le droit d'accroissement a lieu entre les légataires re et verbis conjuncti, ou tantum re conjuncti, mais il est de même des légataires qui ne sont conjoints que par les paroles. Sur quoi la jurisprudence n'est pas fixée, et les questions pareilles se décident d'après les circonstances et la volonté du testateur que l'on tâche d'interpréter.

l'aliénation de la chose léguée n'empêche pas toujours le legs de subsister. il faut examiner si le testateur a eu intention de révoquer le legs, et les loix nous donnent quelques règles qui peuvent l'indiquer. ainsi si l'aliénation a été faite volontairement le legs est révoqué; si au contraire elle a été faite forcément ou bien que les créanciers du testateur l'ont fait saisir et décréter le fond légué le legs n'en vaudra pas moins.

l'échange de la chose léguée n'empêche pas le legs de subsister et le légataire peut la réclamer la chose échangée.

le legs fait par un débiteur de sa dette est valable pour ce qu'il devoit au testateur lors de la confection du testament, et non pas pour ce qu'il lui a dû depuis. [illegible] des intérêts de la même somme. le legs fait d'arrérages et d'intérêts dans un testament ne comprend ~~[illegible]~~ que les arrérages échus lors de la confection du testament, et non [illegible] après lors que ce ne sont que des accessoires des autres.

le legs fait par le testateur à son créancier ne se compense jamais avec la dette volontaire s'il n'est expressément dit. il en est de même avec les dettes nécessaires, telles que la légitime, l'augment &c. avec lesquelles la compensation a lieu.

lorsqu'un créancier a légué à un tiers une dette active, dont [illegible] n'est tenu que de donner ~~[illegible]~~ légataire les actions qu'il a pour [illegible] la dette ou à jurer qu'il ne la doit pas. il en est autrement si le testateur avoit légué une telle somme à prendre sur une autre qui pouvoit lui être due. dans ce dernier cas [illegible] l'héritier à acquitter le legs.

c'est la destitution des legs de [illegible] et des legats facultatifs. le legs fait à l'église pour cause de fondation et d'obit et ces dispositions alimentaires quoi qu'à la ligne des héritiers bien sont toujours exempts [illegible].

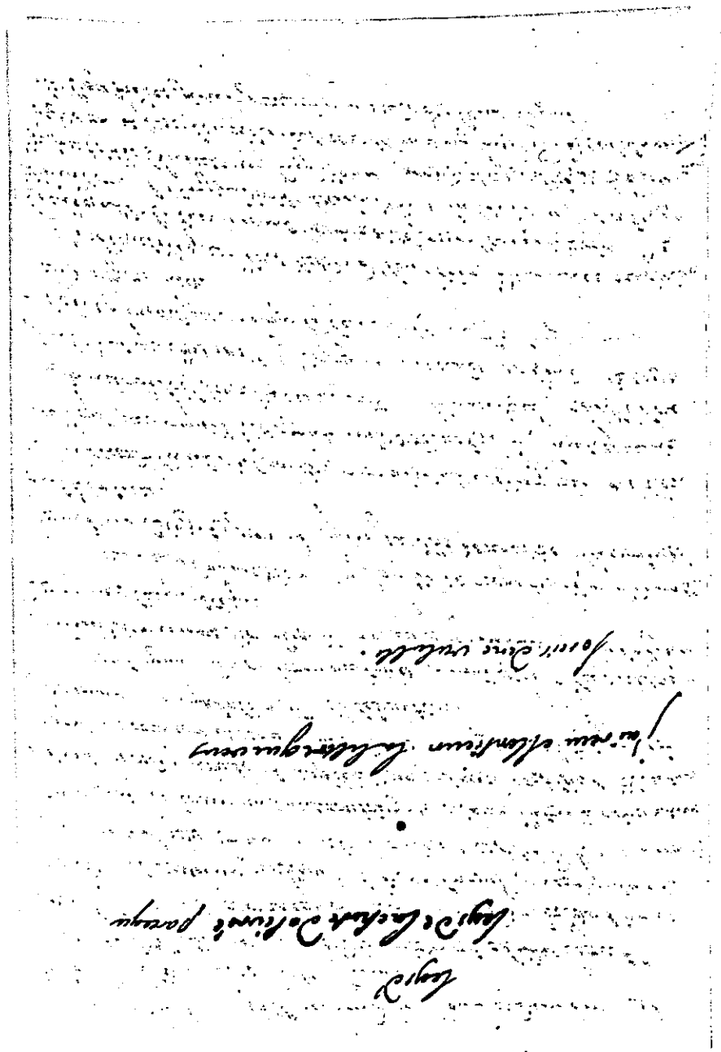
on ne peut pas léguer aux personnes indignes, ni aux tuteurs et curateurs qui n'ont pas rendu compte et pays religieux, ni aux confesseurs, directeurs, médecins, procureurs et avocats dans le cas toutefois où on peut supposer la captation et la séduction.

on peut léguer aux personnes incertaines pourvu que le legs ne soit pas dérisoire comme si on léguoit à celui qui se jetteroit un tel jour dans la place publique.

l'erreur dans l'expression, la fausse démonstration n'invalident pas le legat pourvu qu'on puisse connoître la volonté du testateur.

le legs conditionnel n'est pas toujours censé conditionnel et il [illegible] que pour qu'il soit réputé conditionnel il faut que le testateur se soit servi de ces expressions, si, pourvu, car si le testateur ne s'est servi que du mot à [illegible] quand même le légataire n'auroit pas rempli la condition le legs n'en vaudroit pas moins.

il est inutile que l'institution d'héritier dans un testament [illegible] par l'acceptation de ses legats. le testament est valide par l'acceptation de [illegible] l'héritier. si l'héritier institué [illegible] les héritiers légitimes seroient appelés et à leur défaut ceux [illegible] à la succession en cas [illegible] les légataires pour pouvoir jouir de leurs legats.



les mains d'une personne qui n'allégue qu'une confidence verbale à lui faite par le testateur pour la distribution de ce prétendu dépôt en œuvres pies & secrettes, on ne s'arrête pas à la déclaration de ce dépositaire, quelque homme de bien & de réputation qu'il puisse être, & il est obligé de délaisser la somme aux héritiers ou successeurs du testateur.

Il y a pourtant un Arrêt du Parlement de Toulouse rendu après partage en l'année 1705, Rapporteur M. de Parade, Contretenant M. de Chastanet, qui reçut & valida la simple déclaration d'un Curé, pour un dépôt fait entre ses mains d'une somme à employer en œuvres pies, & jugea que cette déclaration, qui étoit la seule preuve qu'il y eût du dépôt, ne pouvoit pas être divisée; cet Arrêt fut rendu entre M. le Procureur général, prenant la cause de son Substitut au Sénéchal de Montpellier, & la demoiselle Fabre, cousine & succédente à la femme qui avoit fait le dépôt, & qui n'avoit point laissé de descendans: cette question souffriroit bien plus de difficulté depuis l'Ordonnance de 1735 concernant les Testamens.

§. 29. *Si in nomine, cognomine, testator erraverit, cùm de personâ constat, valet legatum.*

L'erreur dans l'expression, non plus que le défaut d'expression du nom ou surnom du légataire, ne rend pas le legs invalable, pourvu que par quelque endroit on puisse connoître celui dont le testateur a entendu parler; & cela a également lieu dans les institutions d'héritier, à l'égard de l'héritier dont le testateur auroit mal exprimé le nom, ou qui seroit mal désigné: ainsi un pere qui avoit trois enfans, appellés, Jean, Juste & Etienne, ayant laissé à chacun des deux premiers certaine portion de ses biens, & au résidu ayant institué son héritier son très-cher & bien-aimé fils, sans le nommer, il fut jugé que l'hérédité du pere appartenoit à Etienne, *Vid. Ricard, tom. 1. part. 1. chap. 3. sect. 11. n. 557.* ainsi un ayeul paternel qui avoit deux petits-fils *ex filiâ*, tous les deux appellés Guillaume, ayant dit qu'il prélégoit une vigne à Guillaume son petit-fils, & qu'en tous les autres biens il instituoit ledit Guillaume & autre Guillaume ses petits-fils, le prélégat de la vigne fut adjugé à l'aîné. *Vid. Catellan, liv. 2. chap. 34.*

Que

Que si quelque legs ou fidéicommis a été laissé au premier né, ou à l'aîné, & qu'étant venu à naître deux jumeaux on ne sçache pas quel des deux est venu le premier au monde, soit parce qu'on n'aura pas pris soin de le marquer, ou autrement; dans ce cas les Auteurs estiment que le légat ou le fidéicommis doit être divisé entre tous les deux, ou bien qu'il faut décider la question par le moyen du sort.

L'équivoque au surplus dans la teneur d'un légat peut même quelquefois être favorablement interprétée: ainsi par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 27 Août 1728 il fut jugé qu'un légat conçu en ces termes, *je légue aux enfans de mon frere, à chacun deux cent livres*; devoit être de 200 liv. pour chacun, quoique l'héritier prétendît qu'il ne devoit être que de 100 liv. pour chacun d'eux.

§. 30. *Falsâ demonstratione legatum non perimi.*

Une fausse démonstration n'invalide pas le légat, pourvu qu'il conste du corps légué, & qu'il n'y ait pas d'autre chose qui s'oppose à sa validité, c'est-à-dire, que la fausse démonstration ne soit qu'accessoire, & soit hors de la substance du legs; car si elle composoit la substance du legs, il seroit nul, comme quand on légue une somme qui est dûe par un tel, & que ce tel ne doit rien.

La fausse démonstration ne peut pas non plus diminuer les légats, ni les donations: ainsi il a été jugé par l'Arrêt rapporté dans *le nouvel Albert, lettre L. chap. 8.* qu'un pere ayant fait une donation à l'un de ses enfans, dans laquelle il ordonna que son héritier lui payât 2000 liv. de légat qu'il lui avoit fait par son testament, ces 2000 liv. étoient dûes, quoiqu'il n'y eût dans le testament qu'un legs de 1500 liv.

La fausse démonstration ne nuit pas non plus au légataire, auquel on auroit donné une qualité qu'il n'a pas: c'est pourquoi une femme qui avoit deux cousins germains, l'un appellé Jean fils de Bernard, & l'autre appellé François fils de Manaud, ayant légué une vigne à Jean fils de Manaud, ce legs fut adjugé par l'Arrêt qu'on lit dans *Catellan, liv. 2. chap. 34.* à Jean fils de Bernard, quoique l'autre cousin, appellé François, en eût joui pendant seize années depuis le décès de la testatrice; parce que

le nom du légataire étant exprimé, la désignation de son pere fut regardée comme une fausse démonstration qui ne pouvoit nuire au légataire. *Vid. Bardet, tom. 1. liv. 3. chap. 3.*

§. 31. *Longè magis legato falsa causa adjecta non nocet.*

Par la même raison que nous avons dit qu'une fausse démonstration ne nuit pas au legs, la fausseté de la cause ajoutée au légat ne le rend pas nul, parce que, comme dit *Vinnius* sur ce texte, *ratio legandi legato non cohæret, & sine ullâ causâ legari potest & solet*; de sorte que, si la raison ou la cause proposée par le testateur ne paroît qu'accessoire, & si l'on peut présumer que cessant cette raison il n'eût pas laissé de faire la même disposition, le legs est valable; mais au contraire lorsque le testateur a tellement lié la cause avec le legs, qu'il paroît que l'un a été le motif de l'autre, *& quod aliàs legaturus non fuisset*, pour-lors la cause ne se trouvant pas véritable, le legs doit demeurer sans effet. *Vid. Dolive, liv. 5. chap. 17.*

Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud juris est.

Le legs conditionnel est nul par le défaut de la condition; mais il n'est pas toujours facile de connoître si un légat est pur ou simple, ou s'il est conditionnel. Le legs conditionnel est ordinairement celui qui est conçu par ces mots, *si*, *pourvu*, ou qui est laissé à un jour incertain, ou sous un événement casuel; mais il est pur & simple le plus souvent, quand il est conçu par ces mots, *pour*, *afin*, ou autres semblables, comme quand on a légué à une personne *pour se marier*, ou *afin qu'elle puisse se marier*, *pour faire ses études*, *pour prendre un métier*, *pour acheter un office*, *&c.* parce que toutes ces causes ne sont qu'impulsives du légat, & non finales; & cela est sur-tout hors de doute, lorsque le legs est fait à un fils, ou fille, ou à un proche parent, quoique les Auteurs y fassent un peu plus de difficulté, quand il s'agit d'un legs fait à un étranger. *Vid. La Roche & Graverol, liv. 6. titr. 61. art. 17. Cambolas, liv. 4. chap. 49. Faber, en son Code, lib. 6. tit. 25. def. 9. Papon, liv. 20. titr. 5. art. 2. Ricard, tom. 1. part. 3. chap. 3. sect. 3. dist. 4. n. 348. & tom. 2. traité des dispos. condit. chap. 2. n. 30. 38. & suiv.*

On ne disconvient pas qu'en matiere de dispositions de der-

niere volonté, le jour incertain, tel, par exemple, que celui de la mort de l'héritier, *pro conditione habetur*, *Leg. 75 ff. de condit. & demonst.* mais il est constant que le tems ou le jour à venir, soit de l'âge, ou du mariage, &c. apposé dans un legs, n'empêche pas que le legs ne soit pur & simple, lorsqu'il n'affecte pas la substance du legs, qu'il est séparé de la disposition, ou n'y est qu'accessoire, ou lorsque ce tems n'a été apposé qu'en faveur du légataire, ou qu'il a été mis simplement au payement & à l'exécution du légat. *Vid. La Roche, Cambolas & Ricard, dictis locis.*

Sur ces principes, on regarde comme purs, & parconséquent transmissibles aux héritiers du légataire, les légats qui sont faits, payables au légataire, lorsqu'il aura atteint un certain âge, ou lorsqu'il sera marié, ou quand il se mariera, le mot *payable* faisant assez connoître que le legs est pur dans sa substance, & qu'il n'y a que le payement qui en soit différé; & on adjuge même ces legs au légataire qui est parvenu à l'âge nubile, ou qui a passé cet âge, quoiqu'il ne soit pas marié, afin de ne pas lui rendre le légat inutile, comme on l'apprend dans les mêmes Auteurs: ainsi par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 22 Août 1731 rendu, au rapport de M. de Resseguier, en faveur de la demoiselle Boucher, à laquelle le sieur de Saint-Aurens avoit légué 3000 liv. payables quand elle se marieroit, ou se feroit Religieuse, le sieur de Saint-Aurens, fils, fut condamné de payer ce légat à cette demoiselle, qui venoit de passer l'âge de trente ans, sans s'être mariée, ni faite Religieuse.

Il avoit néanmoins été rendu un Arrêt, qui semble contraire, le 10 Mai 1720 dans l'espèce suivante, en laquelle j'avois instruit comme Avocat: la demoiselle Nerse avoit vendu au sieur Pic de la ville de Nismes une maison, & il avoit été stipulé que le prix lui en seroit payé, *lorsqu'elle viendroit à se marier, & non autrement, sans que Pic pût la forcer à le recevoir avant son mariage*; cette demoiselle ayant déja plus de quarante ans, & ne voulant pas, disoit-elle, se marier, demanda son payement, prétendant que le pacte n'étoit qu'en sa faveur, & qu'à la regarder autrement, il seroit illicite, personne ne devant être forcé à se marier par la crainte d'une peine; le Sénéchal de Nismes l'ayant jugé de même, l'Arrêt réforma la Sentence, & relaxa l'acquéreur: en quoi cet Arrêt ne paroît pas trop juridique, à moins qu'on ne veuille dire qu'il s'agissoit d'une stipulation contractuelle, dans

laquelle ces mots, *& non autrement*, ne souffroient point d'interprétation.

On trouve au surplus dans *Catellan*, *liv. 2. chap. 81. in fine*, des Arrêts qui ont jugé que le legs fait pour se mettre en métier, ou lorsque le légataire se mettra en métier, est payable, dès que le légataire a atteint l'âge de vingt-cinq ans, ou qu'il se marie.

Il importe de connoître si un legs est pur, ou conditionnel; parce qu'un legs pur & simple, comme nous l'avons déja dit, peut être exigé d'abord après le décès du testateur, s'il n'y a un délai apposé au payement, & se trasmet même aux héritiers du légataire décédé avant le terme: au lieu que le legs conditionnel n'est pas dû au légataire avant l'événement du jour incertain ou de la condition, & devient caduc, nul, & acquis à l'héritier par le prédécès du légataire avant la condition, ainsi que nous le dirons encore ci-après sur le §. 2. du Titre *de fideicommissariis hæreditatibus*.

Les modes ou les charges apposées aux legs approchent de la condition, en ce que dans le mode & la charge, tout comme dans la condition, on attend quelque événement à venir & douteux; mais l'effet en est différent, en ce que le légat laissé sous mode ou charge est pur & simple, & peut être d'abord demandé, en cautionnant toutefois par le légataire de rapporter la chose léguée & les fruits qu'il en aura perçus, s'il ne satisfait pas à la charge, & que lorsqu'il a reçu son legs avant d'accomplir la charge, il le transmet à ses héritiers, bien qu'il meure sans y avoir satisfait. Il y a sur cette matiere plusieurs autres observations à faire qui nous meneroient trop loin.

Nous nous contentons de remarquer que par un Arrêt du 21 Mars 1714 rendu au Parlement de Toulouse, au rapport de M. de Bojat, il fut jugé que Me. Granier, Procureur à la Cour des Aydes de Montpellier, ayant légué une somme de 800 liv. *au sieur Gep son neveu, s'il n'étoit pas Prêtre, payables quand il auroit vingt-cinq ans*, le legs lui étoit dû à l'âge de vingt-cinq ans, n'étant point Prêtre, sans qu'il fût obligé de donner caution de rendre, s'il se faisoit Prêtre, & le sieur Gep son frere, héritier, fût condamné au payement.

Il y a un autre Arrêt du mois d'Août 1707, au rapport de M. de Gauran, qui a jugé qu'une disposition n'étoit pas rendue con-

ditionnelle par ces termes, *je déclare qu'en cas que je vienne à mourir cette campagne, je donne mes biens à mon frere, & lui substitue un tel mon neveu*; car quoique le testateur eût vécu encore deux années après cette campagne, sans avoir fait d'autre testament, on décida que le testament étoit valable, & que sa sœur ni ses autres neveux n'avoient rien à prétendre à sa succession.

§. 34. *Antè hæredis institutionem inutiliter antecà legabatur, &c.*

Il n'est plus nécessaire aujourd'hui, suivant ce texte, que l'institution d'héritier dévance les légats, l'heritier étant toujours chargé par son acceptation de les payer; & cela n'est pas même nécessaire dans les testamens faits par des aveugles, quoique *Dolive, liv. 5. chap. 6.* semble parler à leur égard de cette formalité, comme d'une formalité requise par la Loi *hac consultissimâ, eod. qui testam. facere possunt*; ce qui a été aussi jugé inutile par l'Arrêt du 24 Juillet 1728, dont nous avons parlé ci-devant sur le §. 4. du Titre *quibus non est permissum facere testam.*

Du reste, il n'arrive jamais, sur-tout depuis l'introduction du bénéfice d'inventaire, qu'on répudie une hérédité qui est en état d'acquiter les légats, & quand le cas arriveroit, quand même l'héritier viendroit à mourir avant le testateur, & que l'institution se trouveroit par-là caduque, ou qu'il n'y auroit pas même d'institution d'héritier dans le testament, les légataires n'y perdroient rien, soit qu'on fît valoir le testament comme codicile, ou au moyen de la clause codicillaire, en vertu de laquelle les successeurs légitimes seroient censés chargés d'acquiter les legs, soit qu'on suppléât même ladite clause codicillaire, soit enfin parce qu'on pourroit, en se conformant à la Novelle 1. *cap.* 1. appeller les légataires à prendre l'hérédité pour sauver leurs legs: *Vid. Ferrieres, in quest. 604. de Guypap. Ricard, tom. 1. part. 3. chap. 2. sect. 3.* & pour ce qui est des Pays Coûtumiers, où l'on ne reconnoit pas les institutions d'héritier, & où il n'est regardé tout au plus que comme un légataire universel, il importe encore moins pour la validité & le payement des légats, qu'il y ait un héritier, ou qu'il n'y en ait pas, ou qu'il répudie; parce que ce sont toujours les successeurs légitimes qui sont chargés de payer les legs, soit universels, ou particuliers.

TITRE XXI.

De Ademptione Legatorum, & Translatione.

CE Titre n'exige aucune explication ; car on comprend sans peine qu'un légat peut être ôté ou transféré à une autre personne par une disposition contraire.

Les légats même sont révoqués par la révocation du testament qui les contient, ou par un second testament parfait qui rend inutile de plein droit le précédent, sans en excepter même aujourd'hui les legs pies, comme nous l'avons dit ailleurs.

Comme aussi les legs ne sont pas dûs d'un testament imparfait ou cassé par défaut de quelqu'une des solemnités requises, la volonté du défunt n'étant pas suffisamment constatée en aucun point par un testament où les formalités manquent : il n'y a que le cas où le testament vaudroit comme codicile ou en vertu de la clause codicillaire, auquel cas les legs subsisteroient.

Les legs ne sont pas dûs non plus d'un testament cassé par défaut de volonté du testateur, ou par captation ou suggestion, nonobstant même la clause codicillaire qui y auroit été apposée.

Ni lorsque le testament se trouve annullé par l'incapacité du testateur à tester, ou bien par la mort civile que le testateur a postérieurement encourue par une condamnation pour crime ; car alors les legs sont emportés aussi-bien que le testament.

Cependant les legs contenus dans un testament nul par prétérition ou par exhérédation injuste subsistent, bien que l'institution d'héritier soit annullée ; suivant l'authentique *ex causa, cod. de liberis præteritis* ; & l'Ordonnance de 1735, art. 53.

Et de même d'un testament qui est cassé par l'incapacité ou l'indignité de l'héritier institué, les légats subsistent, & doivent être acquités par les successeurs *ab intestat. Leg.* 12. *ff. de his quæ ut indignis. Leg.* 3. *cod. ad Legem Falcidiam.*

TITRE XXII.

De Lege Falcidiâ.

Novissimè lata est Lex Falcidia, quâ cavetur ne plus legare liceat quàm dodrantem totorum bonorum, id est, sive unus hæres institutus sit, sive plures, apud eum cosvè quarta pars remaneat.

ON voit par ce texte que la quarte, qu'on appelle falcidie, n'est autre chose que le quart de l'hérédité, qui est donné & accordé par la Loi aux héritiers, lorsqu'ils se trouvent chargés de légats excessifs.

Les textes de Droit appellent aussi du nom de falcidie la quarte que nous nommons trébellianique du nom du Sénatus-Consulte Trébellien, & qui est le quart de l'hérédité, qui est accordé à l'héritier chargé de fidéicommis.

Ces deux quartes qui sont en usage dans les Pays de Droit Ecrit, sont au surplus entiérement inconnues dans les Pays Coûtumiers, comme l'observent *Du Moulin, Coûtume de Paris, titr. des Fiefs*, §. 15. *gloss.* 4. *n.* 10. & *Bacquet, du droit de batardise, chap.* 5. *n.* 22. *& suiv.*

Par les Loix du Digeste & du Code, ces quartes falcidie & trébellianique, ne pouvoient point être prohibées ; mais par le Droit nouveau le testateur peut en prohiber & défendre à son héritier la détraction, non seulement par son testament, mais aussi par un codicile, quoiqu'il eût omis de le faire dans son testament, *Novell.* 1. *cap.* 2. *versic. si verò, & cap.* 4. §. *ult. Maynard, liv.* 5. *chap.* 49. *Ferrieres, in quæst.* 537. *de Guypap. & l'Ordonnance des Testamens de* 1735. *art.* 60.

De plus, quoique ladite Novelle premiere, *cap.* 2. §. 2. exige une prohibition expresse de ces quartes, on a toujours distingué les héritiers descendans des héritiers étrangers, en jugeant à la vérité qu'il faut une défense expresse de ces quartes à l'égard des enfans ou descendans du testateur institués héritiers ; mais qu'à l'égard des héritiers étrangers il suffit d'une prohibition tacite ou faite par paroles générales ; comme, par exemple, quand l'héritier étranger est chargé de payer les entiers légats, ou qu'il est

Sommaire du Titre 22.

De la Loy Falcidia.

La quarte appellée Falcidie n'est autre chose que la quarte de l'heredité, que les heritiers peuvent retenir lorsqu'ils sont chargez de legats trop excessifs.

On confond souvent dans cette droit celle et une autre celle que nous appellons trebellianique qui est au profit l'heritier chargé de fideicommis.

Ces quartes peuvent estre prohibées, en tout ou en partie, par testament, et par codicille.

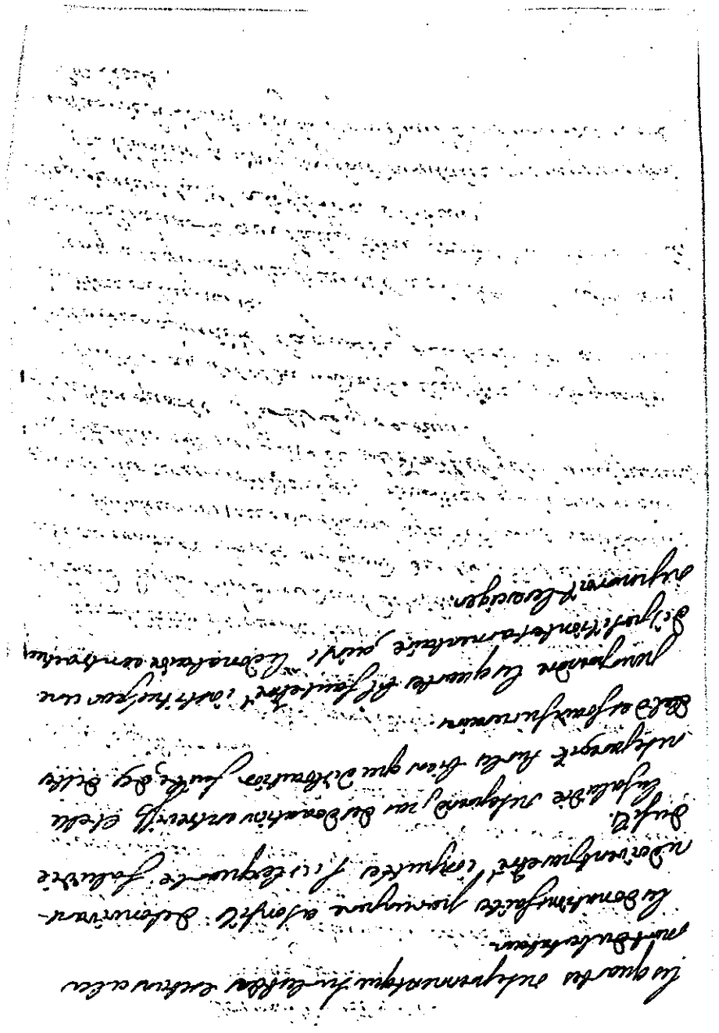
La prohibition des quartes doit estre faite en termes exprès allegard des heritiers de ceux dont les testateurs. Elle peut estre aussi contractée tacite allegard des heritiers et non exprès.

Le testateur comme nous avons deja dit peut prohiber la quarte sur une partie des legs, pourvu que dans ce cas l'heritier n'est pas privé de son droit et qu'il puisse avoir l'entière quarte sur les legs restans.

L'heritier acquit et du vendit de legitime, et que le testateur a prohibé la quarte peut retenir entier la legitime ou la quarte.

Lorsque les quartes n'ont pas été prohibées il peut prendre tant les quartes que la legitime même dans les cas ou les legs seroient faits a des freres et sœurs.

Tout heritier qui n'a pas fait inventaire ou quelque retention la quarte suivant la jurisprudence du parlement de Toulouse.



chargé de rendre l'hérédité sans diminution, ou tous les biens, ou l'hérédité en entier, ou de plein droit, &c. c'est ce qu'on voit dans *Ferrieres*, *in quæst.* 51. & 537. *de Guypap. Maynard*, *liv.* 5. *ch.* 32. *Catellan, liv.* 2. *ch.* 30. & cela est conforme à l'Ordonnance des Testamens de 1735, art. 60. qui en parlant des héritiers qui ont droit de légitime, veut que la prohibition de détraire les quartes falcidie & trébellianique ne puisse leur être faite qu'en termes exprès, par où elle comprend même dans sa décision les ascendans institués héritiers; ce même article veut aussi que lorsque le testateur a expressément prohibé au légitimaire son héritier de détraire tout à la fois la légitime & la quarte, il aye néanmoins toujours le choix de prendre ou sa légitime ou la quarte, & que le testateur ne puisse le priver de ce choix qu'en le réduisant nommément à sa légitime.

A l'égard des héritiers étrangers on regarde même comme une prohibition tacite, & parconséquent suffisante de la falcidie, la défense que le testateur leur a fait de faire inventaire, suivant l'Arrêt rapporté par *Soefve, tom.* 2. *cent.* 4. *chap.* 30. ce qui n'auroit pas lieu néanmoins à l'égard de la trébellianique; comme aussi si le testateur a permis à son héritier étranger, chargé de rendre, de retenir une certaine somme, ou effet, ou un certain fonds, quoiqu'ils ne vaillent pas autant que la quarte, on juge que c'est une prohibition tacite & suffisante de la trébellianique pour le surplus.

Les quartes falcidie & trébellianique peuvent être prohibées, soit en tout, soit seulement en partie, & l'on peut aussi prohiber la trébellianique sur certaines choses, & la falcidie sur certains legs, & non sur les autres, auquel cas l'héritier peut prendre l'entiere falcidie sur les autres légats, suivant *Ferrieres*, *in quæst.* 537. *de Guypap.* & comme il fut jugé par Arrêt après partage, rendu au rapport de M. de Comere, en la seconde Chambre des Enquêtes, entre le sieur Gauffre, Marchand de Lodeve, & Jeanne & Marthe Fulcrand ses niéces, le 7 Août 1719.

La détraction des quartes falcidie & trébellianique, conjointement avec la légitime, est contre les principes du Droit, tous les Auteurs en conviennent d'après *Fernand* sur la Loi *in quartam*, *præfat.* 5. *n.* 2. *pag.* 318. on jugeoit pourtant dans presque tous les Parlemens du Royaume, même avant l'Ordonnance de 1735 concernant les Testamens, que l'enfant institué & chargé de fidéicommis

fidéicommis pouvoit prendre tout ensemble la légitime & la trébellianique, si celle-ci n'avoit pas été expressément prohibée; cela fondé sur le chapitre *Raynutius* & le chapitre *Raynaldus*, *extr. de testamentis*, comme on l'apprend dans *Maynard*, *liv.* 5. *chap.* 47. *Dolive*, *liv.* 5. *chap.* 27.

Et on jugeoit également que l'enfant pouvoit prendre, outre sa légitime, la trébellianique sur ses freres mêmes, ou sœurs, substitués à lui. *Vid. Catellan*, *liv.* 4. *chap.* 79.

Tout au contraire, on jugeoit que l'enfant institué héritier ne pouvoit prendre tout ensemble la légitime & la quarte falcidie sur les légats excédans les trois quarts de l'hérédité, & on lui donnoit seulement le choix de prendre celle desdites deux quartes qui lui étoit la plus avantageuse, & qu'il trouvoit à propos: bien plus, on ne lui permettoit d'omettre la légitime pour prendre la falcidie, que lorsque les légataires étoient des étrangers ou des collatéraux; car si c'étoit des enfans du testateur, légataires à titre d'institution pour leur légitime, on jugeoit qu'il n'y avoit pas même de choix à faire, & que le fils héritier ne pouvoit pas détraire de falcidie sur eux, étant regardés comme de vrais cohéritiers. *Dolive*, *liv.* 5. *chap.* 27. *Catellan*, *liv.* 2. *chap.* 49.

Mais cette contrariété a été corrigée & changée par l'Ordonnance de 1735, qui en l'article 60 donne non seulement le choix & l'option, lorsque la détraction de la quarte falcidie ou trébellianique conjointement avec la falcidie a été expressément prohibée, ainsi que nous l'avons déja dit, mais qui même en l'article 56 permet, tant aux enfans qu'aux autres légitimaires institués héritiers, de prendre outre la légitime, aussi-bien la falcidie sur les legs, que la trébellianique sur les fidéicommis, lorsque ces quartes n'ont pas été prohibées; ce qui s'applique même à un fils qui auroit été institué & chargé envers ses freres, ou sœurs, de legs excédans les trois quarts de l'hérédité, d'autant mieux que par l'article 59 de ladite Ordonnance il est porté par exprès que l'article 56 sera exécuté à l'égard de toutes sortes de testamens, même du militaire, & parconséquent à l'égard des testamens faits entre enfans.

Par la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, tout héritier qui n'a pas fait inventaire, est privé de pouvoir prendre la falcidie, & doit payer les legs en entier, conformément à la Novelle 1. *cap.* 2. d'où a été prise l'authentique, *sed. cùm testator. cod. ad*

Legem Falcidiam. Vid. Maynard, liv. 5. chap. 62. Dolive, liv. 5. chap. 26.

Mais quoiqu'on n'entrevoie pas la raison de la différence, on juge, suivant ces mêmes Auteurs, que le défaut d'inventaire ne fait pas perdre la trébellianique à l'héritier grévé vis-à-vis du substitué. On peut voir ce que j'ai dit là-dessus vers la fin du paragraphe 5 du Titre précédent, *de hæredum qualitate & differentiâ.*

§. 2. *Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio Legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur.*

De ceci il suit que ni les accroissemens, ni les diminutions survenues dans les biens héréditaires depuis le jour de la mort du testateur, n'entrent pas en considération pour la fixation de la quarte falcidie, puisqu'on n'envisage que la valeur des biens, eû égard au tems du décès du testateur; & il faut dire la même chose de la quarte trébellianique.

Mais on demande si ce qu'un fils a reçu de son pere, pendant que le pere vivoit, doit être imputé & précompté par ce fils en sa quarte falcidie. Il semble d'abord que l'imputation est inévitable, sur-tout depuis qu'il a passé en maxime, que toutes les donations faites au fils sont imputables en sa légitime, comme censées faites en avancement d'hoirie, & que la légitime est plus favorable que la falcidie : cependant la Jurisprudence des Arrêts est contraire, & avec raison, ce semble; soit parce que, suivant la Loi 91. *ff. ad Legem Falcid.* l'héritier ne doit imputer en la falcidie que ce qu'il prétend *jure hæreditario*; soit parce qu'on ne peut pas présumer que les donations qu'on a fait à celui que l'on a institué dans la suite pour son héritier, & dans un tems où il n'avoit encore aucun droit à cet héritage, aient été faites dans l'intention qu'il les imputeroit sur les droits qui lui appartiendroient en qualité d'héritier, si le testateur ne l'a dit par exprès. *Vid. Dolive, liv. 5. chap. 30. Henrys, tom. 2. liv. 5. quest. 56. in fine, de la pénultiéme édition.*

§. 3. *Cùm autem ratio Legis Falcidiæ ponitur, antè deducitur æs alienum, item funeris impensa, &c.*

La falcidie ne se prend pas des donations entre-vifs, elle ne se prend pas non plus des dettes héréditaires, car elles doivent être

prélevées & payées avant toute œuvre; on préleve même ce qui peut être dû à l'héritier, les frais funéraires, & les légitimes qui sont regardées comme des dettes, autrement, toutes ces choses diminueroient d'autant la quarte falcidie, si on ne les prélevoit pas : ce qui revient pourtant au même; & l'on observe la même chose à l'égard de la quarte trébellianique.

Au surplus, par la Jurisprudence attestée par *Catellan, liv. 1. chap. 53.* & par *Boutaric sur ce paragraphe*, conforme *à l'authentique similiter, cod. ad Legem Falcid.* & contre l'ancien Droit des Pandectes, *in Leg. 1. §. 5. ff. ad Legem Falcid.* l'héritier ne pouvoit pas prendre la falcidie sur les legs faits en faveur de la cause pie, & on avoit même étendu ceci jusqu'à la trébellianique : en sorte que l'héritier chargé d'un fidécommis envers l'Eglise ou la cause pie, ne pouvoit pas non plus la détraire, fût-il même un enfant en premier dégré du testateur; mais on doit regarder cela comme abrogé par l'article 56 de l'Ordonnance de 1735 concernant les Testamens, qui ne fait aucune distinction sur la qualité des legs ou des fidéicommis, & plus encore par l'article 78 de la même Ordonnance, qui a ôté tout privilège à la cause pie en matiere de dernieres dispositions, & l'a mise au niveau des personnes étrangeres.

Enfin on peut remarquer que pour qu'un héritier ou ceux qui sont à sa place, aient le droit de détraire, soit la falcidie, soit la trébellianique, il faut qu'il ait été chargé comme héritier, soit testamentaire, ou *ab intestat, Leg. 22. §. ult. ff. ad Trebellianum*; tellement qu'il faut, par exemple, pour donner lieu à la rétention ou détraction de ces quartes, que l'héritier soit chargé en cette qualité d'héritier, de rendre l'hérédité, ou une partie de ce droit universel, ou chargé en la même qualité de légats excessifs : de-là vient que le donataire contractuel, chargé par l'acte de donation de rendre les biens qui lui ont été donnés, ne peut pas détraire la trébellianique, *Maynard, liv. 5. chap. 67. Cambolas, liv. 1. chap. 45.* ce qui paroît néanmoins injuste, lorsque la donation étant faite en contrat de mariage se trouve générale & universelle, d'autant que l'Usage de la France a autorisé dans ces contrats les donations, institutions & fidéicommis universels, & qu'un tel donataire est *loco hæredis* : de plus, lorsque le donataire se trouve chargé de rendre par un testament postérieur les biens qui lui avoient été précédemment donnés, (dans les cas où

ces substitutions aux biens donnés sont permises) il y a lieu alors à la rétention de la quarte trébellianique, suivant un Arrêt du Parlement de Toulouse du 6 Février 1643, rapporté par *Aymar* sur l'article 56 de l'Ordonnance des Testamens de 1735 ; j'ai vu cependant, il n'y a pas long-tems, des fameux Avocats être d'un avis contraire.

