ou de la femme. 71. 279.

Si les enfans dont la mere est décédée peuvent répéter la dot de leur mere, lorsque le pere dissipe ses biens. 82.

Si le pere consentant que sa fille se constitue en dot tous ses biens présens & à venir, ne peut prétendre l'usufruit des biens adventifs de sa fille. 86.

Hypothèque de la dot. Voyez *Hypothèque*.

Droit.

Préceptes du droit. 1 & suiv.
Division du Droit en Droit public & en Droit privé. 2.

Droit naturel, Droit des gens & Droit civil. 2.

Quel est le Droit naturel. 2. & suiv.

Le Droit des gens. 3 & suiv.

Le Droit civil. 4 & suiv.

Si le Droit civil peut restreindre la liberté naturelle. 5.

Objets du Droit. 5.

E

Echange.

Du contrat d'échange. Anciennement le commerce se faisoit par des échanges. 298.

Ecritures.

De la reconnoissance des écritures & signatures en matiere criminelle, & de la preuve par comparaiſon d'écritures. 426.

De la reconnoissance & vérification des écritures en matiere civile. 426.

Education.

L'éducation des pupilles n'est pas toujours donnée au tuteur. 118.

Mere qui se remarie privée de l'éducation de ſes enfans. 119.

Emancipation.

Si l'émancipation doit être faite le pere préſent, & non par Procureur & devant le Juge. 111.

Emancipation tacite par la ſéparation du pere & du fils de famille pendant dix ans. 111.

Emancipation imparfaite qui eſt en uſage en Provence appellée habilitation. 112.

En Pays coutumiers les enfans ſont émancipés par mariage & âge compétent. 112.

Les peres ne peuvent être

contraints d'émanciper leurs enfans, excepté dans certains cas. 112. & ſuiv.

Si le pere qui a émancipé ſon enfant, peut retenir la moitié de l'uſufruit des biens de l'enfant. 113.

Emphytéoſe.

Définition de l'emphytéoſe. 323.

Emphytéote obligé de prendre inveſtiture & paſſer reconnoissance. 323.

Si l'emphytéote peut être expulſé lorsqu'il ne paye pas les arrérages du cens. 323.

Si l'emphytéote ou ſes créanciers peuvent purger la demeure. 323.

S'il eſt libéré des charges pour l'avenir par le déguerpiſſement. 323 & ſuiv.

Quid s'il y a renoncé. 324.

Droit de retrait ou de lods en faveur du Seigneur direct, lorsque le fonds emphytéotique eſt aliéné. 324.

Peines contre les emphytéotes pour les fraudes commiſes au préjudice de la directe & du droit de prélation. 324.

Enquête.

Voyez *Témoins.*

<i>Epaves.</i>	Quelles sont les exceptions dilatoires. 417.
A qui appartiennent. 169. & suiv.	Les exceptions déclinatoires. 417.
<i>Esclaves.</i>	<i>Exhérédation.</i>
Voyez <i>Servitude.</i>	Les peres & les meres ne peuvent exhéderer leurs enfans sans une juste cause. 236.
<i>Etat.</i>	Quelles sont les causes pour lesquelles les peres & les meres ou autres ascendans peuvent exhéderer leurs enfans. 237.
Voyez <i>Possession.</i>	Posthume ne peut être exhéderé. 239.
<i>Etranger.</i>	Pour quelles causes les enfans peuvent exhéderer leurs peres & meres ou autres ascendans. 240.
Voyez <i>Aubain.</i>	<i>Experts.</i>
<i>Eviçtion.</i>	Des rapports d'Experts. 437.
Voyez <i>Vente.</i>	Comment les Experts sont nommés. 437.
<i>Evocation.</i>	Après la nomination, la partie ne peut les récuser que par les mêmes moyens qu'on récuseroit un Juge. 437. & suiv.
Voyez <i>Juge , Procès.</i>	On peut recourir de leur rapport par recours simple ou par recours de Droit. 438.
<i>Exception.</i>	On peut recourir à d'autres Experts jusqu'à ce qu'il y
Est la défense du défendeur. 413.	
Quelles sont les exceptions péremptoires. 413 & suiv.	
Exception que le demandeur n'a point d'intérêt. 415.	
Si l'on peut exciper du droit du tiers. 415 & suiv.	
Si l'on peut proposer plusieurs exceptions. 417.	

y ait trois rapports conformes. 438. 451.

Le rapport est nul si les Experts ont excédé leur pouvoir. 438.

Doivent être nommés des lieux où l'estimation doit être faite, & en cas de suspicion des lieux circonvoisins. 438.

F

Falcidie.

Voyez *Quarte.*

Faux.

Comment se fait la poursuite du faux principal. 426.

Et celle du faux incident. 426.

Femme.

En quels cas une femme peut ester en Jugement sans l'autorité de son mari. 44.

Voyez *Dot, Mariage.*

Fidécummiss.

Si la mort civile du grevé donne ouverture au fidécummiss. 107 & suiv.

Fidécummiss est universel ou particulier. 244.

Héritier chargé de rendre sans préfixion de tems, n'est

obligé de rendre qu'en mourant. 244.

On peut faire un fidécummiss dans une donation entre vifs. 244.

L'héritier chargé d'un fidécummiss universel peut détraire la quarte trébélianique. 244.

Si cette quarte peut être prohibée par le testateur. 245.

Si elle est consumée par la jouissance des fruits. 245.

Voyez *Legs, Substitution, Vente.*

Fidécummiss.

Voyez *Caution.*

Fief.

Définition du Fief. 325.

Fiefs inconnus au Droit romain. 325.

Rendus héréditaires. 325 & suiv.

Fils de famille.

S'il peut tester & donner à cause de mort. 210 & suiv.

Peut s'obliger pour toute sorte de causes, excepté le prêt. 341.

Voyez *Mariage, Pere, Prêt, Testament.*

Fleuve.

Voyez *Riviere.*

R r r

Fonds dotal.

Quelle est l'obligation qui
en résulte. 373.Voyez *Dot*.*Fossé.*A quelle distance doit être
du fonds voisin. 153.

G

*Gage.*Définition du gage : obli-
gation qui en résulte. 349.Si le créancier peut ven-
dre le gage, & comment.
349 & suiv.Si le créancier est préféra-
ble aux autres créanciers sur
le meuble à lui donné en
gage. 350.Si l'engagiste peut prescri-
re le gage. 351.Différence du gage & de
l'hypothèque. 352.Voyez *Antichrese*.*Garantie.*N'est due des évictions qui
arrivent par la puissance de
la Loi. 305.Voyez *Vente*.*Gestion.*Gestion des affaires d'au-
trui. 373.

H

*Habilitation.*Voyez *Emancipation*.*Habitation.*Diffère de l'usufruit & de
l'usage. 163.Celui qui a l'habitation, la
peut louer. 163.

Comment elle finit. 164.

*Habits de deuil.*Voyez *Deuil*.*Héritier.*Des héritiers institués à la
charge de porter le nom &
les armes du testateur. 103.Héritier universel succes-
seur à tout le droit du défunt.

225. 302.

Héritier particulier confi-
déré comme légataire. 225
& 226.Le testateur peut instituer
un ou plusieurs héritiers. 225.Si l'héritier particulier de-
vient héritier universel, lors-
qu'il n'y a point d'héritier
universel. 225.

Quid si l'héritier universel meurt avant le testateur, ou s'il est incapable, ou s'il répudie l'hérédité. 226.

Héritier peut être institué purement & simplement ou sous condition. 226.

Quid s'il y a plusieurs conditions par la particule conjonctive ou par la particule alternative & disjonctive. 226.

Si la particule disjonctive est prise pour conjonctive en faveur des enfans. 227.

Condition impossible ou contre les bonnes mœurs, apposée à l'institution d'héritier, au legs, au fidéicommiss, rejetée comme non écrite. 227.

Le testateur peut instituer ses héritiers ceux qu'il n'a jamais vus. 228.

Ceux qui ont été condamnés à une mort civile, ne peuvent être institués héritiers. 228.

Ni les Religieux. 228.

Ni les aubains ou étraugers non naturalisés. 228.

Ni les Communautés non approuvées par Lettres patentes ou non établies trente ans avant l'Edit du mois de décembre 1666. 228. & suiv.

Villes, Bourgs & Villages

peuvent être institués héritiers, recevoir des legs & des donations. 229. & suiv.

Les pauvres des lieux 230.

Défenses aux Gens de main-morte d'acquérir des immeubles, droits réels, rentes sur particuliers. 230 & suiv.

Corps Religieux qui sont incapables d'institution d'héritier, de legs, de donations. 231 & suiv.

Les bâtards & les concubines du testateur ne peuvent être institués ses héritiers. 232.

Ni ceux qui ont eu un commerce adultérin ou de concubinage avec la testatrice 232 & suiv.

En France on ne fait point de différence entre les héritiers indignes & les héritiers incapables. 232.

Si l'on peut prouver par témoins le concubinage de l'héritière instituée avec le testateur. 232 & suiv.

Enfant, ni né ni conçu lors de la mort du testateur, ne peut être son héritier. 233.

Testateurs obligés d'instituer héritiers dans quelque portion leurs enfans ou petits enfans représentans leurs pere ou mere, même le posthume. 234.

Il suffit que le pere ou l'ayeul laisse quelque chose

R r r ij

à ses enfans ou petits-enfans
à titre d'institution d'héritier.
234 & suiv.

Si la chose ne remplit pas
la légitime de l'enfant, il a l'ac-
tion de supplément. 235.

Tous ceux qui ont droit
de légitime doivent être inf-
titués héritiers. 236.

Institution d'héritier du pos-
thume comprend tous les pos-
thumes. 239.

Enfans qui n'ont point d'en-
fans, obligés d'instituer héri-
tiers en quelque chose leurs
pere & mere ou autres as-
cendans. 239.

Institution d'héritier peut
être faite par contrat de ma-
riage. 240.

Origine des institutions
contractuelles : questions sur
cette matiere. 240 & suiv.

Il n'y a plus d'héritiers né-
cessaires. 257.

Si tout héritier peut renon-
cer à l'hérédité ou la prendre
par bénéfice d'inventaire 257.

Deux sortes d'héritiers,
l'héritier pur & simple, &
l'héritier par bénéfice d'inven-
taire. 257.

Celui qui s'est porté pour
héritier pur & simple, obligé
de payer les dettes & les legs.

257. 374.

Comment on fait acte d'hé-
ritier. 258.

Quel est l'héritier par bé-
néfice d'inventaire. 258.

Il n'est pas tenu au-delà des
forces de l'héritage. 258.

Peut retenir la quarte fal-
cidie. 258 & suiv.

Le bénéfice d'inventaire n'a
pas lieu en faveur des héri-
tiers des comptables des de-
niers du Roi. 259.

Ni pour les héritiers des
Commis des comptables, ni
pour les héritiers des Rece-
veurs des Consignations. 259.

Quelles formes on doit ob-
server pour être reçu au bé-
néfice d'inventaire & dans quel
tems. 260.

Si le majeur qui s'est porté
pour héritier pur & simple,
peut être reçu au bénéfice
d'inventaire, lorsqu'il vient à
paroître de nouvelles dettes.

261.

S'il est reçu à répudier l'hé-
rédité. 262.

Dans quel tems il peut être
procédé à l'inventaire. 262.

Si l'héritier qui recele &
divertit des effets de la suc-
cession, est déchu du bénéfice
d'inventaire. 263.

Si l'héritier par bénéfice
d'inventaire est reçu à répu-
dier l'hérédité. 264.

Si l'héritier qui a pris l'hé-
rédité par bénéfice d'inven-
taire, peut renoncer à cette

qualité, & se porter pour héritier pur & simple. 264.

Si le testateur peut prohiber le bénéfice d'inventaire à son héritier. 264. & suiv.

Si un majeur qui a répudié un héritage ou un legs, peut être restitué envers sa répudiation. 266.

Si l'héritier qui meurt avant l'ouverture du testament, ou sans avoir fait acte d'héritier, transmet son droit à son héritier. 266 & suiv.

Si le cohéritier est tenu personnellement pour sa part seulement envers les créanciers de l'hérédité & hypothécairement pour le tout. 272.

Si l'héritier doit poursuivre la vengeance de la mort du défunt. 409.

Voyez *Exhérédation, Testament.*

Hypothèque.

Hypothèque de la femme pour sa dot. 49.

N'a point d'hypothèque préférable aux créanciers antérieurs. 49.

Hypothèque de la femme pour ses biens paraphernaux. 49.

Meubles n'ont suite par hypothèque. 148. 352.

Définition de l'hypothèque. 352.

Différence du gage & de l'hypothèque. 352.

Par l'hypothèque, tous les biens meubles & immeubles du débiteur sont obligés. 352.

Trois sortes d'hypothèque, contractuelle, judiciaire & légale ou tacite. 352.

Créanciers sont payés suivant l'ordre & la date de leurs hypothèques. 353.

Les privilèges ne sont réglés par l'ordre du tems. 353.

Quelles sont les créances privilégiées. 353.

Comment on peut acquérir l'hypothèque d'un créancier par la subrogation. 353.

Ce qui est requis pour la subrogation conventionnelle. 354.

Si l'ancien créancier qui a reçu partie de la dette & a consenti la subrogation, est préférable pour ce qui lui est encore dû au nouveau créancier. 355.

Quelle est la subrogation légale. 355.

Si elle a lieu en faveur d'un créancier postérieur qui paye un ancien créancier. 355.

En faveur de l'acquéreur d'un fonds qui paye le prix de son acquisition à des créanciers hypothécaires. 355.

En faveur de l'héritier par bénéfice d'inventaire qui paye

des créanciers de l'hérédité. 356.

En faveur du fidéjusseur qui paye la dette du principal débiteur. 356.