TITRE XXIII.

De fideicommissariis Hæreditatibus, & ad Senatus-Consultum Trebellianum.

NOUS avons parlé ci-devant des substitutions vulgaire, pupillaire, exemplaire, réciproque & compendieuse, & ce Titre traite des substitutions fidéicommissaires & obliques, c'est-à-dire, des fidéicommis, dont nous avons dit quelque chose.

Nous avons, par exemple, remarqué au commencement du Titre *de vulgari substitutione*, que la substitution fidéicommissaire est celle dans laquelle le substitué ne prend pas directement les biens de la main du testateur, comme dans le cas de la vulgaire, mais de la main de celui auquel il est substitué, après que celui-ci les a recueillis, & que c'est par cette raison qu'on l'appelle fidéicommissaire.

Nous avons observé encore sur le paragraphe 9 du Titre *de pupillari substitutione*, que les substitutions fidéicommissaires se font le plus souvent par des termes obliques & indirects de charge, de priere, ou d'injonction de rendre, adressés à l'héritier grévé, & que néanmoins dans l'usage il importe peu de quels termes que le testateur se soit servi, soit directs, ou obliques, qu'il ait chargé ou prié son héritier de rendre à un tel, ou que simplement il lui ait substitué un tel.

§. 1. *fidei-committebant eorum qui capere ex testamento poterant, &c.*

Quoique l'usage des substitutions fidéicommissaires semble avoir eu d'abord un mauvais principe, & devoir son origine aux pactions tacites & secrettes de rendre à des personnes prohibées, ainsi qu'il est expliqué dans ce texte, il est certain néanmoins que les Loix en autorisant les fidéicommis n'ont jamais entendu

approuver les fidéicommis secrets faits au profit de personnes incapables ou indignes, & que ces sortes de fidéicommis ont été défendus par le Droit Romain, tout comme ils le sont par la Jurisprudence de ce Royaume, ainsi qu'on le voit dans la Loi 3. *ff. de Jure Fisci* ; mais au lieu que le Droit Romain adjugeoit alors les biens au Fisc, ce sont au contraire parmi nous les plus proches parens du testateur qui en profitent, tandis que l'incapable ou l'indigne, aussi-bien que celui qui auroit prêté sa foi en fraude de la Loi, en demeurent privés. *Vid. Ricard, tom. 1. part. 1. chap. 3. sect. 16. n. 713. & part. 3. chap. 3. sect. 1. n. 191. & suiv.*

La Loi 3. *cod. ad Legem Falcid.* prive même dans ce cas l'héritier, que l'on prouve s'être ainsi frauduleusement obligé, de la quarte qu'il auroit autrement eu droit de prétendre, & néanmoins la Loi 18. §. *ult. ff. de his quæ ut indignis*, ne le prive pas des prélegs qui lui auroient été faits.

Il est souvent difficile de découvrir & de prouver cette espèce de fidéicommis secrets faits en faveur de personnes prohibées : car la Loi 3. *ff. de jure Fisci*, veut qu'on ne puisse prouver un fidéicommis tacite, que par des écrits, s'il y en a, ou par d'autres preuves, pourvu qu'elles soient évidentes & manifestes ; & la Loi 25. *ff. de his quæ ut indignis*, rejette en cette matiere les présomptions, telles que seroient la proximité d'entre l'héritier ou le légataire tacitement grévé, & la personne prohibée.

Les Auteurs remarquent pourtant que le Droit Romain ne rejettoit en cette matiere les présomptions prises de la proximité ou parenté, que pour ne pas trop favoriser la cause du Fisc ; mais que cette raison cessant par l'usage de ce Royaume, où ce qui est laissé à une personne prohibée, est adjugé aux successeurs légitimes du défunt, & non au Fisc, les présomptions de cette nature peuvent former quelquefois une preuve suffisante : comme, par exemple, si l'on avoit institué le pere de sa concubine, auquel elle peut succéder, ou la femme de son bâtard, &c.

Ces fidéicommis secrets faits en fraude de la Loi peuvent encore se prouver, ce semble, par le serment ou l'audition cathégorique de celui qu'on prétend en avoir été tacitement chargé ; mais on demande si en défaut des présomptions de Droit dont il vient d'être parlé, ou quand on appréhende le serment du grévé qui sera peut-être de mauvaise foi, l'on peut être reçu à prouver par témoins le fidéicommis tacite.

Avant l'Ordonnance de 1735 concernant les Testamens, on avoit reçu dans cette Province la preuve vocale des fidéicommis verbaux, non seulement prohibés, mais aussi de ceux qui étoient licites, & ce, par les seuls témoins numéraires du testament, s'agissant d'un fidéicommis permis, *Catellan, liv. 2. chap. 10. Boutaric, Instit. hoc loco.*; ensuite l'on avoit jugé que quand le fidéicommis licite se trouvoit fait lors ou incontinent après le testament, la preuve n'en devoit être reçue que par les seuls témoins numéraires, autrement on en recevoit la preuve par toute sorte de témoins. *Vedel & Catellan, dict. loc.*

Mais depuis ladite Ordonnance de 1735, qui en l'article 1 a défendu la preuve par témoins de toutes les dispositions à cause de mort, ce qui peut s'appliquer à tous les fidéicommis verbaux de quelque nature qu'ils puissent être, il paroît difficile de décider si l'on peut être reçu à la preuve vocale desdits fidéicommis secrets faits au profit de personnes prohibées, quoiqu'il ne s'agisse dans cetre preuve que de les détruire, de les anéantir, ou d'en empêcher l'effet. *Ricard*, dans son traité des Donations, dit que la preuve n'en peut être reçue, & qu'il n'y a que le serment de l'héritier à exiger. *Danti*, en son Commentaire sur *Boisseau*, enseigne que pour être reçu à cette preuve vocale, il faut qu'il y ait un commencement de preuve par écrit, ou bien qu'il y ait des faits évidens qui marquent le fidéicommis tacite, notamment si ces faits ont suivi la mort du testateur, comme si la personne prohibée a joui des biens laissés à l'héritier sans les avoir achetés, & autres circonstances qu'il faut laisser à la prudence des Juges; & je crois que c'est à cela qu'il faut s'en tenir, parce qu'enfin il importe au public de découvrir & d'empêcher ces fraudes qui se font au mépris des Loix.

Il y a un Arrêt rendu au Parlement de Toulouse, au rapport de M. Eymar de Palamini, le 14 Mai 1736, qui, sur l'appel de la Sentence du Sénéchal de ladite Ville, relevé par le sieur Cousin, demandeur en cassation du testament de Me Demurs, Chanoine de Gaillac, prétendant que le sieur Lavergne n'y avoit été institué héritier que pour rendre secrettement à une concubine du testateur & à une fille provenue de leur commerce, réformant ladite Sentence, ordonna, avant dire droit, que le sieur Cousin prouveroit, *per quoscumque testes*, le mauvais commerce du testateur, & les autres faits par lui allégués, tant postérieurs

qu'antérieurs au décès dudit Me. Demurs, quoique le Sénéchal eût refusé cette preuve, & eût ordonné simplement le serment dudit Lavergne, comme quoi il n'avoit été chargé d'aucun fidéicommis tacite; cet Arrêt est néanmoins antérieur à l'enrégistrement de l'Ordonnance des Testamens, qui ne fut régistrée au Parlement de Toulouse que le 23 Février 1737.

Mais il y a un autre Arrêt qui est postérieur, rendu après partage le 8 Aout 1748 dans le procès du sieur de Sabran, Capitaine d'Infanterie, demandeur en cassation du testament de M. de Sabran son frere, Conseiller en la Cour des Aydes de Montpellier, dans lequel il avoit institué héritier le sieur Perier, Banquier de ladite Ville, homme avec lequel le testateur n'avoit aucune liaison & qui lui étoit presque inconnu; le sieur Sabran prétendoit que le sieur Perier n'avoit été institué héritier que pour rendre à la demoiselle Robin, de laquelle le testateur avoit eu plusieurs enfans: il soûtenoit même que la demoiselle Robin avoit demeuré en possession de l'hérédité & nantie des clefs depuis le décès du testateur jusqu'au jour de l'assignation donnée au sieur Perier: celui-ci avoit rendu son audition cathégorique, dans laquelle on prétendoit qu'il y avoit quelques aveus & contradictions; & là-dessus l'Arrêt, demeurant les aveus & actes du procès, admit le sieur Sabran à faire la preuve des faits par lui allégués, & lui réserva même d'en coarcter de nouveaux.

§. 2. *Sciendum est opus esse ut aliquis recto jure testamento instituatur, ejusque fidei committatur ut eam hæreditatem alii restituat.*

Il faut dans le cas de la substitution fidéicommissaire, comme nous l'avons déja observé ci-devant, qu'il y ait un héritier, de la main duquel le substitué puisse prendre les biens, après que l'héritier les a recueillis; car autrement, s'il les recevoit de la part du testateur lui-même sans l'entremise d'autre personne, ce seroit une substitution vulgaire & directe.

De-là vient que, suivant le Droit, la caducité de l'institution par le prédécès de l'héritier grévé avant le testateur emportoit la caducité du fidéicommis, & le rendoit inutile & comme non avenu, *Leg. 78. ff. de legatis 1°. Leg. 13. §. 3. in fine, ff. ad Trebell. & Leg. 14. cod. de fideicommissis*: les Loix n'exceptoient que trois cas; le premier, quand le testateur avoit ignoré la mort de l'héritier insti-

tué ; *Leg.* 13. & 14. *ff. de testam. militis* ; le second, quand l'institution avoit été faite par un soldat *jure militari*, *Leg.* 41. *ff. codem* ; le troisiéme, quand les héritiers *ab intestat*, le cas y échéant, se trouvoient chargés de rendre le fidéicommis, *Leg. cum quam*, *cod. de fideicommissis*, ce qui avoit l'effet d'un codicile ou de la clause codicillaire.

On n'avoit jamais douté que la clause codicillaire, par laquelle les successeurs légitimes sont censés priés de rendre eux-mêmes le fidéicommis en défaut de l'héritier institué, en retenant la quarte, ne fît valoir le testament au profit du substitué, malgré la caducité de l'institution ; l'article 57 de l'Ordonnance de 1735 concernant les Testamens le décide de même.

Mais il y avoit difficulté pour sçavoir, si, lorsque le testament ne contenoit pas la clause codicillaire, ou même sans le secours de cette clause, quoiqu'insérée dans le testament, la substitution fidéicommissaire, dont l'héritier avoit été chargé, subsistoit, & pouvoit valoir de soi-même, malgré la caducité de l'institution & le prédécès de l'héritier avant le testateur ; si, en un mot, la substitution fidéicommissaire renfermoit la vulgaire, ou pouvoit se convertir en vulgaire sans aucun détour : ensorte que le testament *vires caperet à secundo gradu*, comme si la substitution eût été vulgaire, & sans détraction parconséquent de la quarte trébellianique. *Vid. Boutaric, Instit. pag.* 352.

Suivant la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, dans le cas proposé, le fidéicommis subsistoit, & passoit sans aucun circuit sur la tête du fidéicommissaire, sans qu'il fût besoin de recourir à la clause codicillaire ; par où on jugeoit que la substitution fidéicommissaire comprenoit la vulgaire, ou pouvoit se convertir en vulgaire : la chose avoit été ainsi décidée par un Arrêt du 8 Mars 1738 dans cette espéce. Me. Carriere, Docteur aggrégé en la Faculté de Droit de la ville de Toulouse, avoit fait son testament le 5 Avril 1724, où il avoit institué héritier Me. Carriere, Juge-Mage de ladite Ville, son frere, le chargeant de rendre à sa mort son hérédité, sans détraction de quarte, à tel de ses enfans mâles qu'il trouveroit à propos ; & en défaut de nomination de sa part, il nomma le sieur Carriere, Chanoine de ladite Ville, son neveu, fils dudit sieur Juge-Mage : l'héritier institué étant mort environ neuf mois avant le testateur, qui décéda sans faire d'autre testament, il fut jugé que cette substi-

tution

tution fidéicommissaire valoit, malgré la caducité de l'institution, en faveur du sieur Carriere, Chanoine, comme vulgaire, & sans recourir à la clause codicillaire.

Mais l'Ordonnance des Substitutions du mois d'Août 1747, tit. 1. art. 26. a dérogé à cette Jurisprudence : car elle a déclaré que dans tout testament, autre que le militaire, la caducité de l'institution emportera celle de la substitution fidéicommissaire, si ce n'est lorsque le testament contiendra la clause codicillaire, auquel cas parconséquent les successeurs *ab intestat* auront le droit de retenir la quarte trébellianique, si elle n'a pas été prohibée ; & cela est conforme aux principes & à la doctrine de *Ricard, tom.* 2. *des substitut. part.* 1. *chap.* 6. *n.* 165.

Il faut cependant prendre garde qu'attendu que ladite Ordonnance ne parle que de la substitution fidéicommissaire, sa disposition ne s'applique pas à la substitution vulgaire, qui n'est faite au contraire que pour suppléer à l'institution qui vient à manquer, ni à la pupillaire, qui est aussi-bien que la vulgaire une substitution directe, & dans lesquelles parconséquent la caducité de l'institution ne sçauroit emporter celle de la substitution, ni même à la substitution compendieuse, parce que c'est une substitution qui est tout à la fois directe & oblique, & qui se trouvant conçue en termes directs ayant trait de tems au-delà de la puberté du grévé, renferme & comprend tout à la fois la fidéicommissaire, la vulgaire, & même la pupillaire, quand elle est faite sur la tête d'un enfant pupille, ainsi que nous l'avons remarqué ailleurs : de sorte que dans la substitution compendieuse, la caducité de l'institution n'entraîne pas celle de ladite substitution, qui devient alors une substitution vulgaire ; & *Henrys, tom.* 1. *liv.* 5. *quæst.* 22. *de l'édition de* 1708. où il parle d'une substitution compendieuse, n'y fait en effet aucune difficulté.

Liberum est, vel purè, vel sub conditione, relinquere fideicommissum, vel ex certo die.

C'est principalement par rapport à la transmission qu'il importe d'examiner, quand est-ce qu'un fidéicommis ou un légat est pur ou conditionnel : nous avons déja donné sur le §. 31. *suprà de legatis*, quelques régles pour le connoître, & il suffit d'ajouter que ce qu'on appelle transmission, n'est autre chose

que le droit de transmettre en mourant à ses successeurs (car la chose est assez aisée à entendre) un legs ou un fidéicommis, ou de leur en transmettre même simplement l'espérance.

Les fidéicommis ou legs qui sont laissés purement, sans terme ni condition, étant acquis au fidéicommissaire ou légataire dès le moment de la mort du testateur, *Leg.* 21. *in princip. ff. quando dies legat. ced. Leg. unic.* §. 1. *&* 5. *cod. de caducis tollendis*, il s'ensuit que quoique le substitué vienne à décéder peu après le testateur, avant de les avoir reçus ou même demandés, il en transmet néanmoins le droit & l'utilité à ses héritiers ou successeurs, qui sont fondés à en demander la délivrance, *Leg.* 5. *ff. quando dies legat. ced. Leg.* 3. *cod. eodem.*

Lorsque le fidéicommis ou légat est fait au contraire sous quelque condition, il n'est dû, & le droit n'en est acquis au substitué ou légataire que lorsque la condition arrive, *Leg.* 5. §. 2. *ff. quando dies legat.* de sorte que si le substitué meurt avant l'événement de la condition, il ne transmet aucun droit à ses héritiers, le legat ou fidéicommis devient caduc & de nul effet par son prédécès, & il demeure acquis à l'héritier institué, *Leg.* 81. *ff. de acquir. vel omitt. hæred.*

Il en est de même, lorsque le legs ou fidéicommis est fait ou laissé à jour ou terme incertain, comme, par exemple, après la mort de celui qui en est chargé, ou lorsqu'il mourra, parce que *dies incertus conditionem in testamento facit*, comme dit la Loi 75. *ff. de condition. & demonst.* ainsi le légataire ou le substitué qui décède avant le terme ou jour incertain, ne transmet non plus aucun droit à ses héritiers, & le legs ou fidéicommis devient encore caduc dans ce cas, *Leg.* 21. *ff. quando dies legat. Leg. unic.* §. 7. *cod. de caduc. tollend.* à moins qu'il ne fût question d'un fidéicommis, soit conditionnel, soit à terme ou jour incertain, dû en vertu d'un contrat; car alors, quoique le substitué meure avant ledit terme ou condition, il ne laisse pas que de transmettre son droit à ses successeurs, *quia ex conditionali stipulatione spes est debitum iri, eamque spem in hæredem transmittimus*, §. 4. *Instit. de verbor. oblig.*

Mais si le legs ou fidéicommis est laissé à un jour ou terme fixe & déterminé, comme, par exemple, pour être payé ou rendu lorsque le substitué ou légataire aura atteint vingt-cinq ans; en ce cas le fidéicommis ou legs est ouvert d'abord après le décès

du testateur, étant regardé comme pur & simple, parce qu'il l'est en effet, & il suffit que le substitué survive au testateur: car quoiqu'il meure avant l'héritier & avant le terme auquel le legs ou le fidéicommis devoit lui être restitué, il est clair que le droit lui en étoit déja acquis, & étoit ouvert avant son décès, n'y ayant que le tems de la restitution qui fût différé; ensorte que ce substitué ou légataire prémourant transmet néanmoins son droit à ses successeurs ou héritiers, qui ne peuvent demander pourtant le légat ou les biens substitués qu'au tems où le fidéicommissaire, s'il eût vécu, auroit pu les demander lui-même. *Vid. Leg.* 36. §. 1. *ff. de condition. & demonst. Catellan, liv.* 2. *chap.* 81. *& chap.* 94.

S'il paroît même clairement que le terme ou délai n'ait été apposé qu'en faveur du légataire ou du substitué lui seul, & non de l'héritier, comme; par exemple, dans le cas d'une substitution fiduciaire, les successeurs de l'enfant prédécédé peuvent demander les biens, sans attendre le tems marqué auquel la restitution devoit s'en faire; & il en est de même, lorsque le délai n'avoit été apposé que pour une certaine cause qui a cessé.

Nous pouvons remarquer en passant qu'on reconnoît l'héritier fiduciaire, qui n'est proprement qu'un simple dépositaire des biens, à ces deux ou trois circonstances: sçavoir, s'il est étranger ou collatéral, & le substitué descendant du testateur; s'il est chargé de rendre, non à sa mort, (car ce seroit alors un fidéicommis conditionnel, *Leg.* 1. §. 2. *ff. de condition. & demonst. Maynard liv.* 5. *chap.* 85.) mais à un tems ou âge fixe & certain, pendant lequel il y auroit à craindre que le substitué ne dissipât les biens, ou ne sçût pas les administrer à cause de son bas âge; & enfin s'il est chargé de rendre l'hérédité sans détraction de quarte: sur quoi on peut voir *Maynard, dict. loc. Cambolas, liv.* 4. *chap.* 15.

Mais pour revenir aux fidéicommis conditionnels ou à jour incertain, il faut sçavoir qu'on avoit toujours jugé dans le Ressort du Parlement de Toulouse que la transmission de ces fidéicommis laissés par testament avoit néanmoins lieu, contre la rigueur du Droit, en faveur des enfans du substitué prédécédé descendans du testateur, c'est-à-dire, en ligne directe & à l'infini: ce que la Jurisprudence des Arrêts avoit introduit par une équité naturelle pour exclure les étrangers, afin de conserver les biens dans

les familles ; & de faire passer aux enfans une hérédité qui leur auroit appartenu vraisemblablement, si leur pere avoit vécu ; cela fondé d'ailleurs sur la volonté présumée du testateur, lequel, s'il avoit prévu le cas, auroit lui-même préféré ses descendans à un étranger, & rien n'étoit plus favorable : ainsi, par exemple, un pere ayant institué héritier son fils aîné, & au cas de décès sans enfans lui ayant substitué son fils puîné, quoique ce fils puîné vînt à mourir avant l'aîné, néanmoins les enfans de ce puîné, lorsque le cas de la mort de leur oncle sans enfans arrivoit, étoient en droit de demander la substitution à laquelle leur pere étoit appellé & dont il leur avoit transmis l'espérance en mourant, & ils excluoient tant les héritiers étrangers que leur oncle pouvoit avoir substitué en mourant, que le second substitué, s'il y en avoit.

On exceptoit pourtant le cas où les enfans du substitué descendans du testateur avoient à disputer le fidéicommis contre un autre descendant, autant ou plus favorable qu'eux, & appellé de son chef propre à la substitution, comme auroit été un oncle ou une tante desdits enfans : par exemple, un pere ayant trois enfans, Pierre, Jacques & Jean, les instituoit ses héritiers, & les substituoit reciproquement les uns aux autres au cas de décès sans enfans ; Jacques mouroit le premier laissant des enfans, Pierre mouroit ensuite sans enfans, Jean recueilloit seul la substitution des biens de Pierre, à l'exclusion des enfans de Jacques, parce que Jean étoit appellé de son chef, & étoit encore plus favorable que ses neveux qui n'étoient appellés que par la transmission, à moins que lesdits neveux ne se trouvassent eux-mêmes nommément appellés au fidéicommis, comme s'ils avoient été dans la condition avec la qualification de mâles, ou dans la condition redoublée, *si sine liberis & liberi sine liberis.* Voyez *Maynard, liv. 5. chap. 33. & suiv. La Roche & Graverol, liv. 4. titr. 6. Dolive, liv. 5. chap. 23. Catellan, liv. 2. chap. 71. & 72. Boutaric, Instit. pag.* 346.

On jugeoit au surplus que le droit de transmission appelloit par égales parts à la substitution tous les enfans du substitué prédécédé qui survivoient à l'héritier, & cela *jure suitatis*, & soit qu'ils fussent héritiers de leur pere, ou qu'ils ne le fussent pas ; ensorte qu'il ne dépendoit pas de l'héritier grévé d'élire au fidéicommis un de ces enfans à l'exclusion des autres. *Catellan, liv. 2. chap. 26. Boutaric, Instit. pag.* 347.

On jugeoit cependant que la transmission de transmission, c'est-à-dire, la double transmission, n'avoit point lieu, ensorte qu'elle ne pouvoit pas servir à un descendant contre un autre descendant plus proche & qui avoit déja recueilli l'espérance du fidéicommis : par exemple, un pere instituoit son fils aîné, & au cas de décès sans enfans lui substituoit son fils cadet, celui-ci prédécédoit laissant deux enfans appellés Jean & Pierre, Jean décédoit ensuite laissant un fils ; ce fils ne recueilloit pas conjointement avec Pierre le fidéicommis dont le fils aîné du testateur étoit chargé, mais Pierre le recueilloit lui seul, parce que cet enfant de Jean ne pouvoit venir que par la double transmission, & que ç'auroit été accumuler privilège sur privilège : néanmoins on admettoit la double transmission, quand il étoit question d'un héritier étranger. *Catellan, liv. 2. chap. 73. Boutaric, dict. loc.*

Mais tout cela a été abrogé & changé par l'Ordonnance des Substitutions de 1747, titr. 1. art. 20. qui en se conformant à la pureté du Droit, veut que la transmission du fidéicommis conditionnel n'ait plus lieu même en ligne directe ; ce qui néanmoins, ainsi que nous l'avons indiqué ci-devant, ne sçauroit s'appliquer aux fidéicommis conditionnels ou à jour incertain laissés par contrat, ni aux fidéicommis purs & simples, ou laissés pour être rendus à un jour, terme, ou âge fixe & certain, ni aux substitutions fiduciaires ; parce qu'en effet le substitué fiduciaire est héritier pur & simple, & que son droit est ouvert dès la mort du testateur.

La même Ordonnance, titr. 1. art. 19. a abrogé tous les fidéicommis tacites & présumés, ou par conjectures, en ordonnant que les enfans qui ne seront pas appellés expressément, mais qui seront seulement mis dans la condition, *si sine liberis* sans être chargés de restituer à d'autres, ne seront en aucun cas regardés comme étant dans la disposition, encore qu'ils soient dans la condition en qualité de mâles, ou que la condition soit redoublée, que les grévés soient chargés de porter le nom & armes du substituant, qu'il y ait prohibition d'aliéner ou de détraire la quarte trébellianique, &c. ainsi cette Ordonnance a changé la Jurisprudence attestée par *Catellan, liv. 2. chap. 62.* suivant laquelle on jugeoit que Pierre, par exemple, ayant été chargé, au cas qu'il décédât sans enfans mâles, de rendre les biens à Jean, les enfans mâles de Pierre étoient appellés de

leur chef à la substitution, & étoient dans la disposition, ensorte qu'il y avoit un fidéicommis en leur faveur : comme aussi que les enfans étoient dispositivement appellés, quand ils étoient mis dans la condition redoublée, comme, par exemple, lorsqu'il étoit dit, *si Pierre mon héritier décéde sans enfans, & ses enfans sans enfans, je lui substitue Jean* ; car alors les enfans de Pierre étoient présumés substitués à leur pere, & il n'y avoit que les petits-fils qui fussent dans la simple condition : sur quoi l'on avoit formé cette maxime, que *liberi in conditione positi sunt in dispositione, si sint in reduplicativâ, vel sub nomine masculorum.* Voyez *Catellan, liv. 2. chap. 62. & 75. & Boutaric, Instit. pag.* 345.

Suivant cette Ordonnance, les enfans mis dans la condition ne sont donc jamais dispositivement appellés au fidéicommis, que lorsqu'ils sont chargés de rendre à d'autres personnes ; & c'est aussi la doctrine de *Ricard, traité des substitutions, chap.* 8. *sect.* 1. *n.* 474. mais pour cela il suffit, par exemple, qu'il soit dit, *j'institue Pierre, & au cas qu'il décéde sans enfans, ou ses enfans sans enfans, je* leur *substitue Jean.*

On doit au surplus observer que lorsqu'un descendant est chargé par un ascendant de rendre à sa mort l'hérédité par un fidéicommis universel, ou ce qu'il a reçu du testateur, cela ne s'entend jamais qu'au cas que ce descendant vienne à mourir sans enfans, & même sans enfans légitimes & capables des effets civils ; ensorte que dans les substitutions faites par un ascendant on y supplée toujours la condition du décès du grévé sans enfans, *ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere*, suivant la Loi 102. *ff. de condit. & demonst. Leg.* 6. *cod. de instit. & substit. Leg.* 30. *cod. de fideicommiss.* mais il en est autrement, quand l'auteur de la substitution est un étranger ou un collatéral, & on n'y supplée pas alors la condition du décès sans enfans, si elle ne se trouve pas exprimée. *Vid. Maynard, liv.* 5. *chap.* 83. & 84.

J'ai dit, *sans enfans légitimes & capables des effets civils* ; parce qu'en effet dans les substitutions faites sous la condition, *si sine liberis*, soit expresse, soit suppléée par la Loi, les enfans naturels, même légitimés par rescrit du Prince, ne font pas défaillir le fidéicommis, & n'excluent pas le substitué, quoiqu'il en soit autrement de ceux qui ont été légitimés par le mariage

subséquent de leur pere & mere, *La Roche & Graverol, liv.* 6. *titr.* 11. *art.* 1. & 2. *Catellan, liv.* 2. *chap.* 95. & il faut encore qu'au jour de la mort de l'héritier grévé, ses enfans ne soient pas morts civilement, c'est-à-dire, incapables des effets civils par la Profession Religieuse, ou par la condamnation pour crime ou pour quelqu'autre chose ; tout cela est conforme à l'art. 23. du titre 1 de l'Ordonnance de 1747 concernant les Substitutions.

Au reste, dans le cas de la condition, *si sine liberis*, soit expresse, ou suppléée, il faut attendre toujours la mort de celui qui est grévé de rendre, quand même il seroit venu en un âge avancé où il ne sçauroit avoir des enfans ; ou qu'il se seroit fait Prêtre, &c.

§. 7. *Liceat ei quartam, vel quod deest, autoritate nostrâ retinere, &c.*

Il est ici parlé de la quarte appellée trébellianique, que l'héritier grévé de rendre l'hérédité en tout ou en partie est en droit de prendre ou de retenir sur le fidéicommis dont il est chargé, lorsque le cas de la substitution arrive : nous en avons déja dit quelque chose ci-devant sur le Titre *de Lege Falcidia* ; où nous avons observé que la quarte trébellianique peut être prohibée même tacitement par le testateur à ses héritiers étrangers, mais qu'à l'égard des descendans ou ascendans grévés de rendre, il ne peut la leur prohiber qu'en termes exprès ; comme aussi qu'on accorde aux descendans & ascendans de prendre tout ensemble la trébellianique outre leur légitime, le tout suivant les articles 56 & 60 de l'Ordonnance de 1735 ; que la trébellianique se prend tout comme la falcidie sur la valeur des biens de l'hérédité, eû égard au tems du décès du testateur ; qu'il faut être chargé *tanquam hæres* pour pouvoir faire la détraction de la trébellianique aussi-bien que de la falcidie ; & qu'enfin la trébellianique, tout comme la falcidie, est diminuée par les dettes passives & par les frais funéraires qui doivent être prélevés & distraits avant toute œuvre, de même que les légitimes, si on ne veut pas que ces quartes soient d'autant diminuées.

Nous ajouterons maintenant que les enfans qui tiennent le premier dégré, sont exempts d'imputer sur leur trébellianique les fruits par eux perçus avant l'échéance du fidéicommis dont ils étoient chargés, & c'est un privilège particulier qui leur est accordé par la Loi *jubemus, cod. ad Senat. Trebellian.* mais hors

de-là tout héritier grévé, *qui non est de liberis primi gradûs*, est tenu d'imputer les fruits en sa quarte trébellianique, fût-ce même un ascendant, & à plus forte raison un étranger, *Vid. Maynard, liv. 5. chap. 47. Cambolas, liv. 1. chap. 8. Ferrieres, in quæst. 51. de Guypap. Catellan, liv. 2. chap. 30.* ensorte qu'à leur égard elle se consume même entiérement par une jouissance de dix années, *arg. Leg. 8. §. 11. ff. de inoff. testam. & Leg. 22. §. 2. ff. ad Trebellian.* & elle s'ébréche aussi & se diminue à leur égard par une moindre jouissance & à proportion du tems qu'ils ont joui, *Catellan, liv. 2. chap. 29.* comme il a été jugé encore par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 19 Août 1702, rendu au rapport de M. Deygua, lors duquel l'héritier grévé fut condamné d'imputer les fruits de cinq années pour la moitié de sa quarte; mais cette imputation n'a jamais lieu quant aux fruits qui ont été perçus par l'héritier grévé depuis l'échéance du fidéicommis; *quia non judicio defuncti, sed negligentiâ petentis percepti sunt. Dict. Leg. 22. §. 2. ff. ad Trebellian. Catellan, ibid.*

Il en est de même de la falcidie, sur laquelle l'héritier doit imputer les fruits qu'il a perçus des legs conditionnels dont il étoit chargé, depuis le décès du testateur jusqu'à l'événement de la condition, suivant la Loi 88. §. 3. *ff. ad Legem Falcid.* car quant aux fruits pendans & prêts à cueillir lors du décès du testateur, ou qui avoient été par lui coupés & séparés du fonds avant sa mort, ils ne font qu'augmenter l'hérédité, ils sont compris au fidéicommis & le grossissent, & on ne sçauroit donc obliger l'héritier de les imputer sur sa falcidie ni sur sa trébellianique. *Leg. 9. ff. ad Legem Falcid. Maynard, liv. 5. chap. 65.*

Il suffit d'ajouter que quoique l'héritier ne soit tenu d'imputer en la falcidie que ce qu'il reçoit du défunt par titre héréditaire, & non ce qui lui a été laissé à titre de legs ou de fidéicommis, il en est autrement de la quarte trébellianique sur laquelle il est obligé d'imputer tout ce qu'il reçoit, soit par titre héréditaire, soit par titre de legs ou de fidéicommis particulier, *Leg. 91. ff. ad Legem Falcid.* on peut en voir les raisons dans *Despeisses, tom. 2. pag. 349. 359. & 360.* mais comme l'héritier n'est pas tenu d'imputer en la falcidie les donations entre-vifs à lui faites, ainsi que nous l'avons dit ailleurs, il n'est pas obligé de les imputer non plus en la trébellianique, parce qu'elles sont *extrà causam testamenti*, suivant la Loi *pater* 14. *ff. ad Legem. Falcid.*

Pro

Pro ratâ portione actionibus tam in hæredem quàm in fideicommissarium competentibus.

Il est sans difficulté que l'héritier grévé prenant pour sa quarte trébellianique le quart de l'hérédité, il doit être tenu à proportion de sadite quarte au payement des dettes passives de l'hérédité, des frais funèbres & des légitimes, s'il y en a, lorsque ces choses n'ont pas été distraites & prélevées avant toute œuvre; car si on en avoit fait préalablement la distraction, il est évident qu'il n'y contribueroit pas.

Mais il n'en est pas de même des légats; car ce n'est jamais à l'héritier grévé de les payer, ni d'y contribuer, & ils doivent pourtant être payés en entier par le fidéicommissaire: ainsi l'on juge constamment que la quarte trébellianique doit être prise en entier par l'héritier grévé sur le fidéicommis universel, y compris les légats, sans néanmoins les diminuer, & sans distinguer si le fidéicommis est pur, ou bien conditionnel, c'est-à-dire, que la trébellianique se régle sur le total sans toucher aux légats & sans les distraire, parce que la charge de les payer regarde en seul le fidéicommissaire; de sorte que lors même que l'héritier grévé a payé les légats à la décharge du fidéicommis, il doit pourtant en le restituant retenir le quart de l'hérédité, y compris lesdits légats, parce qu'autrement il supporteroit un quart desdits legs, auxquels néanmoins il n'est pas obligé de contribuer. *Vid. Ferrieres, in quæst. 296. de Guypap. Maynard, liv. 5. chap. 48. Cambolas, liv. 1. chap. 6. Duperier, liv. 1. qu. st. 1.*

Du reste, par la restitution que l'héritier fait de l'hérédité, les actions passent & sont transférées de plein droit au fidéicommissaire, comme il est dit dans ce paragraphe, & c'est contre celui-ci que les créanciers héréditaires doivent parconséquent agir après cette restitution & diriger leurs demandes; cependant pour ce qui est des intérêts qui ont couru sur la tête de l'héritier grévé avant la remise du fidéicommis, on laisse la liberté & le choix aux créanciers d'agir aussi-bien contre l'héritier grévé que contre le substitué, parce que les biens lui sont délaissés avec leurs charges, *Leg. 58. §. 2. ff. ad Trebellian.* sauf au substitué son recours contre ledit héritier grévé. *Vid. Dolive, liv. 5. chap. 13. Catellan, liv. 2. chap. 91.*

§. 9. *Si quis unà aliquà re deductà sive præceptà quæ quartam continet, veluti fundo, vel aliâ re, rogatus sit restituere hæreditatem, &c.*

Quoiqu'on puisse induire de ce texte que si la somme ou le fonds que le testateur a permis à l'héritier grévé de retenir, n'équipolle pas à la valeur de sa trébellianique, il puisse en demander le surplus, & que cela soit ainsi décidé par *Vinnius* en cet endroit; nous avons néanmoins remarqué déja sur le Titre *de Lege Falcidiâ*, qu'on juge au contraire à l'égard des héritiers étrangers, que la permission qui leur a été donnée de retenir une somme ou un effet, vaut une prohibition tacite de leur quarte, ou de ce qui manqueroit pour la remplir.

Du reste, il faut faire attention à ce qui est dit dans ce paragraphe, sçavoir, que la somme ou effet qu'il a été permis à l'héritier grévé de prélever ou de retenir, lui demeurent acquis comme un légat, & exempts parconséquent des charges héréditaires, quand même cet effet vaudroit plus de la moitié de l'hérédité; mais *Vinnius* restraint cela avec raison, au cas où ce qui reste pour le substitué, seroit suffisant pour le payement des charges, sans quoi cet héritier lui-même y seroit subsidiairement reçu.

On a demandé au surplus si le prélégat qui a été fait par un testateur à son héritier chargé d'un fidéicommis de l'entiere hérédité sans détraction de quarte, est sujet à restitution, c'est-à-dire, s'il doit être compris dans le fidéicommis; & les Arrêts ont jugé que si le prélegs précéde la substitution, il doit y être compris, & même quand il ne se trouveroit fait qu'après la substitution, s'il ne paroît que le testateur l'a voulu autrement, comme quand il a prélégué à l'héritier une telle chose pour en disposer à ses plaisirs & volontés: ainsi cette matiere dépend des conjectures & des circonstances. *Vid. Cambolas, liv. 6. chap. 27. & 28. Catellan, liv. 2. chap. 78.*

Secum deliberare debet is cui restituitur hæreditas, an expediat sibi restitui.

Quelquefois il n'est pas avantageux au fidéicommissaire d'accepter tout d'abord le fidéicommis qui lui est restitué, comme,

par exemple, quand l'héritier grévé a manqué de faire inventaire: il est vrai que, suivant *Ferrieres, in quæst.* 571. *de Guypap.* l'inventaire fait par l'héritier grévé sert sans contredit au substitué, de même que l'inventaire fait par le tuteur sert au pupille, ensorte qu'ils peuvent se porter pour héritiers sous le bénéfice de cet inventaire; mais cet Auteur ajoute que si l'héritier grévé n'a pas fait d'inventaire, le fidéicommissaire doit y faire procéder dans le tems de droit, à compter du jour que l'hérédité lui a été restituée, sans quoi il est tenu indéfiniment envers les créanciers & les légataires: ce qu'il faut entendre d'un fidéicommissaire, qui, sans avoir fait l'inventaire dont parle cet Auteur, auroit accepté l'hérédité, ou s'y seroit immiscé; & cela suppose aussi qu'avant l'acceptation ou l'immixtion le substitué peut jouir du délai de droit pour faire ledit inventaire.

Il n'en est pas tout-à-fait de même dans le cas de l'acceptation faite sur la répudiation: car on peut observer que par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 5 Septembre 1744, il a été jugé contre le sieur François Riviere de Giscaro, qu'ayant accepté l'hérédité de son pere sur la répudiation de Jacques son frere qui n'avoit pas fait d'inventaire & qui avoit gardé cette hérédité pendant plusieurs années, il devoit être regardé comme héritier pur & simple: ledit François de Giscaro prétendoit devoir être reçu au bénéfice d'inventaire, à compter du jour de la répudiation de son frere, comme n'ayant pu le faire plutôt; mais on jugea qu'on ne pouvoit pas étendre le délai de trois mois porté par l'Ordonnance, & que c'étoit l'affaire de celui qui acceptoit une hérédité répudiée, de se consulter & d'examiner, si, quoique le premier héritier n'eût pas fait inventaire, il lui convenoit d'accepter & de se porter pour héritier.

L'Ordonnance concernant les Substitutions du mois d'Août 1747, titr. 2. art. 2. & suiv. après le terme de trois mois dans lequel le grévé a manqué de faire l'inventaire, accorde au substitué un mois de délai pour y faire procéder lui-même; mais il paroît qu'elle ne parle que d'un inventaire à faire pour la conservation des effets au profit du substitué.

§. 10. *Prætereà intestatus quoquè moriturus potest rogare.*

On peut, ainsi qu'il est dit dans ce texte, par un codicile ou même par la clause codicillaire insérée dans un testament qui ne peut pas valoir comme tel, charger ses héritiers ou successeurs *ab intestat* d'un fidéicommis ; & en effet par le moyen de la clause codicillaire contenue dans un testament qui ne peut valoir comme testament à cause de quelque défaut de formalité, on le fait valoir comme codicile, pourvu toutefois qu'il y ait les formalités & le nombre de témoins requis pour les codiciles ; ensorte que les successeurs légitimes sont censés chargés, en vertu de cette clause, de rendre l'hérédité sans délai à l'héritier institué dans le testament, en retenant cependant la quarte trébellianique à leur profit, si elle n'a pas été prohibée : car elle peut même être prohibée par un codicile, ainsi que nous l'avons dit ailleurs ; c'est ce que l'on dit communément, que *clausula codicillaris facit codicillos ab intestato* : sur quoi on peut voir *Guypape & ses Commentateurs*, *quest.* 323. *Maynard*, *liv.* 5. *chap.* 11. *Dolive*, *liv.* 3. *chap.* 8.

Du reste, la clause codicillaire peut être apposée & mise dans toute sorte de testamens, soit nuncupatifs écrits, ou mystiques & solemnels ; & dans ceux-ci il n'est pas même nécessaire de l'exprimer dans l'acte de suscription, il suffit qu'elle soit écrite dans le corps du testament. *Duperier*, *liv.* 1. *question derniere.*

Mais si la clause codicillaire n'est pas insérée dans le testament, ou du moins dans l'acte de suscription des testamens clos, on ne la supplée pas, cette clause n'étant pas regardée comme une clause de style, *Leg.* 1. *ff. de jure codicillor. Leg. ult. cod. eodem*, non pas même dans les testamens faits en tems de peste, *Catellan*, *liv.* 2. *chap.* 53.

Par la Loi derniere, *cod. de codicillis*, l'héritier institué dans un testament contenant la clause codicillaire avoit le choix d'agir & de le faire valoir, ou comme testament, ou simplement comme codicile, de façon pourtant qu'ayant choisi l'une de ces deux voies, il ne pouvoit plus recourir à l'autre, si ce n'est que cet héritier fût un des descendans ou ascendans jusqu'au quatriéme dégré. Cette Loi n'étoit pas observée, comme on l'apprend dans *Maynard*, *liv.* 5. *chap.* 8. mais l'Ordonnance des Testamens de 1735, art. 67. a rétabli en partie la disposition de cette Loi ;

car elle veut que si l'héritier n'a agi dès le commencement qu'en vertu de la clause codicillaire, il ne puisse plus faire valoir la disposition comme testament, sans distinguer si cet héritier est un étranger, ou non, parce qu'en cela il a consenti que les successeurs légitimes demeurassent saisis des biens ; au lieu que si l'héritier a d'abord agi en vertu du testament, elle lui permet de se servir ensuite de la clause codicillaire pour faire valoir la disposition en vertu de ladite clause.

Avant ladite Ordonnance de 1735, quoiqu'on jugeât que le légitimaire qui avoit été institué héritier par un testament, & chargé de fidéicommis à jour incertain ou sans condition, pouvoit détraire sa légitime & en outre la trébellianique sur le fidéicommis, lorsqu'il le restituoit, ainsi que je l'ai remarqué sur le Titre *de Lege Falcid.* cependant on jugeoit tout le contraire, lorsqu'il se trouvoit grévé de rendre en vertu de la clause codicillaire, c'est-à-dire, qu'on jugeoit qu'un testament défectueux n'étant soûtenu que par la clause codicillaire, & les successeurs légitimes se trouvant être eux-mêmes les légitimaires, ils ne pouvoient pas prendre outre leur légitime la quarte trébellianique, par cette raison que le fidéicommis dont ils se trouvoient alors chargés en vertu de ladite clause codicillaire, étoit pur & sans condition, qu'ils étoient chargés de rendre sans délai ni trait de tems, & qu'on regardoit comme injuste de pouvoir prendre *eodem tempore* deux quartes ; au lieu qu'on n'y trouvoit pas d'injustice, quand le fidéicommis étoit conditionnel ou laissé à jour incertain, parce que le légitimaire prenoit alors sa légitime lors du décès du testateur, & la trébellianique au tems marqué pour la restitution du fidéicommis : c'est ce qu'on peut voir dans *Maynard*, *liv.* 5. *chap.* 47. *Cambolas*, *liv.* 3. *chap.* 31. *in princip. Fernand*, *ad Leg. in quartam*, *præfat.* 5. *n.* 3. *pag.* 319. *Ferrieres*, *ad trebellian. cap.* 6. *Boutaric*, *Instit. pag.* 391.

On donnoit seulement au légitimaire grévé de rendre en vertu de la clause codicillaire, le choix de prendre celle des deux quartes, légitime ou trébellianique, qu'il trouvoit à propos ; encore même les derniers Arrêts avoient jugé que le légitimaire devoit être réduit à la seule légitime, sans aucune option. *Vid. Dolive*, *liv.* 3. *chap.* 8. *in fine. Boutaric*, *ibid.*

Mais il ne peut plus être question aujourd'hui de tout cela, ni de faire aucune distinction entre les fidéicommis purs & sans

Sommaire du titre 29.
De fideicommissariis hereditatibus
et ad senatusconsultum Trebellianum.

Les fideicommis faits pour faire passer le bien du testateur a des personnes indignes ou incapables sont prohibés. ~~tout~~ Dans ce cas les biens etoient adjugés chez les romains au fisc, chez nous ils le sont aux plus proches parens.

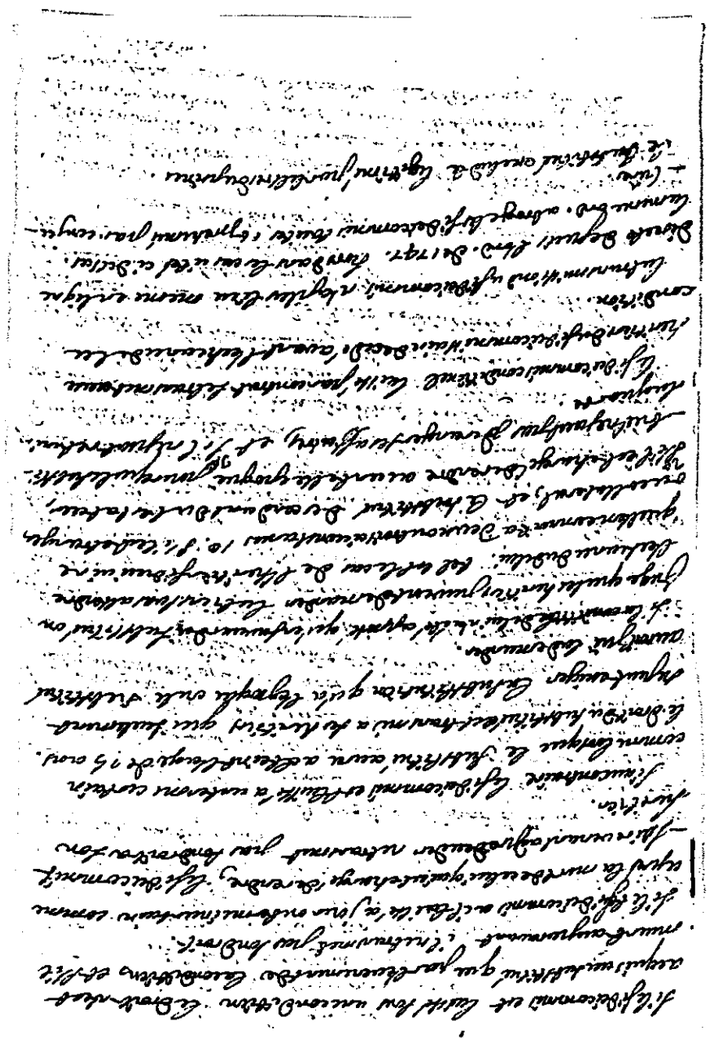
il semble que depuis l'ord. de 1735. qui defend la preuve par temoins des dispositions testamentaires, on ne peut plus être reçu a la preuve vocale des fideicommis, et qu'on n'a d'autre ressource pour la preuve que la presomption tirée de la parenté ou liaison de l'heritier avec celui a qui on croit que le fideicommis a eté fait, ou bien l'audition cathegorique, ou le serment de l'heritier. Le parlement de toulouse ajoutant qu'il y a fort admis a la preuve par temoins dans des especes pareilles, même depuis l'ord. citée. il semble qu'il faudroit au moins qu'il y eut un commencement de preuve par ecrit.

l'heritier qui seroit convaincu de s'être prêté a cette mauvaise manoeuvre seroit privé de la quarte.

Dans la substitution fideicommissaire le substitué reçoit les biens de la main de l'heritier. et il est aujourd'hui decidé par l'ord. des substitutions de 1747. que la caducité de l'institution emporte la caducité de la substitution fideicommissaire a moins que le testament ne contienne la clause codicillaire par laquelle les heritiers ab intestat sont obligés de rendre les biens aux substitués, en retenant la quarte.

Le fideicommis peut être laissé purement, ou sous condition, ou a un certain temps.

Lorsque le fideicommis est pur et simple, le droit est acquis au fideicommissaire dés le moment de la mort du testateur, et en cas de predeces avant l'heritier les heritiers du fideicommissaire peuvent demander la delivrance de la substitution.



délai ou les conditionnels, d'autant mieux que cette distinction est rejettée même par *Cujas* & par *Fachineus*, comme *Henrys* l'a remarqué, *tom. 2. liv. 5. quest. 25. de l'édit. de* 1708 : car l'Ordonnance de 1735, art. 56. & 57. concernant les Testamens, l'a par exprès condamnée, & a changé la Jurisprudence antérieure, en voulant indirectement que dans tous les cas, même dans celui où le testament contient la clause codicillaire, & que l'institution est sans effet, à cause de quelque défaut de solemnité, ou à cause de la caducité de ladite institution, les héritiers *ab intestat* ayant droit de légitime, puissent toujours détraire les quartes falcidie & trébellianique sur tous les biens du testateur, & retenir en outre leur légitime.

§. 11. *Eum quoquè cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursùm alii aut totum aut partem restituat.*

Par l'ancien droit Romain les substitutions fidéicommissaires pouvoient être faites à l'infini & à perpétuité, *Leg.* 88. §. 15. *ff. de legat.* 2°. & l'Empereur Justinien par sa Novelle 159 les restraignit à quatre dégrés ou générations.

Parmi nous l'Ordonnance d'Orléans du mois de Janvier 1560, art. 59. défendit aux Juges d'avoir aucun égard aux substitutions qui seroient faites par testament ou par contrat, outre le deuxiéme dégré, l'institution ou premiere disposition non comprise, les déclarant nulles & de nul effet : sur quoi le Parlement de Toulouse fit au Roi des Remontrances qui ne produisirent pas beaucoup d'effet, puisque par l'Ordonnance de Moulins rendue ensuite en l'année 1566, art. 57. il fut seulement statué qu'à l'égard des substitutions faites avant l'Ordonnance d'Orléans, & desquelles le droit n'étoit pas encore échu, elles seroient valables jusqu'au quatriéme dégré inclus, l'institution non comprise.

Cependant quoique cette derniere Ordonnance ne regardât que les substitutions faites avant l'Ordonnance d'Orléans, le Parlement de Toulouse l'interpréta autrement, en confondant les substitutions antérieures à l'Ordonnance d'Orléans, avec celles faites depuis cette Ordonnance : car on y avoit toujours jugé jusqu'à présent qu'il étoit permis de faire jusqu'à quatre dégrés de substitution, outre l'institution ou premiere disposition, conformément à ladite Novelle 159. *Vid. Dolive, liv. 5. chap.* 10. *Catellan, liv. 2. chap.* 74.

Dans presque tous les autres Parlemens on s'en étoit tenu à l'Ordonnance d'Orléans, en bornant les substitutions faites depuis ladite Ordonnance à deux dégrés, par le motif même inséré dans cette Ordonnance, pris de ce que les substitutions par leur durée causent un nombre infini de procès, & font d'ailleurs obstacle à la liberté du commerce.

Mais l'Ordonnance concernant les Substitutions du mois d'Août 1747, titr. 1 art. 30. & suiv. a condamné la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, & pour la rendre uniforme à celle des autres Tribunaux, a ordonné de plus fort l'exécution de l'Ordonnance d'Orléans, & qu'en conséquence toutes les substitutions faites, soit par contrat, ou par disposition à cause de mort, en quelques termes qu'elles soient conçues, ne pourront s'étendre au-delà de deux dégrés de substitués, outre celui qui aura le premier recueilli les biens du donateur ou du testateur; ce qui abroge parconséquent en même tems les substitutions qu'on appelloit graduelles & perpétuelles, & rend inutiles les conjectures que les Auteurs avoient imaginé pour en induire ou faire présumer ces sortes de substitutions, sçavoir, la noblesse & la coûtume de la famille, la gémination des dégrés, la prohibition d'aliéner & de distraire la quarte, l'injonction de porter le nom & armes, & autres dont il est parlé dans *Cujas, consil.* 35. & dans *Du Moulin, consil.* 7.

Bien plus, la même Ordonnance de 1747, titr. 1. art. 33. & 34. a ordonné que les dégrés des substitutions seroient comptés par têtes, & non par souches ou générations; de telle maniere que chaque personne soit comptée pour un dégré; & cela a changé encore la Jurisprudence du Parlement de Toulouse : car quoique l'Ordonnance de Louis XIII. de 1629, art. 124. eût ordonné la computation des dégrés par têtes, ensorte que chacun des substitués qui avoit appréhendé & recueilli le fidéicommis, dût faire un dégré, sinon que plusieurs eussent succédé en concurrence comme une seule tête, & quoiqu'on le jugeât ainsi dans la plupart des Parlemens du Royaume, néanmoins comme le Parlement de Toulouse n'avoit enrégistré cette Ordonnance quant audit article qu'avec la modification que le Roi seroit supplié de permettre que l'usage contraire reçu en ce Parlement y fût gardé, on y avoit toujours compté jusqu'à présent les dégrés des fidéicommis par souches & générations, de façon

que plusieurs freres, par exemple, ayant recueilli successivement la succession par le décès sans enfans les uns des autres, n'étoient comptés que pour un seul dégré : on y exceptoit seulement le cas où la succession se faisoit par interruption des dégrés, & *per medios nepotes*, de sorte, par exemple, que quand un homme instituoit son fils aîné pour héritier, & au cas qu'il décedât sans enfans, ou ses enfans sans enfans, lui substituoit son second fils, & dans le même cas substituoit son troisiéme fils, & ainsi des autres ; si l'aîné héritier laissoit un enfant, cet enfant formoit le prémier dégré, puis cet enfant venant à mourir sans enfans, comme il falloit remonter au second fils du testateur, en faveur duquel la substitution se trouvoit ouverte, celui-ci faisoit un second dégré, & si ce second fils laissoit aussi un enfant, cet enfant faisoit le troisiéme dégré, comme aussi si ce même enfant décédoit sans enfans, on remontoit au troisiéme fils du testateur qui formoit alors le quatriéme dégré. *Vid. Dolive*, *liv.* 5. *chap.* 10. *Catellan*, *liv.* 2. *chap.* 74.

On jugeoit pourtant que la transmission dont nous avons parlé ci-devant, c'est-à-dire, le droit de transmettre l'espérance du fidéicommis, n'avoit pas lieu à l'égard des substitués qui se trouvoient former le quatriéme dégré, & que venant à décéder avant l'échéance du fidéicommis, ils n'en transmettoient pas l'espérance à leurs enfans qui se trouvoient dans le cinquiéme dégré. *Catellan*, *dicto loco.*

La même Ordonnance de 1747 est allée encore plus loin : car elle a voulu en l'article 34 qu'au cas que la substitution ait été faite au profit de plusieurs freres, ou autres appellés conjointement, ils seront censés avoir rempli un dégré chacun pour la part & portion qu'il aura recueillie dans lesdits biens : ensorte que si ladite portion passe à un autre substitué, même à un de ceux qui auroient été appellés conjointement, il soit regardé comme remplissant à cet égard un second dégré ; & cela est en effet conforme à la doctrine & à l'Arrêt qu'on lit dans *Ricard*, *tom.* 2. *des substit. chap.* 9. *sect.* 6. *n.* 837.

Lors même que le grévé de substitution ou quelqu'un des substitués a accepté la disposition faite en sa faveur, soit expressément par des actes ou par des demandes formées en Justice, soit tacitement en s'immiscant dans la possession des biens substitués, il doit être compté comme une tête & pour une personne ;

ne ; c'est la décision de l'Ordonnance des substitutions de 1747, titr. 1. art. 36. quoiqu'il y eût auparavant assez de controverse entre les Auteurs, pour sçavoir si la seule acceptation suffisoit pour former un dégré, lorsqu'on n'avoit pas joui, comme on peut le voir dans *Expilly*. *Arrêt* 124. *Duperier*, *liv.* 4. *quest.* 8. *Ricard*, *des substit. chap.* 9. *sect.* 6. *n.* 777. *& suiv. & chap.* 10. *sect.* 6. *in fine.*

Mais lorsque le grévé de substitution ou l'un des substitués renonce, s'abstient, ou répudie, sans s'être immiscé dans les biens substitués, ou qu'il meurt sans avoir accepté ni expressément ni tacitement, il n'est pas compté, ou ne fait point de dégré, conformément à la Jurisprudence attestée dans *Catellan*, *liv.* 2. *chap.* 74. dans *le nouvel Albert*, *lettre S. chap.* 11. & suivant l'article 37 du titre 1 de ladite Ordonnance de 1747, qui ajoute que cela doit avoir lieu, encore que la renonciation du grévé ou du substitué n'eût pas été gratuite ; mais cette addition ne doit pas s'entendre d'une renonciation qui seroit faite au profit d'une personne absolument étrangere ; car alors, soit que la renonciation fût gratuite, ou non, ce seroit une donation ou une cession qui feroit entrer le donataire ou cessionnaire à la place de son auteur, de sorte que le dégré seroit censé rempli, & devroit être compté, attendu qu'il représenteroit son auteur.

Par la même raison ladite Ordonnance, titr. 1. art. 38. décide que lorsque les créanciers du grévé ou d'un des substitués auront été admis à accepter la disposition faite au profit de leur débiteur, ou à demander l'ouverture de la substitution pour en jouir durant sa vie, comme ils ne peuvent en jouir qu'en représentant leur débiteur & à son lieu & place, il en sera de même que si ce débiteur avoit recueilli & joui, & qu'en conséquence le dégré du débiteur sera censé rempli, & devra être compté.

Il faut prendre garde que toutes les substitutions fidéicommissaires faites, soit par des actes entre-vifs, ou par des dispositions à cause de mort, doivent être publiées, l'Audience tenant, & régistrées au Greffe, tant du Sénéchal ou autre plus prochain Siége royal ressortissant nuëment aux Cours Supérieures, tant de la demeure de celui qui les a faites, qu'en celui de l'assiéte des biens substitués.

Cette publication & enrégistrement doivent être faits à la

diligence de ceux qui sont chargés de substitution, même des héritiers légitimes, lorsque la charge de la restitution du fidéicommis tombe sur eux dans le cas de droit, & l'on exige cette publication & enrégistrement, soit afin que ceux qui sont chargés de fidéicommis, ne les tiennent pas cachés au préjudice des fidéicommissaires, soit afin de rendre les fidéicommis publics & notoires à tous ceux qui voudroient contracter avec le grévé ou acquérir de lui.

Le délai pour faire publier & enrégistrer les substitutions est de six mois, qui se comptent, sçavoir, à l'égard de celles faites par contrat depuis le jour dudit contrat, & à l'égard de celles qui sont contenues dans un acte à cause de mort du jour du décès du substituant; elles peuvent être pourtant publiées & régistrées après ledit délai de six mois, mais avec cette différence que dans le premier cas elles ont un effet rétroactif qui remonte au jour de leur date ou du décès du substituant, au préjudice même des créanciers & des tiers acquéreurs intermédiaires; ce que je trouve néanmoins injuste quant à ceux-ci: au lieu que quand elles n'ont été publiées & régistrées qu'après ledit délai de six mois, elles n'ont effet contre les créanciers & tiers acquéreurs que du jour de ladite publication & enrégistrement.

Les créanciers & tiers acquéreurs peuvent même opposer le défaut de ces formalités à toutes sortes de personnes, même aux pupilles, à l'Eglise, Hôpitaux & Communautés; mais il n'y a aussi que les créanciers & tiers acquéreurs qui puissent l'opposer, ces formalités n'ayant été introduites que pour leur utilité; & parconséquent les héritiers, donataires, légataires ou successeurs du substituant, non plus que leurs ayans cause, ne sont pas reçus à opposer ce défaut; & on l'a toujours jugé de même, comme on le voit dans *Maynard*, *liv.* 5. *chap.* 95. & dans *Louet & Brodeau*, *lettre S. chap.* 3. car on ne peut pas prendre un argument de ce qui se pratique concernant les donations entre-vifs, à l'égard desquelles le défaut d'insinuation ou enrégistrement peut être opposé par tous ceux qui y auroient intérêt, autres néanmoins que le donateur, suivant l'article 27 de l'Ordonnance des Donations de 1731; les raisons de la différence sont expliquées par *Ricard*, *tom.* 2. *des substit. chap.* 13. *sect.* 2. *n.* 121. & 129.

Tout ce que dessus au sujet de la publication & enrégistrement

des substitutions fidéicommissaires est ainsi réglé par l'Ordonnance d'Henri II. de 1553, par l'Ordannance de Moulins de 1566, art. 57. par la Déclaration du 25 Novembre 1690, par une autre Déclaration du 18 Janvier 1712, & par l'Ordonnance des Substitutions de 1747, titr. 2. art. 18. & suiv. auxquelles il faut avoir recours.

Cette Ordonnance en l'article 23 du titre 2 a même voulu qu'on fût obligé de faire publier & enrégistrer les actes d'emploi ou de remploi qu'elle a ordonné être faits par le grévé, des deniers & du prix des effets substitués.

Il suffit d'ajouter que le défaut de publication d'enrégistrement de la substitution ne peut pas être suppléé ni regardé comme couvert par la connoissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourroient avoir eu d'ailleurs de la substitution avant de contracter, soit pour avoir été présens à l'acte contenant le fidéicommis, ou pour l'avoir signé, soit par une dénonce de la part du substitué, ou autrement; il n'y a en effet que la connoissance légale établie par les Ordonnances, au moyen de la publication & enrégistrement, qui doive leur nuire: car il est vrai de dire que s'ils ont été instruits de la substitution par quelqu'autre voie, ils ont connu aussi qu'elle ne pourroit pas leur être opposée, à cause du défaut de la publication & enrégistrement qui la rendoit nulle à leur égard: cela est ainsi décidé expressément par l'article 33 du titre 2 de ladite Ordonnance de 1747, & le Parlement de Toulouse l'avoit jugé auparavant de la même maniere à l'égard d'une donation non insinuée, par un Arrêt du 24 Mai 1728 cité par *Furgole* sur l'article 23 de l'Ordonnance des Donations de 1731. Voyez encore *Ricard*, *tom.* 1. *part.* 1. *chap.* 4. *sect.* 3. *n.* 1251. *Coquille*, *sur les Coûtumes de Nivernois*, *pag.* 317. & *quest.* 165. *Theveneau*, *pag.* 303.

§. 12. *Si fideicommissarius ei jusjurandum detulerit*, &c.

La preuve par témoins des dispositions de derniere volonté & même des fidéicommis verbaux étant défendue par l'Ordonnance des Testamens de 1735, art. 1. ainsi que nous l'avons déja observé ailleurs, on demande si l'on ne pourroit pas du moins prouver un fidéicommis verbal par le serment de l'héri-

tier qu'on prétendroit en avoir été chargé, & contre cet héritier lui-même.

Cette preuve par le serment du grévé est permise par ce texte & par la Loi derniere, *cod. de fideicommissis*, & *Despeisses, tom. 2. pag. 124. n. 37. in fine*, observe, d'après *Maynard* & *Duranti*, que les aveus ou confessions de l'héritier en cette matiere sont valables, pourvu qu'elles ne nuisent ni aux créanciers ni aux légitimaires. Il y a aussi un Arrêt du Parlement de Bordeaux du mois de Mars 1739, qui sur la demande de celui qui se prétendoit substitué par un fidéicommis verbal, ordonna que l'héritier institué se purgeroit par serment sur le fait du fidéicommis verbal; mais on est instruit que cet Arrêt fut cassé par un autre du Conseil, comme contraire à ladite Ordonnance: parce qu'en effet la preuve par serment deviendroit inutile, attendu que l'héritier en avouant le fidéicommis verbal découvriroit suffisamment le vice de la disposition, comme faite contre les termes de ladite Ordonnance, qui veut que toutes les dispositions à cause de mort soient faites par écrit.

Les Arrêts rapportés par *Catellan, liv. 2. chap. 58.* contraires à ceux qu'on lit dans *Dolive, liv. 5. chap. 25. nov. addit.* avoient jugé que l'héritier chargé de rendre après sa mort ou à un certain tems à une d'entre plusieurs personnes, pouvoit varier jusqu'à sa mort ou jusqu'audit terme, soit que la premiere élection eût été faite dans un testament, ou dans un acte entre-vifs, & quand dans la premiere élection il auroit déclaré avec serment avoir été chargé verbalement de rendre à celui qu'il avoit nommé; cela étoit fondé sur ces raisons, que l'élection faite par le grévé avant l'événement de la condition du fidéicommis, n'est proprement qu'une destination, & un projet plutôt qu'une élection, *non esse electionem propter incertum diem fideicommissi*, *Leg. cùm pater 77. §. à filiâ, ff. de legat. 2°.* & qu'on ne peut pas anticiper ainsi la restitution d'un fidéicommis au préjudice des autres éligibles, auxquels il importe même que la liberté que l'héritier a de varier, ne puisse pas être anéantie par des déclarations contraires de la part de cet héritier, bien qu'affirmées par serment.

On jugeoit pourtant par une exception particuliere que le grévé ne pouvoit pas varier, nonobstant la faveur des autres éligibles, lorsqu'il avoit fait la premiere élection dans le contrat de mariage de l'élu, tandis que ce mariage subsistoit, &

qu'il y en avoit des enfans; cela fondé sur la faveur singuliere du mariage, & des enfans qui en avoient été procréés: car si le mariage venoit à être dissous par le décès sans enfans de celui qui avoit été élu, cette faveur cessant, l'héritier reprenoit son droit d'élire, ou même si dans ce cas cet héritier ne faisoit pas d'autre élection, le fidéicommis étoit alors partagé entre tous les éligibles survivans audit héritier, suivant les principes tirés de ladite Loi 77 déja citée. *Vid. Dolive, liv. 5. chap. 25. Catellan, liv. 2. chap. 70.*

Mais l'Ordonnance de 1735 concernant les Testamens, art. 64. a apporté du changement à cette Jurisprudence, en voulant que lorsque celui qui a été chargé d'élire, aura déclaré son choix par un contrat de mariage, ou bien même par un acte entre-vifs accepté par celui qu'il aura élu, dans la forme prescrite pour l'acceptation des donations, ladite élection soit irrévocable; d'où il résulte deux choses.

1°. Qu'aujourd'hui l'élection faite en contrat de mariage est hors de toute atteinte de variation, & toujours irrévocable; ce qui doit s'entendre, quoiqu'il n'y ait pas eu même d'acceptation de la part de l'élu, parce que la faveur des mariages dispense de cette formalité de l'acceptation, suivant les articles 11 & 13 de l'Ordonnance des Donations du mois de Février 1731, comme aussi quand même l'élu en contrat de mariage viendroit à mourir sans enfans avant l'héritier grévé d'élire, de sorte que les biens compris en l'élection doivent appartenir aux héritiers ou successeurs légitimes de l'élu, sans que l'héritier grévé puisse être en droit de faire de nouvelle élection, ni que les autres éligibles puissent être appellés.

2°. Qu'il faut dire la même chose touchant l'irrévocabilité de l'élection, lorsqu'elle a été faite par un acte entre-vifs, pourvu qu'il ait été accepté dans la forme prescrite par l'Ordonnance de 1731, c'est-à-dire, par l'élu lui-même expressément, ou par son Procureur général ou spécial, ou par le pere, mere, ou ascendans, ou tuteur, ou curateur de l'élu, s'il est mineur, ainsi qu'on peut l'induire des art. 5. & suiv. de l'Ordonnance de 1731.

L'élection aux fidéicommis peut donc être toujours anticipée, nonobstant la faveur des autres éligibles, & la liberté de varier ne peut plus avoir lieu aujourd'hui que quand l'élection au fi-

déicommis a été faite dans un testament ou autre disposition de derniere volonté, révocable de sa nature jusqu'à la mort; ou dans un acte entre-vifs qui pécheroit par le défaut d'acceptation; ou bien enfin quand l'élection a été faite par contrat de mariage ou autre acte entre-vifs, mais contre la défense expresse du testateur de la faire avant un certain tems : car l'article 65 de l'Ordonnance de 1735 porte que l'article 64 qui précéde, aura lieu, encore que le choix ait été fait avant le tems porté par le testament, si ce n'est que le testateur eût prohibé expressément de faire ledit choix avant le terme par lui marqué, auquel cas ledit choix ne sera irrévocable qu'après l'expiration de ce terme.

Catellan, *liv. 2. chap.* 70. rapporte des Arrêts qui ont jugé que lorsque le testateur a donné à deux cohéritiers grévés le droit d'élire, & que tous les deux ensemble ont fait une élection, le survivant d'entr'eux peut la révoquer & en faire une seconde, parce que, dit-il, la faculté d'élire & de varier accroît au survivant; ce qu'il faut restraindre tout au moins aujourd'hui au cas où la premiere élection n'auroit pas été faite dans un contrat de mariage, ni dans un autre acte entre-vifs dûement accepté.

On peut même remarquer avec l'Auteur des Observations sur *Catellan*, *ibid.* & les Auteurs qu'il cite, que celui qui n'a qu'une simple faculté d'élire, c'est-à-dire, *nudum ministerium*, sans être lui-même héritier ou donataire grévé de rendre à son décès, ou autre terme, consomme son droit par la premiere élection qu'il fait, & n'est pas reçu à varier.

Il y a des Auteurs qui estiment que quand la faculté d'élire a été accordée à deux cohéritiers, ils peuvent la diviser & élire séparément chacun son héritier, si la volonté du testateur, la nature des biens, ou autres circonstances ne s'y opposent, & *Cambolas*, *liv. 5. chap.* 36. rapporte encore un Arrêt qui a jugé que quand la seconde élection a été faite au profit d'un incapable, la premiere vaut & subsiste.

Au surplus, celui qui a le pouvoir d'élire, ne peut pas céder, transporter, ou remettre cette faculté à un autre, ni à son héritier : car c'est une faculté personnelle qui ne peut pas régulierement être transmise. *Vedel sur Catellan*, *liv. 2. chap.* 27.

On tient aussi que le droit accordé d'élire l'un des enfans en général, s'étend aux enfans même qui sont nés ou conçus depuis le tems de la disposition portant la faculté d'élire.

Les Auteurs enseignent aussi qu'une élection déja faite peut être révoquée pour le mariage de l'enfant qui a été élu, fait sans le consentement de son pere ou de sa mere qui avoit fait l'élection; comme aussi que la révocation a lieu pour injures graves & excès commis par l'élu contre ses pere & mere dont il tient l'élection, & il faut en effet que les mauvais traitemens soient dans ce cas considérables : car *Despeisses*, *tom. 2. pag.* 400. soûtient que l'élection au fidéicommis ne peut pas être révoquée par ingratitude, attendu qu'aux termes des Loix ce n'est pas une donation.

On peut observer que lorsqu'une personne, soit par contrat, ou par testament, s'est chargée ou a été chargée de rendre à plusieurs sous un nom collectif, si c'est à des enfans ou autres personnes incertaines & non encore nées, ou non désignées chacun par leur nom, qu'elle a promis ou qu'elle a été chargée de rendre *nomine collectivo*, tous les Auteurs presque conviennent que cette personne a de plein droit la faculté d'élire un seul d'entre lesdits enfans ou autres, auquel elle rendra le fidéicommis, *Dolive*, *liv. 5. chap.* 14. *Catellan*, *liv. 2. chap.* 14. mais si c'est à des personnes certaines, déja nées & désignées par leur nom, qu'on soit chargé de rendre, les Auteurs aussi conviennent assez que le grévé n'a pas le droit d'en élire ou choisir une seule, si le droit d'élection ne lui a été nommément donné.

Mais celui auquel le pouvoir d'élire un d'entre plusieurs a été accordé, peut non seulement choisir un seul des éligibles, il peut encore élire deux ou plusieurs d'entr'eux, s'il le trouve à propos : car puisqu'en n'élisant pas il les appelleroit tous au fidéicommis, il s'ensuit qu'il doit en élisant avoir la liberté de rendre à plusieurs desdits éligibles. *Fernand*, *tract. de filiis natis ex matrim. cap.* 9. *n.* 7.

Il est vrai en effet que si le grévé meurt sans avoir fait aucune élection, tous les éligibles ont une égale part au fidéicommis, & il se divise entr'eux, *Leg.* 67. §. *rogo*, *ff. de legat.* 2°. à moins que le testateur n'eût marqué quelque ordre ou quelque prédilection entr'eux; comme si le fidéicommis étoit fait en faveur de l'aîné, ou de tel autre qu'on voudroit choisir, car alors en défaut de l'élection il appartiendroit à l'aîné seul, *Fernand*, *dict. loc. n.* 13. & celui à qui la faculté d'élire a été donnée, les mâles préférés aux filles, ne peut pas non plus élire un mâle avec une fille.

Au reste, l'élection doit être gratuite de la part de celui à qui la faculté d'élire a été accordée, & il ne doit pas la rendre vénale, mais il doit faire, pour ainsi dire, l'office de Juge; ainsi l'élection faite en faveur d'un des éligibles, moyennant quelque argent ou quelques avantages qu'il feroit au grévé, seroit nulle, & les autres éligibles pourroient même la faire casser suivant les circonstances, *Vid. Vedel sur Catellan, liv. 2. chap. 17. & Albert, lettre S. chap. 17.* Il y a un Arrêt du 2 Mai 1738 qui le jugea ainsi contre l'héritiere de Pierre Tracol grévé de rendre, lequel ayant élu Joseph Roussel, s'étoit fait revendre le même jour par celui-ci lesdits biens pour trois cens livres, quoiqu'ils valussent environ 3000 liv. car Denis Roussel fit casser cette vente, nonobstant que Tracol en eût joui trente-deux ans, parce qu'on jugea qu'il n'avoit pu jouir qu'en qualité d'héritier grévé, attendu la nullité de l'élection, & qu'ainsi il n'y avoit pas de prescription.

Il faut sçavoir encore que l'institution d'héritier universel vaut une élection tacite & suffisante au fidéicommis en faveur de celui qui a été institué, *Catellan, liv. 2. chap. 59.* où il ajoute que cette élection tacite subsiste même, quoique cette institution soit répudiée; & la donation universelle, soit entrevifs, ou à cause de mort, contient aussi une élection tacite, *Catellan, liv. 2. chap. 31. & chap. 59.* quoiqu'on juge le contraire au Parlement de Paris; mais il est néanmoins vrai que l'élection doit être expresse, & qu'une élection tacite par institution ou donation ne suffit pas, lorsqu'en défaut d'élection le testateur a nommé un des éligibles, comme, par exemple, l'aîné. *Catellan & Vedel, liv. 2. chap. 59.*

On peut même observer que ce n'est que sur de simples conjectures de la volonté qu'on juge que l'institution ou la donation universelle vaut une élection aux biens du fidéicommis dont on est chargé; & je ne sçai s'il ne faudroit pas aujourd'hui changer cette Jurisprudence, & juger le contraire, sur-tout depuis que les nouvelles Ordonnances concernant les Testamens & les Substitutions ont proscrit avec raison toutes les conjectures & les présomptions qui peuvent être équivoques: car enfin je ne vois pas trop bien qu'on doive conclure infailliblement de ce qu'un héritier grévé de rendre, par exemple, à moi ou à quelqu'un de mes freres, à son choix, m'aura institué héritier en tous

tous ses biens, ou m'en aura fait une donation générale, qu'il ait aussi entendu m'élire par ce moyen pour recueillir les biens du fidéicommis dont il n'a pas disertement parlé.