Action hypothécaire des créanciers antérieurs contre les tiers possesseurs. 357.

Se prescrit par dix ans entre présens, & vingt ans entre absens. 357.

Par la déclaration d'hypothèque, la prescription est interrompue & l'action prorogée à 30 ans. 357 & suiv.

Le créancier postérieur qui a hypothèque lors de l'aliénation, a le droit d'offrir. 358.

Questions sur les hypothèques contractuelles, judiciaires & légales ou tacites. 358.

De quel tems se règle l'hypothèque des obligations qui naissent des délits. 358 & suiv.

Hypothèque des intérêts & des dépens. 360. & suiv.

Edit des conservateurs des hypothèques n'est reçu en Provence. 454.

I

Impuissance.

Est empêchement de mariage. 15.

Injure.

A qui compete l'action d'injure 378.

Par quel tems est prescrite l'action d'injure verbale & d'injure réelle. 378.

Inondation.

Comment le propriétaire du fonds inondé en conserve la possession. 175.

Comment & par quel tems il en perd la propriété. 175 & suiv.

Intérêts.

Voyez *Prêt.*

Inventaire.

Bénéfice d'inventaire. Voy. *Héritier.*

Isle.

A qui appartiennent les isles qui se forment dans la mer. 172 & suiv.

Et celles qui se forment dans les rivières. 173.

Quid si le fleuve se divise en deux bras. 173.

Quid si la rivière change de lit. 174.

Juge, Jugement, Jurisdiction.

Juge doit suppléer à ce qui manque à la défense des parties : exception. 180.

- Si le Juge est tenu du mal jugé. 387.
- Dans les actions personnelles & mixtes, le défendeur doit être assigné devant son Juge. 418.
- Quid* en action réelle. 418.
- Comment l'action réelle devient mixte. 419.
- Quid* de l'action personnelle qui a la chose pour objet, comme le retrait. 419.
- Le Roi fondé en toute Justice. 419.
- Causes des Nobles; la connoissance en appartient aux Baillifs, Sénéchaux & Présidiaux. 419 & suiv.
- Non des Nobles domiciliés dans les Justices des Seigneurs. 420.
- La connoissance des matieres possessoires & de complainte & réintégrande appartient aux Officiers des Seigneurs dans leurs Justices. 420.
- En matiere ecclésiastique, les Juges des Seigneurs ne connoissent des actions possessoires, la connoissance en appartient aux Baillifs & Sénéchaux. 421.
- Juge du principal est Juge de l'accessoire & de l'incident. 421.
- Un Tribunal ne peut connoître des causes pendantes en un autre Tribunal. 421 & suiv.
- Le Juge supérieur ne peut évoquer les causes pendantes devant le Juge inférieur, si ce n'est pour juger définitivement à l'Audience. 422.
- Quid* des procès criminels. 422.
- En matiere criminelle le Juge du lieu du délit en doit connoître. 422.
- Quid* s'il s'agit d'un crime commis en pays étranger. 383 & suiv.
- La connoissance des cas royaux appartient aux Baillifs & Sénéchaux. 423.
- Le Juge ordinaire du lieu du délit est compétent pour informer, decreter & interroger. 423.
- Le Juge notoirement incompetent ne le peut. 424.
- Procès jugés suivant les Loix du pays où le contrat a été passé. 384.
- Procès évoqués, jugés suivant les Loix d'où le procès a été évoqué. 384.
- Juges des Eaux & Forêts: Sieges de l'Amirauté: Juges-Consuls: Trésoriers de France: Juges de Police. 424.
- Jugement qui contient des dispositions obscures, comment doit être expliqué. 445.
- Jugemens provisionnels,

interlocutoires, définitifs. 446.

Si les Jugemens interlocutoires préjugent la cause. 446.

Quels sont les Jugemens qui passent en force de chose jugée. 447.

Juges-Consuls : leur Jurisdiction. 449.

Jugemens ne peuvent être exécutés qu'ils n'ayent été signifiés. 452.

Ceux qui n'obéissent à l'Arrêt ou Jugement qui les condamne à délaisser un héritage, contraints par corps. 452.

Quid s'il a été ordonné que celui qui est condamné à délaisser un héritage, sera remboursé de quelques sommes, especes, impenses ou améliorations. 452.

Comment les Jugemens sont exécutés sur les biens meubles des débiteurs. 453.

Et sur les immeubles. 453.

Devoir des Juges de juger suivant les Loix, les Ordonnances & les Usages. 476.

Juges ne peuvent retenir les causes, instances & procès dont la connoissance ne leur appartient. 418. 476.

Juges d'appel doivent renvoyer les parties aux Juges d'où l'appel provient. 476.

Le Juge doit s'abstenir, s'il connoît en lui des causes de récusation. 477.

Quid si la cause ne lui a pas été connue, & dans quel cas on présume qu'il l'a ignorée. 477.

Quelles sont les causes de récusation. 477.

En quel cas les Juges peuvent être intimés & pris à partie. 477.

S'il faut obtenir la permission de la Cour pour prendre le Juge à partie. 477.

Le Juge ne peut prononcer que sur le différend des parties. 477.

Peut corriger les paroles des demandeurs. 478.

Ne peut condamner un accusé que sur des preuves certaines. 478.

Juge doit examiner, avant de juger les procès criminels, s'il n'y a point de nullité dans la procédure. 478.

On doit trouver auprès du Juge un accès doux & facile, tempéré par la gravité. 479.

Voyez *Opposition*, *Procès*, *Requête civile*,

Jurisprudence.

Définition de la Jurisprudence. 1.

Justice.

Définition de la Justice. 1.
Larcin.

L

Larcin.

Si le larcin & le vol sont crimes publics , & comment punis. 378 & suiv.

Si l'on commet larcin, lorsqu'on se fert d'une chose contre la volonté du maître. 379.

Si pour des fruits de peu de conséquence l'action criminelle compete. 380.

Latte.

Est une peine pécuniaire pour punir la demeure & la chicane des débiteurs. 475.

Légitimation.

Trois sortes de légitimation selon le Droit Romain : par le mariage subséquent , par lettres du Prince , par la présentation dans l'ordre des Decurions. 88.

Il n'y a en France que deux sortes de légitimation , par mariage subséquent & par lettres du Prince. 89.

La légitimation par mariage subséquent est la plus parfaite , elle égale la condition

des enfans , ainsi légitimes à celle des enfans nés légitimes.

89.

Le mariage légitimement contracté suffit , quoiqu'il n'y ait point de contrat. 90.

La légitimation par mariage subséquent n'a lieu que lorsque les enfans sont nés de deux personnes , entre lesquelles le mariage a pu être valablement contracté au tems de leur fréquentation. 90.

Les enfans de deux personnes parentes à un degré où le Pape peut dispenser , sont légitimés par le mariage subséquent fait avec la dispense du Pape. 90.

Les enfans nés du concubinage ne sont pas légitimés par le mariage que les parties ont tenu secret pendant leur vie , ni par le mariage fait à l'extrémité de la vie , à l'effet de succéder. 91.

Lorsqu'il y a eu un empêchement lors de la fréquentation , le mariage subséquent ne légitime pas les enfans par la bonne foi des deux conjoints ou de l'un des conjoints & l'ignorance de l'empêchement. 91.

Le mariage intermédiaire n'empêche pas la légitimation par mariage subséquent. 92.

S'il y a eu des enfans des deux mariages , quel fera l'aîné. 92 & suiv.

Enfans nés d'un Clerc tonsuré ayant des Bénéfices , légitimés par le mariage subféquent. 93.

Le Roi seul en France peut donner des lettres de légitimation. 94.

Les lettres doivent être vérifiées en la Chambre des Comptes. 94.

La légitimation par lettres n'a pas les avantages de celle qui se fait par mariage subféquent. 94.

Le pere qui a des enfans nés légitimes ne peut donner à l'enfant légitimé par lettres plus qu'à l'un des enfans nés légitimes qui a le moins. 95.

S'il doit être fait mention dans les lettres des enfans nés légitimes. 95.

Si un bâtard peut être légitimé par lettres, au préjudice des enfans légitimes nés avant la légitimation. 95 & suiv.

Si le bâtard légitimé par lettres peut succéder *ab intestat* & par testament. 96 & 97.

Bâtards adulterins ne peuvent être légitimés , à l'effet de succéder *ab intestat* , & par

testament à leurs pere & mere. 97 & 98.

Si un ayeul peut instituer ses héritiers , les enfans nés du légitime mariage de sa fille bâtarde adulterine. 98 & suiv.

Légitime.

Légitime : dette naturelle. 3.

Ne reçoit ni charge ni condition. 227.

Action de supplément de légitime donnée à celui à qui le testateur a moins laissé. 255.

Quelle en est la quotité. 255.

Questions sur la légitime des enfans & des ascendans. 256.

Legs.

Legs de la maison & de tout ce qui s'y trouve porte fermée , ne comprend les billets & promesses. 149.

Définition du legs. 268.

Si le légataire doit recevoir la délivrance de la chose léguée des mains de l'héritier. 268.

Si l'héritier doit fournir les frais nécessaires pour la délivrance de la chose léguée. 269.

Si un fonds est légué à des

gens de main - morte, qui en doit payer le droit d'amortissement. 269. & suiv.

En quelques termes que les legs & les fidéicommiss soient exprimés, ils doivent avoir leur effet. 271.

Le légataire a pour son legs l'action personnelle, l'action réelle & l'action hypothécaire. 271.

Comment il peut exercer l'action personnelle & l'action hypothécaire contre l'un des héritiers. 271.

Si un testateur peut léguer la chose de son héritier. 272.

Si le legs de la chose d'autrui est valable. 272. & suiv.

Si le testateur a légué la chose qu'il avoit engagée, qui la doit dégager. 273.

L'héritier ne doit point affranchir la chose léguée des charges réelles inhérentes à la chose même. 273.

Si le légataire qui a acquis du vivant du testateur la chose léguée, en peut demander le prix. 273.

Quid si la même chose a été léguée dans deux testaments. 273. & suiv.

Quid si le légataire a acquis la propriété de la chose léguée à titre onéreux, & l'usufruit à titre lucratif. 274.

Si le legs de la chose qui

appartient au légataire, est inutile. 274.

Legs fait par le testateur d'une chose qui est à lui comme appartenant à un autre ou au légataire, est valable. 274.

Si on peut léguer une chose qui n'est point dans la nature. 274.

Si une chose étant léguée à deux, l'un ne voulant ou ne pouvant accepter le legs, toute la chose léguée appartient à l'autre par droit d'accroissement. 275 & suiv.

Si le testateur vendant la chose qu'il avoit léguée, le legs est révoqué. 276 & suiv.

Quid s'il la donnée en échange, ou si le prix consiste en une rente constituée. 277.

Si le testateur ayant engagé la chose léguée, l'héritier doit la dégager. 277.

Le testateur peut léguer à son débiteur la libération de la dette. 277 & suiv.

Quid si le testateur a exigé la dette de son vivant. 278.

Quid s'il a obtenu une Sentence qui condamne le débiteur au payement. 278.

Si une dette active étant léguée, l'héritier en doit délivrer les actes au légataire. 278.

En quel cas peut être utile le legs fait par le débiteur à

son créancier de ce qu'il lui doit. 278.

Si le legs fait par le testateur, se compense avec ce qu'il doit au légataire. 279.

Si le legs que le pere a fait à sa fille, se compense avec la dot qu'il lui a ensuite constituée. 280.

Quid si le pere a promis une somme pour la dot de sa fille, & qu'il lui legue ensuite la même somme. 280.

Quid si le testateur a légué à quelqu'un une somme dans son testament, & qu'il lui legue la même somme dans un codicile ; si deux dispositions de la même somme, ne font qu'un seul don. 281.

Si le testateur chargé de rendre une somme, la léguant au substitué, le légataire ne peut prétendre que la chose léguée. 281.

Si la chose léguée venant à périr, le legs est éteint. 281 & suiv.

Si les accroissemens qui arrivent à la chose léguée, comme les diminutions, regardent le légataire. 282.

Quid des nouvelles acquisitions, s'il s'agit du legs d'un fonds de terre. 282.

Si dans le legs d'une chose entre plusieurs, le choix ap-

partient au légataire ou à l'héritier. 282 & suiv.

Si le légataire mourant avant d'avoir fait le choix, son droit passe à son héritier. 283.

Comment le choix doit être fait. 283.

Si on ne peut faire des legs qu'à ceux qui sont capables de recevoir par testament. 283.

Si on peut faire des legs à des personnes incertaines. 283 & suiv.

En quels cas le legs est nul par l'incertitude du légataire. 284.

Si les legs & les autres dispositions laissés à la volonté de l'héritier, sont nuls. 285.

Quid si le legs est laissé à l'arbitrage de l'héritier. 285.

Si l'erreur dans le nom & la qualité du légataire vicie le legs. 285 & suiv.

Si une fausse démonstration rend le legs nul. 286.

En quels cas l'assignat du legs est limitatif ou démonstratif. 286 & suiv.

Si une fausse cause vicie le legs. 287.

Legs peuvent être révoqués & transférés d'une personne à une autre par le même testament ou par des codicilles. 287.

Legs sont diminués par la

détraction de la quarte fal-
cidie. 287.

Voyez Héritier.

Lettres de change.

Dans quel tems ceux qui
ont tiré ou endossé des let-
tres de change, peuvent être
poursuivis en garantie. 396.

Quid si ceux sur qui les
lettres de change ont été ti-
rées, n'étoient pas redevables
ou n'avoient pas provision.
396 & suiv.

Lods.

Si le lods est dû par la
femme qui se colloque pour
sa dot sur des biens emphy-
téotiques dans la discussion
des biens de son mari. 60.

S'il est dû par la femme
qui répète sa dot, *marito ver-*
gente ad inopiam. 60.