Au surplus, le droit d'élire se perd par la condamnation du grévé au bannissement perpétuel, tout comme par sa condamnation aux galères perpétuelles, à moins qu'il ne fût rétabli ensuite dans son premier état par la grace du Prince, parce que la mort civile qu'il encourt par l'une & l'autre de ces condamnations, le rend incapable de tous actes, *Ricard, tom. 2. des substit. chap. 11. aux addit. in fine*: car il ne faut pas, je pense, s'en tenir à ce que *Catellan, liv. 4. chap. 14.* & autres Auteurs ont écrit, sçavoir, que le banni à perpétuité pouvoit user de la faculté d'élire.

Le droit d'élection ne se perd pas cependant par le convol en secondes noces de la mere grévée d'élire, ni par le défaut d'avoir gardé la condition de viduité à elle imposée, *Catellan, liv. 4. chap. 14. in fine*; mais il y a plus de difficulté à décider si ce droit se perd par les secondes noces de la femme dans l'an de deuil: *Catellan, loc. cit.* rapporte un Arrêt qui décida pour l'affirmative, lequel est contraire à l'avis de *Maynard, liv. 3. chap. 100.* Il y a du moins un Arrêt rapporté dans le *nouvel Albert, lettre E. chap. 6.* qui jugea que le droit d'élection étoit perdu par la malversation de la femme dans l'année de deuil; c'est apparemment le même Arrêt dont parle *Fromental dans son Recueil, pag. 283.* celui-ci y en ajoute un autre, qui jugea, dit-il, que ce droit se perdoit aussi par les secondes noces de la femme sans avoir fait pourvoir de tuteur à ses enfans. Cependant il faut convenir qu'aucune de ces fautes ne produit la mort civile, & que même l'infâmie qui accompagnoit les secondes noces dans l'an du deuil, n'a pas lieu en France.

Celui qui a le pouvoir d'élire un d'entre plusieurs enfans, soit du testateur, ou autres, ne peut pas élire un des petits-fils ou descendans des éligibles, encore que celui duquel ils sont issus, fût mort avant que le choix eût été fait, c'est-à-dire qu'il ne peut pas élire un des enfans descendans en second dégré, tandis qu'il y en a du premier dégré qui peuvent être élus, si ce n'est que le testateur en eût autrement ordonné; c'est la décision de l'article 62 de l'Ordonnance des Testamens de 1735, & cela se jugeoit ainsi avant ladite Ordonnance, suivant *Fernand, de*

filiis natis ex matrim. part. 9. *n.* 8. *Catellan*, *liv.* 2. *chap.* 100. parce qu'en effet il ne doit pas être permis de préférer le second dégré au premier, dont le testateur n'a pas même fait mention; d'autant mieux que le droit de représentation n'a jamais lieu en matiere de fidéicommis; ensorte que les petits-fils n'y peuvent pas concourir avec leurs oncles, ni y venir par droit de représentation à la place de leurs peres décédés, ce droit de représentation n'ayant été introduit que pour les successions *ab intestat*, comme on le voit dans *Maynard*, *liv.* 5. *chap.* 45.

Bien plus, l'article 62 de l'Ordonnance des Testamens déja cité ajoute que si tous les enfans du premier dégré décédent avant que l'élection ait été faite, le droit d'élire demeurera caduc & éteint, le tout à moins que le testateur n'en eût autrement ordonné; ensorte que dans le cas du prédécès de tous les éligibles, on ne peut pas même élire un des enfans en second dégré, si le testateur ne l'a permis, *nisi specialiter defunctus ad ulteriores gradus voluntatem suam extenderit*, *Leg.* 32. §. *ult. ff. de legat.* 2°. & cela rend inutile l'opinion de *Fernand*, *dict. loc.* qui enseigne que cela se pouvoit, n'y ayant plus d'éligibles du premier dégré, & que même les filles pouvoient être élues en défaut de mâles éligibles; ce qui n'étoit pas néanmoins suivi quant à ce dernier point.

On jugeoit cependant au Parlement de Toulouse qu'un héritier ou un donataire grévé d'élire pouvoit charger celui ou ceux qu'il élisoit, de substitution, pourvu que ce fût en faveur d'un autre des éligibles, sur le fondement de la maxime, *quem honoro gravare possum*, prise *à contratrio sensu* de la Loi *ab eo*, *cod. de fideicom.* On trouve cette Jurisprudence attestée par *Maynard*, *liv.* 5. *chap.* 34. *Cambolas*, *liv.* 5. *chap.* 2. *Catellan*, *liv.* 2. *chap.* 100. *Boutaric*, *Instit. pag.* 357. mais cela étoit assez irrégulier, puisqu'en effet c'est user d'un droit qu'on n'a pas que de substituer à celui qu'on élit, quoiqu'on ne lui substitue qu'un des autres éligibles, qu'on ne peut pas déviner si le testateur auroit approuvé cette liberté, & qu'en un mot on ne donne proprement rien du sien en élisant: *quid enim est quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit, omnimodò reddere debuit.* *Leg.* 67. §. 1. *ff. de legat.* 2°.

Aussi le Parlement de Paris jugeoit-il que le grévé d'élire un d'entre plusieurs ne pouvoit point substituer à celui qu'il choisissoit, même en faveur d'un autre des éligibles; & l'Ordonnance

celui qui est chargé d'élire ne peut pas y, sans l'élire d'une substitution, même en faveur d'un autre sujet éligible à moins qu'il ne lui en ait expressément.

des Testamens, art. 63. a adopté cette décision, en ordonnant que celui qui sera chargé d'élire un des enfans du testateur, ou autres, ne pourra gréver celui qu'il choisira d'aucune substitution, même en faveur d'un autre sujet éligible, si ce n'est que le testateur lui en eût donné expressément le pouvoir par son testament.

Il restoit néanmoins encore sur cette matiere une difficulté: car en convenant que l'héritier ou le donataire qui avoient été chargés d'élire, ne pouvoient pas gréver l'élu d'aucun fidéicommis sur des biens qu'ils tenoient eux-mêmes de la libéralité d'autrui, quelques Auteurs avoient pensé que cela devoit du moins être permis à celui qui en donnant ses biens propres s'étoit réservé la faculté d'y élire & nommer celui qu'il jugeroit à propos: un homme, par exemple, donne dans son contrat de mariage la moitié de ses biens à tel de ses enfans à naître dudit mariage qu'il voudra élire; plusieurs croient que ce pere en élisant pouvoit substituer à l'enfant qu'il choisissoit, parce qu'il ne substituoit que des biens qui émanoient de sa propre libéralité: *Cujas* dans sa Consultation 58 avoit été de ce sentiment, de même que *Dolive*, *liv.* 5. *quest.* 15. en un mot, cela ne souffroit aucune difficulté, sur-tout dans cette Province où les peres & meres avoient même la liberté de substituer après coup aux biens par eux donnés, quoiqu'ils ne s'en fussent pas réservé la faculté, ainsi que nous le dirons ci-après.

Mais l'Ordonnance concernant les Substitutions de 1747, titr. 1. art. 14. & 15. condamne cette opinion; parce qu'effectivement le droit étant acquis sans aucune charge par le contrat de mariage ou de donation entre-vifs à celui qui doit être élu, sans qu'on lui ait imposé aucune condition de rendre, on ne doit pas dans les régles pouvoir la lui imposer *ex post facto*, quand ce seroit en faveur d'un autre des éligibles, une donation parfaite ne pouvant plus recevoir ni charge ni condition; de-là vient que ledit article 14 de cette Ordonnance porte que lorsqu'une donation ou institution contractuelle aura été faite à la charge de remettre les biens donnés à celui que le donateur ou la donataire voudra choisir, celui qui sera élu, ne pourra, sous prétexte de l'élection faite en sa faveur, être chargé d'aucune substitution.

le donateur fait en son contrat de mariage une donation par l'élu qui il voudra en faveur d'un autre sujet éligible de substitution generale d'une donation irrévocable de charge ni de condition

Bien plus, quand le donateur en donnant par contrat de maria-

ge ou autre acte de donation entre-vifs se seroit réservé la faculté de substituer ensuite à celui qu'il éliroit, cette réservation ne peut produire aucun effet, parce qu'elle est contraire, ce semble, à la nature de la donation entre-vifs qui est de dépouiller entiérement le donateur de tout droit sur les biens donnés, & parce que ce seroit donner & retenir ; c'est pour cela que l'art. 15 de ladite Ordonnance porte que quand même un contrat de mariage ou autre acte de donation entre-vifs contiendroit une réserve faite par le donateur de la faculté de substituer ensuite aux biens par lui donnés, cette réserve sera regardée à l'avenir comme nulle & de nul effet : il en est autrement d'un testament dans lequel on peut faire des réserves, parce qu'il n'a effet qu'après la mort, & que ce n'est pas un contrat.

Du reste, personne ne dispute que lorsque celui qui est chargé d'élire, donne ou laisse encore en élisant quelque chose de ses propres biens à celui qu'il choisit, & lui substitue nommément pour le tout, cette substitution ainsi faite pour le total est bonne aussi pour le tout ; de façon néanmoins que l'élu a la liberté de rejetter la charge de la substitution, en abandonnant les biens que l'élisant lui a donnés de son chef propre, avant de s'être immiscé ou d'avoir accepté la nouvelle libéralité à lui faite ; & cela est même conforme à la disposition de l'article 16 du titre 1 de l'Ordonnance des Substitutions.

Nous venons de dire que dans cette Province on avoit jugé jusqu'à présent que les peres & meres pouvoient substituer *ex intervallo* aux biens qu'ils avoient précédemment donnés entre-vifs à leurs enfans, soit dans un contrat de mariage, ou autre acte entre-vifs, & cette permission leur avoit été accordée comme favorable à la conservation des biens dans leur famille, nonobstant la régle qui veut qu'une donation pure & parfaite ne puisse plus recevoir ni modification ni condition. *Leg.* 4. *cod. de donat. quæ sub modo.*

Cette liberté de substituer après coup aux biens donnés avoit lieu, quoique les peres ou meres donateurs ne s'en fussent pas réservé le pouvoir lors de la donation ; & qu'ils ne fissent aucune nouvelle libéralité à l'enfant sur la tête duquel ils substituoient ; & avoit même été étendue à l'ayeul & à l'ayeule ; ce n'étoit qu'à l'égard des donateurs étrangers ou collatéraux qu'on ne leur permettoit pas de substituer aux biens qu'ils avoient

auparavant donnés, s'ils ne s'en étoient réservé la faculté dans l'acte même de donation : on peut voir là-dessus *Maynard*, *liv.* 5. *chap.* 34. *Dolive*, *liv.* 5. *chap.* 15. & 16. *Catellan & Vedel*, *liv.* 2. *chap.* 13. *Boutaric*, *instit. pag.* 358. & 359.

Comme ces substitutions aux biens donnés étoient contraires aux principes du Droit, on exigeoit, suivant ces mêmes Auteurs, pour les rendre valables, qu'elles fussent accompagnées tout à la fois de trois conditions.

La premiere, que la substitution fût faite, au cas que l'enfant donataire vînt à mourir sans enfans, sans faire même différence des mâles & des filles ; car il n'étoit permis de substituer aux biens donnés, en cas de décès du donataire *sine liberis masculis*, que lorsque le donateur s'étoit réservé lors de la donation le pouvoir de substituer pour la conservation de sa famille qui étoit noble ; il y avoit d'ailleurs diversité d'avis, pour sçavoir s'il étoit absolument nécessaire en substituant aux biens donnés d'exprimer la condition, *si sine liberis* ; ou s'il suffisoit qu'elle se vérifiât par l'événement, quoique *Furgole*, *quest.* 26. *sur les donations*, *n.* 36. ait décidé que cela étoit suffisant.

La seconde condition étoit que le pere donateur substituât en faveur de ses propres enfans, freres ou sœurs du donataire, ou de quelqu'un d'eux, c'est-à-dire ; *favore liberorum suorum* ; ce que l'on avoit pourtant étendu jusques-là qu'il pouvoit substituer les enfans même de son second mariage, ou l'un d'eux, quoiqu'il y eût des enfans du premier lit survivans à leur frere germain du donataire ; mais si la substitution étoit faite au profit des freres ou autres collatéraux du donateur, ou à des étrangers, elle étoit nulle & inutile.

Elle étoit nulle aussi, si elle étoit faite au profit d'un des enfans du fils donataire, parce que cela choquoit la condition, *si sine liberis* ; mais on jugeoit pourtant que l'ayeul pouvoit substituer aux biens donnés à son fils prédécédé sur la tête des enfans de sondit fils donataire, aux mêmes charges & conditions.

Enfin, la troisiéme condition étoit que la substitution fût faite nommément ou expressément auxdits biens : on jugeoit cependant que les biens donnés étoient censés compris dans une substitution vague & générale, quoiqu'en substituant le testateur n'eût point fait mention expresse des biens qu'il avoit précédemment donnés à son fils prédécédé, pourvu que le donateur

se fût réservé lors de la donation la faculté de substituer pour la conservation de son nom ou de sa famille, & qu'elle fût noble. *Vid. Dolive, liv. 5. chap. 15.*

L'on observoit au surplus les mêmes régles & conditions à l'égard des substitutions, aux institutions contractuelles ou promesses d'instituer en contrat de mariage, qui sont regardées comme des donations. *Vid. Catellan, liv. 2. chap. 13.*

C'est ainsi qu'on avoit poussé & amplifié, contre les régles, la faveur de la substitution aux biens donnés, qui n'avoit d'abord été accordée qu'au pere, en l'étendant à la mere, à l'ayeul, & même à l'ayeule, suivant l'Arrêt de préjugé rapporté dans le *nouvel Albert, lettre S. chap. 16.* en un mot on avoit porté si loin cette faculté, qu'on jugeoit qu'il n'étoit pas permis au pere, &c. d'y renoncer; & lors même qu'après s'être réservé cette liberté lors de la donation, il y avoit ensuite renoncé par acte, on n'appliquoit cette renonciation qu'à la faculté par lui réservée, & non à la faculté de substituer qu'il avoit d'ailleurs par la Jurisprudence des Arrêts, suivant le préjugé rapporté par *Boutaric, Instit. pag. 358.*

Mais tous ces passe-droits comme contraires à la Loi ont été corrigés & abrogés par l'Ordonnance des Substitutions du mois d'Août 1747, titr. 1. art. 13. qui porte que les biens qui auront été donnés par un contrat de mariage ou par une donation entre-vifs, sans aucune charge de substitution, ne pourront en être grévés par une donation ou disposition postérieure, encore qu'il s'agisse d'une donation faite par un pere à ses enfans, que la substitution comprenne expressément les biens donnés, & qu'elle soit faite en faveur des enfans ou descendans du donateur ou du donataire.

L'article 15. de la même Ordonnance ajoute qu'il ne sera pas même permis de substituer après coup aux biens donnés, quand bien on s'en seroit réservé la faculté lors de la donation, & que cette réserve sera regardée à l'avenir comme nulle & de nul effet, parce qu'effectivement il paroît que ce seroit donner & retenir.

Elle excepte seulement par l'article 16. les dispositions par lesquelles le donateur feroit une nouvelle libéralité au donataire, soit entre-vifs, ou à cause de mort, sous la condition expresse que les biens qu'il lui avoit précédemment donnés, demeurerroient chargés de substitution; auquel cas si le donataire accepte la nouvelle libéralité à lui faite sous ladite condition, elle veut même qu'il ne lui soit plus permis de diviser les deux dispositions faites à son profit, ni de renoncer à la seconde pour s'en tenir à la premiere: ce qui est conforme à la doctrine de *Maynard, liv. 6. chap. 5. & de Graverol sur La Roche, liv. 2. verb. mariage, art. 46.* sur quoi on peut voir aussi *Catellan, liv. 2. chap. 13.*

Elle excepte encore dans l'article 18 les donations faites entre mari & femme durant le mariage, ou faites par un pere à un enfant non émancipé, autrement que par un contrat de mariage; parce qu'en effet ces sortes de donations, comme je l'ai dit ailleurs, n'étant considérées que comme des donations à cause de mort, & parconséquent révocables de la part du donateur jusqu'à son décès, elles ne doivent pas être traitées comme les donations entre-vifs & parfaites, & qu'ainsi elles peuvent être chargées après coup de substitution, même en faveur d'un étranger.

TITRE XXIV.

De singulis Rebus per Fideicommissum relictis.

Potest quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, argentum, vestem, &c.

CONFORMEMEMT à ce texte, on jugeoit dans cette Province que les meubles & effets mobiliers pouvoient être substitués & fidéicommissés comme les immeubles, nonobstant l'article 125 de l'Ordonnance de 1629 qui n'étoit pas observée à cet égard, & l'on y suivoit la liberté naturelle & le Droit Romain, suivant lequel toutes choses, soit meubles ou immeubles, soit les droits & actions, pouvoient être compris dans une substitution. *Leg. 30. §. 1. ff. ad Trebellianum.*

L'Ordonnance concernant les Substitutions du mois d'Août 1747, titr. 1. art. 3. & suiv. a permis aussi la substitution des choses mobiliaires, rentes, offices, deniers comptans, droits & effets mobiliers, ainsi que des immeubles, voulant que toutes ces choses pussent être comprises dans les substitutions universelles.

continuation du sommaire du titre 13.

nous avons deja parlé de la quarte trebellianique qui est celle que l'heritier grevé de fideicommis peut retenir. elle est a peu pres assimilée a la falcidie dont nous avons parlé precedemment.

les enfans qui tiennent le premier degré sont exempts d'imputer sur leur quarte les fruits qu'ils ont perçus avant l'echeance du fideicommis, il n'en est pas de meme des heritiers etrangers qui doivent supporter cette imputation a proportion de leur jouissance et il y a des arrets qui ont jugé que la quarte etoit absorbée a leur egard par une jouissance de dix années. il en est de meme pour la falcidie.

l'heritier grevé de fideicommis ne peut retenir la quarte que deduction faite des dettes de l'heredité, frais funeraires anterieures et legitimes. mais il la retient sur les legats dont le payement est toujours a la charge du substitué.

par la restitution du fideicommis les actions passent sur la tete du substitué, c'est contre celui ci que les creanciers doivent agir. et quand aux interets qui ont couru avant la remise du fideicommis on laisse aux creanciers la liberté d'agir ou contre l'heritier grevé, ou contre le substitué, sauf le recours de ce dernier contre l'heritier.

l'empereur [illegible] Alexandre loy faite l'heritier grevé qui n'a requis que la quarte qui lui est due ne peut demander le supplement cependant plusieurs arrets ont jugé que ce privilege n'etoit qu'une espece de prohibition tacite de la quarte.

la somme ainsi laissée a l'heritier grevé est assimilée a un legat, et doit lui parvenir quitte de toutes charges.

au tu plus on juge quelquefois fait. l'heritier grevé doit être compris dans le fideicommis à moins que le testateur n'ait dit expressement qu'il le laissoit à l'heritier pour en faire ses plaisirs et volontés.

l'inventaire fait par l'heritier grevé sert aussi au fideicommissaire. mais s'il n'en a point été fait le fideicommissaire doit y faire proceder a [illegible] dans le delai prescrit par l'ordonnance a compter du jour que l'heredité lui a été remise.

nous avons deja parlé de la clause codicillaire en vertu de laquelle les testamens auxquels elle est apposée valent comme codicille s'ils ne peuvent valoir comme testamens, pourvu toutefois qu'on ait rempli les formalités necessaires aux codicilles.

les substitutions fideicommissaires pouvoient être faites chez les romains a perpetuité.

en france depuis l'ord. de 1747. art. 30. et suiv. toutes substitutions par contrat ou par testament ne peuvent s'etendre au delà de deux degrés de substitués outre celui qui le premier a recueilli les biens du donateur ou du testateur.

la meme ordce determine que les degrés se compteront par tete et non par generations.

la meme ord. determine que quand la substitution est faite au profit de plusieurs personnes appellées conjointement, la part et portion que l'un d'eux a recueilli suffit pour former un degré.

l'acceptation expresse ou tacite d'un des substitués compte pour un degré. il n'en est pas de meme quand ils repudient.

les substitutions doivent etre publiées aux audiences et enregistrées au greffe du senechal ou autre juge ressortissant nuement au parlement, tant du lieu ou sont situés les biens substitués, que du domicile de celui qui les a faites.

cette publication doit se faire dans le delai de six mois.

les actes d'emploi et de remploi des deniers provenant de la vente des effets substitués doivent aussi être publiés.

l'heritier qui est grevé de fideicommis avec la faculté de remettre le fideicommis a celui qu'il voudra elire ne peut plus varier lorsqu'il a fait election de quelqu'un dans un contrat de mariage, ou par donation entre vifs. ord. de 1736.

lorsque le testateur a chargé son heritier de rendre le fideicommis aux enfans d'un tel, v.g. on juge que l'heritier peut choisir celui des enfans qu'il veut quand au contraire le testateur a nommé ceux qu'il vouloit appeller au fideicommis l'heritier est obligé de leur remettre.

Liber 14.

De singulis reus pagi de communibus reliquis.

Tenuit Dna una Lathbrithin uxor Alla commendata ei
mundeburdium filius David comprehendit a Gaherwy
Bucan & Leofflaed mater Eius, adhuc integra quinque
cotsetos de Sancto Germano. ~~adhuc jacet in Ecclesia de~~
ora. de 1145.
Lathbrithin habet tertiam de omnibus, et alias
omnes Eius consuetudines &c. et habet tertium diem ad
ipso comitatu Regis.
Lewinus et Gerwaldus Presbyter tenuerunt terram
in Dominio.
Ecclesia de Sancto Germano
Ora. Iust. Chenge dicunt. Ecclesia Iulius quiet
ab omni. Gualterus et Walgwinus Sacerdotes ad
Alterage. quod Bernardus de Sancto Remigio et Alfricus Ca-
tholicus et Willelmus. assendunt. Ecclesia Sancti
Germani de Alverstone.

ou faites par forme de quotité ; mais en même tems elle a ordonné que le grévé seroit tenu de faire vente & emploi du prix des effets mobiliers & des deniers comptans, tout comme du prix des offices & rentes constituées, en cas de vente, suppression, ou remboursement.

Elle a même défendu la substitution particuliere des meubles, droits & effets mobiliers, si le substituant n'en ordonnoit ladite vente & emploi, & n'a excepté que les bestiaux & ustenciles servans à la culture des terres, lesquels elle a voulu être censés compris dans les substitutions même particulieres desdites terres, à la charge seulement de faire priser & estimer lesdits cabaux, pour en rendre d'une égale valeur lors de la restitution du fidéicommis ; elle a encore excepté les meubles & autres effets mobiliers servans à l'usage ou ornement des châteaux ou maisons, pour être conservés en nature, pourvu que le substituant l'ait ainsi ordonné, & être rendus de même en nature lors de l'échéance du fidéicommis : on peut voir tout cela plus au long dans ladite Ordonnance.

Du reste, la vente & l'emploi ou le remploi prescrit par cette Ordonnance rendent assez inutile le bail de caution auquel tout héritier grévé comparé à un usufruitier se trouvoit soumis par le Droit Romain, suivant le titre du Digeste, *ut legatorum seu fideicommissorum servand. causa caveatur*, & le titre du Code, *ut in possess. legator.* cependant ce bail de caution n'étoit pas exercé à la rigueur ; & l'on en usoit à l'égard des héritiers grévés au sujet dudit bail de caution, tout comme on en use encore à l'égard des usufruitiers, & en la maniere que nous l'avons déja expliqué sur le §. 2. du Titre *de usufructu.*

§. 1. *Potest autem non solùm proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed & hæredis, aut legatarii, &c. hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur restituere, quàm ipse ex testamento ceperit, &c.*

Un héritier ou un légataire ne peut pas être chargé régulierement par le testateur de rendre au-delà de la libéralité qu'il en a reçue, parce qu'on ne peut disposer que de son bien, & non de celui d'autrui, comme l'observe *Vinnius* sur ce paragraphe, & qu'une libéralité ne doit pas être onéreuse à celui envers

envers lequel elle est exercée ; ce qui néanmoins demande quelque explication.

1°. On peut être chargé de rendre au-delà même de ce qu'on a reçu du testateur, quand la restitution étant différée à un certain tems on a retiré quelque profit de la libéralité ; comme, par exemple, lorsque celui à qui il a été légué mille écus, a été chargé d'en rendre à sa mort deux cens, ou que celui à qui un fonds a été légué, a été grévé de le rendre à sa mort, ou autre tems, & de bailler encore une somme au substitué : car dans ce cas, & autres semblables, le fidéicommis vaut non seulement pour le principal de la libéralité reçue du testateur, mais encore à concurrence des fruits ou émolumens que le grévé a perçus de la chose léguée dans l'intervale, quoique ces fruits lui appartiennent, sans toutefois qu'il puisse être jamais tenu de rendre au-delà de la valeur desdits fruits, mais seulement à concurrence. *Vid. Vinnius, hic. Duperier, liv. 3. chap. 3. in princip.*

Cela est sans difficulté, quand le grévé est un étranger ou un collatéral & non descendant du testateur ; mais on a douté s'il en doit être de même à l'égard des enfans du testateur, & si le fidéicommis dont ils ont été chargés sur leur propre bien au-delà de ce qu'ils ont reçu, vaut à proportion des fruits ou intérêts qu'ils ont perçus de ce que le pere leur a laissé : *Duperier, liv. 3. chap. 3.* après une longue dissertation décide pour la négative, & *Catellan, liv. 2. chap. 30.* enseigne aussi qu'il faudroit pour cela une volonté bien marquée de la part du pere, comme s'il avoit dit expressément qu'il ne leur donnoit les fruits qu'en représentation de leur propre bien qu'il les chargeoit de rendre, & que sans cela il ne leur auroit pas donné la jouissance de son bien ; il ajoute que dans ce cas les enfans pourroient être obligés de rendre leur propre bien, mais à concurrence seulement de la valeur des fruits par eux perçus des biens du pere, & qu'il faudroit même en distraire les fruits de leur légitime & de la trébellianique dûe auxdits enfans.

2°. Lorsqu'un héritier ou légataire majeur de 25 ans, soit enfant, ou étranger, a reçu du testateur une libéralité sous la charge ou condition expresse de rendre son propre bien, si cette libéralité & la charge qui y a été imposée, ne consistent pas l'une & l'autre en une même quantité, mais peuvent au contraire recevoir une estimation d'affection, de choix, ou de préférence, comme, par

exemple, si la libéralité est d'un fonds ou d'un héritage, à la charge de bailler une somme de deniers ou un autre fonds qui nous appartient, ou bien si le legs est d'une somme, à condition de bailler à un tiers un fonds qui nous est propre; alors si le légataire ou l'héritier accepte la libéralité qui lui a été ainsi faite, il est obligé par son acceptation d'exécuter le fidéicommis en entier, quoique son propre bien qu'il doit rendre, vaille davantage que ce qu'il a reçu, parce qu'il est censé avoir donné lui-même par son acceptation une estimation à la charge qui lui a été imposée, & avoir préféré la libéralité à la charge, *Leg.* 70. §. 1. *ff. de legat.* 2°. & tout cela paroît assez conforme à la disposition de l'Ordonnance des Substitutions de 1747, titr. 1. art. 16.

C'est aussi sur ces principes qu'est fondé l'Arrêt qu'on lit dans *Catellan, liv. 2. chap.* 21. par lequel il fut jugé qu'une fille instituée héritiere par son pere, à la charge nommément de ne rien prétendre à la succession de sa mere encore vivante, ayant accepté l'hérédité du pere, n'avoit pu succéder ensuite *ab intestat* à la mere, & la succession maternelle fut entiérement adjugée à son frere.

On n'excepte que l'héritier ou légataire mineur, lequel en est quitte en rendant la libéralité ou le legs, parce que son acceptation n'a pu le lier, & qu'il s'en fait relever. *Leg.* 33. *ff. de minoribus.*

Nous pouvons observer que suivant la Novelle 108. *cap.* 1. d'où a été prise l'authentique *contra cùm rogatus, cod. ad Trebell.* un héritier qui n'est grévé de rendre l'hérédité qu'en l'état où elle se trouvera à sa mort, ou ce qu'il aura de reste de l'hérédité à son décès, peut aliéner jusqu'aux trois quarts de ladite hérédité, & ne laisser au substitué que le quart restant, pourvu toutefois qu'il ait aliéné & disposé des biens, de bonne foi, & non en intention d'anéantir le fidéicommis. Il y a pourtant un Arrêt du Parlement de Toulouse du 1 Août 1732 rendu après partage, qui ne s'est pas conformé à cette décision: Jean Vayssiere avoit institué héritiere Marguerite Vidal, sa femme, pour de son hérédité faire & disposer à ses plaisirs & volontés, à la charge seulement de rendre son hérédité en l'état qu'elle se trouveroit à la fin de ses jours à Jacques & Pierre Vayssiere, ses freres; les substitués demanderent à l'héritier de Marguerite Vidal le remplacement d'une partie de 856 liv. qu'elle avoit

levé des biens délaissés par le testateur: il fut jugé qu'il devoit remplacer cette somme, & que la clause du testament, quelqu'ample qu'elle fût pour l'héritiere grévée, n'avoit pu lui donner le droit de diminuer sans nécessité les biens substitués, mais seulement la dispenser de rendre compte ou de représenter les mêmes effets: la clause dont il s'agit, est assez usitée dans les testamens entre mariés; cependant on n'a pas prétendu en France qu'elle laissât la liberté de disposer des trois quarts de l'hérédité au préjudice du substitué, comme le permet la Novelle citée; on crut que cela seroit trop dangereux pour les conséquences. Voyez la Loi 54. *ff. ad Trebellianum.*

§. 3. *Verba autem fideicommissorum hæc maximè in usu habentur, peto, volo, rogo, mando, fidei tuæ committo.*

Nous avons déja dit ailleurs que les substitutions fidéicommissaires peuvent se faire non seulement par paroles obliques de priere, de charge, ou d'injonction, mais même en tous autres termes même directs, pourvu qu'ils démontrent suffisamment la volonté que le testateur a eu de faire un fidéicommis, suivant la Loi 2. *cod. communia de legatis*, comme, par exemple, quand il a dit, *je substitue à mon héritier un tel*, ou bien, *je suis assuré, je désire, je ne doute point, je veux, je me confie que mon héritier rendra à un tel, &c.* sur quoi on peut voir l'Arrêt rapporté par *Catellan, liv. 2. chap.* 9. Voyez aussi *Ricard, des substitut. chap.* 7. *part.* 1.

Mais des simples termes de recommendation ou de pur conseil ne sont pas suffisans pour établir un fidéicommis, *Maynard, liv.* 5. *chap.* 82. *Cambolas, liv.* 1. *chap.* 18. quoi qu'en dise *Albert, lettre T. art.* 22.

TITRE XXV.

De Codicillis.

DANS les Pays Coûtumiers on ne fait point de différence entre les testamens & les codiciles, ou plutôt les testamens n'y sont, à proprement parler, que des codiciles, parce que l'institution d'héritier qui fait le caractere & l'essence du testa-

titre 25. De codicilles.

les codicilles ont lieu en pays de droit escrit et sont des actes moins solennels que les testaments.

on peut faire un codicille sans faire de testament, et l'heritier ab intestat est tenu d'executer les conditions imposées dans le codicille.

on peut faire un codicille avant ou après un testament. et le codicille anterieur vaut s'il n'a pas été revoqué par le testament.

cependant les codicilles anterieurs et posterieurs se rapportent a un testament s'il en existe un, et leur validité depend de celui de celui-ci.

lequel on sçait un codicille peut suppléer un testament nul par quelque defaut de formalité dans ce dernier.

on ne peut par un codicille instituer un heritier, ni priver celui qu'on avoit institué par un testament ou dont les habilités ou droits ont été conservés par les lois.

on peut y frauder les lois.

le codicille peut être fait en solemnité ditici l'empereur. en France on exige quelque uns celle que la prétend exiger temoins suivant l'ord. de 1735. et de 45. suivant le statut de montpellier.

on peut faire plusieurs codicilles valables en moins que
les héritiers réclament le contraire.

ment en Pays de Droit Ecrit, n'a pas lieu dans les Pays de Coûtume ; & y est inutile pour la validité de la disposition ; de-là vient qu'on n'y nomme que des légataires universels pour les biens dont la Coûtume permet de disposer : ensorte que, quand même le légataire universel seroit qualifié d'héritier, cela n'empêcheroit pas que le plus proche parent ne fût d'abord saisi de l'hérédité ; & que ce ne fût à ce plus proche successeur légitime que la délivrance du legs universel dût être demandée ; mais dans les Pays régis par le Droit Ecrit on suit la distinction que Justinien fait dans ce Titre d'entre les testamens & les codiciles : ceux-ci sont en effet des actes moins solemnels, & une maniere de disposer différente des testamens.

§. 1. *Non tantùm testamento facto potest quis codicillos facere, sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest, &c.*

Suivant ce qui est dit dans ce paragraphe, on peut non seulement faire des codiciles après avoir fait un testament, mais on peut aussi faire un codicile *ab intestat* & indépendamment de tout testament, la Loi faisant subsister alors cet acte par soi-même, en feignant que l'héritier *ab intestat* est institué héritier, & que les dispositions y contenues sont prises de sa main. *Leg.* 16. *ff. de jure codicillorum.*

Ce texte enseigne aussi qu'on peut faire un codicile avant de faire testament, tout comme après avoir fait testament, & que quoique ce codicile antérieur n'ait pas été confirmé par le testament subséquent, cependant il subsiste & vaut, s'il n'a pas été révoqué en tout ou en partie par le testateur.

Aussi les codiciles faits par une personne qui a testé, soit avant, soit après son testament, s'y rapportent & en reçoivent leur force ; d'où il arrive que quand le testament est nul, il entraîne aussi la nullité du codicile, soit antérieur, soit postérieur, qui en est regardé comme une partie & une dépendance. *Vid. Vinnius, hic. Peresius, en son Code, tit. de codicillis, n.* 5. *Ricard, tom.* 1. *part.* 1. *chap.* 5. *sect.* 3. *n.* 1408.

On a demandé si un testament nul par quelque défaut de formalité ne peut pas être confirmé par un codicile postérieur, quoique les mêmes dispositions n'y soient pas répétées. *Ricard, tom.* 1. *part.* 1. *chap.* 9. *sect.* 9. *n.* 1619. a cru que non, de même qu'*Henris, tom.* 1. *liv.* 5. *quest.* 5. *de l'édit. de* 1708. où il ajoute

que les légats même portés par un tel codicile, comme dépendant du testament, ne sont point dûs ; cependant leur opinion est contraire à la Loi 2. §. *ult. ff. de jure codicillorum*, & à la Loi 1. *cod. de codicillis*, de même qu'à l'Arrêt rapporté par *Soefve, tom.* 2. *cent.* 3. *chap.* 40. & c'est contre leur avis que la question a été même jugée par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 13 Septembre 1727, au rapport de M. La Roque : car il faut donner à un codicile qui confirme le testament précédent, quoiqu'en général & sans en répéter les dispositions, le même effet qu'à une clause codicillaire insérée dans un testament.

§. 2. *Directò codicillis hæreditas neque dari neque adimi potest, sed per fideicommissum jure relinquitur.*

On ne peut pas dans les régles ni laisser ni ôter une hérédité directement que par un testament, & non par un codicile, cela n'est permis qu'à l'homme de guerre, *Leg.* 36. *ff. de testamento militis* ; cependant cette différence des testamens & des codiciles se réduit à peu de choses, par plusieurs raisons.

La premiere, parce qu'il n'y a presque point de testament fait en Pays de Droit Ecrit qui ne contienne la clause codicillaire, au moyen de laquelle le testament qui ne peut valoir comme testament par quelque défaut de formalité ou à cause de la caducité de l'institution héréditaire, vaut néanmoins comme codicile, ainsi que nous l'avons observé sur le Titre *de fideicommiss. hæredit.* §. 10. ensorte que, malgré le défaut des formalités nécessaires, les successeurs légitimes sont censés privés, en vertu de ladite clause codicillaire, de rendre l'hérédité sans délai à l'héritier institué, en retenant toutefois la quarte.

De même dans un codicile fait avec le nombre de cinq témoins qui y est requis, & où on aura fait une institution directe, cette institution se convertira en fidéicommis ; & les successeurs *ab intestat* seront également censés chargés de rendre l'hérédité à cet héritier, en distrayant la quarte, *Leg.* 13. §. 1. *ff. de jure codicill. Vinnius, hic, n.* 39. *in fine.*

La seconde raison consiste en ce qu'un acte qualifié même de codicile & contenant institution d'héritier, mais dans lequel on trouvera les formalités requises pour les testamens, vaudra même comme testament en faveur de l'héritier institué, & sans détraction de quarte pour les successeurs légitimes ; la

qualification donnée à l'acte étant alors très-indifférente, *Leg.* 14. *cod. de testam.* & *Godefroy*, *ibid. non enim codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio & exhæredatio probant evidenter*, *dict. Leg.* 14.

Enfin, la derniere raison est prise de ce qu'on peut même donner une entiere hérédité par un codicile, & y faire tout ce qu'on pourroit faire par un testament, n'y ayant pour cela qu'à prohiber la quarte trébellianique, c'est-à-dire, charger l'héritier institué dans le précédent testament, s'il en a été déjà fait un, ou les successeurs *ab intestat*, de rendre l'hérédité sans aucune détraction de quarte, puisqu'en effet la quarte peut être prohibée par un codicile, ainsi que nous l'avons montré ci-devant sur le Titre *de Lege Falcidia*, *in princip.*

Neque conditionem hæredi instituto codicillis adjicere, &c.