Est dû de la vente avec
pacte de rachat, non du ra-
chat. 300.

Est dû au Seigneur en cas
de vente ou d'autres muta-
tions. 324.

Louage.

Approche de la nature de
la vente. 308.

Définition du louage. 308.

Obligation du locataire.
308.

Si la chose périt sans la
faute du locataire, il n'en est
pas tenu. 309.

Si la maison louée périt
par un incendie, est-ce le
propriétaire qui doit prouver
que l'incendie est arrivé par
la faute du locataire, ou le
locataire que l'incendie est
arrivé par un accident auquel
il n'a point de part? 309
& suiv.

Si la maison étant brûlée
ou démolie en haine du lo-
cataire, il en est tenu. 310.

Si le locataire, par la faute
duquel la maison a été brû-
lée, est tenu des dommages
des maisons voisines. 310.

Si le propriétaire en est
tenu, lorsque le locataire est
insolvable. 310.

Le propriétaire doit faire
jouir le locataire. 311.

Quid si le locataire est privé
de la jouissance du fonds ou
d'une partie. 311.

Quid du cas de stérilité. 311
& suiv.

Si le locataire peut relouer
la chose à un autre. 312.

Si le propriétaire de la mai-
son louée a la préférence
sur les meubles pour les lo-
yers. 313.

S'il a la même préférence

sur les meubles du sous-locataire. 313.

Si ce privilege n'a pas lieu pour les marchandises vénales. 314.

Si pour la rente des terres le propriétaire a la préférence sur les fruits. 314.

S'il est préférable aux créanciers privilégiés qui ont fourni les semences ou fait d'autres fournitures au Fermier. 314. & suiv.

Le louage ne finit pas par la mort du propriétaire ou du locataire. 315.

Louage d'œuvres finit par la mort du locataire. 315.

Si le bail finit par la mort du métayer. 315 & suiv.

Si l'arrentement du fonds fait pour plusieurs années par l'usufruitier, finit par la mort de l'usufruitier. 316.

Quid de l'arrentement passé par l'héritier grevé. 316.

Quid des baux à ferme passés par les bénéficiers. 317.

Si le Fermier a la même faculté que le Bénéficiaire de rompre le bail. 317.

Si le locataire qui ne paye pas les loyers de la maison, peut être expulsé. 318.

Si le locataire peut être obligé de vider la maison, lorsque le propriétaire veut l'habiter. 318 & suiv.

Si cela ne regarde que les maisons qu'on loue dans la Ville, non d'autres arrentemens. 319.

Si le locataire est obligé de vider la maison, lorsque le propriétaire la veut réparer. 320.

Si le locataire qui use mal de la chose arrentée, peut être expulsé. 320.

Si l'acheteur de la chose louée ou affermée, peut rompre l'arrentement. 321.

Domages & intérêts dûs dans ce cas au locataire ou Fermier. 321.

Quid de la vente des fruits. 321.

Louage ou bail à ferme prorogé par la reconduction tacite & pour quel tems. 321.

Si la reconduction se fait sous toutes les obligations du premier bail. 322.

Quel est le bail à loyer perpétuel. 325.

Le locataire perpétuel peut se libérer de la charge par le déguerpissement. 325.

Louage d'œuvres ne peut être fait à perpétuité. 325.

M

Macédonien.

Voyez *Prét.*

Main-morte.

Voyez *Héritier*, *Legs*.

Mandat.

Définition du mandat. 333.

Celui qui accepte le mandat, doit s'y conformer. 333.

Le Mandataire, le Procureur *ad negotia*, le Procureur *ad lites* qui excèdent leur pouvoir, n'obligent pas le mandant. 333.

Mandataire obligé de rendre compte de sa gestion, tenu de dol & de faute. 333.

Mandant doit indemniser le mandataire des dépenses qu'il a faites & des dommages qu'il a soufferts. 333 & suiv.

Mandat contre les bonnes mœurs n'est obligatoire. 334.

S'il a été commis un délit, celui qui l'a ordonné ou conseillé, est puni. 334.

Conseil donné sans dol ni fraude, n'oblige pas. 334.

On peut s'obliger par lettres. 334.

Lettres de simple recommandation n'obligent pas. 334 & suiv.

Le mandat finit par la révocation, les choses étant dans leur entier. 335.

S'il finit par la mort du

mandant ou du mandataire, & quand le Procureur *ad lites* ne peut plus postuler. 335 & suiv.

Le mandat prend la nature d'un autre contrat, s'il n'est pas gratuit. 336.

Si le Procureur ou Mandataire peut demander un salaire. 336 & suiv.

Mariage.

Définition du mariage. 13.

Etoit rompu chez les Romains par le divorce & la répudiation. 13.

Est indissoluble parmi nous. 13 & 14.

La mort civile de l'un des conjoints fait cesser les droits civils du mariage, non les droits naturels. 14.

Ne pouvoit être contracté suivant les Loix Romaines qu'entre Citoyens Romains. 14.

Peut être contracté en France entre naturels François & Etrangers, légitimes & bâtards. 15.

Ne peut être contracté par des Religieux & Religieuses, ni par des Ecclésiastiques engagés dans les Ordres sacrés. 15.

Est nul par l'impuissance

- de l'un des conjoints. 15.
- Par la différence de religion. 15 & suiv.
- Mariages de ceux qui ont été condamnés à la mort ou à une mort civile, nuls pour les effets civils, valables comme Sacrement. 16.
- Comme aussi les mariages que les parties ont tenus secrets pendant leur vie ou faits à l'extrémité de la vie. 16 & 17.
- Quid* si le mari ayant voulu contracter le mariage en santé, il en a été empêché par des oppositions. 17.
- A quel âge le mariage peut être contracté. 18.
- Doit être fait du consentement libre des parties. 18.
- Si le mariage est prohibé entre le ravisseur & la personne ravie. 18 & suiv.
- Consensus, non concubitus facit nuptias.* 19.
- Consentement des peres & des meres requis dans le mariage de leurs enfans. 19 & suiv.
- Si les Princes peuvent par leurs loix mettre des empêchemens aux mariages. 21.
- Si les enfans mâles âgés de trente ans & les filles de vingt-cinq ans, peuvent se marier sans le consentement de leurs pere & mere. 20 & suiv. & 23 & suiv.
- Si le consentement du pere est suffisant. 21.
- Si le pere & la mere qui ont approuvé le mariage de leur enfant, en peuvent appeler comme d'abus. 22.
- Il n'y a que le pere & la mere qui puissent appeler comme d'abus du mariage fait sans leur consentement. 22 & suiv.
- Ce qu'on doit faire pour le mariage des enfans, quand le pere & la mere sont absens. 23.
- Quid* si le pere est furieux ou insensé. 23.
- Si le pere est obligé de doter sa fille qui se marie à l'âge de vingt-cinq ans accomplis après avoir requis son consentement. 24 & suiv.
- Quid* du fils qui se marie à l'âge de trente ans accomplis. 25.
- Si le pere est obligé de payer une pension pour sa fille qui est entrée en religion, & les frais de prise d'habit à sa profession. 26.
- Si le consentement des tuteurs & curateurs est nécessaire dans le mariage des mineurs. 26. 27. & 28.
- A quels degrés de parenté &

- & d'affinité le mariage est prohibé. 28. & 29.
- Mariage doit être fait devant le propre Curé des parties ou d'un Prêtre à qui le propre Curé ou l'Ordinaire en ait donné la permission. 29. 30. 31. & 32.
- De la publication des bans. 30.
- Le seul défaut de publication des bans n'est pas un moyen suffisant d'appel comme d'abus. 32.
- Peines des mariages illégitimes. 32 & suiv.
- Les enfans nés d'un mariage nul par un empêchement dirimant, sont légitimes par la bonne foi des conjoints ou de l'un des conjoints. 34 & suiv.
- Pourvu que le mariage ait été fait publiquement & avec les solemnités requises. 35.
- Si la possession d'état rend les enfans légitimes. 36.
- Premiers mariages favorables: la condition de ne pas se marier, nulle pour le premier mariage, valable pour les secondes nœces. 36. & suiv.
- Si la condition imposée au légataire de ne pas épouser certaines personnes, est valable. 37.
- En quoi consiste l'autorité & la puissance du mari à l'égard de la femme. 39. 42.
- Le mari a le droit d'établir le domicile de la famille, & la femme est obligée de le suivre. 42.
- Dans quels cas la femme mariée peut ester en Jugement sans l'autorité de son mari. 44.
- Le contrat n'est point de l'essence du mariage. 45.
- Dans les pays coutumiers, la coutume fait le contrat. 45.
- Dans les pays de Droit écrit la femme conserve la libre disposition de ses biens, s'il n'y a point de contrat. 45.
- S'il y a un contrat toutes les conventions en sont valables, pourvu qu'elles ne soient pas contraires au Droit public & aux bonnes mœurs. 45 & suiv.
- Voyez *Dot*, *Séparation*.
- Médecins*.
- S'ils sont responsables de leur ignorance. 387.
- Mer*.
- Commune à tous. 136.
- Rivages de la mer sont devenus publics: appartiennent au Roi & les mers qui avoient nos côtes. 137.

Quel est le rivage de la mer. 137.
 Meubles. 443.

N'ont fuite par hypothèque. 148.

Mines.

Mines d'or & d'argent & d'autres matieres, à qui appartiennent. 168 & suiv.

Mineur.

Voyez Curateur.

Mort.

Celui qui est mort civilement incapable des effets civils, capable de ce qui est de droit naturel. 7.

S'il peut intenter l'action d'injure. 7.

Diverses sortes de mort civile. 105 & suiv.

Si la mort civile de l'héritier grevé donne ouverture au fidéicommiss. 107 & suiv.

Si dans les contrats le cas de mort doit être entendu de la mort naturelle seulement. 108.

Quid des conventions matrimoniales. 108 & suiv.

Lorsque deux personnes ont péri dans un même incendie, un même naufrage

ou d'autres accidens, quel est celui qu'on doit présumer mort le premier. 443.

N

Notaires.

S'ils peuvent recevoir des actes en faveur de leurs parens ou alliés. 203.

Voyez Testament.

Novation.

Comment se fait la novation de l'obligation. 395.

Novice.

Voyez Testament.

O

Obligation.

Quelle est l'obligation civile. 295.

L'obligation naturelle. 295.

Obligations naissent des contrats & quasi-contrats, des délits & quasi-délits. 296.

Obligations qui naissent des délits. 380 & suiv.

Obligations qui naissent des quasi-délits. 386.

Comment s'éteignent les obligations. 389 & suiv.

Voyez Coobligés.

Occupation.

Quelles sont les choses qu'on acquiert par l'occupation. 165.

Les animaux sauvages, les oiseaux, les poissons. 165.

Les choses qu'on prend sur les ennemis. 167.

Quid des billets & obligations. 167.

Les pierres précieuses sur les bords de la mer. 167.

Les pieces de monnoie qu'on jette dans les rejouissances publiques. 169.

Voyez *Choses*, *Trésor*.

Offrir.

Droit d'offrir. Voyez *Hypothèque*.

Opposition.

Permis de se pourvoir par simple opposition envers les Arrêts ou Jugemens en dernier ressort, où l'on n'a été partie ni duement appelé. 459 & suiv.

Opposition des tiers envers les Arrêts & Jugemens en dernier ressort. 461.

N'empêche l'exécution de l'Arrêt ou Jugement contre la partie condamnée. 461.

Tiers-oppoſans déboutés

de leur opposition, condamnés à l'amende. 461.

Quelles parties peuvent venir par tierce-opposition envers les Arrêts & Jugemens. 461 & suiv.

Les créanciers de la partie condamnée, le garant ne le peuvent, si l'Arrêt ou Jugement a été rendu contradictoirement & sans collusion. 462.

Le substitué ne le peut contre l'Arrêt ou Jugement en dernier ressort rendu contre l'héritier grevé ou un premier substitué. 462 & suiv.

L'opposition est reçue si l'Arrêt ou le Jugement a été rendu par défaut ou collusion. 463.

Si la partie principale qui a sçu l'instance & n'y est point intervenue, peut venir par tierce-opposition. 463 & suiv.

P

Pacte.

Si le pacte de ne rien demander éteint l'obligation. 395.

Paraphernaux.

La femme a la libre disposition de ses biens paraphernaux. 48.

En quel cas le mari peut être tenu de la restitution des fruits des biens paraphernaux. 48.

Quelle est l'hypothèque de la femme pour les biens paraphernaux. 49.

Partage.

Action de partage entre co-héritiers & ceux qui ont une chose commune. 374.

Paiement.

D'une chose non due fait par erreur, peut être répété. 374.

Quid si le paiement n'a pas été fait par erreur, ou s'il a été fait par erreur de droit. 375.

Si celui qui devant cent écus a donné en paiement un fonds de deux cents écus, peut répéter le fonds entier. 375 & suiv.

Paiement éteint l'obligation. 389.

S'impute premièrement sur les intérêts, & ensuite sur le principal. 389.

Paiement fait par un débiteur de diverses dettes, sur quelle dette doit-il être imputé. 389 & suiv.

Comment se peut libérer

le débiteur, lorsque le créancier refuse le paiement. 390.

Si la dette est censée remise, lorsque le créancier rend le billet à son débiteur. 395.

Voyez *Présomption*.

Pêche.

Pêche dans la mer libre & commune. 140.

Quid de la pêche dans les fleuves & les rivières. 141 & suiv.

Pécule.

Pécule profectif, adventif, militaire & quasi-militaire du fils de famille. Voyez *Pere*.

Peine.

Peines des secondes noces. 37.

Peine des téméraires Plaidés. 473.

Voyez *Amende*, *Dépens*, *Latte*, *Reclain*.

Pere.

Droits des peres sur leurs enfans. 72.

Quels sont les enfans & petits-fils qui sont sous la puissance de leur pere ou de leur ayeul paternel. 72.

Quelle est la puissance du pere sur la personne de ses enfans. 73.

Sur les biens des enfans. 73.

Du pécule profectif. 73. 76.

Pécule adventif, la propriété appartient à l'enfant, l'usufruit au pere. 73 & suiv.

Le pere n'a point de droit sur le pécule militaire ou quasi militaire : le fils en peut tester. 74 & 75.

Quels sont les droits du pere sur ce que le fils gagne par son industrie avec l'argent du pere. 76.

Si le pere laissant jouir le fils des fruits des biens adventifs, ces fruits sont pleinement acquis au fils. 77.

Pouvoir du pere sur les biens adventifs de ses enfans. 78.

Il ne peut ni les aliéner ni les hypothéquer. 78.

S'il peut recevoir le paiement des sommes dues au fils. 78.

Le pere ne peut jouir des biens adventifs laissés à ses enfans avec la prohibition expresse d'en prendre la jouissance. 79 & suiv.

Si la prohibition ne peut regarder que les biens qui partent de la libéralité du testateur ou donateur. 80.

Si le pere est privé de l'usufruit des portions viriles que ses enfans recueillent dans la succession de leur frere. 81.

Si le pere chargé de fidéicommiss envers ses enfans, dissipant les biens fidéicommissaires, peut être contraint de restituer le fidéicommiss. 81 & suiv.

Si le pere peut aliéner les biens de ses enfans pour cause nécessaire, & sans décret du Juge ni aucune formalité. 83.

Quid des biens du fils mineur émancipé dont le pere est le curateur. 84.

Et des autres biens dont le pere n'a pas l'usufruit. 84.

Et des biens profectifs que le pere a donnés en propriété & en usufruit à ses enfans dans leur contrat de mariage. 85.

Si la prescription ne court pas contre le fils de famille des biens & des droits dont le pere a l'usufruit. 87.

Quid des biens dont le pere n'a pas l'usufruit. 87.

Droit du pere, en faisant son testament, de tester pour ses enfans, au cas qu'ils meurent en pupillarité. 87.

La puissance paternelle finit par la mort naturelle ou civile du pere & de l'enfant. 104 & suiv.

Ne finit point par la mort de l'ayeul paternel, si l'enfant retombe sous la puissance du pere. 104.

Si le pere conserve l'usufruit des biens adventifs de ses enfans après leur décès. 109.

Quelles sont les dignités qui affranchissent les enfans de la puissance paternelle. 109 & suiv.

Voyez *Emancipation*.

Péremption.

Péremption d'instance interrompue par le décès de la partie ou du Procureur, & lorsque le Procureur a résigné son office. 336.

Par quel tems & comment les instances sont périées. 471.

L'instance périée n'arrête le cours de la prescription. 471.

S'il n'y a pas prescription, la demande peut être formée par nouvelle action. 471.

Les actes probatoires subsistent. 471.

Dans les instances d'appel, la péremption emporte la confirmation de la Sentence rendue contradictoirement, non de la Sentence rendue par défaut ou par forclusion. 471 & suiv.

Par quels moyens la pé-

remption peut être interrompue. Instances qui ne sont sujettes à péremption. 472.

Personnes.

Division des personnes, en libres & en esclaves. 6.

Des personnes libres en ingenus & en affranchis. 8.

En naturels François & étrangers ou aubains. 11.

En celles qui sont indépendantes, & celles qui sont dépendantes. 12.

Pierres précieuses.

Trouvées sur le rivage de la mer, à qui appartiennent. 167.

Plus pétition.

Peines de la plus pétition n'ont plus lieu. 406.

Portion virile.

Voyez *Donation*.

Possession.

De la possession d'état : si elle rend les enfans légitimes. 36.

Avantages de la possession. 409. 439.

Précaire.

Du vendeur sur la chose
vendue. 306.

Prescription.

Ne court contre le fils de
famille pour les biens dont
le pere a l'usufruit. 87.

Court contre le fils de fa-
mille pour les biens dont le
pere n'a pas l'usufruit. 87.

Si ce n'est que l'action
doive être intentée contre le
pere. 87.

Prescription semblable à
l'aliénation ou au paiement.
180.

Doit être proposée & ne
peut être suppléée par le
Juge. 180.

Dans quel tems on pres-
crit la propriété des meubles
& des immeubles 180. & suiv.

Prescription de l'action hy-
pothécaire. 181.

Autres prescriptions. 181.

Dans quel tems se prescri-
vent les arrérages de rente
& prestations annuelles. 341.

Quid des rentes constituées
à prix d'argent. 341.

Quid si la rente procede du
prix d'un fonds. 341.

Engagiste ne prescrit point.

351.

Dans quel tems l'action du
rachat stipulé dans un contrat
de vente est prescrite. 351 &
suiv.

Présomption.

Présomption, sorte de preu-
ve. 439.

Présomption pour celui qui
possede. 439.

Présomption que ce que
se trouve avoir une femme
pendant le mariage & l'an-
née de deuil, provient du
mari. 439.

Présomption de la filiation
pour les enfans nés pendant
le mariage. 440.

Si lorsqu'il n'y a point de
preuve de la mort d'un hom-
me, il est présumé vivre cent
ans. 440.

Lorsque deux personnes ont
péri dans un même incendie,
un même naufrage ou d'au-
tres accidens, par quelles pré-
sompptions on décide lequel
des deux est mort le premier.
443.

Si trois quittances consé-
cutives des trois dernieres an-
nées de taille ou autre rente
ou pension, font présumer le
paiement des années précé-
dentes. 443.

Si on présume que le titre
est tel qu'il paroît par l'usage
que les parties en ont fait. 444.

Si le Jugement qui présente quelque disposition ambiguë, doit être expliqué selon le droit. 445.

Présomptions *juris & de jure*. 445.

Présomptions qui ne font que des conjectures. 445.

En matière criminelle, le Juge ne doit condamner un accusé sur des conjectures & des présomptions 478.

Prêt.

Définition du prêt d'argent & autres choses qui se consomment par l'usage. 338.

S'il doit être gratuit, & comment les intérêts en sont dus. 338 & suiv.

Si les intérêts, volontairement payés, sont imputés au principal. 338 & suiv.

Prêt fait au fils de famille, nul par le *Senatusconsulte Macédonien*. 341.

Valable pour les enfans émancipés ou rendus capables par l'habilitation. 342.

Cas où le prêt fait au fils de famille, est valable. 342.

Si le fils de famille qui a payé la somme qui lui avoit été prêtée, n'est recevable à la répéter. 369.

Si l'exception du *Macédonien* sert à la caution. 369.

Prêt à usage. Voyez *Commodat*.

Preuve.

Différentes sortes des preuves. 425.

Preuve par écrit. 425.

Preuve par témoins n'est reçue contre les actes, s'il n'y a commencement de preuve par écrit. 425.

L'accusation ou l'inscription de faux reçue contre les actes. 425.

Toutes les espèces de preuves reçues en matière criminelle. 429.

Preuve qui résulte de l'évidence du fait. 445.

Voyez *Écritures, Présomptions, Procès-verbal, Serment, Témoins*.

Privilege.

Créances privilégiées. Voyez *Hypothèque, Louage, Vente*.

Procès.

Quelles Loix on doit suivre pour l'instruction & le jugement des procès. 384 & suiv.

Procès criminels: Comment on procède à l'instruction & au Jugement en matière légère. 429.

Quid si l'accusation mérite d'être instruite, & s'il s'agit d'un

d'un crime qui puisse être puni de peine afflictive ou infamante. 429.

Si l'on peut passer de la voie civile à la voie criminelle, & de la voie criminelle à la voie civile. 430.

En quel cas les informations sont converties en enquête. 430.

Procès évoqués pour la décision du fond jugés suivant les Loix du pays d'où ils ont été évoqués. 384 & suiv.

Voyez *Juge*.

Procès - verbaux.

De descente sur les lieux. 437.

Juges ne peuvent ordonner la descente sur les lieux s'ils n'en sont requis, lorsqu'il s'agit d'un simple rapport. 437.

Procureur.

Voyez *Mandat*.

Puissance maritale.

Voyez *Mariage*.

Puissance paternelle.

Voyez *Pere*.

Q

Quarte.

Quarte falcidie accordée à l'héritier sur les legs, lorsqu'il n'a pas le quart de l'hérédité. 287 & suiv.

Questions sur la quarte falcidie. 288.

Quarte trébellianique. Voyez *Fidéicommis*.

Quasi-contrat.

Quels sont les quasi-contrats. 373 & suiv.

Quasi-délit.

Différence du délit & du quasi-délit. 386.

Si celui de la chambre duquel on a jetté quelque chose qui a causé du dommage à quelqu'un, est obligé par un quasi-délit. 386.

Si le Maître du Navire & l'Hôtelier sont tenus du dommage ou du larcin fait dans le navire ou l'hôtellerie. 386.

R

Rachat.

Accordé au débiteur pour

V v v

les biens sur lui pris en collocation par son créancier & dans quel tems. 454.

Peut être cédé. 454.

Paëte de rachat. Voyez

Vente.

Rapport.

Si la fille mariée par le pere avec un époux insolvable doit rapporter dans la succession du pere la dot qu'il lui avoit constituée. 67.

Rapport d'Experts. Voyez *Experts.*

Rapt.

Comment puni. 381.

Filles majeures non recevables à accuser de rapt des mineurs. 382.

Reclain.

A lieu dans certaines coutumes. 475.

Recommandation.

Voyez *Mandat.*

Reconduëtion.

Voyez *Louage.*

Récusation.

Voyez *Juge.*

Religieux.

Si le pere est obligé de payer une pension pendant la vie de sa fille qui est entrée en religion. 26.

Religieux sont morts civilement. 106 & 107.

S'il y a abus dans la profession religieuse du fils faite sans le consentement du pere. 107.

Si le pere doit fournir des alimens à sa fille religieuse, lorsque le Monastere est pauvre. 126.

Voyez *Héritier, Testament.*

Rente.

Contrat de rente constituée à prix d'argent, peu en usage parmi les Romains. 339.

Conditions requises pour la validité de ce contrat. 339 & suiv.

Dans quels cas le fort principal peut être répété. 340.

Dans quel tems sont prescrits les arrérages de la rente. 341.

Réponses.

Réponses cathégoriques. Voyez *Serment.*

Représentation.

dée , & les lettres signifiées
dans les dix ans. 414.

Voyez *Succeſſion.*

Voyez *Vente.*

Requête civile.

Retour.

Arrêts & Jugemens en dernier ressort ne peuvent être retractés que par lettres en forme de requête civile. 455.

Droit de retour des donations & des dots. 187 & suiv.

Dans quel tems. 455 & suiv.

Sur quels moyens. 457.

Retrait.

Si le moyen de requête civile qui ne frappe que l'un des chefs de l'Arrêt ou Jugement , ne fait pas rétracter les autres chefs. 458.

Retrait lignager a lieu dans les contrats de vente. 305 & suiv.

L'Arrêt ou le Jugement qui ouvre la requête civile ne juge que le rescindant ; la rescifoire est jugé ensuite. 458 & suiv.

Rétrayant lignager obligé de jurer qu'il retient pour lui-même. 434 & suiv.

Le serment qu'il prête n'empêche la preuve de la fraude. 435.

Forme en laquelle la requête civile doit être impétrée. 459.

Retrait ou droit de prélation du Seigneur direct. 324.

La requête civile n'empêche l'exécution de l'Arrêt ou Jugement. 459.

Rivieres.

Rescision.

Fleuves & rivieres navigables & flottables appartiennent au Roi. 137 & suiv.

Rescision envers les actes passés par crainte ou violence , fraude ou erreur. 413.

Non navigables appartiennent aux Seigneurs. 138.

Nulle rescision n'a lieu sans lettres royaux. 413 & suiv.

A qui appartient la riviere qui sépare deux Fiefs & Justices. 139.

Rescision doit être deman-

A qui appartiennent les fleuves & rivieres qui séparent deux Etats. 139.

A qui appartiennent les ruiffeaux & torrens. 139 & suiv.

V v v ij

Nul ne peut faire des ouvrages dans le lit de la riviere. 153.

Quel effet produit le changement du lit de la riviere. 174.

S

Salaire.

Voyez *Mandat*, *Tutelle*.

Secondes nêces.

Peines des secondes nêces.

37.

Sentence.

Voyez *Jugement*.

Sentence arbitrale. Voyez *Compromis*.

Séparation.

Séparation des mariés de corps & de biens, pour quelles causes peut être ordonnée.

24.

Ne peut être faite par le seul consentement des parties.

43.

Défense aux Notaires d'en recevoir les actes.

43.

Ne peut être ordonnée par le Juge que pour des causes graves.

43 & suiv.

Séparation de biens entre mariés. Voyez *Dot*.

Sépulture.

Ce qui est requis pour rendre un lieu religieux. 144.

Sépulture dans les Eglises, en quels cas permise. 144 & suiv.

Du choix de la sépulture.

145.

Election de sépulture peut être prouvée par témoins.

146.

Pere peut choisir la sépulture de ses enfans mineurs.

146.

Droits du Curé lorsque la sépulture est faite dans l'Eglise ou le Cimetiere des Religieux.

146.

En quel lieu l'inhumation doit être faite, lorsqu'il n'y a point de choix de sépulture.

146 & 147.

Sequestre.

Voyez *Dépôt*.

Serment.

A qui & dans quelles circonstances le serment peut être déféré.

431.

Quelles causes sont décidées par le serment.

431.

Serment déféré par le demandeur au défendeur.

431 & suiv.