On ne peut pas, suivant ce texte, lorsqu'un héritier a été purement institué; ajouter par des codiciles une condition à cette institution, parce qu'en le faisant on lui ôte directement l'hérédité en défaut de ladite condition; & lorsque par un testament on a institué un héritier sous certaine condition, on ne peut pas ôter cette condition par un codicile, parce que c'est lui donner purement l'hérédité qu'il n'auroit pas euë, si ladite condition étoit venue à manquer.

Tout cela n'est pas néanmoins sans quelque difficulté, suivant nos mœurs & nos usages, d'autant mieux que par le Droit des Novelles on peut même prohiber la quarte par un codicile, ainsi que nous venons de le dire, & ôter ainsi le quart de l'hérédité. Aussi j'ai vu décider en Consultation, qu'un pere qui avoit institué son fils aîné par son testament, & au cas de décès sans enfans lui avoit substitué son second fils, avoit pu valablement par un codicile postérieur changer totalement cette condition, & substituer à ce fils aîné qui n'avoit que des filles de son mariage, son second fils, au cas que cet aîné vînt à mourir sans enfans mâles; il est vrai que ce texte ne parle pas précisément du changement de la condition.

On trouve encore dans l'*ancien Albert*, *verb. testament*, *art.* 37. & dans le *nouveau*, *lettre T. chap.* 17. un Arrêt qui jugea qu'un pere, après avoir institué par son testament les posthumes dont sa femme étoit enceinte, laquelle accoucha d'une fille, & quel-

que tems après d'un garçon, ensorte que l'institution héréditaire se rapportoit à tous les deux, avoit pu néanmoins par un simple codicile fait vingt années ensuite, & dans lequel il avoit même confirmé son testament, expliquer cette institution, ou donner l'entiere hérédité à son fils, en léguant simplement quelque chose à sa fille.

Aussi paroît-il par les articles 11 & 12 du titre 1 de l'Ordonnance des Substitutions de 1747, qu'il n'y a proprement que les institutions ou substitutions contractuelles dont les clauses ne peuvent être révoquées ni changées, augmentées ou diminuées par aucune disposition ou même convention postérieure.

§. 3. *Codicillos etiam plures quis facere potest.*

Une personne ne peut pas faire plusieurs testamens qui soient également valables, car le dernier testament parfait révoque de plein droit le premier, §. 2. *instit. quibus modis testam. infirm.* au lieu qu'elle peut faire plusieurs codiciles différens & tous valables, fauf à ce qui seroit dérogé aux précédens par les derniers, *Leg.* 6. §. 1. *ff. de jure codicillorum*, *Leg.* 3. *cod. de codicillis*; mais dans les Pays Coûtumiers, les testamens n'étant que des codiciles, une même personne peut y faire plusieurs testamens qui aient leur effet, si ce n'est qu'ils fussent directement contraires, comme s'il y avoit des légataires universels différens, ou que le postérieur révoquât expressément le premier.

Et nullam solemnitatis ordinationem desiderant.

On ne peut pas dire absolument que le codicile ne requiert aucune solemnité, quoiqu'on y en exige moins qu'aux testamens, puisque, suivant le Droit, il faut que le codicile soit fait avec cinq témoins qui le signent en même tems *& uno contextu*, *Leg.* [illegible] *ult.* §. *ult. cod. de codicillis*; & c'est à ce propos que l'article 14 de l'Ordonnance des Testamens de 1735 porte que la forme qui a eu lieu jusqu'à présent à l'égard des codiciles, continuera d'être observée, & qu'il suffira qu'ils soient faits en présence de cinq témoins, y compris le Notaire ou Tabellion, ce qui indique en même tems qu'ils ne peuvent être faits & retenus que par écrit, & qu'on n'en recevroit pas la preuve vocale, comme prohibée par l'art. 1. de ladite Ordonnance, quoique la preuve

par témoins en fût auparavant reçue ; ainsi que l'observe *Graverol sur La Roche*, *liv.* 4. *verb. testament*, *art.* 15. il faut même que la date des jour, mois & an, y soit exprimée, à peine de nullité, suivant les art. 38 & 47 de la même Ordonnance.

On jugeoit encore ci-devant que le Notaire pouvoit servir aussi de cinquiéme témoin dans les codiciles, ce qui est confirmé par l'art. 14 de ladite Ordonnance déja citée.

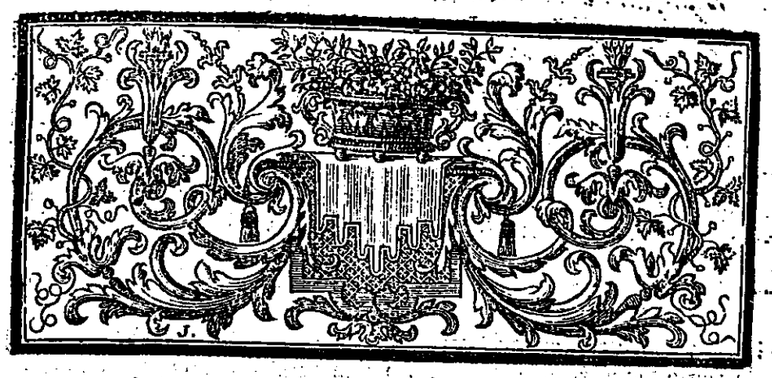
On jugeoit de plus que les femmes pouvoient être témoins aux codiciles, *Dolive*, *liv.* 5. *chap.* 3. mais aujourd'hui il faut tenir le contraire depuis l'Ordonnance de 1735, art. 40, qui parlant en général des témoins, exige qu'ils soient mâles, & cet article 40 n'est qu'une suite de l'article 39, où il est parlé de tous les actes à cause de mort où la présence des témoins est nécessaire.

Du reste, l'article 14 déja cité a déclaré néanmoins n'entendre pas déroger aux Statuts ou Coûtumes des lieux qui exigent moins de cinq témoins aux codiciles, comme à Montpellier où le Statut n'en requiert que trois pour toute sorte de dispositions à cause de mort ; & à Toulouse où la Coûtume n'en exige que deux.

On peut remarquer en finissant que quoique le testament fait par le fils de famille ne soit pas valable, bien qu'il devienne *sui juris*, le codicile qu'auroit fait le fils de famille, vaut, s'il décéde *sui juris*, parce que n'ayant pas révoqué le codicile, il est censé avoir persévéré dans cette volonté jusqu'à la mort, & que les codiciles valent presque sans solemnité par la seule volonté du codicillant. *Leg.* 1. §. 1. *ff. de legat.* 3°.

Fin du Livre second.

LES



LES INSTITUTIONS DU DROIT FRANÇOIS,

SUIVANT L'ORDRE DE CELLES DE JUSTINIEN,

Accommodées à la nouvelle Jurisprudence, divisées en quatre Livres.

LIVRE TROISIÉME.

TITRE PREMIER.

De Hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur.

NOUS venons de dire sur le Titre *de codicillis*, que dans les Pays Coûtumiers la succession légitime ou légale est toujours la premiere en ordre ; cela fondé sur la régle prise de l'article 318 de la Coûtume de Paris, où il est dit que *le mort saisit le vif, son hoir plus proche & habile à lui succéder*, ensorte que les légataires même universels sont obligés de demander la délivrance de leurs legs aux successeurs légitimes.

qui sont saisis tout d'abord de la succession ; d'autant mieux que les Coûtumes ne permettent de disposer par testament ou autre acte de derniere volonté que d'une certaine quantité & qualité de biens : celle de Paris, par exemple, en l'article 292, ne permet de disposer par testament que de ses biens meubles, acquêts & conquêts immeubles, & de la cinquiéme partie de ses héritages propres ; & ainsi des autres Coûtumes qui restraignent, les unes plus, les autres moins, la liberté de tester.

Dans les Pays de Droit Ecrit au contraire la succession légitime ne vient qu'après la testamentaire, parce qu'il est libre d'y disposer par testament de tous ses biens comme l'on veut ; que la régle, *le mort saisit le vif*, y a lieu aussi bien à l'égard de l'héritier testamentaire qu'à l'égard des successeurs légitimes, *Ferrieres, in quæst.* 496. *de Guypap. Fernand, ad Legem naturaliter, præfat.* 3. *n.* 27. & que ce n'est qu'à défaut de testament, ou quand une personne a fait un testament qui ne peut être valable, que la succession est déférée à ses plus proches héritiers du sang.

C'est de ces successions légitimes dont il est parlé dans ce Titre & dans les suivans, qui ont été pourtant presqu'entiérement changées à cet égard, de même que les Loix du Digeste & du Code concernant la maniere de succéder, par l'Empereur Justinien lui-même dans sa Novelle 118, laquelle sert aujourd'hui de régle en cette matiere dans les Provinces de Droit Ecrit. Les successions sont distinguées en trois classes ou trois ordres : la premiere est la succession en ligne directe descendante, la seconde est la succession directe ascendante, & la troisiéme est la succession collatérale ; mais avant de parler en détail de ces trois ordres de succession, il est bon de dire un mot des incapacités générales qui excluent du droit de succéder.

En premier lieu, on tient pour incapable de succéder toute personne qui se trouve condamnée à mort civile, même par défaut & par contumace, lors de l'ouverture de la succession à laquelle elle se trouve appellée : il est vrai que si elle se représente pour se justifier, c'est comme s'il n'y avoit jamais eu de condamnation, & son absolution ou son relâxe a même un effet rétroactif pour les successions qui lui avoient été déférées pendant la contumace ; mais si cette personne meurt sans s'être représentée, & que ses parens ou autres parties intéressées ne purgent pas sa mémoire, elle est réputée morte civilement du

jour de l'exécution figurative de la Sentence : il faut voir ce que nous avons dit plus au long à ce sujet sur le §. 10. du Titre *de nuptiis* au Livre premier.

Catellan, liv. 2. *chap.* 68. observe seulement, que quoiqu'il soit vrai que l'absolution du condamné par défaut ait un effet rétroactif pour les successions à lui échues durant la contumace & depuis qu'il étoit mort civilement, la prescription du crime par vingt ans ou bien par trente ans, lorsqu'il y a eu exécution figurative, n'a pas le même effet, parce que, si bien qu'elle mette le prévenu à couvert de toute poursuite par le moyen de l'exception que le tems lui fournit, elle n'est pas pourtant une preuve de son innocence.

Mais on tient communément que le condamné par contumace à mort naturelle ou civile, qui par la prescription se trouve à couvert de la peine, recouvre pour l'avenir la capacité de succéder & les effets civils. *Vid. La Peyrere, lettre S. n.* 212.

En second lieu, les personnes qui ont fait profession expresse de la Vie Religieuse, ne sont pas non plus capables de succéder : car outre que nous n'observons pas l'authentique *ingressi, cod. de sacrosanct. Eccles.* qui privoit les parens de celui qui entroit en Religion de lui succéder, en appliquant sa succession au Monastere, *Cambolas, liv.* 1. *chap.* 30. *Duranti & Ferrieres, quæst.* 6. nous n'observons pas non plus la Loi *Deo nobis* 56. *cod. de Episc. & Cleric.* qui déclaroit les Moines capables de succéder : au contraire par la Coûtume générale de France les Religieux Profès quels qu'ils puissent être, soit Chevaliers de Malthe, ou autres, ne peuvent pas succéder à leurs parens, ni le Monastere pour eux ; c'est même la disposition de l'article 337 de la Coûtume de Paris. *Cambolas, dict. loc. Ricard, tom.* 1. *part.* 1. *chap.* 3. *sect.* 5. *n.* 305. *& suiv. Le Brun, des succes. liv.* 1. *chap.* 2. *sect.* 2.

La sécularisation des Monasteres & Abbayes n'empêche pas même que les Religieux, qui par ce moyen sont faits Chanoines, ne demeurent toujours incapables des successions & des autres effets civils ; il n'y a que ceux qui sont institués après la Bulle de Sécularisation publiée, qui jouissent, quant aux effets civils, de l'effet de la sécularisation, *Ricard, ibid. n.* 3. & 318. un Religieux même fait Evêque est incapable de succéder, quoique d'un autre côté ses parens au contraire lui succédent aux biens qu'il a acquis depuis sa promotion à l'Episcopat, & c'est-là un

des cas esquels on succéde à celui qui ne peut pas nous succéder, *Ricard & Le Brun, dict. loc.* d'où le même *Ricard* conclut que le Religieux fait Evêque peut même disposer par donation ou par testament des biens qu'il a acquis du revenu de ses Bénéfices.

Nous tenons aussi pour une maxime constante dans ce Royaume que les plus proches parens des Gens d'Eglise & Ecclésiastiques séculiers leur succédent en défaut de testament ou autre disposition, suivant l'art. 336 de la Coûtume de Paris, & qu'ils leur succédent même aux biens acquis des fruits de leurs Bénéfices, & aux arrérages de ces mêmes fruits échus durant leur vie ou pendans lors de leur décès, au *pro ratâ* du tems que le Bénéficier défunt a servi dans l'année dudit décès, ainsi que nous l'avons remarqué sur le §. 36. *de rerum divisione* au Livre second. *Vid. Ferrieres, in quæst.* 110. *de Guypap.*

Pareillement les Ecclésiastiques séculiers qui ne sont liés par aucuns vœux, peuvent succéder à leurs parens aussi-bien que tester, *Le Brun & Ricard, dict. loc.* même les Prêtres de l'Oratoire peuvent succéder, parce que c'est une Société de personnes qui sortent de leur Congrégation quand il leur plaît, qui sont capables des effets civils, & le droit de pouvoir posséder des biens & de succéder leur a été accordé par deux Déclarations du Roi Louis XIII. de 1611. & de 1629.

Il a été rendu à l'égard des Peres de la Congrégation de la Doctrine Chrétienne une Déclaration ou Lettres Patentes du mois de Septembre 1726, qui portent que ceux qui ayant fait leurs vœux dans cette Congrégation, en seront congédiés avant l'âge de vingt-cinq ans accomplis, pourront rentrer dans tous leurs droits, mais sans restitution des fruits jusqu'au jour de leur demande; mais à l'égard de ceux qui en sont congédiés après l'âge de vingt-cinq ans complets, ils ne peuvent recueillir aucunes successions directes ou collatérales. Il y a sur ce sujet une autre Déclaration du 16 Juillet 1715 concernant les Jésuites.

En troisiéme lieu, les étrangers ou aubains non naturalisés sont non seulement exclus de disposer à cause de mort des biens qu'ils ont en France, comme nous l'avons déja dit sur le §. 5. du Titre *quibus non est permissum facere testam.* mais ils sont également exclus & incapables de succéder en France à leurs parens ou autres régnicoles.

Cependant quand un étranger, quoique non naturalisé, a des

enfans légitimes, nés & résidans en France où il s'est marié; ces enfans lui succédent, tout comme ils peuvent être par lui institués héritiers, *Vid. Maynard, liv.* 5. *chap.* 80. *n.* 6. *Cambolas, liv.* 3. *chap.* 27. *Bacquet, du droit d'aubaine, part.* 4. *chap.* 32. *Brodeau sur Louet, lettre A. chap.* 16. il y a plus de difficulté, suivant ces mêmes Auteurs, à l'égard des simples parens de l'étranger, quoique nés & demeurans en France; toutefois *Brodeau, ibid.* & quelques autres leur donnent le même privilège qu'aux enfans dans certaines circonstances.

Le François qui est allé s'établir sans permission du Roi en un Pays étranger, dans le dessein d'y faire une perpétuelle demeure, perd aussi le droit de cité, & parconséquent il perd non seulement le droit de tester des biens qu'il a en France, mais encore celui de succéder à ses parens régnicoles, soit *ab intestat*, ou par testament; & au contraire ce sont ses plus proches parens qui profitent des biens qu'il délaisse dans le Royaume: sur quoi, voyez *Louet & Brodeau, dict. loc. Bacquet, du droit d'aubaine, chap.* 38. *Le Brun, des success. liv.* 1. *chap.* 2. *sect.* 4.

Les Sujets du Roi qui ont même quitté le Royaume pendant les troubles pour cause de Religion, ou leurs enfans qui ne sont pas revenus en France dans les délais accordés par les Déclarations du Roi, ont été exclus des biens qu'ils avoient quitté dans le Royaume, de même que d'avoir part aux successions échues pendant le tems de leur absence. Cela a été jugé en dernier lieu par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 28 Janvier 1733: il en est autrement à l'égard des successions qui leur sont échues depuis leur retour, leur serment de fidélité & leur abjuration. Voyez *les Déclarations du Roi des* 29 *Décembre* 1698, 27 *Octobre* 1725, *& autres Edits & Déclarations concernant ceux de la Religion Prétendue Réformée.* Mais revenons présentement à l'article des successions.

De la succession des enfans & descendans à leurs ascendans.

1°. Suivant la Novelle 118, *cap.* 1, les enfans succédent à leurs pere ou mere décédés, à l'exclusion de tous ascendans & de tous collatéraux, & ils leur succédent par égales parts, soit mâles ou filles, nés ou posthumes, émancipés ou non émancipés; ce qui est très-conforme au Droit naturel; mais on ne met pas

au nombre des enfans capables de succéder, ceux qui sont nés morts, ou qui naissent sans avoir la forme humaine & dégénerent en monstre, ni ceux qui ne naissent pas viables, c'est-à-dire, en un tems où ils puissent vivre, comme ceux qui naissent avant le septiéme mois de leur conception : & là-dessus il faut voir ce que nous avons dit sur le Titre *de exhæredatione liberorum*, §. 1. au Livre précédent.

Les enfans naturels ou bâtards ne sont pas non plus comptés au rang des enfans capables de succéder, *quia neque genus neque gentem habent*, s'ils n'ont été légitimés par mariage subséquent, ou par des Lettres du Prince obtenues tandis qu'on n'a pas des enfans vrais légitimes ; il faut même que lesdits enfans bâtards ne soient ni adultérins ni incestueux : nous avons expliqué tout cela sur le Titre *de nuptiis*, §. 12. & 13.

Les enfans nés des mariages clandestins & tenus cachés pendant la vie des peres & meres sont aussi déclarés incapables de succéder par l'article 5 de la Déclaration du Roi du 16 Novembre 1639, de même que par l'article 6 de la même Déclaration ceux qui sont nés des mariages contractés à l'extrémité de la vie par des personnes qui ont vécu dans une débauche précédente ; ce qui se trouve renouvellé par l'Edit du mois de Mars 1697, nous en avons également parlé sur les §. 12. & 13. du Titre *de nuptiis*.

L'article 6 de la Déclaration de 1639 déja citée a réglé aussi que les enfans procréés d'une personne qui se marie, après avoir été condamnée même par défaut à une peine emportant mort civile, seroient incapables de toutes successions, si leurs pere ou mere n'ont été rétablis dans leur premier état avant leur décès : il n'y a qu'à rappeller ce que nous avons dit encore là-dessus sur le §. 10. du même Titre *de nuptiis*.

2°. En défaut de tous les enfans tenans le premier dégré, les enfans du second dégré, c'est-à-dire, les petits-fils ou leurs descendans mâles ou filles à l'infini, sont appellés à la succession ; de sorte néanmoins que tous les enfans de chacun des enfans du premier dégré succédent par souches, & n'ont que la même portion de biens qu'auroit eu leur pere ou mere, §. 6. *hoc tit. Vinnius*, *ibid. Catellan*, *liv. 2. chap.* 18. quoi qu'en dise *Ferrieres*, *in quæst.* 134. *de Guypap.* & de même lorsque quelqu'un des enfans du premier dégré est prédécédé laissant des enfans, ces petits-fils succédent par droit de représentation conjointement avec les autres enfans du premier dégré par souches, & non par têtes ; ensorte qu'ils n'ont que la même portion qu'auroit eu l'enfant qu'ils représentent, *Novell.* 118. *cap.* 1. ce qui est même conforme à l'article 319 de la Coûtume de Paris. *Vid. Le Brun*, *des success. liv.* 3. *chap.* 5. *sect.* 2. *n.* 1.

Que si quelqu'un des enfans du premier dégré se trouve incapable de succéder pour être mort civilement lors du décès de leur pere, les enfans de cet incapable prennent sa place à l'effet de succeder à leur ayeul, *Lex. si quâ pœnâ*, *ff. de his qui sui vel alieni juris sunt* : car la représentation de celui qui est mort civilement ou naturellement, est de droit en faveur des descendans.

Il en doit être de même, quand les enfans du premier dégré ou quelqu'un d'eux renoncent à la succession, ou la répudient : car alors les enfans du second dégré qui les suivent, sont appellés à la succession, & prennent sa place, quoi qu'en ait pensé au contraire *Le Brun*, *liv.* 1. *chap.* 4. *sect.* 6. *distinct.* 1. qui dit que l'enfant ne peut pas représenter son pere vivant : car la renonciation doit produire le même effet que l'incapacité, *Ricard*, *tom.* 1. *part.* 3. *chap.* 8. *sect.* 3. *n.* 916. & en effet les petits-fils viennent alors de leur chef à la succession, & représentent plutôt le dégré que la personne du renonçant ; cette distinction est conforme aussi à la doctrine de *Catellan*, *liv.* 2. *chap.* 42. & *Vedel*, *ibid.*

Mais lorsque l'enfant du premier dégré se trouve exclus de la succession par indignité provenant du crime de meurtre du défunt, il en est autrement, car ses enfans nés ou à naître en sont toujours pareillement exclus ; & c'est une régle générale que les enfans d'un meurtrier sont toujours comme lui déclarés incapables & indignes de la succession de celui qui a été tué, laquelle est adjugée à ses autres parens les plus proches, *Le Brun*, *des success. liv.* 1. *chap.* 4. *sect.* 6. *distinct.* 3. & *liv.* 3. *chap.* 9. où il excepte pourtant les enfans du mari qui auroit tué sa femme, lesquels il croit devoir être admis à la succession de leur mere.

C'est encore une question, de sçavoir si les enfans du fils qui a été justement exhérédé par le testament de son pere, peuvent succéder à leur ayeul, ou s'ils sont exclus de sa succession ; sur quoi l'on distingue : car si le fils exhérédé a survécu à son pere, ses enfans sont exclus également de succéder à leur ayeul ; si au contraire le pere exhérédé est prédécédé, ses enfans viennent

alors de leur chef à la succession de l'ayeul, comme remplissant le premier dégré qui se trouvoit vuide. On doit pourtant excepter le cas où l'exhérédation auroit été prononcée contre le fils pour s'être marié sans le consentement de l'ayeul, car cette exhérédation nuiroit également aux petits-fils, comme nous l'avons expliqué ci-devant sur le §. 2. *de exhæred. liber.* en parlant de la prétérition des enfans.

3°. Il faut sçavoir que les enfans ne peuvent pas prendre leur part de la succession de leurs pere ou mere, qu'ils ne rapportent dans la masse des biens les donations, soit en faveur de mariage, ou autres donations entre-vifs, & les dots qu'ils peuvent en avoir reçus, comme le tout étant censé leur avoir été donné en avancement d'hoirie, *toto tit. cod. de collationib. Le Brun, liv.* 3. *chap.* 6. *sect.* 1.

Ce rapport a également lieu, lorsque les petits-fils succédent seuls en défaut d'enfans en premier dégré, ou qu'ils succédent avec d'autres enfans du premier dégré : car ils sont obligés de rapporter les uns aux autres ce qui leur a été donné par l'ayeul, ou aux enfans en premier dégré dont ils sont descendans, quand même lesdits petits-fils répudieroient l'hérédité de leur pere ou mere. *Leg. illam* 19. *cod. de collationib. Maynard, liv.* 8. *chap.* 58.

Seulement les petits-fils ne sont pas tenus de rapporter aux enfans du premier dégré les donations que leurs ayeuls leur ont fait en leur propre du vivant de l'enfant dont ils descendent, attendu qu'alors ils n'avoient aucune part en la succession du donateur.

Ce rapport dans l'ancien Droit n'avoit lieu qu'en la succession *ab intestat*, & non dans la succession testamentaire, à moins que le testateur ne l'eût expressément ordonné ; mais par le Droit nouveau il a lieu, non seulement lorsque l'on veut prendre part dans la succession *ab intestat*, mais encore en la succession testamentaire, c'est-à-dire, entre des cohéritiers à titre universel institués par un testament, & dans les cas auxquels il auroit lieu *ab intestat*, sinon que le testateur l'ait défendu ou ait dispensé expressément du rapport, *Novell.* 18. *cap.* 6. *& authent. ex testam. cod. de collationib. Catellan, liv.* 2. *chap.* 17. *& chap.* 90.

Les enfans ou descendans sont également tenus de rapporter les fruits ou intérêts qu'ils ont perçus des choses données depuis le décès du donateur, *Leg.* 5. §. 1. *ff. de collat. dotis* ; mais l'enfant

fant n'est pas obligé de rapporter les fruits qu'il a perçus du vivant du pere ou mere qui lui a donné, parce qu'étant possesseur de bonne foi, il est vrai de dire qu'il fait les fruits siens jusqu'au jour qu'il vient à avoir part aux fruits de l'entiere succession, qui est celui auquel elle est échue. *Carondas, liv.* 3. *de ses Pandectes, chap. dernier.*

Le rapport dont on vient de parler, n'a lieu au surplus qu'entre les enfans qui succédent ou héritent à titre universel, mais non pas entre les héritiers particuliers, *Leg.* 39. §. 1. *ff. Famil. ercisc.* non plus qu'entre les légataires, *Leg.* 4. *ff. de collat. dotis*, ni entre l'héritier universel & les légataires.

Il n'a pas lieu non plus entre les étrangers ou non descendans institués héritiers, *Maynard, liv.* 5. *chap.* 87. *in fine*, ni même entre les ascendans qui succédent à leurs descendans, ni entre les collatéraux.

Les enfans mêmes ne sont pas tenus de rapporter, comme nous l'avons dit, les donations que l'ascendant donateur a voulu en être exemptes, *dict. Novell.* 18. *cap.* 6. non plus que les prélegats qui leur ont été faits, *Leg.* 42. *ff. Famil. Ercisc.* ni les donations que les ascendans leur ont fait par préciput & avantage, *Leg.* 13. *cod. de collationib. Graverol sur La Roche, liv.* 2. *verb. légitime, art.* 3. *& liv.* 6. *titr.* 63. *art.* 18. où il ajoute pourtant que l'usage est contraire à l'égard de la dot.

Mais du reste, tout ce qui est imputable en la légitime, est sujet aussi au rapport, quoique tout ce qui est rapportable ne soit pas imputé en la légitime, & qu'on n'impute en la légitime que les choses à l'égard desquelles il y a une Loi expresse pour l'imputation, *Leg. illud, cod. de collationib. Le Brun, des succes. liv.* 3. *chap.* 6. *sect.* 3.

De la succession des ascendans à leurs descendans.

En défaut d'enfans ou descendans du défunt, les ascendans lui succédent à l'exclusion de tous autres parens, si l'on en excepte les freres ou sœurs germains du défunt, lorsqu'il y en a, lesquels succédent concurremment avec lesdits ascendans, & si l'on en excepte encore les enfans des freres ou sœurs germains prédécédés, lesquels concourent aussi, pourvu toutefois que ces enfans viennent à la succession avec quelqu'un de leurs oncles ou tantes, ce qui demande quelque explication.

1°. Lorsqu'il y a plusieurs ascendans, les plus proches en dégré succédent, sans différence de sexe, à l'exclusion des autres ascendans plus éloignés, *Novell.* 118. *cap.* 2. *& authent. defuncto*, *cod. ad Tertilianum* ; ainsi le pere & la mere, seuls ou tous les deux ensemble, excluent les ayeuls ou ayeules, comme ceux-ci excluent les bisayeuls & bisayeules : car la représentation n'a pas lieu en la ligne des ascendans pour faire concourir les plus éloignés avec les plus proches, de façon même que les plus éloignés ne peuvent prétendre aucune légitime. *Catellan*, *liv.* 5. *chap.* 59.

Si donc le défunt a laissé ses pere & mere, ils lui succédent également, & s'il n'a laissé ni pere ni mere, mais d'autres ascendans égaux en dégré, les uns paternels, les autres maternels, la succession se divise toujours entr'eux par moitié & par souches, quand même il y en auroit un plus grand nombre d'un côté que de l'autre ; ce qui produit en ce cas une espèce de représentation : de sorte qu'un ayeul paternel aura autant lui seul comme un ayeul & une ayeule maternels avec lesquels il concourra, c'est-à-dire, qu'il aura la moitié de la succession, tandis que les autres n'auront que l'autre moitié. *Dict. Novell.* 18. *cap.* 2. *& authent. defuncto*, *cod. ad Tertilianum*.

Mais la régle, *paterna paternis*, *materna maternis*, qui est observée dans les Pays Coûtumiers, conformément aux art. 312 & 326 de la Coûtume de Paris, est inconnue absolument dans les Pays de Droit Ecrit, où l'on n'a jamais distingué dans la succession d'une personne décédée deux différens patrimoines, *quia*, *videlicet*, *unius duo patrimonia esse non videntur*, *Leg.* 30. §. 1. *ff. de excusat. tutor.* & où ceux qui succédent, soit ascendans, ou collatéraux, prennent indifféremment les biens du défunt, de quelque côté & ligne qu'ils lui soient advenus, parce que la Novelle 118 ne fait aucune distinction à cet égard. *Vid. Maynard*, *liv.* 6. *chap.* 90.

La régle dont nous venons de parler, n'a pas même lieu dans les Pays de Droit Ecrit, entre les freres consanguins & les freres utérins succédans à un autre frere, quoi qu'en ait pensé *Graverol sur La Roche*, *liv.* 3. *verb. succession*, *art.* 5. à l'avis duquel *Maynard*, *ibid.* semble aussi incliner : car bien que la Loi 13. *cod. de legitim. hæred.* & la Novelle 84 adjugeassent les biens maternels aux freres issus de la mere, & les biens paternels aux freres consanguins, il est néanmoins vrai que cela ne peut plus avoir lieu ;

Justinien, en sa préface de la Novelle 118, ayant abrogé formellement toutes les Loix antérieures en matiere de successions, de sorte que dans cette derniere Novelle il a admis, au défaut de freres germains, les freres consanguins & utérins à succéder également, sans dire que les uns succéderoient aux biens paternels & les autres aux biens maternels, d'où il suit parconséquent qu'ils doivent succéder à leur frere, sans distinction de biens & de lignes, & par têtes, quand même le nombre seroit plus grand d'un côté que de l'autre, de même qu'il se pratique entre tous les collatéraux. *Vid. Le Brun*, *des success. liv.* 2. *chap.* 1. *sect.* 2.

On n'observe pas non plus l'Edit donné en 1567 par le Roi Charles IX. appellé *l'Edit des meres*, suivant lequel les meres ne pouvoient succéder à leurs enfans qu'aux meubles provenus d'ailleurs que de la ligne paternelle : cet Edit n'a jamais été reçu dans les Pays de Droit Ecrit, quoiqu'il ait été en usage dans les Pays Coûtumiers & dans quelqu'autres Pays régis par le Droit Ecrit du Ressort du Parlement de Paris ; il a même été par exprès entiérement révoqué par un autre Edit donné à Versailles au moit d'Août 1729.

2°. Lorsque le défunt a laissé non seulement des ascendans, mais encore des freres ou sœurs germains, *ex utroque*, *scilicet*, *latere conjunctos*, ceux-ci concourent avec lesdits ascendans, soit pere ou mere, ou en leur défaut ayeul ou ayeule ; de sorte que la succession se divise alors par têtes & en autant de portions qu'ils sont de personnes, suivant la Novelle 118, *cap.* 2, qui néanmoins dans cette occasion prive le pere, en considération de la portion de succession qui lui est accordée, de l'usufruit des portions appartenant à ses autres enfans, ainsi que nous l'avons observé sur le Titre *per quas personas cuique acquir.* §. 1.

3°. Si avec les ascendans & avec les freres ou sœurs germains du défunt, il se trouve y avoir encore des enfans de quelque frere ou sœur germain prédécédé, ces enfans viennent & sont appellés pareillement à la succession, c'est-à-dire, qu'ils y concourent comme représentant leurs pere ou mere, de maniere que venant par représentation ils n'ont & ne peuvent avoir que la même portion que leurs pere ou mere auroient eu, s'ils eussent été vivans, suivant la Novelle 127, *cap.* 1, qui en ceci a corrigé la Novelle 118 ; mais il faut prendre garde que pour faire concourir ces enfans avec les ascendans, il faut qu'ils concourent aussi en même

tems avec quelqu'un de leurs oncles ou tantes, freres ou sœurs germains du défunt, *dict. Novell.* 127. *cap.* 1. car autrement, & s'il n'y avoit aucun desdits freres ou sœurs germains survivant qui puisse, pour ainsi dire, leur donner la main ou les appeller à la représentation, les ascendans succéderoient seuls à l'exclusion desdits neveus du défunt, *Novell.* 118. *cap.* 2. *Maynard*, *liv.* 7. *ch.* 21. *Le Brun*, *liv.* 1. *ch.* 5. *sect.* 1. *n.* 13.

Et il suit encore de ceci que des petits-fils d'un frere du défunt, prédécédé, ne peuvent pas succéder avec les ascendans & ses autres freres du défunt, *Novell.* 118. *cap.* 3. *versic. si autem cum fratribus*, attendu même qu'en la succession collatérale la représentation n'a point lieu au-delà des freres & des enfans des freres, comme nous le dirons ci-après.

Dès-là que les Novelles 118 & 127 n'appellent à la succession concurremment avec les ascendans, que les freres ou sœurs germains du défunt & les enfans desdits germains prédécédés, ainsi qu'on vient de l'expliquer; il faut donc conclure que les ascendans excluent tous les autres collatéraux; ainsi si le défunt n'a laissé que des freres ou sœurs, *ex uno tantùm latere conjunctos*, les ascendans, même ayeuls ou ayeules, les excluent, soit que ces freres ou sœurs, *ex uno latere*, soient enfans de l'ascendant qui succéde, ou qu'ils ne le soient pas, & quoique ledit ascendant soit remarié.

Pareillement les ayeuls sont préférés aux oncles ou tantes même germains du défunt, c'est-à-dire, freres ou sœurs germains du pere ou de la mere du défunt; d'autant mieux que les ayeuls ou ayeules étant au second dégré de parenté doivent sans contredit exclure lesdits oncles ou tantes qui ne sont qu'au troisiéme dégré.

Au reste, le concours qui est accordé par les Novelles aux freres ou sœurs germains du défunt, & même aux enfans desdits germains pour succéder avec les ascendans, a fait naître une difficulté qui consiste à sçavoir, si les ascendans doivent succéder chacun en une portion virile & égale, lorsqu'il y a plus d'ascendans d'un côté que de l'autre qui succédent avec des freres germains du défunt; par exemple, lorsque le défunt a laissé dans la ligne ascendante son ayeul paternel d'un côté, & de l'autre son ayeul & ayeule maternels, & dans la ligne collatérale deux ou trois freres ou sœurs germains: il semble que comme aux termes de la Novelle 118. *cap.* 2. il faut diviser la succession en autant de portions qu'il y a de têtes, pour sçavoir qu'elle est la portion que doit avoir chacun des freres ou sœurs: *dividendâ inter eos hæreditate secundùm personarum numerum, uti & ascendentium & fratrum, singuli æqualem habeant portionem*, il faille aussi adjuger à chacun desdits ascendans une portion virile & égale, & que l'ayeul & l'ayeule maternels en aient chacun autant que l'ayeul paternel; mais on a cru dans le Ressort du Parlement de Toulouse que cette interprétation alloit contre ces termes précédens de la même Novelle, *ut medietatem accipiant omnes à patre ascendentes, medietatem verò reliquam à matre ascendentes quanticumque fuerint*, quoiqu'en cet endroit elle ne parle pas du concours des freres, qu'en un mot elle choquoit le partage *in stirpes* que la Novelle avoit établi entre les ayeuls & ayeules en égal dégré, & que le concours des freres, lorsqu'il y en a, ne devoit y rien changer: c'est pourquoi on y suit la décision de *Fernand*, *tract. de hæred. ab intestat. venient. n.* 24. & des Arrêts rapportés par *Maynard*, *liv.* 6. *chap.* 93. qui après avoir divisé la succession, afin de régler la part de chacun des freres ou sœurs germains en autant de portions qu'il y a de têtes ou de personnes qui doivent succéder, & en avoir adjugé une à chacun desdits freres ou sœurs, divisent encore le total des portions restantes par le milieu, & en adjugent une moitié à l'ayeul paternel, & l'autre moitié à l'ayeul & à l'ayeule maternels. *Vid. Fernand & Maynard*, *dictis locis.*

On peut remarquer, en finissant cet article, que le simple convol des ascendans en secondes noces ne leur porte aucun obstacle pour succéder à leurs enfans même du premier lit, lorsqu'il n'y a pas d'autres enfans de ce premier lit survivans; & lors même qu'il y en a, les ascendans remariés ne sont pas exclus de succéder à leurs enfans du premier lit, en la maniere que nous venons de l'expliquer, si l'on en excepte la portion de l'augment ou gain nuptial acquise à l'enfant du premier lit défunt: car le pere ou mere remariés, soit avant ou après le décès de l'enfant, ne succédent pas à la propriété de cette portion qui appartient aux autres enfans, & n'en conservent tout au plus que l'usufruit, ainsi que de l'entier gain nuptial & des autres libéralités du premier conjoint. *Novell.* 22. *cap.* 23.

Et si l'on en excepte encore les biens parvenus à l'enfant défunt du chef de son pere ou de sa mere prédécédés: car le conjoint remarié, soit avant ou après le décès dudit enfant, ne succéde

non plus à ces biens que pour l'usufruit de sa portion, & la propriété en demeure aux autres enfans du premier lit survivans. *Novell.* 22. *cap.* 46. §. 2.

De la succession en ligne collatérale.

En défaut de descendans & d'ascendans, les freres & les sœurs du défunt sont les premiers collatéraux appellés à la succession, & après eux c'est toujours le parent ou les parens les plus proches qui succédent sans aucune distinction de sexe : voilà quelle est la régle générale quant à la succession en ligne collatérale ; à quoi il y a pourtant quelques exceptions.