- Quel est le serment supplé-
toire. 432.
- Le serment décisoire. 432
& suiv.
- Le serment en plaid. 433.
- Quel est le serment des ré-
ponses cathégoriques, si la
preuve contraire est reçue.
433 & suiv.
- Serment doit être prêté en
personne & non par Procu-
reur. 434 & suiv.
- Serment que prête l'acqué-
reur dans le retrair lignager.
Servitude. 435.
- Servitude des personnes
contraire à la nature, dérive
du Droit des gens. 4. 6.
- Origine des servitudes. 4. 6.
- N'ont plus lieu. 8 & suiv.
- Si ce n'est pour les Negres
aux Isles Françoises de l'Amé-
rique. 10.
- Servitudes foncieres. 9 & 10.
- Abolies dans les terres du
Domaine du Roi. 10.
- Si tout esclave qui arrive
en France, y devient libre.
9 & 11.
- Servitudes des héritages
font réelles ou mixtes. 150.
- Servitudes réelles font rus-
tiques ou urbaines. 150.
- Quelles sont les servitudes
rustiques. 150.
- Les servitudes urbaines ou
des bâtimens. 151.
- Si le propriétaire peut faire
dans son fonds ce qu'il veut,
lorsqu'il ne doit point de ser-
vitude. 152 & suiv.
- S'il y peut faire des ou-
vrages qui fassent regonfler
l'eau dans les fonds voisins.
153.
- S'il y peut exercer des arts
nuisibles. 153.
- On acquiert les servitudes
par des conventions & des
actes de derniere volonté. 153.
- Par la destination du pere
de famille. 154.
- Par la prescription. 155.
- Par quels moyens s'étei-
gnent les servitudes. 155.
- Si l'on peut changer le lieu
de la servitude. 156.
- Société.*
- Définition du contrat de
société. 327.
- Si les portions sont égales,
lorsque les associés ne sont
point convenus des parties de
gain & de perte. 327.
- Si l'on peut convenir de
parties inégales du gain & de
la perte. 327.
- Société nulle, où un asso-
cié participeroit à la perte,
sans avoir aucune part au
profit. 327 & suiv.
- La société doit avoir un
terme. 328.

- Finit par la volonté des parties. 328.
- Par la mort de l'un des associés. 328.
- Par la mort civile de l'associé, la confiscation de ses biens, la cession qu'il fait de ses biens à ses créanciers. 328 & suiv.
- Associé tenu de dol & de faute envers ses associés, non de négligence. 329.
- L'associé s'obligeant au nom de la société, tous les associés sont obligés. 329.
- Associés obligés solidairement envers les tiers. 329.
- Les créanciers de la société, préférables sur les effets de la société aux créanciers antérieurs de l'associé. 329 & suiv.
- L'associé de l'un des associés, n'est pas l'associé des autres. 330.
- Société doit être rédigée par écrit; la preuve par témoins n'est reçue. 330.
- Société générale, société en commandite, société anonyme, société tacite. 331.
- Dans les fermes publiques, la caution est présumée associée. 331.
- Communauté & société de biens entre mariés dans les pays coutumiers. 332.
- Contrats à la grosse ou à retour de voyage, espece de société. 332.
- Associés, obligés de compromettre leurs différends à des Arbitres. 466.
- Subrogation.*
- Voyez *Hypothèque.*
- Substitution.*
- Définition de la substitution. De combien de sortes. 242.
- Substitution directe, seconde institution d'héritier. 242.
- Est de trois sortes, vulgaire, pupillaire, exemplaire. 242.
- Quelle est la substitution vulgaire. 242.
- La substitution pupillaire. 243.
- La substitution exemplaire. 243.
- La substitution fidéicommissaire. 244.
- La substitution compendieuse comprend la directe & la fidéicommissaire. 244.
- En quels termes elle est faite. 245.
- La substitution pupillaire expresse exclut la mere de la légitime. 246.
- Non la pupillaire tacite,

excepté dans certains cas. 246.

Voyez *Fidécummis*.

Questions sur les Succes-
sions *ab intestat*. 294.

Succeſſion.

Succeſſion *ab intestat* dé-
férée par la Loi. 179.

N'a lieu qu'au défaut de la
ſucceſſion teſtamentaire. 292.

Les Loix civiles ont varié
dans les regles preſcrites pour
la ſucceſſion *ab intestat*. 292.

La premiere ſucceſſion eſt
des enfans & deſcendans, &
la représentation y a lieu. 293.

En Provence, les enfans
mâles excluent les filles. 293.

La ſeconde ſucceſſion eſt
celle des aſcendans, avec leſ-
quels concourent les freres &
ſœurs nés de même pere &
de même mere. 293.

La troiſieme ſucceſſion eſt
des collatéraux, ceux d'un
degré plus proche excluent
ceux d'un degré plus éloigné.
293.

Les freres germains ex-
cluent les freres conſanguins
& utérins. 293.

La représentation y a lieu
ſeulement en faveur des ne-
veux dont le pere ou la mere
ſont morts. 294.

S'il n'y a point de parens,
le mari ſuccede à la femme,
& la femme au mari. 294.

Suite.

Droit de ſuite. Voy. *Vente*.

T

Témoin.

Preuve par témoins n'eſt
reçue contre les actes, ſ'il n'y
a commencement de preuve
par écrit. 425.

Comment ſe fait la preuve
par témoins. 427.

N'eſt reçue des choſes ex-
cédant la ſomme ou valeur de
cent livres, ſans commence-
ment de preuve par écrit. 427.

Ni pour dépôt volontaire.
346. 427.

Eſt reçue du dépôt nécef-
ſaire. 346. 427.

Délais en matiere d'enquête
ſont péremptoires. 427.

Forme des enquêtes. 428.

Enquêtes dans les matieres
ſommaires, leur forme. 428.

Quelle doit être la qualité
& la condition des témoins.
428.

Des reproches des témoins.
428. & ſuiv.

Information en matiere cri-
minelle. 429.

- Témoins des testamens. 198 & suiv.
 voyez Testament.
- Testament.*
- La forme des testamens est de droit civil, la substance de droit naturel. 179.
- Définition du testament. 189.
- Quel est le testament mystique ou solennel; quelles formes y sont requises. 189 & suiv.
- Testament nuncupatif. 190 & suiv.
- Quelle est la forme du testament nuncupatif. 192.
- Du testament entre enfans. 192 & suiv.
- Du testament militaire. 193. & suiv.
- Quels sont ceux qui peuvent faire un testament militaire. 193 & suiv.
- Dans quel tems le testament militaire est valable. 195.
- Testamens en tems de peste; en quelles formes ils peuvent être faits. 195 & suiv.
- Quel est le tems après lequel ils sont nuls. 197.
- Testamens olographes ont lieu généralement en pays coutumier. 197.
- Si les Curés peuvent recevoir des testamens. 198.
- La datte du jour, du mois & de l'année nécessaire dans les testamens. 198 & suiv.
- Toutes sortes de personnes ne peuvent être témoins dans un testament. 199.
- Les femmes. 199.
- Les impuberes. 199 & suiv.
- Ceux qui n'ont pas vingt ans accomplis dans les pays coutumiers. 200.
- Les étrangers non naturalisés. 200.
- Les esclaves & ceux qui sont morts civilement. 200.
- Les Religieux. 200 & suiv.
- Pour la condition des témoins, on doit considérer seulement le tems où le testament a été fait. 201.
- Si l'erreur commune fait valoir un testament où quel qu'un des témoins a eu une incapacité inconnue. 201.
- Si le furieux, le muet, le sourd, le prodigue ne peuvent être témoins dans un testament. 202.
- Si on peut prendre plusieurs témoins d'une même famille. 202.
- Si les parens peuvent être témoins dans le testament de leurs parens ou fait en faveur de leurs parens. 202.
- Si les Notaires peuvent recevoir les testamens de leurs parens ou faits en faveur de leurs parens. 203.
- Si

Si l'héritier institué, celui qui est en sa puissance, le pere en la puissance duquel est l'héritier institué, les freres qui sont en la puissance du même pere, peuvent être témoins dans le testament. 203.

Les Clercs, Serviteurs & Domestiques du Notaire qui reçoit le testament, ne peuvent y être témoins. 204.

Si les testamens doivent être signés par les témoins. 204 & suiv.

S'ils doivent être écrits en françois. 205.

Deux personnes ne peuvent faire un testament mutuel dans un même acte. 205. & suiv.

Quid s'ils testent séparément. 206.

Si un Notaire peut recevoir un testament hors du lieu de son établissement 206. & suiv.

Les Notaires ne peuvent donner extrait ni connoissance des testamens qu'après la mort des testateurs. 207 & suiv.

Si le testament étant nul par défaut de forme, le Notaire est tenu des dommages & intérêts des parties. 208.

Quelle loi l'on doit suivre pour la forme du testament, & pour la capacité de tester. 209.

Fils de famille ne peut faire un testament, mais peut faire

une donation à cause de mort, avec la permission du pere, & comment. 210.

Peut tester du pécule militaire ou quasi-militaire 211 & suiv.

A quel âge on peut tester. 112.

L'insensé ne peut pas tester. 112.

Si la preuve par témoins est reçue de la démence du testateur. 212. & suiv.

Si c'est à celui qui soutient le testament, à prouver que le testament a été fait dans de bons intervalles. 213.

Si le prodigue interdit peut tester. 213 & suiv.

Si le testament fait dans un mouvement de colere est nul. 214.

Testament est nul par défaut de volonté, s'il a été capté & suggéré. 215.

Si les dispositions faites par les donateurs ou testateurs en faveur de leurs tuteurs ou autres Administrateurs, sont nulles. 215 & suiv.

Quid Si elles ont été faites à des personnes interposées. 215 & suiv.

Quid des dispositions faites en faveur du Confesseur, Médecin, Chirurgien, Apothicaire du donateur ou testateur. 216.

Quid des dispositions faites en faveur du curateur dans les pays de Droit écrit. 216 & suiv.

Quid des dispositions faites en faveur du Confesseur & de l'Eglise ou Communauté du Confesseur. 218.

Si les Novices peuvent tester en faveur du Monastere où ils doivent faire leur profession. 219.

Si les serviteurs peuvent tester en faveur de leurs maîtres, & les maîtres en faveur de leurs serviteurs. 220.

Si la preuve par témoins des faits de captation & suggestion est reçue contre les testamens. 221.

Si celui qui est sourd & muet, peut tester. 222.

Si celui qui ne fait ni lire ni écrire, peut faire un testament mystique. 222. & suiv.

Si l'aveugle peut tester, & comment. 223.

Si le testament fait par un prisonnier de guerre, est valable. 223.

Ceux qui sont morts civilement, incapables de tester. 223

Les Religieux. 224.

Les aubains ou étrangers non naturalisés. 224.

Testament parfait est révoqué par un second testament parfait. 247.

N'est pas révoqué par la seule volonté. 247.

S'il est infirmé par le laps du tems, & un testament nul en la forme. 248.

S'il peut être révoqué par une déclaration du testateur. 248.

Si le testament est révoqué par un testament nul par défaut de volonté. 249 & suiv.

Quid si le second testament est nul par l'incapacité ou l'indignité de l'héritier, ou par la prétérition d'un enfant. 250 & suiv.

Clauses déroatoires abrogées. 251.

Testament mystique ne peut valoir, si le testateur l'a ouvert. 252.

Si le testament est annullé par la condamnation du testateur à la mort, ou à une peine qui emporte la mort civile 252 & suiv.

N'est point annullé par la profession religieuse du testateur. 253.

Est annullé, quant à l'infirmité d'héritier, par la prétérition des enfans du testateur. 253 & suiv.

Par la prétérition des ascendans, lorsque le testateur n'a point d'enfans. 253.

Si les autres dispositions subsistent. 254.

Le testament n'est pas nul par prétériton, si le testateur a laissé quelque chose à titre d'héritier à ceux qui ont droit de légitime. 236. 254 & suiv.

qu'à ce qui y a été traité & spécifié. 469 & suiv.

Torrent.

Voyez *Rivière.*

Tradition.

Moyen d'acquérir. 178.

Transaction.

Définition de la transaction. 468.

Transactions entre majeurs de choses qui sont en leur disposition, ne peuvent être rescindées sous prétexte de lésion. 468. & suiv.

Le dol personnel est un moyen de restitution. 469.

On doit impétrer des Lettres royaux dans les dix ans. 469.

Mineurs sont restitués envers les transactions passées dans leur minorité, s'ils y sont lésés. 469.

N'y sont plus reçus après l'âge de trente-cinq ans accomplis. 469.

Les clauses générales des transactions ne se rapportent

Trébellianique.

Voyez *Fidécummiss.*

Trésor.

A qui il appartient. 168.

Tutelle. Tuteur.

Trois sortes de tutelles suivant le Droit Romain, testamentaire, légitime & dative. 115.

Tutelles datives en France. 116.

Testamentaires & datives en Provence. 117.

Quels sont les Juges qui nomment les tuteurs. 117.

Les femmes ne peuvent être tutrices, excepté la mere & l'ayeule. 117 & suiv.

Par quels moyens la tutelle finit. 118 & suiv.

A quel âge la tutelle est finie. 118.

En pays coutumier dure jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. 118.

Si le tuteur n'est déchargé des engagements de la tutelle que lorsqu'il a rendu compte. 118.

Xxx ij

- La tutelle finit par la mort naturelle ou civile du pupille ou du tuteur. 119.
- La mere tutrice perd la tutelle & l'éducation de son enfant, si elle se remarie. 119.
- Si les pupilles ont une action subsidiaire contre les Magistrats qui ont donné les tuteurs. 120.
- Dans quels cas l'autorité du tuteur est nécessaire. 120.
- Excuses de la tutelle & de la curatelle. 124.
- Par quel nombre d'enfans on peut s'excuser de la tutelle & de la curatelle, & des autres charges civiles. 124 & 126.
- Si les enfans qui sont morts en combattant pour la patrie, sont comptés. 125.
- Quid des Religieux. 126.
- Les Administrateurs des deniers publics excusés de la tutelle & de la curatelle. 126.
- Les absens pour les affaires de la Republique. 127.
- Quelles charges excusent de la tutelle. 127.
- Si celui qui a un procès avec le pupille, peut s'excuser de la tutelle. 127.
- Quid du créancier ou débiteur du pupille 127 & suiv.
- Si le tuteur qui a rapporté session du créancier du pupille pour une moindre somme, ne peut prétendre que la somme qu'il a payée. 129.
- Quel nombre de tutelles ou de curatelles peut servir d'excuse. 129.
- Si la pauvreté est une excuse légitime. 129 & suiv.
- Quid des maladies & infirmités. 130.
- Quid de l'éloignement du domicile du tuteur de celui du pupille. 130.
- Si ceux qui ne sçavent ni lire ni écrire, sont excusés de la tutelle. 131.
- Les septuagénaires excusés de la tutelle. 131.
- Les mineurs. 132.
- Les soldats. 132.
- Les Grammairiens, les Rhéteurs, les Médecins ne sont excusés. 132.
- Les Professeurs dans les Universités du Royaume & les Avocats fort employés, sont excusés. 132.
- Les Ecclésiastiques engagés dans les Ordres sacrés sont excusés, mais il leur est permis d'accepter la tutelle ou la curatelle de leurs parens. 133.
- Comment les excuses de la tutelle & de la curatelle doivent être proposées. 133.
- Tuteurs & curateurs sus-

peçts doivent être éloignés de la tutelle & de la curatelle.

134.

Quels Juges en doivent connoître.

134.

Par qui l'accusation de tuteur ou curateur suspect doit être intentée.

134.

Si le tuteur peut demander un salaire.

337.

Comment le tuteur & le pupille sont obligés l'un envers l'autre.

373.

Le pupille à une hypothèque légale sur les biens du tuteur, du jour que la tutelle lui a été déferée.

373.

Quid de l'hypothèque du tuteur sur les biens du pupille.

373 & suiv.

V

Velleïen.

Voyez *Caution.*

Vente.

Est parfaite par le consentement des parties.

297.

Mais lorsque les parties sont convenues de la passer par écrit, elle n'est parfaite que lorsque l'acte a été rédigé par écrit, & signé de toutes les parties.

297. & suiv.

Différence de la vente & de l'échange.

298.

Si la vente est valable, lorsqu'il a été convenu que le prix feroit réglé par un tiers.

299.

Dès que la vente est parfaite, les pertes & les accroissemens de la chose vendue regardent l'acheteur.

299.

Vente peut être faite purement & simplement, ou sous condition.

299.

Du pacte de rachat.

300.

Vendeur tenu de garantie envers l'acheteur en cas d'éviction.

300.

En quoi consiste cette garantie.

300.

Vente des choses publiques & des Lieux saints & religieux, nulle; & celui qui les achete sciemment n'a point de garantie pour ses dommages & intérêts contre le vendeur.

300.

Si celui qui achete un fonds, sachant qu'il n'appartient pas au vendeur, peut prétendre la garantie contre le vendeur.

300 & suiv.

Si l'héritier grevé qui a vendu un bien substitué, est tenu d'éviction.

301.

Si le substitué ou le propriétaire du fonds vendu qui est héritier du vendeur, peut opposer la nullité de la vente.

301 & suiv.

Quid de la vente d'un fonds dotal.

303.

Quel est l'effet du pacte que le vendeur ne sera point tenu d'éviction. 303.

Si l'acheteur menacé d'éviction, peut retenir le prix qu'il doit encore, quoique le terme du payement soit échu. 303 & suiv.

Si l'acheteur à qui un fonds a été vendu, comme appartenant au vendeur, & qui est dotal ou substitué, peut demander la résolution de la vente. 304.

Quid si le vendeur a vendu comme franc un fonds qui est servile. 304.

Quid si la vente d'un fonds est faite avec la clause franc s'il est franc, servile s'il est servile. 305.

L'acquéreur évincé par retrait, n'a nulle garantie à prétendre. 305.

L'acheteur n'est véritablement maître de la chose vendue que lorsqu'il en a payé le prix. 306.

Droits réels du vendeur sur la chose vendue. 306.

Si le droit de suite a lieu en faveur du vendeur contre le tiers, pour les choses mobilières ou marchandises dont le prix n'a pas été payé. 306.

Vente d'un immeuble ne peut être rescindée par lé-

sion, si la lésion n'est d'outre-moitié du juste prix. 307.

Voyez *Rescision*.

Vente à pacte de rachat, dans quel tems le rachat n'est plus reçu. 351 & suiv.

Vol.

Voyez *Larcin*.

Usage.

S'établit & finit par les mêmes moyens que l'usufruit. 163.

Différence de l'usager & de l'usufruitier. 163.

Usages accordés aux Communautés d'habitans dans les forêts du Roi & celles des Seigneurs. 163.

Usufruit.

Définition de l'usufruit. 157.

S'il peut être établi sur les meubles & les choses qui périssent par l'usage. 157.

S'établit par des conventions & des actes de dernière volonté. 157.

A lieu de plein droit dans certains cas marqués par la Loi. 157.

Si l'usufruitier doit donner caution de bien user. 157. & suiv.

S'il est tenu des réparations d'entretien.	158.	l'usufruitier abuse des choses dont il a l'usufruit.	161.
S'il est tenu des grosses réparations, lorsque les ruines procèdent du défaut des réparations d'entretien.	158.	L'usufruit finit, si l'usufruitier n'en a pas usé pendant le tems prescrit par la Loi.	161.
L'usufruit finit par la mort de l'usufruitier.	158.	Si l'usufruitier fait cession de son droit au propriétaire.	161.
Quid de l'usufruit légué à une Communauté.	159.	Si l'usufruitier devient propriétaire du fonds.	162.
Comment se partagent les fruits de la dernière année.	159 & suiv.	Si la chose périt.	162.
Si l'usufruit finit par le décès de celui qui a la propriété.	160.	Quid Si la chose n'est pas entièrement détruite.	162.
Comment l'usufruit finit, si		Usufruit du pere, des biens adventifs de ses enfans. Voy. Pere.	

Fin de la Table des Matieres.

CORRECTIONS.

- P** AGE 31 ligne 14 parents lifez parens.
Pag. 53 lig. 34 *æstimate* lifez *æstimatæ*; *inæstimate* lifez *inæstimatæ*.
Pag. 78 lig. 17 Daix lifez d'Aix.
Pag. 103 lig. 29 *nominis* lifez *hominis*.
Pag. 122 lig. 13 l'assistace lifez l'assistance.
Pag. 136 lig. 33 *publico* lifez *publico*.
Pag. 144 lig. 11 *sacro sanctis* lifez *sacro sanctis*.
Pag. 154 lig. 10 *hadere* lifez *habere*.
Pag. 167 lig. 36 art. lifez Arrêt.
Pag. 194 lig. 3 d'un Notaire & Tabellion lifez d'un Notaire ou Tabellion.
Pag. 221 lig. 17 gissent lifez gifent.
Pag. 225 lig. 4 *fundamentum* lifez *fundamentum*.
Pag. 275 lig. 18 *dota* lifez *data*.
Pag. 276 lig. 8 *conjunctim* lifez *conjuncti*.
Pag. 302 lig. 7 *controvertiarum* lifez *controvertiarum*.
Pag. 316 lig. 7 mestrairies lifez mestairies.
Pag. 381 lig. 3 aujourd'hni lifez aujourd'hui.
Pag. 384 lig. 23 Borniet lifez Bornier.
Pag. 413 lig. 28 on lifez ou.
Pag. 447 lig. 10 art. lifez act.
Pag. 461 lig. 11 *oppositionibus* lifez *oppositoribus*.
Pag. 463 lig. 10 & ligne derniere *oppositionibus* lifez *oppositoribus*.

ADDITIONS.

PAge 203 ligne 11, après enfans, *ajoutez* : Boniface, tom. 2. liv. 2. tit. 1. chap. 8. rapporte deux Arrêts, dont l'un déclara nul le fidéicommiss fait par un testament solemnel en faveur de celui qui avoit écrit le testament : l'autre cassa le legs fait dans un testament nuncupatif en faveur du pere du Notaire, quoique le Notaire fût marié, habilité & séparé de son pere.

Pag. 384 lig. 35, après n. 2. *ajoutez* : le Président Faber def. 22. C. de Judiciis.

APPROBATION.

JAi lu par ordre de Monseigneur le Garde des Sceaux, un Manuscrit, intitulé *Elémens de Jurisprudence selon les Loix Romaines & celles du Royaume*, par M. Julien. Je n'y ai rien trouvé qui puisse en empêcher l'impression. A Paris ce 21 Juin 1784.

BLANCHARD DE LA VALETTE.

PRIVILEGE DU ROI.

LOUIS, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre : A nos amés & féaux Conseillers, les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand-Conseil, Prévôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenans Civils, & autres nos Justiciers qu'il appartiendra : SALUT. Notre amé le sieur J. Joseph Julien, Ecuyer, ancien Avocat, premier Professeur Royal de Droit en l'Université d'Aix, Nous a fait exposer qu'il desireroit faire imprimer & donner au Public un Ouvrage de sa composition, intitulé *Elémens de Jurisprudence selon les Loix Romaines & celles du Royaume*, s'il nous plairoit lui accorder nos Lettres de Privilège pour ce nécessaires. A CES CAUSES, voulant favori-

Y Y Y

blement traiter l'Exposant, nous lui avons permis & permettons de faire imprimer ledit Ouvrage autant de fois que bon lui semblera, & de le vendre, faire vendre par tout notre Royaume. Voulons qu'il jouisse de l'effet du présent Privilege, pour lui & ses hoirs à perpétuité, pourvu qu'il ne le rétrocède à personne; & si cependant il jugeoit à propos d'en faire une cession, l'Acte qui la contiendra sera enregistré en la Chambre Syndicale de Paris, à peine de nullité, tant du privilege que de la cession; & alors par le fait seul de la cession enregistrée, la durée du présent Privilege sera réduite à celle de la vie de l'Exposant, ou à celle de dix années à compter de ce jour, si l'Exposant décède avant l'expiration desdites dix années. Le tout conformément aux articles IV & V de l'Arrêt du Conseil du 30 Août 1777, portant Règlement sur la durée des Privileges en Librairie. FAISONS défenses à tous Imprimeurs, Libraires & autres personnes de quelque qualité & condition qu'elles soient, d'en introduire d'impression étrangere dans aucun lieu de notre obéissance; comme aussi d'imprimer ou faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire ledit Ouvrage sous quelque prétexte que ce puisse être, sans la permission expresse & par écrit dudit Exposant, ou de celui qui le représentera, à peine de fausse & de confiscation des exemplaires contrefaits, de six mille livres d'amende, qui ne pourra être modérée, pour la première fois, de pareille amende & de déchéance d'état en cas de récidive, & de tous dépens, dommages & intérêts, conformément à l'Arrêt du Conseil du 30 Août 1777, concernant les contrefaçons. A la charge que ces Présentes seront enregistrées tout au long sur le Registre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris, dans trois mois de la date d'icelles; que l'impression dudit Ouvrage sera faite dans notre Royaume & non ailleurs, en beau papier & beaux caracteres, conformément aux Réglemens de la Librairie, à peine de déchéance du présent Privilege; qu'avant de l'exposer en vente, le manuscrit qui aura servi de copie à l'impression dudit Ouvrage sera remis dans le même état où l'Approbation y aura été donnée es-mains de notre très-cher & féal Chevalier, Garde des Sceaux de France, le sieur HUE DE MIROMESNIL, Commandeur de nos Ordres, qu'il en fera ensuite remis deux exemplaires dans notre Bibliothèque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, un dans celle de notre très-cher & féal Chevalier, Chancelier de France, le sieur DE MAUPEOU, & un dans celle dudit sieur HUE DE MIROMESNIL. Le tout à peine de nullité des Présentes; du contenu desquelles vous mandons & enjoignons de faire jouir ledit Exposant & ses hoirs pleinement & paisiblement, sans souffrir qu'il leur soit fait aucun trouble ou empêchement. Voulons que la copie des Présentes, qui sera imprimée tout au long au commencement ou à la fin dudit

Ouvrage, soit tenue pour dument signifiée, & qu'aux copies collationnées par l'un de nos amés & féaux Conseillers-Secretaires soit ajoutée comme à l'original. COMMANDONS au premier notre Huissier ou Sergent sur ce requis, de faire pour l'exécution d'icelles, tous actes requis & nécessaires, sans demander autre permission, & nonobstant clameur de Haro, Charte Normande, & Lettres à ce contraires. Car tel est notre plaisir. Donné à Paris le sixieme jour du mois d'Octobre, l'an de grace mil sept cent quatre-vingt-quatre, & de notre regne le onzieme. Par le Roi, en son Conseil, LE BEGUE.

Registré sur le Registre XXII de la Chambre Royale & Syndicale des Libraires & Imprimeurs de Paris, N^o. 3309, fol. 193, conformément aux dispositions énoncées dans le présent Privilège, & à la charge de remettre à ladite Chambre les huit exemplaires prescrits par l'article CVIII du Règlement de 1723. A Paris le 12 Octobre 1784.

LE CLERC, Syndic.

NOUVELLES ADDITIONS ET CORRECTIONS
à faire aux Éléments de Jurisprudence.

PAGE 29 lig. 13, au lieu de ces mots, Celui ou celle qui se marie contracte une alliance avec les parens de sa femme ou de son mari *lisez* celui qui se marie contracte une alliance avec les parens de sa femme & la femme avec les parens de son mari.