La premiere exception est prise du double lien : car 1°. en défaut de descendans & d'ascendans, quoique les freres & les sœurs germains du défunt soient les premiers appellés à sa succession, les enfans des freres ou sœurs germains predécédés, s'il y en a, y concourent aussi avec eux par droit de représentation, & par-conséquent par souches. *Novell.* 118. *cap.* 3. & *authent. cessante*, *cod. de legitim. hæred.*

De sorte que les freres & sœurs consanguins ou utérins du défunt sont exclus non seulement par les freres ou sœurs germains, mais encore en défaut de ceux-ci par les enfans desdits freres ou sœurs germains prédécédés, comme représentant leur pere ou mere. *Dicto loco.*

Il faut cependant prendre garde que si les neveus, enfans des freres ou sœurs germains du défunt, se trouvent venir à la succession, sans qu'il y ait aucun de leurs oncles ou tantes survivans, c'est-à-dire, aucun des freres ou sœurs du défunt, soit germains, soit consanguins, ou utérins, mais y venir de leur chef propre ; ils ne peuvent pas en ce cas se prévaloir du double lien contre d'autres neveus, enfans des freres ou sœurs *ex uno latere*, qui concourroient avec eux à ladite succession, car ils y sont appellés les uns & les autres par têtes, parce qu'alors les enfans des freres germains ne viennent pas par droit de représentation, *dict. Novell.* 118. *cap.* 3. *vers. sed & ipsi fratrum*; *Dolive*, *liv.* 5. *chap.* 35. *Maynard*, *liv.* 6. *chap.* 92.

Ainsi, par exemple, Jean meurt sans enfans *ab intestat*, laissant Pierre son frere germain, & Jacques son frere consanguin ou utérin ; Pierre succédera à l'exclusion de Jacques, & si Pierre étoit

déja prédécédé laissant des enfans, ces enfans excluront encore Jacques par l'effet du double lien ; mais si Jacques étoit aussi prédécédé laissant des enfans, ces enfans succéderont avec les enfans de Pierre sans aucun égard au double lien, ensorte que venant les uns & les autres de leur chef propre, ils participeront tous également & par têtes à la succession de Jean, leur oncle. *Dict. loco.*

En un mot, les enfans des freres ou sœurs germains prédécédés venant à la succession avec quelqu'un des freres ou sœurs germains du défunt survivans, ils excluent tous ensemble les freres ou sœurs du défunt *ex uno latere*, & à plus forte raison ils excluent les enfans de ceux-ci.

S'ils y viennent seulement avec des freres ou sœurs du défunt *ex uno latere*, ils les excluent pareillement.

Mais s'ils n'y viennent qu'avec des enfans des freres ou sœurs *ex uno latere* prédécédés, ils ne les excluent pas.

Il faut pourtant remarquer que la répudiation que feroient les freres ou sœurs du défunt, soit germains, soit *ex uno latere*, n'apporteroit aucun préjudice aux enfans des freres germains prédécédés, & que nonobstant cette répudiation ils excluroient toujours tant les freres consanguins ou utérins que les enfans desdits freres ; parce qu'ils doivent toujours succéder de la maniere que la succession leur a été déférée dès la mort du défunt, & que la Novelle 118 ne parle que de la non-existance des freres du défunt, & nullement de leur répudiation.

2°. L'effet ou la force du double lien n'a lieu qu'à l'égard des freres ou sœurs, & des enfans en premier dégré desdits freres ou sœurs, mais non au-delà, parce que la représentation en ligne collatérale ne s'étend pas elle-même plus loin ; ainsi au-delà des freres & enfans des freres on ne considére que la proximité du dégré, & non le double lien, *Novell.* 118. *cap.* 3. *vers. hujusmodi*, *authent. post fratres*, *cod. de legitim. hæred.* *Maynard*, *liv.* 6. *chap.* 90. & 91. *La Roche & Graverol*, *liv.* 3. *verb. success. titr.* 7. *art.* 8.

De-là il suit que les petits-fils des freres germains n'ont aucun avantage sur des petits-fils des freres ou sœurs dudit défunt *ex uno tantùm latere*, avec lesquels ils se trouveroient concourir.

Pareillement les oncles & tantes du défunt, qui ne sont conjoints que d'un côté au pere ou mere du défunt, lui succédent par égales parts & par têtes avec les oncles ou tantes conjoints des deux côtés, sans avoir aucun égard au double lien. *Maynard*, *liv.* 6. *chap.* 90. *Dolive*, *liv.* 5. *chap.* 35.

De plus, l'oncle qui ne seroit même que frere consanguin ou utérin du pere du défunt, est préféré aux enfans de l'oncle qui seroit frere germain du pere dudit défunt, sans s'arrêter au double lien, comme étant ledit oncle au troisiéme dégré de parenté, & lesdits cousins germains au quatriéme. *Leg. 6. cod. commun. de successionibus.*

3°. Si le défunt n'a pas laissé des freres ou sœurs germains, ni d'enfans desdits freres ou sœurs, mais qu'il ait laissé des freres ou sœurs consanguins ou utérins, ceux-ci lui succédent, à l'exclusion des oncles ou tantes du défunt, comme aussi à l'exclusion de tous autres collatéraux. *Novell.* 118. *cap.* 3. *vers. his autem, & authent. post fratres autem, cod. de legitim. hæred.*

S'il y a même des enfans des freres ou sœurs consanguins ou utérins du défunt prédécédés, ces enfans sont appellés à la succession avec leurs oncles survivans consanguins ou utérins, & y viennent par représentation & par souches, à l'exclusion des oncles ou tantes du défunt & de tous autres collatéraux. *Novell.* 118. *cap.* 3. *vers. si autem defuncto, & dict. authent.*

Les neveus mêmes du défunt *ex uno tantùm latere*, quoique seuls, excluent les oncles ou tantes dudit défunt, comme nous le dirons ci-après.

La seconde exception consiste au droit de représentation : ce droit en ligne collatérale appelle avec les freres & sœurs du défunt, les enfans des freres ou sœurs prédécédés, qui lui étoient autant conjoints que les freres ou sœurs survivans, & les fait succéder conjointement avec leursdits oncles ou tantes, par souches toutefois, & non par têtes ; la succession par souches étant l'effet de la représentation ; ensorte que ces enfans, en quelque nombre qu'ils soient, n'ont que la même portion de succession que leurs pere ou mere auroient eu, s'ils vivoient. *Dict. Novell. ibid.*

Et ceci s'applique aussi au cas où le défunt n'a laissé que des freres ou sœurs *ex uno latere*, & des enfans d'autres freres ou sœurs *ex uno pariter latere* prédécédés : car ces enfans succédent aussi conjointement & par souches avec leursdits oncles survivans.

Ce droit de représentation n'a pas lieu en la ligne collatérale au-delà des freres du défunt & de leurs enfans en premier dégré, *Novell.* 118. *cap.* 3. & l'effet de ladite représentation est, comme nous l'avons dit, de faire succéder les enfans des freres ou sœurs par souches, & non par têtes, *dict. Novell.* 118. *cap.* 3. *vers. si autem*

autem defuncto ; au lieu que dans les autres cas la succession en ligne collatérale se fait par têtes, *secundùm personarum numerum*, *dict. Novell.* 118. *cap.* 3. *in fine.*

De plus, ce droit de représentation n'est accordé aux enfans des freres, que lorsqu'ils concourent avec quelqu'un de leurs oncles ou tantes, & non autrement, *Novell.* 118. *cap.* 3. *vers. sed & ipsis* ; de sorte que hors de-là les enfans de divers freres du défunt prédécédés, venant seuls & de leur propre chef à la succession, succédent tous par égales parts & par têtes, *Maynard, liv.* 6. *chap.* 92. *Le Brun, des successions, liv.* 1. *chap.* 1. *sect.* 4. *n.* 2.

Il y a pourtant deux cas où les enfans de divers freres du défunt prédécédés succédent par souches, & ainsi en quelque maniere par droit de représentation, quoiqu'ils ne succédent pas avec quelqu'un de leurs oncles, freres ou sœurs du défunt.

Le premier cas est celui où les enfans de divers freres ou sœurs germains prédécédés viennent à la succession du défunt, en excluant, comme nous l'avons déja observé ci-dessus, à cause de leur double lien, quelque oncle ou tante qui n'est que frere ou sœur consanguin ou utérin du défunt : car ces enfans ne peuvent, à proprement parler, exclure cet oncle ou tante, qui est plus proche qu'eux d'un dégré, qu'en représentant leurs peres ou meres ; d'où il résulte qu'ils doivent succéder par souches, & non par têtes.

Le second cas est, lorsque les enfans de divers freres ou sœurs du défunt prédécédés concourent, non pas avec leurs propres oncles, mais avec des oncles mêmes du défunt, qui se trouvent être leurs grands-oncles : car quoiqu'il soit vrai que ces enfans excluent de la succession lesdits oncles ou tantes du défunt, suivant l'interprétation qu'on a donné à la Novelle 118, il est vrai aussi qu'ils ne peuvent les exclure qu'en représentant leur peres ou meres prédécédés, & que sans le secours de cette représentation l'oncle du défunt lui succéderoit aussi-bien qu'eux, comme étant les uns & les autres au troisiéme dégré ; & de-là vient qu'on juge que ces enfans doivent succéder par souches, & non par têtes.

Du reste, l'on comprend sans peine que lorsqu'il n'y a que plusieurs neveus, tous enfans d'un même frere ou sœur du défunt, ils n'ont pas besoin pour succéder, du droit de représenta-

tion, & qu'ils succédent parconséquent par égales parts & par têtes, c'est-à-dire, qu'ils partagent l'entiere succession du défunt, que leur pere ou mere auroit eu, s'il avoit vécu.

La troisiéme exception à la régle générale qui dans la ligne collatérale fait succéder également les plus proches parens du défunt, consiste en la préférence qu'on accorde, comme nous venons de le dire, au neveu ou neveus du défunt, qui se trouvent concourir avec des oncles du même défunt, quoique l'oncle & le neveu du défunt soient également au troisiéme dégré de parenté : cette préférence n'est pas clairement décidée par la Novelle 118. *cap.* 3. *vers. illud palam* ; mais les Auteurs & les Arrêts ont ainsi interprété cette Novelle, & ont préféré à l'oncle du défunt, le neveu, soit comme représentant son pere ou mere qui auroit lui-même exclu l'oncle ou tante du défunt, soit parce que *successio descendit magis quàm ascendit*. Voyez l'authentique, *post fratres autem*, *cod. de legitim. hæred. Catellan, liv.* 2. *chap.* 66.

Cette préférence a même lieu à l'égard d'un neveu du défunt qui ne descendroit que d'un frere ou sœur conjoint, d'un seul côté au défunt, & il seroit préféré à l'oncle ou tante du défunt : car l'authentique, *post fratres autem*, semble être générale à ce ce sujet en faveur des neveux, & les Auteurs n'ont pas fait non plus de distinction là-dessus ; ainsi on tient que *nepos ex fratre meo, licèt uterino tantùm, vel paterno tantùm, mihi succedit, & patruo meo præfertur, eumque excludit.*

En défaut des freres ou sœurs du défunt & de leurs enfans en premier dégré, c'est-à-dire, après eux, n'y ayant plus lieu ni au double lien ni à la répréſentation, la succession appartient toujours à celui qui se trouve être le plus proche parent du défunt au tems de sa mort, & s'il y en a plusieurs en même dégré, tous succédent également, sans différence de sexe, soit parens paternels ou maternels, à l'exclusion des plus éloignés, & la succession se divise toujours en ce cas par têtes, *authent. post fratres, cod. de legitim. hæred. Novell.* 118. *cap.* 3. *in fine.*

Il ne reste plus qu'à sçavoir comment se comptent les dégrés de parenté, & quoiqu'ils puissent se compter de deux manieres, l'une suivant le Droit canonique, l'autre suivant le Droit civil, on ne suit néanmoins dans ce Royaume, pour la matiere des successions, que la maniere de les compter prescrite par le Droit civil ; au lieu qu'on y suit la computation canonique pour les

prohibitions & les dispenses de mariage, *Thevenéau, liv.* 2. *titr.* 2. *art.* 2. *Le Brun, liv.* 1. *chap.* 6. *sect.* 1. *n.* 5. de même que pour les récusations des Juges en matiere de procès & pour les reproches des témoins, comme il résulte de l'Ordonnance de 1667, titr. 22. art. 11. & titr. 24. art. 1. & 2.

Le Droit civil & le Droit canonique s'accordent dans la maniere de compter les dégrés en ligne directe ; chaque génération dans cette ligne fait un dégré, & l'on compte autant de dégrés qu'il y a de générations : ainsi du pere au fils il y a un dégré, de l'ayeul au petit-fils deux dégrés, du bisayeul à l'arriere petit-fils trois dégrés, c'est-à-dire, que le pere & le fils sont au premier dégré de parenté, l'ayeul & le petit-fils au second, & ainsi des autres.

Dans la ligne collatérale il faut, suivant le Droit civil, remonter à la souche commune, de laquelle les parens dont on veut chercher le dégré, sont descendus, & de-là, sans y comprendre celui qui forme la souche commune, compter autant de dégrés qu'il y a de personnes ou de générations tant d'un côté que de l'autre, §. 7. *infrà, de gradibus cognationis* : ainsi on trouve que les freres sont au second dégré, les cousins germains au quatriéme, &c.

Le Droit canonique compte les dégrés en ligne collatérale différemment, puisqu'il ne compte entre deux collatéraux qu'autant de dégrés ou de générations qu'il y en a de l'un d'eux à la souche commune, sans y comprendre ladite souche, *cap.* 7. *extrà, de consang. & affinit.* de sorte qu'il ne met les freres qu'au premier dégré, les cousins germains au second dégré, &c. & si la ligne collatérale n'est pas égale, il ne compte de dégrés qu'autant qu'il y en a seulement de la souche commune au collatéral qui en est le plus éloigné, *cap. ult. extrà, eodem.*

Mais il faut s'en tenir, comme nous l'avons dit, à la computation civile pour le fait des successions, & en s'y tenant, il faut même prendre garde que s'il y a divers collatéraux de diverses branches qui prétendent succéder, il n'est pas besoin, pour sçavoir le dégré de chacun desdits collatéraux, de monter jusqu'à la souche qui leur est commune à tous ; mais chacun n'est tenu de monter qu'à la souche qui lui est commune avec le défunt, bien qu'elle ne soit pas commune aux autres collatéraux, sans qu'on puisse l'obliger de monter plus haut & jusqu'à la souche

qui est commune à tous ; parce qu'il n'est pas question de montrer le parentage entre lesdits collatéraux, mais seulement de succéder au défunt, & pour cela de montrer chacun à quel dégré il est parent du défunt ; ensorte que si en comptant de cette maniere l'un est plus proche du défunt que l'autre collatéral qui lui conteste la succession, il doit lui être préféré. C'est ainsi que la question a été jugée au Parlement de Toulouse par un Arrêt du 5 Septembre 1744. en faveur de Paul Calvas contre Marie Fabre.

Voilà quel est l'ordre des successions, soit directes, ou collatérales, établi par les Novelles de l'Empereur Justinien, que l'on suit dans cette Province & autres Pays de Droit Ecrit ; mais dans les Pays Coûtumiers on y a fait plusieurs changemens : car, par exemple, à l'égard de la succession des descendans, la plûpart des Coûtumes donnent à l'aîné des enfans un préciput ou droit d'aînesse dans les Fiefs, &c.

A l'égard de la succession des ascendans aux descendans, on y observe que les biens propres ne remontent point ; ce qui est une suite de la régle, *paterna paternis, materna maternis*, qui y est observée, c'est-à-dire, que les pere, mere, & autres ascendans ne succédent point aux héritages de leurs enfans décédés, qui leur étoient propres d'une autre ligne.

Et pour ce qui est des successions collatérales, chaque Coûtume a à ce sujet ses dispositions particulieres ; il y en a qui n'ont aucun égard au double lien, comme celle de Paris, aux articles 340 & 341 ; d'autres où le double lien a lieu, même au-delà des enfans des freres ; quelques-unes rejettent le droit de représentation, & d'autres l'admettent jusqu'à l'infini, &c.

Pour revenir aux régles des Pays de Droit Ecrit, les observations que nous venons de faire touchant l'ordre des successions légitimes, dispenseront de s'arrêter sur la plûpart des textes de ce Titre & des Titres suivans, qui par les changemens que les Novelles y ont fait, ne sont presque plus d'aucun usage.

§. 2. *Sui hæredes existimantur, qui in potestate morientis fuerint.*

Cela n'a plus lieu, la Novelle 118. *cap.* 1. ayant appellé également tous les enfans émancipés ou non émancipés à la succession de leurs ascendans.

tous les enfants emancipés ou non emancipés sont appellés indifremment a la succession de leurs peres et meres.

Quibus connumerari necesse est eos, &c.

Il suffit de rappeller ici ce que nous avons dit touchant la légitimation des enfans, au Livre premier, Titre *de nuptiis*, §. 13.

§. 3. *Sui hæredes fiunt etiam ignorantes, &c.*

Cet avantage que le Droit Romain donnoit aux enfans, appellés *sui hæredes*, d'être saisis de plein droit des biens de leur pere dès le moment de son décès, est commun parmi nous à tous héritiers, quels qu'ils soient, tant testamentaires qu'*ab intestat*, sans qu'il soit besoin de leur part d'aucun acte corporel, ni appréhension, ni adition, suivant la régle du Droit François, *le mort saisit le vif*, comme nous l'avons expliqué au commencement du Titre *de hæredum qualitate & differentiâ.*

§. 4. *Veluti si ab hostibus reversus quis fuerit post mortem patris, jus enim postliminii hoc facit.*

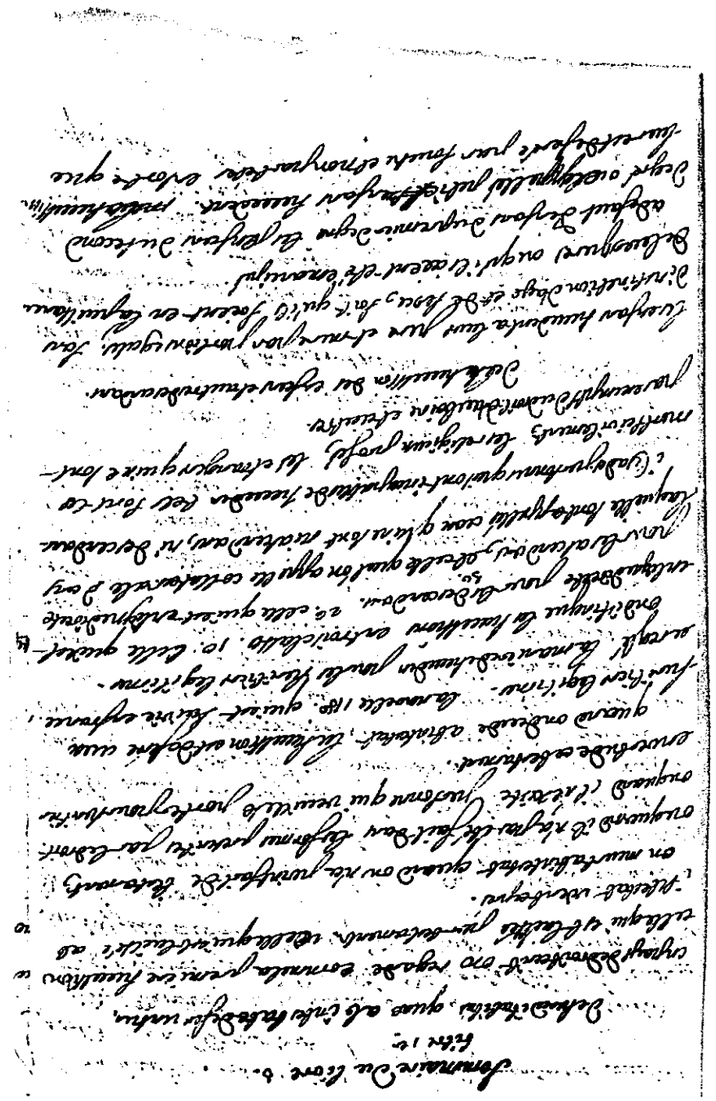
Nous avons déja remarqué sur le §. 4. du Titre *de jure personarum*, & sur le Titre *de militari testamento*, que les prisonniers de guerre & ceux même qui ont été pris par des Turcs ou des Corsaires & faits esclaves, conservent parmi nous tous les effets civils, n'étant considérés que comme absens.

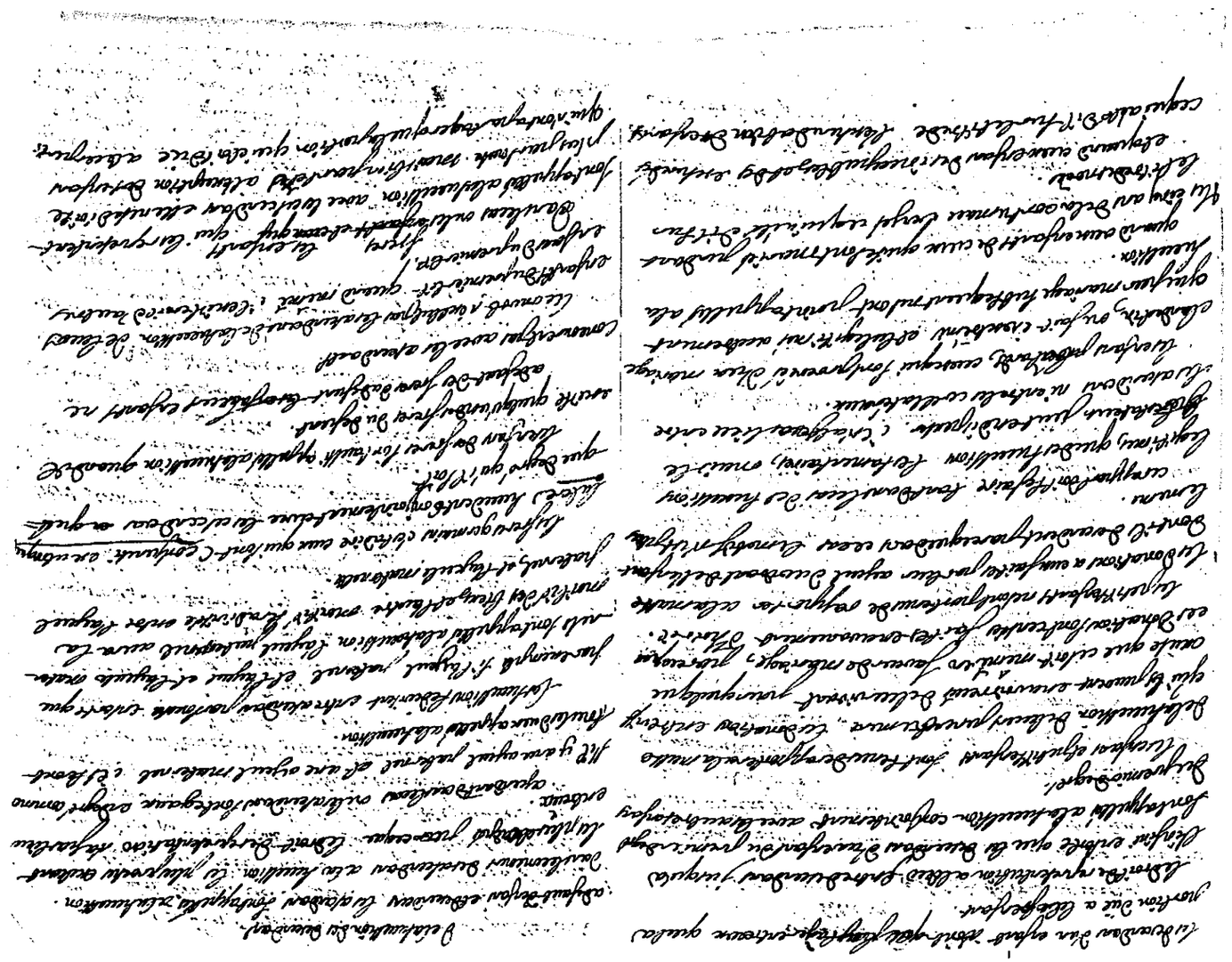
Il arrive souvent des contestations au sujet des biens des personnes absentes, ou pour sçavoir par quel tems l'absence peut faire présumer la mort : car par la Loi un homme est censé pouvoir vivre jusqu'à cent ans, *Leg. an usufructus, ff. de usufructu* ; & voici à peu-près les régles en cette matiere.

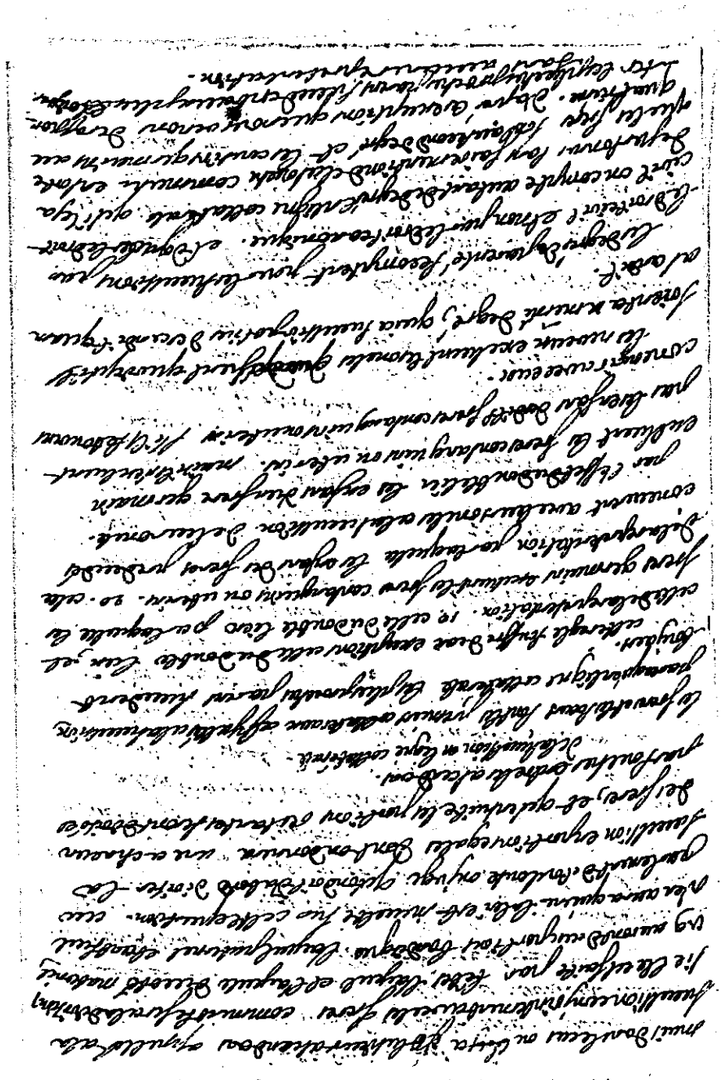
1°. L'absence du mari, quelque longue qu'elle soit, ne le fait pas réputer mort vis-à-vis de sa femme, ensorte qu'elle ne peut se remarier sans avoir des preuves sûres de son décès ; nous en avons parlé sur le Titre *de nuptiis* à la fin du §. 6.

Pour ce qui est de ses conventions matrimoniales, la femme peut les demander après dix années de l'absence du mari, sans qu'on en ait eu des nouvelles, suivant *Bacquet & Ferrieres, trait. des droits de Justice, chap.* 15. *n.* 61. *&* 62.

Nous avons expliqué au commencement du Titre *de nuptiis*, avec quelles précautions les enfans de famille peuvent se marier, lorsque leur pere est absent depuis plusieurs années, sans avoir donné de ses nouvelles.







2°. Un enfant bien qu'absent depuis huit ou neuf années, sans qu'on en ait eu des nouvelles, est censé vivant au jour du décès de son pere pour légitimer, & à l'effet d'être institué au moins par son pere en ce qu'il lui laisse ; autrement son retour annulleroit sans difficulté le testament.

Sur quoi, lorsque le pere lui a laissé sa légitime, *Albert, verb. absence, art.* 8. rapporte un Arrêt qui jugea qu'après dix années d'absence cette légitime doit appartenir à tous ses freres ou sœurs, & être partagée provisoirement entr'eux, au préjudice même de l'héritier institué ; mais il a été depuis rendu au Parlement de Toulouse un Arrêt après partage qui semble contraire, M. de Palarin Rapporteur & M. Rey Contretenant, le 16 Avril 1737, entre Jean-Baptiste Beolet, héririter de son pere, & Jean & Marie Beolet, légataires pour leur légitime : par cet Arrêt, en réformant la Sentence du Sénéchal de Nismes, il fut décidé que la légitime, telle que de droit, laissée par le pere commun à Claude Beolet son fils, absent depuis près de quarante ans, seroit jouie par provision par l'héritier du pere ; il est vrai qu'il y avoit cette circonstance, que le pere avoit ordonné par son testament que son fils & héritier en jouiroit ; mais les Juges convinrent néanmoins unanimement lors de cet Arrêt, comme je le tiens de l'un d'eux, qu'en régle générale un enfant qui est absent depuis plus de dix ans au tems de la mort de son pere, sans qu'on en ait eu des nouvelles, ne succéde pas, ni n'a pas de légitime avec effet, mais seulement sous la condition du retour.

3°. A l'égard de la succession aux biens de l'absent, comme la Loi présume un homme vivant jusqu'à cent ans, & que dans les régles il faut, pour détruire cette présomption, rapporter la preuve de la mort, on ne peut pas aussi avant cet âge déférer irrévocablement la succession des biens de l'absent à ceux à qui elle peut appartenir, ni en ordonner entr'eux un partage absolu ; mais après une absence depuis dix années sans aucune nouvelle, on accorde, seulement aux plus proches parens de l'absent, la jouissance provisoire ou le partage provisionnel de ses biens, en cautionnant de les rendre à l'absent avec les fruits, s'il revient, ou à ses successeurs légitimes qui se trouveront en état de succéder au tems du décés de cet absent, si l'on peut avoir des nouvelles de ce tems-là, ou bien à l'héritier que cet absent pourroit avoir institué

avant son départ. *Catellan & Vedel, liv.* 2. *chap.* 57. *Albert, verb. absence, art.* 8.

Ce n'est en effet dans les bonnes régles qu'après une absence de dix années, qui est appellée dans le Droit, *longum tempus*, *Leg. ult. cod. de præscript. longi temporis*, que l'absent peut être réputé mort, & qu'on peut parconséquent ordonner la jouissance ou le partage provisoire de ses biens en faveur de ses plus proches parens alors vivans ; & cela doit s'entendre des parens qui sont les plus proches de cet absent au tems qu'on a commencé à croire qu'il étoit mort, c'est-à-dire, après la dixiéme année de l'absence sans aucune nouvelle : car c'est à ces parens que ladite jouissance provisoire est accordée, lesquels transmettent même à leurs héritiers ce droit de jouissance provisoire. *Vid. Catellan & Vedel, ibid.*

Ce partage provisionnel se fait donc entre ceux qui sont les plus proches parens de l'absent à l'échéance des dix années, & les héritiers de ceux qui étoient les plus proches au commencement de l'absence, n'y ont aucun droit ; il y a pourtant des Auteurs qui sont d'un avis contraire, & qui tiennent que si l'absent ne revient plus, il est réputé mort du jour de son départ ou de la derniere nouvelle qu'on en a eu, ensorte que sa succession doit être réputée ouverte dès ce tems-là, & que les héritiers qu'il avoit alors, sont présumés l'avoir recueillie dès ce moment, de façon que, quoiqu'ils décédent avant la fin des dix années depuis l'absence, ils transférent leur droit à leurs héritiers.

Il semble qu'on peut accorder ces différens avis par les circonstances du fait, en décidant, par exemple, que si l'absent étoit allé à une bataille, qu'elle ait été donnée, & qu'on n'en ait plus eu des nouvelles depuis le combat ; s'il s'est embarqué, & qu'il y ait eu tempête & naufrage, sans qu'on sçache même ce que le vaisseau est devenu, il doit être censé mort du jour de son départ ou des dernieres nouvelles qu'on en a reçu, ou à peu-près ; mais que hors de ces cas il n'est réputé mort qu'à la dixiéme année, de façon que ces choses doivent être laissées à la prudence du Juge.

Je pense aussi que c'est par cette distinction qu'il faut décider la question concernant les successions qui échoient à un absent durant son absence, & si ses héritiers ou ses créanciers qui ne

sont pas moins favorables, peuvent en faire demande & en profiter : car dans le cas principalement où un homme ne s'est absenté que pour voyager, on peut le réputer vivant pendant dix années à l'effet de pouvoir succéder, ensorte que ses plus proches parens peuvent jusqu'alors & jusqu'à ce qu'ils aient fait proceder au partage provisionnel de ses biens, prétendre aux successions qui sont échues à cet absent durant ces dix années ; il semble même que les créanciers de cet absent, *qui certant de damno vitando*, peuvent non seulement dans les dix années, mais même après les dix années de l'absence, soûtenir qu'il est vivant, à l'effet de s'en prendre sur ses biens ou sur les successions qui lui sont échues, si l'on ne rapporte au contraire une preuve de sa mort, à la charge toutefois de cautionner de rendre, si l'on vient à prouver que l'absent fût décédé avant l'échéance desdites successions.

Quoi qu'il en soit, si l'absent ne revient pas, ou si on n'a pas des nouvelles certaines du tems de son décès, ses biens sont irrévocablement acquis après environ la centiéme année de son âge à ceux qui en avoient obtenu la jouissance provisoire. *Catellan, liv. 2. chap. 57.*

Il faut pourtant observer, que quand l'absent avant son départ a laissé une procuration pour administrer ses biens à l'un de ses plus proches parens ou successeurs *ab intestat*, celui-là doit être préféré aux autres co-successeurs pour ladite jouissance provisoire, lesquels n'ont pas alors droit d'y prétendre ni de demander le partage provisionnel des biens de l'absent, sauf à y prendre leur part, lorsque la mort de l'absent vient à être constatée par son âge centénaire ; ou autrement ; mais si le Procureur fondé étoit un étranger, cela n'empêcheroit pas les plus proches parens de demander la jouissance provisoire après les dix années ou plus de l'absence sans aucunes nouvelles, suivant l'Arrêt cité par *Albert, verb. absence, art.* 9.

Lorsque l'absent avant son départ a institué un héritier, & qu'on n'a point de ses nouvelles, ladite jouissance provisoire après les dix années de l'absence est accordée néanmoins à ses plus proches successeurs, plutôt qu'à cet héritier institué, s'il n'a pas une procuration de l'absent pour régir & jouir de ses biens, *Catellan, liv. 2. chap.* 57. mais cet Auteur estime pourtant que ladite jouissance ne doit pas être accordée en ce cas auxdits successeurs

successeurs légitimes pour plus de dix années, & qu'après ces dix ans, sans qu'on ait eu des nouvelles de l'absent, il faut laisser jouir l'héritier par lui institué, pour ne pas lui faire perdre entiérement le fruit de cette institution, attendu même qu'une absence de vingt années sans nouvelles est une assez forte présomption de la mort, pour charger de la preuve du contraire ceux qui la nient.

Et il faut de même laisser jouir après ces vingt ans ceux qui étoient substitués à l'absent, s'il étoit chargé d'une substitution. *Vedel sur Catellan, ibid.*

De plus, il n'y a pas de doute qu'après environ les cent ans de l'âge de l'absent, ou lorsque son décès vient à être constaté, il ne faille adjuger irrévocablement les biens de l'absent à l'héritier par lui institué, ou à celui qui étoit substitué à l'absent, même avec restitution des fruits contre les successeurs légitimes. *Vedel, dict. loc.*

4°. L'absence de dix années sans aucunes nouvelles fait présumer, avons-nous dit, la mort de l'absent, à l'effet d'ordonner la jouissance provisoire de ses biens ; & c'est en conséquence de ce même principe qu'il a été jugé, que lorsqu'il est question des biens échus à un absent par l'ouverture ou l'événement d'une substitution, ce n'est pas à ses successeurs légitimes qu'on doit accorder la maintenue auxdits biens substitués, mais qu'il faut ordonner que l'héritier de l'héritier grévé de rendre jouira provisoirement desdits biens substitués, en cautionnant de les représenter avec les fruits quand & à qui il appartiendra ; l'Arrêt qui l'a ainsi décidé, est du 23 Juillet 1723, & rapporté par *Vedel sur Catellan, liv. 2. chap.* 57.

Il y a un autre Arrêt de 1689 cité par le même Auteur, qui a jugé qu'un héritier grévé de rendre à son décès, absent depuis 66 ans, & qui devoit être âgé de 92 ans, n'étoit pas pourtant réputé mort vis-à-vis des tiers acquéreurs des biens substitués, qu'ainsi ils devoient en continuer la possession, & n'étoient obligés de les délaisser qu'après la centiéme année de l'âge de cet héritier grévé ; ensorte que le substitué venant même à mourir avant ce terme de cent ans, les tiers acquéreurs ne pourroient plus être dépossédés, si l'héritier du substitué n'établissoit que l'héritier grévé étoit mort avant ledit substitué. *Fromental* rapporte aussi un autre Arrêt conforme.

5°. Il a été jugé par un Arrêt qu'on lit dans *Catellan*, *liv.* 2. *chap.* 57. *in fine*, que le plus proche parent de l'absent ayant obtenu la jouissance provisoire de ses biens, pouvoit intenter l'action en cassation par lésion & minorité, de la vente des biens faite par cet absent avant son départ; & cela paroit fondé sur les principes qu'on vient d'établir : cependant il y a dans *La Peyrere*, *pag.* 249. un Arrêt contraire, qui a jugé que l'on ne peut pas être reçu à former cette demande, si on ne prouve la mort de l'absent.