Pag. 37 lig. 22 au lieu de ces mots, chap. 7. n. 8. fait mention d'un Arrêt remarquable du Parlement d'Aix *lisez* chap. 6. rapporte un Arrêt remarquable du Parlement d'Aix, dont il est encore fait mention au chap. 7. n. 8. en ces termes. Même pag. 37 lig. 23 effacés ces mots, dit-il. Même page 37 après la ligne 31, *ajoutez*:

LVIII. Si un pere dans son testament institue son fils son héritier, à la charge & sous la condition qu'il ne pourra se marier sans le consentement d'une personne nommée dans le testament, le fils ne pourra-t-il se marier que du consentement de cette personne, comme dépositaire du pouvoir du pere, ou faudra-t-il rejeter cette clause comme contraire à la liberté des mariages? On tient communement qu'une telle condition est nulle suivant la Loi *filia* 28. & la Loi *cum tale* 72. §. *si arbitrato* 4. *D. de conditionibus & demonstrationibus*; & la Loi *turpia* 54. §. *si Titia* 1. *D. de legatis* 1°. La Loi *cum tale* §. *si arbitrato*, s'en explique en ces termes: *vivo Titio, etiam sine arbitrio Titii eam nubentem legatum accipere respondendum est; eamque legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur.* Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par l'Arrêt du 10 octobre 1675, rapporté par Boniface tom. 4. liv. 5. tit. 1. chap. 7. & dans le Journal du Palais part. 8. pag. 218. Il s'y agissoit du testament d'un pere qui avoit institué ses deux fils ses héritiers, avec cette clause que le puîné venant à se marier, il ne le pourroit faire qu'avec l'aveu & le consentement exprès & en la

A

présence de son frere aîné & de son oncle maternel. Le fils puîné étoit majeur de vingt-cinq ans. L'oncle avoit donné son consentement au mariage. Le frere aîné le refusoit. L'Arrêt ayant égard à la requête du demandeur, lui permit de se marier ainsi & à qui il aviferoit bon être.

Même page 37 lig. 31 LVIII lisez LIX.

Page 38 lig. 3 LIX lisez LX.

Page 48 lig. 21 après débiteur, ajoutez : Par l'Arrêt du Parlement de Grenoble rapporté par Expilly, Plaidoyé 2. Il fut jugé que le débiteur d'une somme constituée en dot ne pouvoit pas obliger le mari de donner caution.

Pag. 64 lig. 1 après chap. 2. ajoutez : & tom. 2. liv. 4. tit. 4. chap. 1. n. 5.

Pag. 68 lig. 24 après n. 27. ajoutez : il s'y agissoit d'une demande en redotation formée par la petite fille, dont la mere étoit décédée. Cette mere dont la dot étoit perdue par l'insolvabilité de son mari, avoit laissé un fils & une fille ; & le fils étant mort, la fille, sa sœur & son héritière, intenta l'action de redotation dont elle fut déboutée.

Pag. 90 lig. 25 après adulterins, ajoutez : ou incestueux.

Pag. 94 lig. 3 après n. 6. ajoutez : voyez Perezius sur le titre du code de *naturalibus liberis* n. 13.

Pag. 129 lig. 14 au lieu de ces mots le créancier ne perd pas sa créance, étant nommé à la tutelle lisez le créancier étant nommé tuteur, ne perd pas sa créance.

Pag. 136 lig. 28 après voyez ajoutez : Vasquius *illustrum controversiarum* liv. 2. chap. 89 n. 30. & suiv.

Pag. 139 lig. 5 après de l'eau ajoutez : c'est l'avis de Bertrand, vol. 6. conf. 377. n. 1. Même page 139 lig. 10 après ainsi, ajoutez : nos Auteurs ont écrit que. Même page 139 lig. 15, au lieu de ces mots, comme l'a remarqué lisez c'est ce qu'atteste. Même page 139 lig. 27 effacés ces mots, il faut dire la même chose du fleuve & les sept lignes suivantes ; & à leur place lisez il a été dérogé à ce droit par le traité du 24 mars 1760 entre le Roi de France & le Roi de Sardaigne, enregistré au Parlement de Provence le 10 décembre de la même année, par lequel, en l'ar-

ticle 1. le Roi de France déroge à la clause du traité de Lyon de 1601, qui laissoit à la France la propriété de tout le cours du Rhone depuis la sortie de ce fleuve du territoire de Geneve jusqu'au confluent du Guyer; & il est dit dans l'art. 9. que le systéme de mi-partition aura lieu généralement pour toutes les portions de fleuves, riviéres, ruisseaux, isles, ponts, vallons, cols & sommités, qui restent ou deviennent limitrophes par ce Règlement de limites. Mais cette disposition ne regarde que les limites dont il est question dans ce traité. L'auteur de la Pratique des Terriers tom. 4. qu. 32. pag. 497, propose la question à qui appartient une riviere qui fait la limite des héritages du Roi d'avec ceux des Seigneurs. Il rapporte un Arrêt par lequel il fut jugé que la riviere appartenoit au Roi, sans que le Seigneur particulier y pût rien prétendre.

Pag. 154 lig. 17 après 3, ajoutez : Brodeau sur Louet lett. S. fom. 1. n. 4.

Pag. 157 lig. 18 après denrées, ajoutez : ou leur valeur & leur estimation. Même pag. 157 lig. 24 après n. 1, ajoutez : Vinnius sur le §. 2. *Inst. de usufructu* n. 5. Despeisses tom. 1. part. 2. art. 1. sect. 2. n. 1. pag. 548 & suiv.

Pag. 159 lig. 9 après *usufructu*, ajoutez : Il y a cependant un autre texte qui paroît contraire à cette décision. C'est la Loi *Computationi 68. D. ad L. Falcidiam*, suivant laquelle l'usufruit légué à une Ville ou à une autre Communauté, est éteint après trente ans : *Si reipublicæ usufructus legetur, sive simpliciter, sive ad ludos, triginta annorum computatio fit.* Et l'on ne peut nier que ce sentiment ne soit plus raisonnable. Trente ans sont cet espace de tems appellé dans le droit *longissimum tempus*.

Pag. 198 effacez la premiere ligne & les suivantes, depuis les mots dans les Pays coutumiers, jusqu'à ces mots de la sixieme ligne en ces termes & à leur place, lisez : Dans bien des Provinces du Royaume les Curés sont autorisés par la Coutume ou des Statuts à recevoir les testamens de leurs Paroissiens en présence de témoins. C'est

la disposition de l'art. 289 de la Coutume de Paris. On s'y est conformé à la disposition du chap. *Cum effes 10. extrâ de testamentis*. L'article 27 de l'Ordonnance d'Orléans, & l'art. 63 de celle de Blois se rapportent aux lieux dont les Coutumes ou des Statuts ont donné ce pouvoir aux Curés. L'Ordonnance de 1735 art. 25 s'explique sur ce sujet en ces termes :

Pag. 199 lig. 19, *ajoutez* : Par Arrêt du 12 juin 1786, à l'Audience du rôle, prononcé par M. le Premier Président de La Tour, en faveur des héritiers *ab intestat* de Dame Marie Berluç, veuve de Me. François Feutrier Avocat, contre les Recteurs & Administrateurs de l'Hôpital St. Louis de la ville de Forcalquier, un testament mystique fut déclaré nul & comme tel cassé, sur ce seul moyen qu'il n'y avoit point de date du jour, du mois & de l'an dans la disposition.

Page 223 lig. 8, *ajoutez* : la raison pour laquelle ils ne peuvent pas faire des dispositions en la forme du testament mystique, est que celui qui écrit le testament pourroit abuser de leur confiance, & écrire des dispositions qui ne seroient pas celles des testateurs.

Pag. 252 après la ligne 8, *ajoutez* :

X. Suivant la Nouvelle 107 chap. 2, d'où a été tirée l'authentique, *hoc inter liberos C. de testamentis*, le testament fait en faveur des enfans du testateur, ne peut être révoqué par un testament postérieur fait en faveur d'autres personnes, s'il n'y est fait une mention expresse de la révocation du précédent testament. C'est une exception à la règle qu'un testament est révoqué de plein droit par un second testament, quoiqu'il n'y eût point la clause de révocation du premier. La faveur des enfans, les droits qu'ils ont sur les biens de leurs ascendans, ont été le fondement de cette décision. Les Docteurs l'ont suivie ; c'est l'avis de Benedicci sur le chap. *Raynutius, verb. Testamentum* 1, n. 88 ; de Julius-Clarus, 6. *Testamentum*, qu. 98 ; de Mantica, *de conjecteris ultimarum voluntatum*, liv. 6. tit. 2. n. 19 ; & les Arrêts rapportés par Boniface tom. 2. liv. 1. tit. 4. chap. 1. 2. & 3. & par De Cormis tom. 1. col.

1570. chap. 51. l'ont ainsi jugé. On avoit douté si par l'art. 76 de l'Ordonnance des Testamens de 1735, qui abroge l'usage des clauses déroatoires, il avoit été dérogé à l'authentique *hoc inter liberos*. Furgole dans son Traité des Testamens tom. 4. chap. 11. n. 34. estime que cette Ordonnance n'a point dérogé à l'authentique *hoc inter liberos*; & ce sentiment est bien fondé. Il ne s'agit dans l'Ordonnance de 1735 que des clauses déroatoires qui furent une invention des Docteurs, & que l'usage avoit introduites contre les véritables maximes du Droit. C'est cet usage que l'Ordonnance de 1735 a abrogé.

Même pag. 252 lig. 9. X. lisez XI. & faites la même correction aux nombres suivans du même titre.

Même pag. 252 lig. 15. après *extabunt*, ajoutez: Voyez Furgole dans son Traité des Testamens tom. 4. chap. 11. n. 77 & suiv.

Pag. 257 lig. 22 après Paris, ajoutez: La Loi 16. C. de *jure deliberandi* dit, *nec emere, nec donatum assequi, nec damnosam quisque hæreditatem adire compellitur*.

Pag. 285, après la ligne 30, ajoutez:

XXXVIII. Il arrive quelquefois que le testateur fait le legs d'une somme d'argent à une personne de confiance pour l'employer à des œuvres pies, ou en disposer suivant l'intention qu'il lui a communiquée. Le légataire sera-t-il obligé de révéler le secret commis à sa foi, & de rendre compte de l'emploi qu'il doit faire de la somme leguée? On tient communement qu'il n'y est pas obligé. On cite la Loi *Theopompus* 14. D. de *dote prælegatâ*, & la Loi dernière C. de *fideicommissis*; & les Arrêts l'ont ainsi jugé. Il y en a un du Parlement de Paris, prononcé en robes rouges le 23 décembre 1580, rapporté par Robert *rerum judicatarum* liv. 1. chap. 3. La même chose a été jugée par d'autres Arrêts rapportés par Louet & Brodeau lett. L. som. 5., Catellan liv. 1. chap. 23., Boniface tom. 2. liv. 2. tit. 1. chap. 3. Voyez Ricard, des donations part. 1. chap. 3. sect. 12. n. 589. & suiv., l'Arrêt du 18 décembre 1677, rapporté dans le Journal des Audiences tom. 3. liv. 4. chap. 48. & celui du 14 mai 1705, rap-

porté par Augeard tom. 1. fom. 58. Mais comme il peut arriver qu'un testateur se serve de l'entremise d'un tiers pour faire passer la somme leguée à une personne indigne ou incapable, on peut, en adjugeant la somme leguée au légataire, l'obliger de jurer qu'il en fera la distribution suivant la volonté du testateur, & qu'il ne la fera pas à une personne prohibée de droit. Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par l'Arrêt rapporté par Boniface au lieu ci-dessus cité.

Même page 285 lig. 31 XXXVIII lisez XXXIX; & faites la même correction aux nombres suivans.

Page 293 lig. 27 après éloigné, ajoutez : de maniere que les ascendans paternels auront la moitié & les ascendans maternels l'autre moitié, quoiqu'ils ne soient pas en nombre égal.

Pag. 312 lig. 25 après *locati*, ajoutez : c'est l'avis de Sanleger, *resol. civil. chap. 31. n. 7 & 8.*

Page 332 à la dernière ligne, ajoutez : Grotius *de jure belli ac pacis liv. 2. chap. 12 n. 5.* Loccenius *de jure maritimo liv. 2. chap. 6.*

Page 337 après la dernière ligne ajoutez :

XIV. Le proxenete qui s'est employé pour faire réussir un mariage ou une autre affaire, pourra-t-il demander un salaire ou une récompense? Ce salaire est appelé en latin *proxeneticum*; & la Loi première D *de proxeneticis* donne l'action à l'entremetteur pour le demander en ces termes: *Proxenetica jure licito petuntur*; mais cette récompense doit être réglée équitablement, & réduite à de justes bornes, suivant la Loi 2 du même titre: *Sic tamen ut in his modis esse debeat & quantitatis & negotii*; & la Loi dernière C. *de sponsalibus & arris sponsalitiis & proxeneticis*, décide qu'il n'est point dû de salaire au proxenete en fait de mariage, s'il n'y en a pas eu une convention précédente: *Si quidem nihil de eâ re convenerit, nihil omnino debeatur.* Le Parlement d'Aix le jugea ainsi par l'Arrêt du 23 mai 1713, rapporté par Mr. Debezieux liv. 5 chap. 1 §. 8. pag. 348. La demanderesse offroit de prouver qu'on l'avoit employée, & que ses soins avoient procuré le mariage; l'Arrêt la chargea encore de prouver qu'on lui avoit promis de re-

connoître ses soins. » Mais, dit l'Auteur, comme ce ser-
 » vice doit être gratuit, quand il ne paroît pas d'une
 » promesse de gratifier, ce fut là le motif de l'Arrêt qui
 » chargea l'intimée de prouver qu'on lui avoit fait cette
 » promesse. Il y a cependant des Arrêts du Parlement
 » de Paris, qui ont débouté les proxenetes de leur de-
 » mande, quoiqu'il y eût une promesse «. Tels sont les
 Arrêts rapportés dans le Recueil d'Arrêts de Mornac
 part. 1. chap. 55. & part. 2. chap. 19. l'un du 29 jan-
 vier 1591, l'autre du 23 mars 1601. Sur ce fondement Fer-
 riere sur le titre du Code de *sponsalibus & arris sponsali-
 tiis & proxenetis* dit : » quant aux entremetteurs, on ne
 » peut valablement leur promettre ; cela dépend de l'hon-
 » nêteté & de la libéralité de ceux auxquels ils ont rendu
 » service ; & ils n'auroient aucune action contre ceux qui
 » leur auroient promis des reconnoissances en cas qu'ils
 » eussent fait réussir quelque mariage qui paroîtroit avan-
 » tageux «. Voyez Cujas sur le titre du Digeste de *proxe-
 neticis*, & sur celui du Code de *sponsalibus*, & dans ses
 Observations liv. 11. chap. 18, Perezius sur le titre du
 Code de *sponsalibus*, Domat dans ses Loix civiles liv. 1.
 tit. 17. sect. 1. & 2, les Arrêts de Soefve tom. 2. cent. 3.
 chap. 62, le huitieme Plaidoyer de Gillet pag. 114 &
 suiv. Les questions concernant le salaire des proxenetes
 peuvent beaucoup dépendre des circonstances du fait, de
 la qualité de l'affaire & de la qualité des parties.

XV. Il y a dans les Places de Commerce des Agens de
 banque & de change, & des Courtiers de marchandises
 qui sont des especes de mandataires ou proxenetes. Ils ont
 un caractere public ; & dans certaines Villes ils sont éta-
 blis en titre d'office. Les Agens de banque & de change
 sont ceux qui s'entremettent pour négocier les lettres &
 billets de change, ou autres billets entre Marchands, Né-
 gocians ou Banquiers, moyennant un certain profit ou
 remise qui leur est accordée. Et les Courtiers de marchan-
 dises sont ceux qui s'entremettent pour faire vendre, ache-
 ter ou échanger des marchandises, moyennant un certain
 profit ou salaire. Les uns & les autres sont d'une grande

utilité pour le commerce. Voyez l'Ordonnance du Commerce de 1673 tit. 2. des Agens de banque & Courtiers, les Commentateurs de cette Ordonnance, le Parfait Négociant de Savary part. 2. liv. 3. chap. 7.

Pag. 359. lig. 24. au lieu de ces mots par le sieur de La Combe dans le Supplément de son Traité des Matières Criminelles *lisez* dans le Supplément du Traité des Matières Criminelles du sieur de La Combe.

Pag. 360. lig. 8. après chap. 98. *ajoutez* : le précis des Ordonnances de Mr. de Montvalon, *verb.* Hypotheque.

Même pag. 360 lig. 12 & 13 au lieu de ces mots ; & cela est très-certain pour les amendes envers le Roi, comme pour les confiscations, *suivant*, *lisez* : & c'est ainsi que la question fut décidée pour les amendes envers le Roi, comme pour les confiscations, par.

Même pag. 360 lig. 33 après conséquence, *ajoutez* : Il fut fait une exception à cette décision par la Déclaration du Roi du 16 août 1707, concernant les privilèges des Fermiers du Domaine sur les meubles des condamnés aux amendes, par laquelle en interprétant, en tant que de besoin, la Déclaration du 13 juillet 1700, il est déclaré & ordonné que les amendes de toutes matières, tant civiles que criminelles appartenantes à Sa Majesté, seront payées ez mains des Receveurs des amendes & Fermiers d'icelles sur les biens meubles, fruits, revenus & autres effets mobiliers des condamnés aux amendes, tant par les Fermiers conventionnels & judiciaires, Commissaires des saisies réelles, Receveurs des consignations, Payeurs des gages d'Officiers, que tous autres débiteurs dedit condamnés, lesquels y seront contraints comme dépositaires, & ce par préférence & privilège à tous créanciers, à la réserve des propriétaires des maisons pour les loyers, d'un Marchand qui revendique sa marchandise dont il n'auroit pas été payé & qui se trouveroit encore en nature sous balle & sous corde, comme aussi des gages des domestiques pour la dernière année, & de ce qui peut être dû aux Bouchers & Boulangers pour les six derniers mois ; & à l'égard des biens immeubles des condamnés ez dites amendes la même Déclaration

claration ordonne que les Receveurs & Fermiers n'y auront hypothèque pour le recouvrement desdites amendes que du jour du jugement de condamnation conformément à la Déclaration du 13 juillet 1700. La Déclaration du 16 août 1707 n'a point été enregistrée au Parlement de Provence.

Pag. 396 lig. 3 après délégations, ajoutez : Dertuffon traité de la subrogation chap. 2 n. 10. Cancerius *variar. resol.* part. 2. chap. 6. n. 174 & 175.

Pag. 424. après la ligne 18, ajoutez :

XVIII. Lorsqu'il s'agit d'injures écrites dans la défense d'un procès pendant en un Tribunal, ce sont les Juges du même Tribunal qui en doivent connoître par les raisons suivantes : 1°. ces injures offensent le Tribunal où le procès est pendant ; & c'est là qu'est véritablement le lieu du délit : 2°. on ne peut bien juger s'il y a des injures & de leur qualité que par la connoissance du différend des parties : 3°. le Juge du principal est Juge de l'incident & de l'accessoire, suivant la Loi *sed & loci* 4 §. *si dicantur* 4 *D. finium regundorum*, la Loi première C. *de officio rectoris Provinciae*, la Loi *quoties* 3, & la Loi *nulli* 10 C. *de Judiciis*. Et c'est ainsi que le Parlement d'Aix le jugea sur des contestations qui s'étoient élevées entre les Dlls. Louise, Marguerite & Elisabeth Pichati au sujet du partage de la succession de leur mere. Le sieur Almaric en qualité de mari & maître de la dot & droits de Louise Pichati se pourvut pardevant le Lieutenant civil de Marseille, qui rendit ensuite une Ordonnance par laquelle les parties furent renvoyées à des Arbitres. Dans ce procès il fut produit des écritures au nom de la Dlle. Elisabeth Pichati, dont Me. Martin de Croissainte son beau-frere & mari de Marguerite Pichati étoit l'auteur. Le sieur Almaric se crut injurié par ces écritures, & il présenta sa requête en information pardevant le Lieutenant criminel de Marseille. Me. Martin de Croissainte ayant été décrété d'assigné, appella du décret de soit-informé & de toute la procédure, disant que le Lieutenant civil étant le Juge du procès dans lequel les écritures avoient été produites, le Lieutenant criminel n'avoit pas pu informer. Et sur ce moyen par

Arrêt du 11 Février 1756 à l'audience, l'appellation & ce dont étoit appel furent mis au néant; & par nouveau jugement, le décret de soit-informé fut déclaré nul, incompetent, & comme tel cassé, ensemble toute la procédure, & le sieur Amalric fut condamné aux dépens.

Même page 424. lig. 19. XVIII, lisez XIX.

Pag. 426. après la dernière ligne, ajoutez :

IX. L'écriture prouve contre celui qui l'a faite, *contra scribentem*, & ne prouve pas en sa faveur. On ne peut le faire des titres de sa propre main. Ainsi le livre de raison d'un particulier où il constitue un autre son débiteur, ne fait point foi. La Loi 7 C. de probationibus, dit: *Exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur, quâ unusquisque sibi annotatione propriâ debitorem constituit. Unde neque fiscum, neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem præbere oportet.* C'est la remarque de Pastour dans son traité de jure feudali liv. 2. tit. 15. n. 2. On excepte néanmoins de cette règle les livres des Marchands tenus en la forme prescrite par les Ordonnances. Ils font foi pour l'expédition de la marchandise & non pour d'autres conventions & pour le cautionnement, comme je l'ai remarqué dans mon Commentaire sur les Statuts de Provence tom. 1. pag. 589. n. 2.

X. On tient aussi que les hommages, les aveux & dénombremens donnés au Roi par ses vassaux en la Chambre des Comptes, ne peuvent préjudicier aux droits de Sa Majesté ni du tiers. Ils font preuve contre celui qui les a présentés & ses successeurs, & non contre d'autres. C'est la doctrine de Du Moulin sur la Coutume de Paris §. 8. glos. *in verbo* dénombrement n. 31. de Bacquet des droits de Justice chap. 5. n. 6. de Duperier tom. 2. décis. liv. 1. n. 45. de Boniface tom. 1. liv. 3. tit. 5. chap. 1.

Pag. 445 après la ligne 12, ajoutez :

XIII. On présume aussi pour le Juge que dans la procédure qu'il a faite, il s'est conformé aux règles, s'il n'y a pas de preuve du contraire: *pro his quæ à Judice sunt acta præsumitur quòd omnia ritè fuerint celebrata*; ce sont les paroles du chap. *bonæ memoriæ 23 extra de electione* &

electi potestate. Sur ce fondement, par Arrêt du 31 janvier 1739, prononcé par M. le Président de Bandol, en faveur de Me. Negrel Juge du lieu de Nans, contre Felix-Barthelemi & François Verlaque, il fut jugé, conformément aux conclusions du Substitut de M. le Procureur général du Roi, que le Juge dans la procédure qu'il avoit prise ayant fait seulement mention du lieu de Nans, sans dire que ce fût dans l'auditoire de Justice, on devoit présumer qu'elle avoit été prise dans l'auditoire de Justice, n'y ayant point de preuve du contraire; & la procédure fut confirmée.

Même page 445. lig. 13. XIII, lisez XIV.

Lig. 24. XIV, lisez XV.

Pag. 463, lig. 15, ou le substitué, lisez & l'héritier grevé ou un premier substitué.

Pag. 470, après la dernière ligne, ajoutez :

VII. Comme on ne peut quitter par des transacions les choses dont on n'a pas la libre disposition, on ne peut pas transiger valablement sur des alimens à venir. La Loi 8. C. de *transacionibus*, dit qu'on peut transiger sur les arrérages du passé, mais qu'on ne peut pas transiger sur les alimens à venir sans l'autorité du Magistrat: *De alimentis præteritis, si quæstio deferatur, transigi potest; de futuris autem, sine prætore seu præside interposita transactio nulla auctoritate juris censetur.* Sur ce fondement, Mr. de Catellan liv. 1, chap. 37. estime qu'un Curé ne peut pas par des transacions se faire du préjudice sur sa portion congrue pour l'avenir, & il rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse qui le jugea ainsi. Une semblable question fut jugée au Parlement d'Aix par Arrêt du 25 juin 1770, au rapport de Mr. du Bourguet, en faveur du Syndic des Chanoines & Bénéficiers de l'Ordre de St. Ruf de la ville de Carpentras, pour lequel j'écrivois, contre les Administrateurs du College de Carpentras & les Recteurs de l'Hôpital d'Avignon. Par cet Arrêt la Cour ayant tel égard que de raison aux fins principales de la requête des Chanoines & Bénéficiers, condamna les Administrateurs du College & de l'Hôpital à payer annuellement auxd. Chanoines & Bénéficiers la somme de 678 liv. pour augmentation de la fourniture de leur table, outre & par dessus la

somme de 322 liv. portée par la transaction du 7 janvier 1675, & les denrées mentionnées en especes dans led. acte.

VIII. C'est un autre principe que dans les choses qui ont un trait successif, le contrat doit être réduit à l'équité naturelle, quand la suite du temps la rend injuste, quand l'état des choses est tellement changé, que la composition deviendrait inique. C'est l'avis de Tessauros décis. 226. Le contrat, dit-il, doit être réduit à l'équité, quand par la suite du temps la chose devient inique: *reductio contractus ad æquitatem fieri debet, quando res tractu temporis efficeretur iniqua*. C'est, ajoute-t-il, une singulière & admirable faculté donnée aux Juges de pouvoir dans ce cas prononcer contre les pactes & les conventions des parties: & *hæc est singularis & admirabilis facultas Judicibus data, ut hoc casu possint etiam contra paciscentium pactionem & stipulationem pronuntiare*. C'est la doctrine d'Expilly dans ses Arrêts chap. 222. de Cancerius *variar. resol.* part. 2. Chap. 1. n. 253. du Cardinal de Luca *de regalibus* disc. 73. n. 5. & disc. 156. n. 11. de Dunod dans son traité des prescriptions part. 3. chap. 11. pag. 396.

E R R A T A.

- Page 1 de la Préface ligne 12 appellé lisez appelée.
 Pag. 42 lig. 30 Aigue-mortes lisez Aigues-mortes.
 Pag. 48 lig. 8 *datem* lisez *dotem*.
 Pag. 59 lig. 30 qu'il lisez qui
 Pag. 71 lig. 8 *Gonaones* lisez *Gonnonnes*.
 Pag. 100 lig. 31 bâtard lisez bâtards.
 Pag. 110 lig. 33 après y, ajoutez: a
 Pag. 112 puissance du pere lisez hors de puissance de pere.
 Pag. 122 lig. 33 C lisez D. Lig. 34 aut lisez &.
 Pag. 125 lig. 8 *hominis* lisez *humanis*.
 Pag. 155 lig. 15 leurs lisez leur.
 Pag. 254 lig. 4 déficion lisez décision.
 Pag. 316 l'hérier lisez l'héritier.
 Pag. 399 lig. 3 1665 lisez 1765.
 Pag. 404 lig. 6 de lisez du.
 Pag. 406 lig. 6 art. 2 lisez art. 1.
 Pag. 427 lig. 16 naufrage lisez naufrage.
 Pag. 448 lig. 12 D, lisez C.