Une autre question qui s'éleve quelquefois en matiere de successions, est de sçavoir, lorsque deux personnes sont mortes dans un même accident, & qu'on ne peut pas connoître précisément lequel des deux est mort le premier, en faveur de qui doit être la présomption de survie; & cette question peut arriver encore en matiere de fidéicommis, lorsqu'un pere chargé de rendre, au cas de décès sans enfans, a péri avec eux par le même malheur; comme aussi elle peut arriver dans le cas du droit de retour, dans le cas des gains nuptiaux en faveur du survivant des conjoints, & dans quelqu'autres espèces.

Les régles sont dans ces occasions, qu'il faut se décider premiérement par les circonstances du fait, s'il y en a qui soient suffisantes pour juger que l'un soit décédé plutôt que l'autre : comme si le pere & le fils ont perdu la vie dans un même incendie, & qu'il demeure prouvé que l'un étoit couché au premier étage de la maison où le feu a commencé, & l'autre dans un autre endroit du logis, on doit en conséquence juger que ce dernier a survécu; pareillement si le pere & le fils sont morts dans une bataille, que le fils fût dans l'avant-garde qui a été défaite la premiere, & le pere dans l'arrière-garde qui a soûtenu les derniers efforts de l'ennemi, on doit dire que le fils est mort avant le pere : de même si des voleurs étant entrés dans une maison ont assassiné le pere, la mere & les enfans, on doit décider qu'ils ont tué premiérement ceux qui étoient capables de leur faire résistance, avant de s'en prendre aux plus foibles.

Que si les circonstances de fait manquent, la question est difficile à résoudre; mais on doit se déterminer alors par la diversité de l'âge, du tempérament & du sexe des personnes, pour décider que celui qui étoit d'un âge ou d'un sexe plus robuste, a

résisté plus long-tems à la mort : ainsi lorsque le pere ou la mere ont péri dans un commun naufrage avec leur enfant impubére, on présume que l'enfant, à cause de sa tendre jeunesse, est mort le premier; au lieu que si l'enfant étoit pubére, on juge qu'il a survécu à ses parens. *Leg.* 11. §. *ult.* & *Leg.* 22. *ff. de rebus dubiis.*

Si au contraire il n'y a point de différence considérable dans l'âge, la force, la santé, & le sexe de ceux qui ont péri conjointement, il faut se régler alors par des principes d'équité, & décider contre celui qui prétend tirer avantage du prétendu prédécès, & qui ne le prouve pas : si deux freres, par exemple, à peu-près d'un même âge, meurent dans un naufrage, & que le créancier de l'un d'eux prétende qu'il a succédé à son frere, il doit être débouté de sa prétention, faute de preuve. *Vid. Le Brun, des success. liv.* 1. *chap.* 1. *n.* 13. & *suiv. Duperier, liv.* 4. *quest.* 9. *Maynard, liv.* 3. *chap.* 83. & *liv.* 8. *chap.* 17.

§. 5. *Per contrarium evenit, &c.*

Il est ici parlé du cas dans lequel un enfant habile & capable de succéder lors du décès de son pere, ne lui succéde pourtant pas, ou lui succéde en vain; sçavoir, lorsqu'après la mort du pere on fait le procès à sa mémoire, & qu'elle est condamnée pour crime de leze-Majesté, ce qui emporte confiscation des biens, & dépouille le fils de l'hérédité.

Dans le Droit Romain il n'y avoit que le crime de leze-Majesté, à raison duquel on fît le procès à la mémoire du défunt, *Leg. ult. ff. ad Legem Juliam Majest. Leg. ult. cod. eodem*; mais parmi nous l'Ordonnance Criminelle de 1670, titr. 22. art. 1. y en a ajouté trois autres, sçavoir, le duel, l'homicide de soi-même, & la rébellion à Justice avec force ouverte, à l'occasion de laquelle le défunt ait été tué : la Déclaration du 14 Mai 1724. art. 9. parle encore d'un autre cas, c'est-à-dire, à l'égard des Réligionnaires relaps, qui étant malades auront refusé de recevoir les Sacremens de l'Eglise, & déclaré qu'ils veulent mourir dans la Religion Prétendue Réformée; mais au surplus, à l'exception de ces cas pour lesquels même on ne voit guère faire le procès à la mémoire, la régle générale prise de la Loi derniere, *ff. ad Legem Juliam Majest.* est telle que tout crime

est éteint, du moins quant à la peine, par la mort naturelle du prévenu arrivée durant le procès, comme nous le dirons ci-après sur le Titre *de perpet. & tempor. actionib.*

§. 8. *Licèt post mortem avi natus, tamen vivo avo conceptus; mortuo patre ejus, posteaquè deserto avi testamento, suus hæres efficitur.*

Dans les successions *ab intestat* il n'y a pas d'autre tems à considérer, auquel le successeur doive être capable & habile, que celui de la mort de la personne à laquelle il prétend succéder; & il est même décidé par le texte que nous expliquons, qu'il suffit, pour pouvoir succéder, d'être du moins conçu lors de la mort de l'ascendant, de la succession duquel il s'agit, c'est-à-dire, lors de l'ouverture de ladite succession.

Ainsi si le petit-fils a été conçu pendant la vie de son ayeul, bien qu'il soit né depuis sa mort, son pere se trouvant aussi mort, il succédera à l'ayeul; & tout comme il n'est pas nécessaire, pourque le descendant succéde à son ascendant, qu'il soit né lorsque la succession se trouve déférée, mais seulement qu'il soit conçu, pourvu toutefois qu'il vienne ensuite à naître vivant & en âge viable, de même en la succession des collatéraux il n'est pas nécessaire que celui qui est le plus proche soit né lors de l'ouverture de la succession, pourvu qu'il soit conçu, & qu'il naisse ensuite viable: ainsi un neveu, simplement conçu lors de la mort du défunt, lui succédera, s'il vient à naître, à l'exclusion même de l'oncle dudit défunt; mais lorsqu'on n'étoit pas conçu lors du décès de celui auquel on prétend succéder, on ne peut pas lui succéder, & on est exclu de sa succession. *Leg.* 6. 7. & 8. *ff. de suis & legitim. hæred. Leg.* 1. §. 8. *ff. unde cognati.*

Ainsi le présent texte exclut le petit-fils de la succession de son ayeul, qui se trouve vacante par la répudiation de l'héritier institué, ou autrement; sur ce fondement que ce petit-fils n'étoit né ni même conçu qu'après la mort de l'ayeul, & que parconséquent *nullo jure cognationis patrem patris sui attigit*; cependant plusieurs soûtiennent que ce texte est compris dans l'abrogation générale que Justinien a fait dans la préface de la Novelle 118. de toutes les Loix qui avoient été faites auparavant pour régler

les successions *ab intestat*, & que dès-là que cette Novelle n'exclut pas de la succession de l'ayeul, l'enfant conçu après la mort du même ayeul, il doit être capable de la recueillir, si elle se trouve vacante, ou sur la tête d'un curateur, au tems de sa naissance ou lorsqu'il demande à l'accepter.

Pour fortifier cet avis, on ajoute que la succession des descendans, suivant & depuis la Novelle 118, n'est plus fondée que sur les liens du sang, & non pas sur le lien civil ou sur le motif de la puissance paternelle, comme elle l'étoit dans le Droit ancien; qu'à la vérité lorsque la succession *ab intestat* a été déférée aux plus proches parens du défunt, existans lors de sa mort, la survenance d'un petit-fils conçu après la mort du défunt ne peut pas les priver de ladite succession à eux acquise, mais que quand la succession se trouve vacante & sur la tête d'un curateur, il suffit que le petit-fils trouve cette succession vacante, pour qu'il puisse être reçu à l'accepter, en répudiant même l'hérédité de son pere, parce que cette succession lui est déférée *jure sanguinis*, & que la Novelle 118 appelle tous les descendans, *cujuslibet sexûs aut gradûs*, sans se borner aux seuls descendans existans au tems de la mort; qu'enfin à prendre le mot de *cognation* dans toute sa signification, on peut dire que le petit-fils, quoique conçu après la mort de l'ayeul, est néanmoins en qualité de descendant uni à l'ayeul par les liens du sang & de la cognation & par la représentation. Aussi la question a-t-elle été jugée au profit du petit-fils par un Arrêt du 14 Août 1725 rendu au Parlement de Toulouse en faveur de la demoiselle Anne Martin de la ville de Nismes contre les créanciers de son pere: car par cet Arrêt ladite Anne Martin, qui étoit une fille âgée d'environ douze ans, après avoir répudié l'hérédité de Jean Martin II. son pere, fut reçue à accepter celle de Jean Martin I. son ayeul décédé en 1694, laquelle succession avoit été répudiée par ledit Martin II. son pere en 1701; par où il fut décidé que cette fille pouvoit recueillir & accepter de son chef la succession vacante de son ayeul décédé plusieurs années avant sa conception, & faire rejetter sur l'hérédité du pere les dettes contractées par celui-ci, tandis qu'il soûtenoit même la qualité d'héritier de l'ayeul.

J'avois travaillé pour la demoiselle Martin lors de cet Arrêt: il est vrai qu'il se trouve contraire à celui qui est rapporté dans

le *Journal des Audiences*, *tom.* 5. *liv.* 8. *chap.* 5. & au sentiment de *Boutaric*, *pag.* 391. & autres Auteurs ; mais on peut voir, pour y répondre, les raisons ramenées par *Furgole*, *en sa question* 44. *sur les donations*, où il parle lui-meme de cet Arrêt.

TITRE II.

De legitimâ agnatorum Successione.

La novelle 118. a abrogé la différence des agnats & cognats.

j'entends encore absolument une différence qui tient de cette distinction. Ce pouvoir du côté paternel chez ceux qui ont une age commune avec le pere du défunt & celui de la mere maternelle.

LA différence d'entre les agnats ou parens descendans d'une même souche masculine, & les cognats ou parens du côté des femmes, ayant été entiérement abrogée dans les successions par la Novelle 118. *cap.* 4. presque tout ce qui est dit dans ce Titre, demeure inutile.

On peut seulement remarquer que dans cette Province de Languedoc la ville de Toulouse a un Statut singulier qui appelle à la succession *proximiores in gradu parentelæ ex parte patris*, c'est-à-dire, les plus proches parens, soit mâles, ou filles, du côté du pere, à l'exclusion de la mere & des parens du côté de la mere ; & les Arrêts ont jugé que par ces termes, *proximiores ex parte patris*, on devoit entendre les plus proches parens du pere du défunt, descendans de la même ligne que le pere du défunt, c'est-à-dire, qu'il falloit avoir un ascendant commun dans la droite ligne paternelle, comme il est expliqué par *Catellan*, *liv.* 2. *chap.* 32.

La Coûtume de Toulouse n'a donc aucun égard à la parenté du côté de la mere, & c'est pourquoi le double lien n'y est pas considéré : ensorte qu'un frere ou une sœur germains du défunt n'y ont point d'avantage sur un frere ou une sœur consanguins, mais ils sont appellés & admis conjointement à la succession, du moins pour les biens situés dans la Banlieue de la ville de Toulouse, qu'on appelle le Gardiage, suivant les Arrêts rapportés par *Cambolas*, *liv.* 1. *ch.* 43. & par *Dolive*, *liv.* 5. *ch.* 32. *nov. addit.*

Dans cette Coûtume les proches parens du côté du pere excluent même la mere de la succession de son fils mort *ab intestat*, & à plus forte raison l'ayeule maternelle ; mais les Arrêts ont cherché à restraindre cette exclusion odieuse, en la bornant aux biens du fils situés dans le Gardiage ou Banlieue seulement : au

lieu que dans les autres cas cette Coûtume s'étend dans tout le territoire de la Viguerie ou Jurisdiction du Viguier de ladite ville ; ils ont même accordé à la mere sur les biens situés dans le Gardiage, une légitime, comme s'il étoit question d'une succession testamentaire ; & enfin ils dispensent la mere d'imputer sur cette légitime, les biens assis hors le Gardiage, auxquels elle succéde. *Catellan*, *liv.* 2. *chap.* 65.

Du reste, quand la succession du fils est composée de dettes actives, on se régle sur le lieu de la résidence des débiteurs : ensorte que si les débiteurs ont leur domcile dans le Gardiage ou Banlieue de la ville de Toulouse, la mere n'y a qu'un droit de légitime, ce qu'on applique même aux sommes placées sur la Province de Languedoc, parce qu'il y a dans Toulouse un Syndic de la Province & un Commis du Trésorier de la Bourse qui y fait les payemens ; si au contraire les débiteurs sont domiciliés hors du Gardiage, en ce cas la mere succéde en entier auxdites dettes actives. *Vid. Dolive*, *liv.* 5. *chap.* 33.

§. 6. *Si nullo facto testamento quis decesserit, proximus per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is de cujus hæreditate agitur ; quòd si facto testamento quis decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cæperit nullum ex testamento hæredem extiturum.*

Lorsque l'héritier institué par testament répudie la succession. elle est devolue non a ceux qui se trouvoient le plus proche parent lors du deces du testateur mais a ceux qui se sont trouvés le plus proche parents lors de la répudiation. c'est ce qui se trouve la disposition de ce texte. il entendroit que ce de meme au regard des succession a l'intestat et qu'en cas de répudiation de la succession

Ce paragraphe est observé, mais il demande quelque explication, pour sçavoir quel est effectivement le plus proche parent qui doit succéder, lorsqu'il y a une répudiation.

Premiérement, lorsque le défunt a fait un testament, valable à la vérité, mais dont l'héritier institué a dans la suite répudié l'hérédité, on ne considére pas la proximité eû égard au tems du décès du défunt, mais eû égard au tems qu'il est certain qu'il n'y a point d'héritier testamentaire ; ainsi la succession venant à vaquer par la répudiation de l'héritier institué, elle est adjugée non à ceux qui se trouvoient les plus proches parens du défunt lors de sa mort, ou à leurs héritiers ou successeurs qui les représentent, mais bien à ceux qui se trouvent les plus proches parens du défunt lors de cette répudiation, parce que c'est la répudiation de l'héritier institué qui fixe le jour de la vacance ou de l'ouverture de la succession.

En second lieu, & tout au contraire si un homme est mort

Suivant la Coutume l'aîné devoit exclure celui qui étoit le plus proche parent lors du deces. cependant les docteurs en apportent plusieurs autres qui n'ont aucune différence entre ces deux opinions.

ſans teſter, ou, ce qui eſt la même choſe, ſans avoir fait de teſtament valable, le plus proche parent appellé à la ſucceſſion eſt celui qui ſe trouve tel lors de ſon décès; tout cela réſulte du préſent texte.

Mais dans ce dernier cas concernant la ſucceſſion *ab inteſtat*, on a demandé ſi celui qui s'eſt trouvé le plus proche parent au tems de la mort, venant dans la ſuite à répudier, cette répudiation ne doit pas avoir un effet rétroactif pour remettre les choſes au même état qu'elles étoient au jour du décès du défunt, enſorte qu'il faille adjuger ſa ſucceſſion à celui qui étoit le plus proche parent du défunt lors de ſon décès, après le parent qui a répudié; ou ſi la ſucceſſion doit appartenir à celui qui eſt le plus proche parent lors de cette répudiation.

Ce paragraphe ſemble indiquer qu'on doit donner l'effet rétroactif dont nous parlons à la répudiation qui eſt faite dans la ſuite par le ſucceſſeur *ab inteſtat*; cependant *Deſpeiſſes* ne fait aucune différence du cas où le défunt eſt mort *ab inteſtat* d'avec celui où il auroit fait un teſtament, & tient que dans l'un & dans l'autre la ſucceſſion doit appartenir au parent qui ſe trouve le plus proche lors de la répudiation : ainſi, dit-il, ſi un homme laiſſe en mourant ſa mere qui doit ſeule lui ſuccéder, un oncle paternel & un fils d'un autre oncle, c'eſt-à-dire, un couſin germain; que cet oncle paternel vienne à mourir ſans enfans, & qu'enſuite la mere répudie la ſucceſſion de ſon fils, elle ſera dévolue & baillée non pas aux ſucceſſeurs de cet oncle, mais au couſin germain, lequel ſe trouve lors de la répudiation le plus proche parent : *Maynard*, *liv.* 6. *chap.* 100. rapporte auſſi un Arrêt conforme à cette doctrine.

TITRE

TITRE III.

De Senatus-Conſulto Tertilliano.

§. 6. *Sed quemadmodùm matribus proſpeximus, ita eas oportet ſuæ ſoboli conſulere, ſcituris eis, quòd ſi tutores liberis non petierint, ab eorum impuberum morientium ſucceſſione meritò repellentur.*

NOUS avons déja dit au Livre premier ſur le Titre *de legitimâ agnatorum tutelâ*, que la mere majeure de vingt-cinq ans eſt tutrice née ou légale de ſes enfans pupilles, & obligée d'agir en cette qualité juſqu'à ce qu'elle veuille faire nommer à ſa place un autre tuteur; ainſi elle ne ſçauroit encourir la privation de la ſucceſſion de ſes pupilles, quoique cette peine ſoit d'ailleurs commune à tous les ſucceſſeurs *ab inteſtat* des pupilles, qui auroient manqué de leur faire pourvoir de tuteur, lorſqu'ils ſe trouvent ſans mere, ſuivant la Loi *ſciant*, *cod. de legitim. hæredib.*

Nous avons dit auſſi au même endroit que ſi une mere tutrice ou adminiſtratrice de ſes enfans pupilles paſſe à des ſecondes noces, ſans leur avoir fait auparavant nommer un autre tuteur, rendu compte de ſon approbation, & payer le reliqua qu'elle peut devoir, on la prive de la ſucceſſion de ſes enfans du premier lit qui viennent à décéder, auſſi bien que ſes enfans du ſecond lit, ſi elle eſt vivante, & qu'on la ſoumet encore aux mêmes peines à peu-près que les femmes qui ſe remarient dans l'an du deuil, c'eſt-à-dire, à la perte de ſon augment dotal & de toutes les libéralités qu'elle peut avoir reçu de ſon premier mari, ſoit en propriété, ſoit en uſufruit.

Il faut ajouter maintenant que la minorité excuſe toujours les meres qui ſe ſont remariées *non petitis tutoribus*, enſorte qu'alors elles n'encourent aucunes peines, non plus qu'on ne les prive pas de la ſucceſſion de leurs enfans du premier lit, s'ils viennent à mourir en pupillarité; quoiqu'au contraire la minorité n'excuſe pas les meres qui ſe ſont remariées dans l'an du deuil, *Dolive*, *liv.* 3. *chap.* 5. & *chap.* 31.

Au ſurplus, les femmes qui malverſent dans l'an du deuil, ſont

sans contredit sujettes aux mêmes peines que celles qui convolent dans l'an du deuil, *ne aliquid amplius habeat castitate luxuria*, *Novell.* 29. *cap.* 2. *in fine*, *Catellan*, *liv.* 4. *chap.* 72. mais quoique les Loix n'aient pas parlé des femmes qui viennent à malverser après l'an du deuil, cependant il y a eu plusieurs Arrêts du Parlement de Toulouse qui les avoient assujetties à la privation de la succession de leurs enfans du premier lit, quand même il n'y en auroit pas eu d'autres survivans ; à la perte de l'augment & autres libéralités de leur mari, lorsque la malversation se trouvoit accompagnée de certaines circonstances aggravantes, comme, par exemple, quand la veuve avoit malversé *in domo mariti*, que sa malversation n'avoit pas été précédée d'un contrat de fiançailles, ou que le mariage avec celui avec qui elles avoient malversé, ne s'en étoit pas suivi ; ou lorsqu'enfin elles avoient malversé pendant la vie des enfans du premier lit, &c. Cette Jurisprudence a néanmoins changé, quoique je ne veuille pas affirmer qu'on n'y puisse revenir. Les derniers Arrêts ont jugé qu'il ne falloit pas étendre les peines, & que la veuve qui vient à malverser après l'an, ne doit encourir aucune privation, ni de la succession de ses enfans, ni des libéralités de son mari, ni les autres peines portées contre les femmes qui se remarient ou malversent dans l'an du deuil : on peut voir ces Arrêts rapportés par le Commentateur de *Catellan*, *liv.* 4. *chap.* 72. & par *Furgole*, *traité des testamens*, *tom.* 1. *chap.* 6. *sect.* 2. *pag.* 397. *& suiv.*

Il est vrai que comme une mere qui vient à malverser *post annum*, n'a presque jamais l'attention de faire pourvoir d'un tuteur à ses enfans pupilles avant sa malversation, il semble qu'en ne lui infligeant aucune peine dans ce cas pour cette omission, comme on l'inflige au contraire à celle qui se remariant après l'an manque à ce devoir, *aliquid amplius habeat castitate luxuria* ; mais on peut répondre que c'est de celle qui se remarie en omettant ce devoir, & non de celle qui malverse, que les Loix ont dit que *plerumquè novis maritis non solùm res filiorum, sed etiam vitam adducit* : aussi une veuve qui après sa malversation épouseroit son prétendu séducteur, sans faire pourvoir de tuteur à ses enfans pupilles du premier lit, seroit soumise aux peines dont nous avons parlé pour cette omission.

Au reste, pour dire un mot sur les peines des secondes noces

dans l'année du deuil ou après l'an du deuil, nous observerons en passant que la femme qui se remarie dans l'an du deuil, lequel est de douze mois accomplis, est privée, 1°. de ses avantages nuptiaux & de toutes les libéralités de son premier mari, tant en propriété qu'en usufruit, quand même elle seroit mineure ; 2°. elle est privée aussi de succéder à ses enfans du premier lit, aux biens qui lui sont advenus, soit du pere ou d'ailleurs, & soit en propriété, soit en usufruit, quand bien même il n'y auroit pas d'autres enfans survivans du premier lit, ou quand même ces enfans ne seroient morts qu'après la puberté, ou avant les secondes noces de la femme, & le tout est adjugé aux parens les plus prochains du premier mari ; 3°. elle ne peut pas disposer d'aucune façon en faveur de son second mari que de la troisiéme partie de ses biens, quand même il n'y auroit pas d'enfans du premier mariage ; 4°. elle demeure incapable de rien recevoir de la part des étrangers, par testament ou par donation à cause de mort ; 5°. elle est encore privée de pouvoir succéder *ab intestat* à ses parens qui sont au delà du troisiéme dégré : comme aussi on prétend qu'elle doit être privée du droit d'élection qui lui auroit été accordé entre ses enfans par son défunt mari, ainsi que nous l'avons remarqué ailleurs ; mais ces peines du convol dans l'an du deuil ne regardent que les femmes, à cause de l'honnêteté publique qu'elles violent en ce point, & les hommes n'y sont pas sujets. D'ailleurs ces peines des secondes noces dans l'an du deuil ne sont observées que dans les Pays de Droit Ecrit, car elles n'ont pas lieu dans les Pays Coûtumiers.

Quant aux peines des secondes noces après l'an du deuil, qu'on appelle proprement les peines des secondes noces, & qui sont infligées précisément à cause des secondes noces, il faut d'abord prendre garde que ces peines concernent également les hommes & les femmes qui passent à un second mariage ; qu'elles n'ont pas lieu néanmoins, lorsqu'il n'y a ni enfans ni descendans du mariage précédent, attendu qu'elles n'ont été introduites qu'en leur faveur, & ces peines, quoiqu'encourues, cessent même, si tous lesdits enfans ou descendans du premier lit prédécédent, ensorte que le remarié reprend par leur prédécès tout ce qu'il avoit perdu.

Ces peines consistent, 1°. en ce que le conjoint remarié, soit le mari ou la femme, perd la propriété des avantages nuptiaux

& autres libéralités reçues du conjoint défunt, laquelle est acquise dès-lors aux enfans du premier lit ; il n'en conserve que l'usufruit pendant sa vie : 2°. il est privé de succéder, du moins en propriété, à l'un de ses enfans du premier lit venant à mourir ; quant aux biens que cet enfant tenoit du conjoint prédécédé, il n'a tout au plus que l'usufruit de sa portion de cette succession, & nullement l'usufruit des autres portions appartenant aux autres enfans, quand même ce seroit le pere qui auroit eu cet usufruit auparavant : 3°. le parent remarié ne peut donner ni laisser en aucune façon, directement ni indirectement, à son second conjoint, soit en propriété ou en usufruit, plus qu'à celui de ses enfans du premier lit, auquel il donne ou laisse le moins, autrement le surplus est sujet au retranchement ordonné par les Loix, & ce moins, lorsqu'il y a quelque enfant à qui on a laissé moins que sa légitime, se régle eû égard à une légitime ; mais les avantages, institutions, ou autres libéralités que le parent remarié fait à ses enfans du second lit, ne sont pas sujets à ce retranchement, car il peut les préférer à ceux du premier lit.

§. 7. *Licèt autem vulgò quæsitus sit filius, potest tamen ad bona ejus mater admitti.*

La disposition de ce paragraphe qui veut que les meres puissent succéder à leurs enfans bâtards, n'est du tout point observée dans ce Royaume, quoique, s'il en faut croire *Boissieu, traité de l'usage des Fiefs, chap.* 66. elle le soit encore dans le Dauphiné : on peut voir, pour ne pas user de répetition, ce que nous avons dit sur le Titre *de nuptiis*, §. 12. vers la fin, au Livre premier.

TITRE IV.

De Senatus-Consulto Orphitiano.

§. 3. *Sciendum est etiam illos liberos qui vulgò quæsiti sunt, ad matris hæreditatem admitti.*

CETTE faculté qu'avoient les bâtards de succéder à leur mere, en concours même des enfans légitimes, n'a pas lieu non plus en France, où les enfans naturels sont toujours incapables de recueillir, soit *ab intestat*, soit par testament, les successions de leurs pere & mere, qui ne peuvent leur laisser qu'une somme modique pour leurs alimens, comme nous l'avons remarqué sur le meme §. 12. du Titre *de nuptiis*.

On ne suit pas même la doctrine de *Maynard, liv.* 3. *chap.* 17. & de *Dolive, liv.* 5. *chap.* 34. qui prétendent qu'un héritier qui veut impugner les libéralités excessives faites par le testateur à ses bâtards, ne peut pas leur opposer le fait de bâtardise, s'il n'a des actes en main pour le prouver, parce qu'autrement il offense la mémoire du défunt ; cela n'est pas observé, comme le remarque *Catellan, liv.* 2. *chap.* 95. jusques-là qu'un successeur est même recevable à prouver par témoins le commerce adultérin du testateur avec la personne qu'il a instituée héritiere, ainsi que nous l'avons dit au commencement du Titre *de hæredibus instituendis.*

§. 4. *Si ex pluribus hæredibus quidam vel morte vel aliâ causâ impediti fuerint, quominùs adeant, reliquis qui adierint, accrescit illorum portio.*

La décision de ce paragraphe ne sçauroit avoir lieu parmi nous, en ce qu'il suppose qu'un successeur mourant avant d'avoir accepté l'hérédité, sa portion accroît à ses héritiers ; car nous avons déjà remarqué sur le Titre *de hæredum qualitate*, §. 2. que l'adition d'hérédité n'est pas nécessaire en France ; que l'héritier, soit testamentaire, soit *ab intestat*, est saisi de plein droit en vertu de la régle, *le mort saisit le vif*, sans qu'il soit besoin d'adition ni d'acceptation de sa part, & que venant à mourir après l'ouverture de la succession, il transmet son droit à ses propres héritiers.

TITRE V.

De Successione cognatorum.

§. 5. *Nunc admonendi sumus admitti aliquem ad hæreditatem, etsi decimo gradu sit.*

LES successions vont à l'infini, c'est-à-dire, qu'un parent non seulement au dixiéme dégré, mais au centiéme dégré, s'il ne s'en trouvoit pas de plus proche, seroit en droit de succéder & d'exclure le Fisc ou le Seigneur. *Maynard, liv. 6. chap. 99. Louet & Brodeau, lettre F. chap. 21.*

La preuve de la parenté & du dégré doit régulierement être authentique & établie par titres, comme par des actes de partage, contrats de mariage, testamens, &c. ou par des enquêtes en bonne forme; cependant lorsqu'il n'est question que d'exclure le Fisc ou le Seigneur, on se contente même que la parenté soit établie par des simples indices, sans qu'il soit besoin de prouver la généalogie: comme s'il paroît que celui qui demande la succession en qualité de parent, étoit réputé tel par les habitans du lieu, ou que le défunt le reconnoissoit pour parent verbalement & par écrit.

Mais lorsqu'il n'y a ni parens ni héritiers testamentaires, le droit, qu'on appelle *droit de deshérence*, a lieu en faveur des Seigneurs Hauts-Justiciers, c'est-à-dire, qu'en France ils succédent, *deficientibus hæredibus*, aux biens du défunt qui se trouvent situés dans leur Jurisdiction, soit meubles ou immeubles, *Vid. Loyseau, traité des Seigneuries, chap. 12. n. 88. & suiv.* nous en avons déja parlé au Livre II. Titre premier, §. 46. & pour ce qui est des dettes actives, quoique *Loyseau, loc. cit.* & les autres Auteurs du Parlement de Paris les adjugent au Seigneur du domicile du défunt, la Jurisprudence du Parlement de Toulouse est telle que c'est le Seigneur du lieu où les débiteurs résident, qui y succéde, tout comme en matiere de confiscation. *Ferrieres, in quest. 341. de Guypap. Dolive, liv. 5. chap. 33.*

TITRE VI.

De Gradibus cognationum.

NOUS avons déja expliqué ci-dessus comment se comptent les dégrés de parenté, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale.

TITRES VII. VIII. IX.

De servili cognatione.

De successione libertorum.

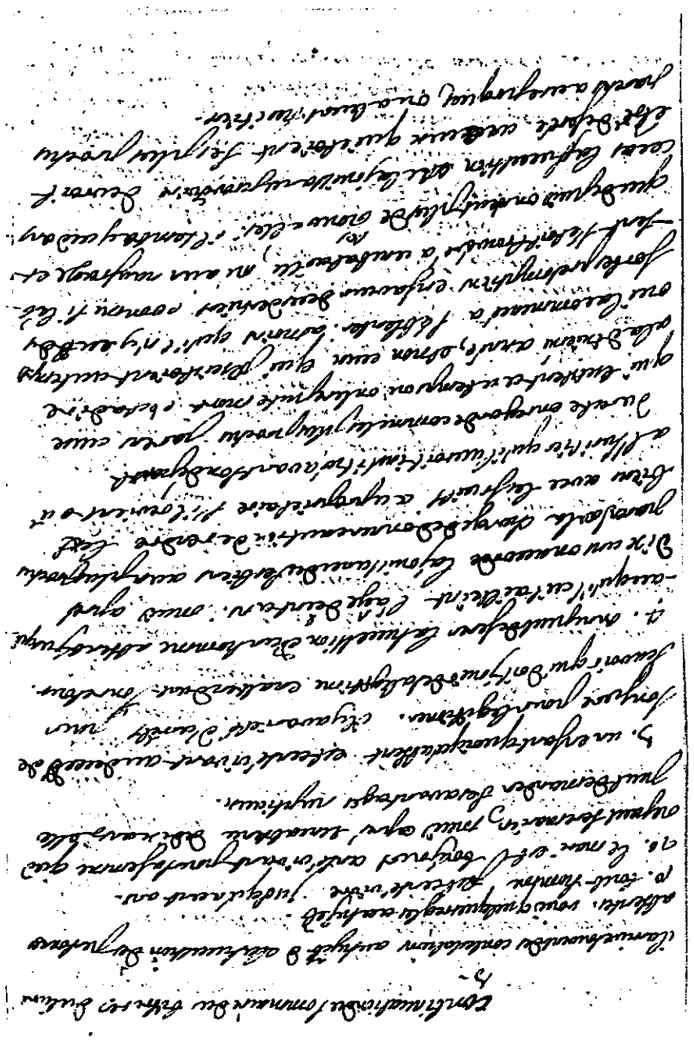
De assignatione libertorum.

CES trois Titres ne sont d'aucun usage en France, où il n'y a ni esclaves ni affranchis; on ne les suit pas même à l'égard des affranchis qui sont dans les Colonies Françoises de l'Amérique, puisque l'Edit de 1685 rendu pour la police de ces Isles, art. 58. exempte les affranchis de tous les droits que leurs anciens maîtres voudroient prétendre sur leurs personnes, leurs biens & leurs successions.

TITRE X.

De Bonorum Possessionibus.

LA possession des biens introduite ou accordée en certains cas par le Préteur dans le Droit Romain, n'étoit dans la vérité autre chose qu'une maniere de succéder ou d'hériter, qui n'étoit différente des successions testamentaires & légitimes, que par rapport au tems & à la maniere d'acquérir les biens, comme *Vinnius* l'explique sur ce Titre; mais nous ne connoissons point parmi nous aucune de ces différences, & la condition de tous les héritiers ou successeurs universels, quels qu'ils soient, y est la même en vertu de la régle, *le mort saisit le vif*, dont nous avons déja parlé plusieurs fois.



il s'est élevé une très grande question en matière de successions, savoir quand deux personnes ~~sont~~ périssent dans un même accident laquelle des deux est morte la 1re. on se décide ordinairement par les circonstances du fait, et s'il n'en existe aucune on juge que celui de l'age et de la nature le plus fort a survécu le plus foible et a péri le dernier. s'il n'y a aucune différence d'âge et de sexe on déboute ceux qui prétendent que l'un est mort plutôt que l'autre.

il faut pour succéder être né ou conçu lors du décès de celui à qui on succède.

on juge cependant que le petit fils né et conçu après la mort de son ayeul peut recueillir l'hérédité de cet ayeul répudiée par son père.

Sommaire du titre 2. de legitima agnatorum successione.

la novelle 118. a abrogé la différence que l'empereur fait dans ce titre et dans le suivant des agnats ou parens du coté du père, et des cognats ou parens du coté de la mère.

lorsque un héritier institué par testament répudie, la succession est dévolue non à ceux qui se trouvoient les plus proches parens lors du décès du testateur, mais à ceux qui se trouvent le plus proches parens lors de la répudiation.

il semble qu'en suivant la disposition de cette loi il en devroit peut être de même à l'égard des héritiers ab intestat; cependant les docteurs rapportent plusieurs arrêts qui ont jugé qu'au lieu de la répudiation du successeur légitime la succession devoit être déférée à ceux qui se trouvoient les plus proches parens lors de cette répudiation.

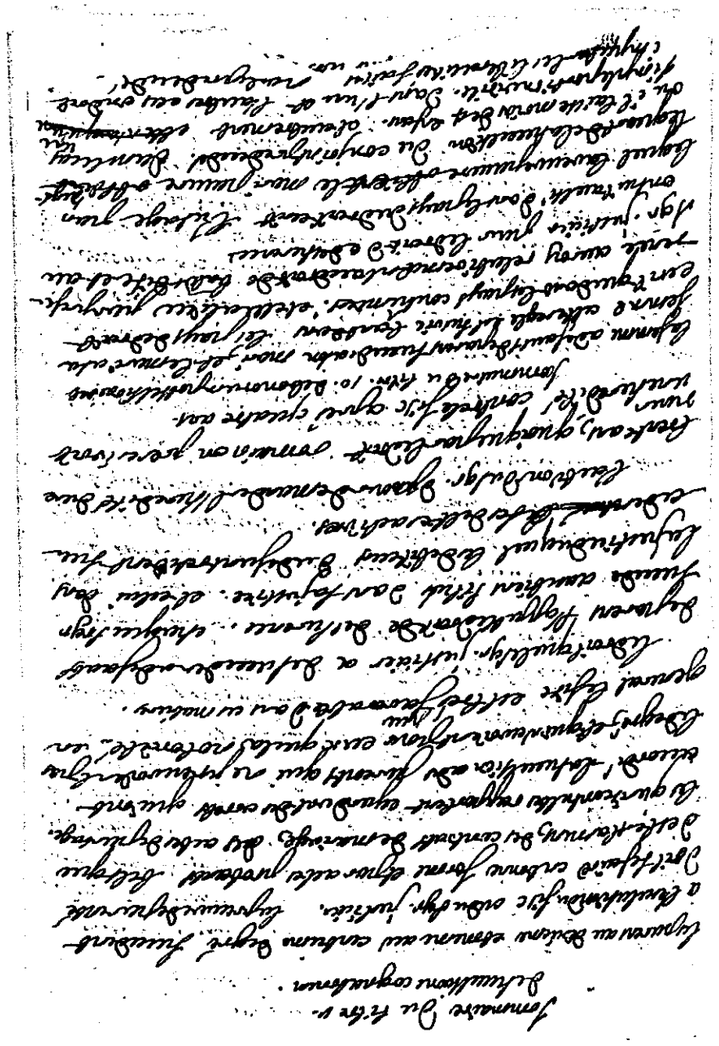
Sommaire du titre 3.
De senatus-consulto tertulliano.

les femmes qui se remarient dans l'an du deuil sont sujettes à plusieurs peines. 1°. elles sont privées de toutes les libéralités de leur mari tant en propriété qu'en usufruit. 2°. elles sont privées de la succession de leurs enfants du premier lit quand même il n'y en auroit pas d'autres. 3°. elles sont incapables de recevoir ~~des~~ des étrangers aucuns biens soit par donation soit par testament. 4°. elles ne peuvent disposer en faveur de ~~son~~ leur second mari que de la troisième partie de leurs biens. 5°. elles ne peuvent succéder ab intestat à ~~ses~~ leurs parens au de là du troisième degré. la femme mineure qui se remarie ne supporte pas ces peines. ~~ordinaire~~

les femmes qui ne gardent pas l'an du deuil sont assimilées aux femmes qui se remarient dans le même temps. ne aliquid amplius habeat castitate luxuria.

la femme qui se remarie sans avoir fait nommer un tuteur à ses enfans supporte les mêmes peines que celle qui se remarie dans l'an du deuil. de plus sa minorité ne l'excuse pas.

il y a aussi deux peines de secondes noces qui sont infligées également aux hommes et aux femmes lorsqu'ils se remarient après l'an du deuil. 1°. ils perdent la propriété des avantages que leur avoit fait l'autre conjoint. ils n'en ont que l'usufruit. 2°. ils sont privés de la succession au mobilier en propriété de leurs enfans du 1er lit. 3°. ils ne peuvent donner plus au conjoint du second lit qu'aux enfans du 1er lit à qui ils laissent le moins.



§. 3. *Aliam bonorum possessionem, quæ undè vir & uxor appellatur, in suo vigore servavimus.*

En défaut de parens connus la femme succéde à son mari ; celui-ci succéde aussi à sa femme, suivant la Loi unique, *cod. undè vir & uxor*, & cela a lieu non seulement dans les Pays de Droit Ecrit, mais même dans les Pays Coûtumiers, à moins que les Coûtumes n'y continssent de disposition contraire : car cette Loi n'est pas abrogée en France, comme l'a pensé *Maynard, liv. 4. chap. 1. de ses Arrêts.* Il y a seulement quelques cas où le mari & la femme ne se succédent pas réciproquement : comme, par exemple, quand la femme est séparée de son mari, ou qu'elle l'a abandonné ; quand elle est accusée de malversation, ou qu'elle s'est remariée dans l'an du deuil ; quand le mari a tué sa femme, quoique surprise en adultere, &c. *Vid. La Roche & Graverol, liv. 2. verb. légitimation, art. 2. Le Brun, des successions, liv. 1. chap. 7.*

La succession réciproque du mari & de la femme a donc lieu dans ce Royaume, en défaut de testament & de parens, à l'exclusion des Seigneurs Justiciers, ce qui s'observe même malgré le droit de bâtardise : car la femme d'un bâtard ou le mari d'une bâtarde, décédés sans enfans légitimes & *ab intestat*, se succédent en vertu de l'Edit, *undè vir & uxor*, au préjudice des Seigneurs, comme nous l'avons dit sur la fin du §. 12. du Titre *de nuptiis* ; & l'on juge la même chose à l'égard du droit de deshérence : car la femme ou le mari décédans sans tester & sans aucuns parens ; le survivant d'entr'eux succéde à l'exclusion du Seigneur Justicier, *Louet & Brodeau, lettre F. chap. 22.*

A l'égard du droit d'aubaine, la veuve d'un étranger non naturalisé ne peut pas succéder à son mari à l'exclusion du Roi ; par cette raison que le droit d'aubaine exclut même les parens de l'étranger, & par voie de conséquence la veuve qui seroit exclue elle-même par les parens. *Bacquet, traité du droit d'aubaine, chap. 33. & 34. Louet & Brodeau, lettre V, chap. 13.*

On suit encore en quelque maniere dans les Pays de Droit Ecrit l'authentique du même titre du Code, *undè vir & uxor*, qui donne à la veuve pauvre le quart des biens de son mari mort riche, & également au mari pauvre le quart des biens de sa femme décédée riche, pourvu qu'il n'y ait que trois enfans ou au dessous,

dessous, car s'il y en a davantage, le survivant ne doit avoir qu'une virile portion, comme l'un d'eux, sur quoi néanmoins doivent être imputés les legs & autres libéralités qui lui ont été faites par le conjoint prédécédé ; cet avantage est accordé par la Loi en propriété, s'il n'y a point d'enfans, & en usufruit simplement, lorsqu'il y en a, la propriété devant toujours faire retour aux enfans.

Cette authentique qui a été prise de la Novelle 117, est observée aujourd'hui de telle sorte que la question dépend entiérement des circonstances, c'est-à-dire, que soit que la veuve n'ait point apporté de dot, ou bien une dot modique avec laquelle elle ne sçauroit vivre conformément à la qualité & aux facultés de son mari, on ne lui accorde pourtant qu'une pension viagere honnête au-dessus de sa dot & de son augment, *Vid. Maynard, liv. 3. chap. 25. Catellan, liv. 4. chap. 40. & Vedel, ibid. nouvel Albert, lettre F. chap. 8. Le Brun, des success. liv. 1. chap. 7.* & non seulement on réduit la chose à une simple pension sans propriété, lorsqu'il y a des enfans ou des héritiers descendans du défunt, mais même lorsque ces héritiers ne sont que des neveux ou des collatéraux ; c'est à quoi la Jurisprudence des derniers Arrêts semble être fixée. *Vid. Vedel, dict. loc.*

TITRES XI. XII. XIII.

De acquisitione per adrogationem.

De eo cui libertatis causâ bona addicuntur.

De successionibus sublatis quæ fiebant per bonorum venditionem & ex Senatus-Consulto Claudiano.

CES trois Titres sont entiérement inutiles par rapport à nos Usages.

TITRE XIV.

De Obligationibus.

Obligatio est juris vinculum, quo necessitate astringimur alicujus rei solvendæ, &c.

EN général, & comme l'on dit communément, les obligations sont au commencement de volonté, & ensuite de nécessité, *initio voluntatis & posteà necessitatis*, *Leg.* 5. *cod. de obligat. & act.* mais indépendamment de ces obligations que l'on appelle civiles, parce que *Legibus aut Jure civili comprobatæ sunt*, il y en a d'autres qui sont purement naturelles, ensorte qu'elles ne produisent point d'action en Justice, *Leg.* 84. §. 1. *ff. de regul. jur.* comme, par exemple, l'obligation d'un fils de famille qui emprunte de l'argent & autres de cette espèce, que la Loi n'a pas trouvé à propos d'autoriser par certaines raisons.

On peut s'obliger par des actes ou écrits sous signature privée, ou par des actes publics & pardevant Notaire, comme il résulte de l'Ordonnance de Moulins & de l'Ordonnance de 1667, titr. 20. art. 2. ou bien en Jugement, *nam in Judicio contrahitur*, *Leg.* 3. §. *idem scribit*, *ff. de peculio*, les uns & les autres de ces actes lient également les parties; mais les actes publics que l'on appelle aussi authentiques, ont cet avantage sur les actes de main privée, qu'ils emportent avec soi de plein droit & même sans stipulation une hypothéque sur tous les biens présens & à venir des personnes qui s'obligent, & qu'ils ont même une exécution parée, c'est-à-dire, qu'on peut, en vertu desdits actes & d'une permission du Juge sur requête, ou y faisant apposer le sceau de la Jurisdiction, saisir & exécuter les biens de ceux qui se trouvent obligés, suivant l'Ordonnance de 1539, art. 65. & suiv. *Rebuffe*, *de litteris executor. art.* 1. au lieu que les actes privés ne donnent point d'hypothéque que du jour de l'aveu & reconnoissance, qui en sont faits ou pardevant un Notaire ou devant le Juge, suivant l'Ordonnance de 1539, art. 92. & même qu'étant avérés, ils ne donnent pas par eux-mêmes d'exécution parée, mais qu'il faut ensuite un Jugement de condamnation, ou une

permission de Justice, pour pouvoir user de saisie. *Maynard, liv.* 3. *chap.* 2. & 3. *Graverol sur La Roche*, *liv.* 2. *verb. exécutions.*

Toute sorte de Juges sont compétens pour l'aveu & pour ordonner l'hypothéque des obligations privées, à l'exception du Juge d'Eglise, parce qu'il n'a point de territoire, & l'aveu étant fait, soit par la reconnoissance de la partie, ou, si elle dénie, par la vérification d'écritures, il fait même remonter l'hypothéque au jour & date de l'obligation privée, *Ordonn. de* 1539. *art.* 93. ce qui s'entend seulement à l'égard de la personne obligée, mais non pas contre un tiers qui auroit contracté dans l'intervale de l'obligation privée à l'aveu avec ce même débiteur. *Theveneau*, *liv.* 2. *titr.* 19. *art.* 4. & 5.

Les contrats & actes publics portent de plein droit l'hypothéque, comme nous l'avons dit, & quand même ils auroient été retenus ou reçus par des Notaires d'un Pays étranger & hors le Royaume, plusieurs Auteurs croient, nonobstant l'Ordonnance de 1629, art. 121. qu'ils peuvent donner hypothéque en France du jour même de leur date, lorsqu'ils ont été dûement controllés dans le Royaume; ce qui semble s'induire aussi d'une Déclaration du Roi du 6 Décembre 1707. *Vid. Albert*, *verb. contrats*, *art.* 1. *Le Prestre*, *centur.* 4. *chap.* 80. *Boutaric*, *Instit. pag.* 416.

Les contrats retenus en France par des Notaires royaux, quoique hors de leur Ressort ou de leur Jurisdiction dans laquelle ils sont établis, sont aussi valables & donnent hypothéque; mais on oblige seulement lesdits Notaires de rendre les émolumens qu'ils ont perçus aux Notaires des lieux, & de leur remettre l'original des actes pour en delivrer des expéditions aux parties requérantes, ou de les indemniser à ce sujet. *Catellan*, *liv.* 3. *chap.* 33.

Quant aux contrats ou actes retenus par des Notaires de Seigneurs hors de leur Jurisdiction, ou entre des personnes qui ne sont pas domiciliées dans la Jurisdiction où ils sont établis, ou pour raison des immeubles situés hors de leur Jurisdiction, ils sont nuls & regardés comme tels; comme aussi les actes même reçus par lesdits Notaires entre des personnes domiciliées dans la Jurisdiction, bien qu'ils ne soient point nuls, ne peuvent pas cependant donner d'hypothéque sur les biens situés hors de la Jurisdiction: tout cela est textuellement décidé par une Décla-

ration du 17 Septembre 1697; il est vrai que *Bretonnier sur Henrys, tom. 1. liv. 2. chap. 28. de la pénult. édit.* cite des Arrêts & rapporte diverses autorités qui ont voulu admettre à cet égard quelques distinctions, mais il paroit plus sûr de s'en tenir au texte de la Déclaration du Roi qui est précise.

La question sur la validité d'un testament retenu par un Notaire de Seigneur hors de sa Jurisdiction, se présenta en l'année 1748 à la seconde Chambre des Enquêtes du Parlement de Toulouse, au rapport de M. le Blanc de Saint Fleurian, & quoiqu'on convînt des régles, cependant à cause qu'il paroissoit que ce même Notaire avoit retenu un grand nombre d'actes pareils; plusieurs des Juges furent d'avis de confirmer le testament; sur quoi il y eut partage, & je ne sçache point que ce partage ait été jugé.

L'hypothéque en France s'acquiert aussi par les Jugemens & Arrêts de condamnation en dernier ressort, suivant l'article 53 de l'Ordonnance de Moulins, & même du jour de la Sentence ou Ordonnance rendue par le premier Juge, si elle vient à être confirmée par Arrêt, & ce, au préjudice même des créanciers intermédiaires, suivant la premiere Déclaration donnée sur ladite Ordonnance de Moulins. *Vid. Ferrieres, in quæst. 26. de Guypap.*

Quant aux Jugemens ou Arrêts rendus en Pays étranger, il faut en dire de même que des contrats passés hors le Royaume, pour ce qui est de l'hypothéque, en y ajoutant ce que j'ai remarqué encore à l'égard de ces Jugemens, au Livre premier, Titre II. sur la fin.

Et pour ce qui est des Sentences rendues par des Arbitres, l'hypothéque s'en acquiert seulement du jour de l'homologation qui en est faite en Justice, ou du jour de l'acte de la remise qui en est faite entre les mains d'un Notaire.

§. *ult.*

Toutes les obligations, chez nous comme chez les Romains, naissent des contrats ou des quasi-contrats, des délits ou des quasi-délits; mais la subdivision que Justinien fait ici des obligations naissant des contrats en quatre espèces différentes, *vel re, vel verbis, vel litteris, vel consensu*, ne convient pas au Droit

François: nous ne reconnoissons d'autres obligations que celles qui se contractent par le seul consentement des parties, & celles qui outre le consentement requiérent la tradition, *vel consensu aut re*; mais nous n'avons pas adopté ni reconnu ces obligations qui se contractoient parmi les Romains, par les simples paroles en vertu de la stipulation, dont il est parlé dans le Titre XVI. ci-après, non plus que celle qui se contractoit par la simple écriture, *& quæ nominibus fieri dicebatur*, dont il est fait mention dans le Titre XXII. de ce Livre.

TITRE XV.

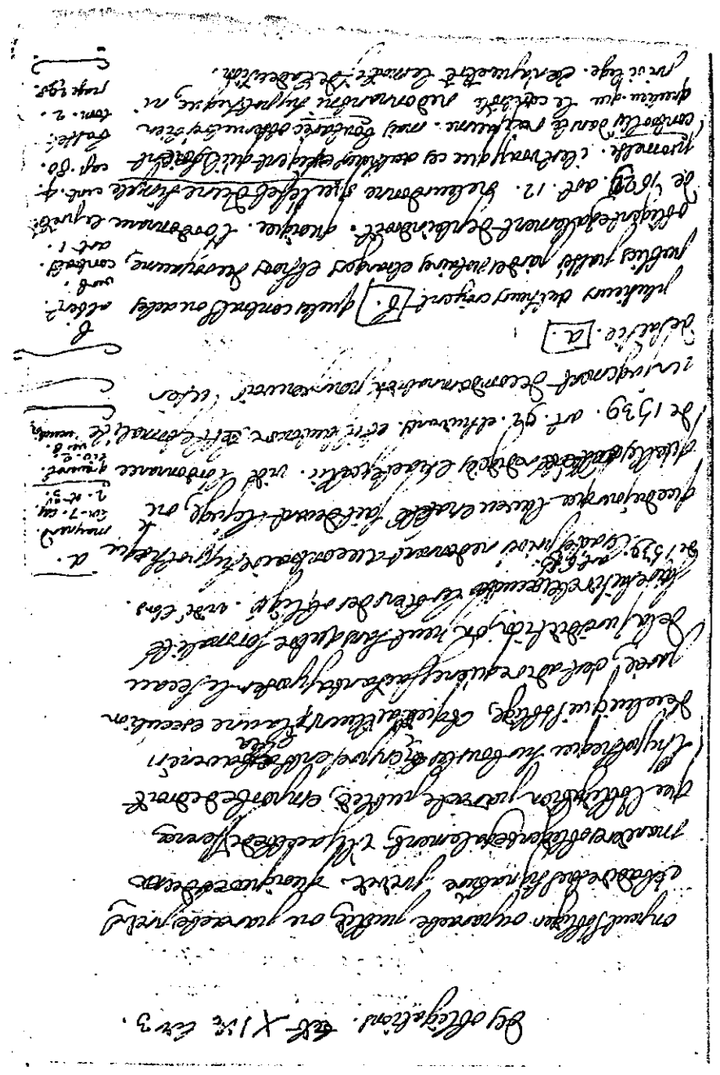
Quibus modis re contrahitur Obligatio.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione, &c.

LE prêt est un contrat ou une convention par laquelle une personne baille à une autre de l'argent comptant, du bled, vin, ou autres choses consumptibles par l'usage, pour s'en servir à ses besoins & en disposer ainsi que bon lui semblera, de façon que les choses prêtées sont nécessairement acquises en propriété à celui qui emprunte, & qu'il n'est pas obligé de rendre les mêmes espèces qu'il a pris; mais d'autres de pareille bonté & valeur; d'où il suit aussi que si les choses prêtées venoient à périr après le prêt, quand ce seroit même par un cas fortuit, elles périroient pour le compte de celui qui auroit fait l'emprunt, comme il est dit dans le paragraphe 2 de ce Titre.

On peut observer que par le Droit Romain, *Leg. 3. cod. de usuris*, celui qui prêtoit de l'argent, pouvoit valablement stipuler qu'il lui seroit payé certains intérêts; mais en France, quelque convention qu'il y ait, l'intérêt des sommes prêtées n'est jamais adjugé au créancier que depuis l'instance, c'est-à-dire, depuis l'ajournement ou assignation en Justice, suivant l'article 60 de l'Ordonnance d'Orléans, fût-il même question des intérêts d'un prêt dûs à un pupille, ou des intérêts des deniers pupillaires prêtés par un tuteur.

Il faut excepter les Parlemens d'Aix, de Grenoble & de Pau, dans le Ressort desquels les intérêts d'un prêt peuvent être sti-



des obligations. ~~tit~~ XIII. liv 3.

on peut s'obliger ou par acte public, ou par acte privé et sous signature privée. quoique ces deux manieres obligent egalement, il y a cette difference, que l'obligation par acte public, emporte de droit l'hypotheque sur tous les biens presents et a venir de celui qui s'oblige, et qu'elle a d'ailleurs la voie de l'execution parée, de la vient qu'il ne faut qu'y apposer le sceau de la jurisdiction, on peut sans autre formalité faire saisir et executer les biens des obligés. vide l'ord. de 1539. art. 66. les actes privés ne donnent aucune hypotheque que du jour que l'aveu en a été fait devant le juge, ou qu'elles ont été adjugées et reconnues. vide l'ordonnance de 1539. art. 92. et suivants. et il faut encore cette formalité un jugement de condamnation pour recevoir l'execution de justice. [a.]

a. maynard. liv. 7. cap. 2. et 3. graverol. tit. 2. art. 8. le vend.

plusieurs auteurs croyent [b.] que les contrats ou actes publics passés par des notaires etrangers et hors du royaume, obligent egalement de plein droit. quoique l'ordonnance de 1629. art. 12. ne leur donne que l'effet d'une simple promesse. il est vray que ces auteurs exigent qu'ils soient controllés dans le royaume. mais boutaric observe tres bien qu'encore que le controle ne donne ni hypotheque, ni privilege. il n'a pu être le mode de l'execution.

b. albert. verb. contrat. art 1. le prêt. art. 4. cap. 80. bastet. tom. 2. page 298.

Ici l'auteur tout entier à l'accomplissement de son œuvre
[illegible] Bonnaire, Hippolyte, mais qu'on peut se
[illegible] Ici le représente assis devant une table
[illegible] de travail, la tête appuyée sur sa main droite.
[illegible] Mais au commencement
[illegible] Il [illegible] les contraindre.
[illegible] Il [illegible] de [illegible]
[illegible] Jeanneau [illegible] et Bonnaire
[illegible] Hippolyte Bonnaire [illegible]
[illegible] pour le [illegible] du musée
[illegible].

[illegible] Ici [illegible] [illegible]
[illegible] Mais mon [illegible]
[illegible] Il [illegible] Mais au commencement
[illegible] Il [illegible]
[illegible] Jeanneau [illegible] et Bonnaire
[illegible] Hippolyte Bonnaire [illegible]
[illegible] pour le [illegible] du musée
[illegible].

pulés, & sont adjugés, suivant la Jurisprudence qui s'y observe, en vertu de la convention faite par les parties. *Bretonnier sur Henrys, tom.* 1. *liv.* 4. *quest.* 110. *de l'édition de* 1708. *Catellan, liv.* 5. *chap.* 11.

Et il faut excepter encore les obligations entre Marchands & Négocians, dont les intérêts peuvent être valablement stipulés, & sont dûs légitimement.

Henrys, loc. cit. traite la question de sçavoir, si l'argent mis & déposé entre les mains d'un Négociant peut produire intérêt, & si on peut le stipuler : il rapporte un Arrêt du Parlement de Paris qui a décidé pour l'affirmative ; cela fondé principalement sur ce que c'est un dépôt irrégulier, que l'argent qu'on met ès mains d'un Négociant ne demeurant pas inutile entre ses mains, il n'est pas juste que le profit lui en demeure, & que ce n'est pas aussi dans ce cas l'intention des parties. J'y ajouterai un autre Arrêt rendu le 26 Mai 1734 au Parlement de Toulouse, dans l'espèce suivante : la demoiselle de Madieres ayant vendu à M. Miramont, Avocat, une maison sur laquelle il y avoit pour sept à huit mille livres d'hypothéques à payer, dont le terme ne devoit écheoir que dans quelques années, & M. Miramont acquéreur voulant se libérer en plein, il fut convenu que cet argent seroit remis entre les mains du sieur Marguerit, Banquier de Toulouse, qui s'en chargea par un billet de garde, pour le délivrer dans le tems aux créanciers indiqués, & cependant s'engagea d'en payer l'intérêt à la demoiselle de Madieres ; mais ayant dans la suite voulu contester cette stipulation d'intérêts, il en fut débouté & condamné de les payer par l'Arrêt dont je parle.

Hors des cas ci-dessus les intérêts d'un prêt ne sont dûs, malgré toute convention contraire, que depuis l'instance seulement, le créancier n'étant pas présumé être en souffrance que dès ce jour-là, *Dolive, liv.* 4. *chap.* 20. & cela quand le débiteur auroit promis par lettres missives de les payer, en demandant du délai, ou quand même il les auroit volontairement payés auparavant, car il n'est pas obligé de continuer, *Dolive, dict. loc.*

Un commandement même de payer, ou une requisition extrajudiciaire, ne suffit pas pour faire courir les intérêts du prêt, & le commandement, eût-il même été fait en vertu de lettres de ri-

gueur, il ne suffiroit pas, s'il n'y avoit eu assignation en Justice, *Dolive, liv.* 4. *chap.* 20. *Catellan, liv.* 6. *chap.* 21. ou bien s'il n'y avoit eu une saisie faite, parce qu'elle est regardée comme un commencement d'instance, *Catellan, ibid.* au surplus les intérêts sont dûs & adjugés depuis l'assignation, quoiqu'ils n'aient pas été demandés par l'exploit, pourvu qu'ils soient demandés par un libel postérieur ; il est vrai que n'ayant pas été demandés, l'usage est de ne les adjuger que depuis la condamnation intervenue sur le capital, *Vedel sur Catellan, liv.* 5. *chap.* 70. parce qu'autrement il y auroit une espèce d'*ultra petita* ; mais venant à être demandés, quoiqu'après le Jugement, il est juste de les adjuger du jour de la premiere instance, non seulement comme une peine dûe à la demeure du débiteur, mais même parce que le créancier est toujours présumé avoir été en souffrance du jour qu'il a demandé le capital, quoique par inadvertance il ait omis de demander les intérêts. *Boutaric, Instit. pag.* 419.

Quoique les intérêts d'un prêt ne soient point dûs en vertu du pacte par lequel le débiteur a promis de les payer, on juge néanmoins dans ce Ressort que le débiteur ne peut ni les répéter, s'il les a payés, ni les faire imputer sur le capital qu'il doit, ce qui s'entend néanmoins, pourvu que lesdits intérêts n'aient pas été payés sur un pied plus fort que le taux des Ordonnances, car autrement on pourroit répéter ou faire imputer l'excédant ; & il en est de même des intérêts liquides entre le débiteur & le créancier : car on juge qu'ils deviennent si bien acquis par le moyen de la liquidation, qu'ils ne peuvent être ni répétés ni imputés, non plus que des intérêts payés, & que la liquidation a le même effet que le payement, *Catellan, liv.* 5. *chap.* 70. & cela a été jugé en plus forts termes par un Arrêt du Parlement de Toulouse rendu le premier Avril 1737, au rapport de M. de Palarin, en confirmant une Sentence du Sénéchal d'Auch, entre le sieur du Barry & le sieur Roques Rechou, son débiteur de la somme de 3000 liv. pour prêt, avec stipulation d'intérêts par un acte de l'année 1714, payable dans une année : car long tems après ledit sieur Rechou ayant fait avec le sieur du Barry une liquidation desdits intérêts dont il lui fit son billet privé, & ayant été assigné en payement de ce billet, il prit des Lettres pour être restitué en entier, par la raison qu'il s'agissoit des intérêts d'un pur prêt ; mais il en fut débouté, parce qu'on

jugea que la liquidation devoit avoir le même effet que le payement.

Par ce même Arrêt il fut décidé qu'il n'y a point de restitution contre un billet sans cause, c'est-à-dire, ou la cause n'est pas énoncée : car le débiteur prenoit aussi un moyen de restitution, de ce qu'il avoit fait le billet sans y exprimer la cause de l'obligation ; ce dernier point est conforme à la doctrine de *Maynard, liv. 7. chap. 66.* ce moyen est en effet trop subtil & même contraire à la bonne foi, & les Juges convinrent qu'on n'a égard aujourd'hui qu'à la fausse cause.

Au Parlement de Paris on juge que les intérêts d'un prêt, quoique volontairement payés, sont sujets à la répétition & à l'imputation sur le capital ; mais nous suivons la Loi 3. *cod. de usuris*, suivant laquelle, *usuræ solutæ non repetuntur. Vid. Brodeau sur Louet, lettre I. chap. 8.*

Les intérêts ne peuvent pas cependant excéder le capital, & quand ils l'égalent, ils cessent de courir, *Leg. 27. cod. de usuris*, ensorte qu'on ne les adjuge qu'à l'égard du sort principal ; mais il y a plusieurs cas exceptés de cette régle, tels que les intérêts des dots, des légitimes, des droits successifs, du prix des ventes de fonds, lesquels courent aussi de plein droit & sans demande ; les intérêts liquides ou payés *per particulares solutiones* ; les intérêts dûs par Sentence ou Arrêt de condamnation, & ceux qui ont couru par les chicannes du débiteur, malgré les diligences & poursuites du créancier ; les intérêts payés par les cautions, &c. *Vid. Graverol sur La Roche, liv. 5. verb. usures, art. 8.*

Au reste, le taux des intérêts a été différemment réglé suivant les tems : car par les anciennes Ordonnances de nos Rois ils étoient fixés au denier douze, ils furent ensuite réduits au denier seize, puis au denier dix-huit, puis ils furent fixés au denier vingt ; enfin par un Edit du mois de Juin 1724 régistré au Parlement de Toulouse le 11. Septembre de la même année, les intérêts furent réglés sur le pied du denier trente ; & par un autre Edit du mois de Juin 1725 régistré le 9. Juillet suivant ils furent remis sur le pied du denier vingt, comme ils sont encore actuellement.

On peut au surplus remarquer que dans le Ressort du Parlement de Toulouse les intérêts dans la distribution des biens d'un débiteur discuté ne sont alloués à ses créanciers qu'en dernier rang

rang & après toutes les sommes principales, contre la disposition du Droit Romain, *Leg. Lucius Titius, ff. qui potiores in pign. hab.* & contre l'usage des autres Parlemens, où les intérêts sont colloqués au rang du capital : on excepte pourtant au Parlement même de cette Province certains cas favorables où l'on alloue les intérêts au rang du capital, comme les intérêts des dots, des légitimes, des droits successifs, ceux du prix des choses vendues, & les intérêts payés par les cautions ; parce qu'ils sont à leur égard un sort principal. *Dolive, liv. 4. chap. 21.*

Sur quoi il faut observer que les intérêts de la dot ne sont alloués au rang du principal que quand elle est demandée sur les biens du mari ou beau-pere qui l'ont reçue : car si elle est demandée par la femme ou ses enfans sur les biens du pere ou autre constituant, les intérêts n'en sont alloués qu'au dernier rang & par concours avec les intérêts des autres créanciers, tout comme la légitime elle-même ou les légats ne sont alloués qu'après les intérêts dûs aux créanciers, *cùm bona non dicantur, nisi deducto ære alieno.*

Et il faut remarquer encore que les intérêts du prix des immeubles vendus n'ont le privilège d'être alloués au rang du principal, que sur la vente séparée desdits immeubles : car sur les autres biens du discuté ils ne sont alloués qu'au dernier rang.

Si les intérêts du prêt sont défendus, comme nous venons de le dire, les intérêts des intérêts le sont encore davantage ; c'est ce qu'on appelle anatocisme, & que la Loi nomme, *improbum fænus, Leg. improbum, cod. ex quib. caus. infam. irrog.* ainsi ils sont étroitement prohibés, soit qu'on eût ablotté des intérêts avec des sommes capitales pour leur faire produire d'autres intérêts, ce qui est même défendu par l'Ordonnance du Commerce de 1673, titr. 6. art. 1. soit qu'il s'agisse des intérêts descendans des contrats ou des choses jugées : car les intérêts ne peuvent jamais produire d'autres intérêts. *Dolive, liv. 4. chap. 32.*

On excepte pourtant de cette régle qui défend l'anatocisme, les pupilles, en ce que les intérêts ablottés avec le capital dans un reliqua de tutelle portent intérêt depuis la clôture du compte en leur faveur. *Dolive, ibid. Catellan, liv. 8. chap. 5.*

On en excepte encore les intérêts que la caution a payé au créancier à la décharge du débiteur principal, parce qu'à son égard *vice sortis funguntur*, & on lui en adjuge les intérêts depuis

la demande : sur quoi, voyez ce que nous avons dit ci-après sur le Titre *de fidejussoribus*, §. 6. *Dolive*, *ibid.*

Et on excepte pareillement le cas où les intérêts sont entrés en surdite dans un Décret, suivant *Graverol sur La Roche*, *liv. 6. titr. 54. art. 3.*

On excepte encore un autre cas où les intérêts peuvent produire des intérêts, sçavoir, lorsqu'il y a changement du débiteur & de la nature de la dette, comme, par exemple, lorsque celui qui doit un capital & des intérêts, céde & transporte en payement à son créancier pour le tout, un capital qui lui est dû par une tierce personne : car si le cessionnaire n'est pas payé sur le champ, il sera en droit de demander au débiteur cédé les intérêts de l'entier capital par lui dû, sans que ce débiteur puisse s'en défendre ; parce que sa condition est toujours la même, & qu'il ne paye que des intérêts d'un capital, comme il auroit été obligé de les payer au cédant : & cela a été jugé de même par un Arrêt rendu le 18 Août 1713. en la Grand-Chambre du Parlement de Toulouse, au rapport de M. de Long, pour la Dame Charlote David, veuve du sieur Hugon, Conseiller au Parlement de Bordeaux, contre le sieur du Bourg, Baron de Fontaine. Il en seroit autrement, s'il n'y avoit pas changement de débiteur, mais simplement changement de créancier, comme, par exemple, lorsque le créancier auquel il est dû un capital & des intérêts, céde le tout à un tiers : car ce tiers cessionnaire ne pourra pas, faute de payement, demander au débiteur les intérêts de l'entiere somme cédée, non plus que le créancier cédant n'auroit pu le faire, quoi qu'en ait pensé *Le Prestre*, *centur. 2. chap. 30.* Voyez *Brodeau sur Louet*, *lettre R. chap. 55.*

Ce que nous avons dit, que les intérêts ne peuvent pas produire des intérêts, s'entend aussi des fruits, rentes ou loyers, lesquels ne peuvent pas non plus produire d'intérêts, même depuis la demande en Justice, & on ne les adjuge pas, quoique lesdits fruits ou rentes eussent été liquidés entre le créancier & le débiteur, ou quoiqu'il s'agisse d'une restitution de fruits liquidée par une transaction ou par un Arrêt.

Les intérêts des arrérages de rente ou censive dûs au Fermier de cette rente, & liquidés entre lui & l'emphitéote, sont néanmoins adjugés du montant de la somme liquidée à ce Fermier depuis la demande en Justice, parce qu'à son égard on peut

dire que la somme liquidée est un capital qui lui représente le prix de la Ferme ; mais on les refuse au Seigneur lui même qui auroit liquidé avec son emphitéote de tels arrérages. *Catellan*, *liv. 6. chap. 6.*

On refuse pareillement ces intérêts au cessionnaire du Seigneur, comme le représentant, bien que ce cessionnaire ait fait la liquidation des arrérages des censives avec les emphitéotes ; comme il a été jugé par un Arrêt de la Grand-Chambre du Parlement de Toulouse rendu le 29 Décembre 1730 en faveur de la Dame la Castre, pour laquelle j'avois écrit, contre le sieur Esteve de la ville de Saint-Pons, cessionnaire des héritiers de M. de Mongaillard, Evêque de ladite ville.

Au surplus, en fait d'usure, c'est-à-dire, d'intérêts excessifs, on oblige le créancier qu'on prétend les avoir exigés, à jurer là-dessus contre soi-même ; & on oblige pareillement le créancier, dans le cas de l'anatocisme, à jurer, s'il est vrai qu'il a des intérêts accumulés avec le capital.

Les rentes constituées à prix d'argent sont quelque chose de différent des intérêts d'un argent prêté, elles ont été approuvées par les Papes dans les Extravagantes, 1. & 2. *de emptione & vendit.* & les contrats de constitution de rente sont valables, comme l'observe *Du Moulin*, *tract. de usuris*, *quæst.* 50. sous trois conditions. Premiérement, qu'il y ait aliénation du sort principal pour toujours, & qu'il ne puisse être répété par le créancier qui a acquis la rente ; ce qui n'empêche pas pourtant que le créancier ne puisse se réserver l'exaction de son capital, en cas de cessation du payement de la rente, pendant deux ou trois années ; il est vrai qu'on reçoit toujours le débiteur à payer les arrérages échus, & à purger sa demeure dans un brief délai qu'on lui accorde. *Catellan*, *liv. 5. chap. 26.*

En second lieu, il faut que le débiteur de la rente ait à perpétuité, & toutes les fois qu'il veut, la faculté de la racheter c'est-à-dire, de s'en libérer, en remboursant le sort principal ; mais cela n'empêche pas non plus qu'il ne soit permis au créancier de la rente de stipuler qu'en cas de remboursement il sera averti quelque tems d'avance.

En troisiéme lieu, il est requis que la rente ne soit pas constituée sur un pied plus haut que celui de l'Ordonnance, qui est le même auquel les intérêts sont fixés, & qui est actuellement

comme nous l'avons dit, à raison du denier vingt ; & comme on pourroit éluder cette régle & pratiquer des usures, en stipulant que la rente, quoiqu'acquise à prix d'argent, seroit payée en grains, dont le prix peut considérablement augmenter : c'est pour cette raison que l'Ordonnance de Charles IX. du mois de Novembre 1565 déclare réductibles en argent toutes les rentes constituées en grains, pour si anciennes qu'elles soient, & pour quelque prix qu'elles aient été acquises. *Vid. Theveneau, liv. 2. pag.* 335.

En effet, les rentes acquises à prix d'argent, bien qu'établies payables en grains, ne sont que des rentes constituées ou volantes, & nullement foncieres : car il n'y a de rentes vraiment foncieres, que celles qui ont été établies *in traditione fundi*, qui par cette raison ne sont ni réductibles ni rachetables, si la faculté de rachat n'a été convenue & stipulée, & qui sont également imprescriptibles quant au droit de les exiger, car les arrérages s'en prescrivent toujours par trente ans. *Vid. Dolive, liv. 2. chap. 21. & 22. Catellan & Vedel, liv. 1. chap. 7. & liv. 3. chap. 4.*

Au reste, les Auteurs sont en controverse pour sçavoir, si, lorsque la faculté de racheter une rente fonciere ou obituaire *certo pretio*, & quand on voudra, a été stipulée ou accordée par l'acte, cette faculté, quoique contenue dans un acte qui est imprescriptible de sa nature, est néanmoins sujette à la prescription de trente ans, ensorte qu'après ce tems-là cette faculté ne puisse plus être exercée : la plûpart sont d'avis que cette faculté se prescrit par le laps de trente ans, comme étant une convention étrangere qui n'est ni de l'essence ni de la substance de l'acte, *Vid. Dolive, liv. 2. chap. 22. Dunod, des prescriptions, pag.* 304. cependant le Commentateur de *Catellan, liv. 1. chap. 7.* rapporte deux Arrêts contraires en matiere de rente à locaterie perpetuelle.

Pour ce qui est des rentes constituées à prix d'argent ou volantes, elles sont soumises à la prescription de trente ans, quoique le sort principal n'en soit pas exigible, c'est-à-dire, que par la cessation du payement durant trente ans le débiteur de la rente constituée prescrit tant ladite rente pour l'avenir que le capital même de la constitution ; ce qui a lieu, quand même ladite rente constituée auroit été assignée sur un fonds, ou payable en grains, comme nous venons de le dire. *Dunod, des prescript. part. 3. chap. 7. pag.* 307. *Duperier, liv. 4. quest. 27.*

Néanmoins le créancier de la rente constituée à prix d'argent peut pour se garantir de la prescription, s'il n'a pas pris quelque ampliation des quittances qu'il a fournies, être reçu à prouver que la rente lui a été payée depuis moins de trente ans, & à faire cette preuve non seulement par les livres ou régistres du débiteur de la rente, mais même par témoins, quoiqu'il s'agisse de plus de 100 liv. parce que la chose gît en un pur fait dont on n'a pas coûtume de passer des actes ; cela a été ainsi jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouse, rendu, au rapport de M. de Trenqualie, le 25 Février 1734, sur l'appel d'une Sentence du Sénéchal de Carcassonne, qui fut confirmée, & qui avoit admis le créancier d'une rente constituée de 200 liv. pour parer à la prescription qui lui étoit opposée, à prouver par témoins qu'il avoit été payé de cette rente depuis moins de trente années.

Il faut encore observer, que quoique les arrérages des rentes foncieres, & même des rentes obituaires auxquelles on donne tous les privilèges des rentes foncieres, ne se prescrivent que par trente ans, & qu'ils puissent parconséquent être demandés de vingt-neuf ans avant l'instance, suivant *La Roche & Graverol, traité des droits Seign. chap. 6. art. 1. & 13. Dolive, liv. 6. chap. 6.* les arrérages au contraire des rentes constituées se prescrivent par le laps de cinq ans, & ne peuvent être demandés ni adjugés que de cinq années avant l'introduction de l'instance, car au-delà desdites cinq années il y a prescription & fin de non-recevoir, suivant l'Ordonnance de Louis XII. de l'an 1510, & *Theveneau, liv. 1. titr. 14. art. 3. pag.* 339.

Mais au lieu que les simples intérêts ne sont alloués dans les instances de distribution qu'au dernier rang & après tous les capitaux, les arrérages des rentes constituées desdites cinq années avant l'instance sont alloués au même rang que le capital, & l'on accorde le même privilège à ceux qui ont couru depuis l'instance, & à ceux qui se trouvent avoir été liquidés par un acte public ou par un Sentence, quoiqu'au-delà des cinq années avant l'instance. *Catellan, liv. 6. chap.* 35.

Au reste, cette prescription de cinq années ne regarde que les rentes constituées à prix d'argent : car les arrérages des rentes constituées pour vente de fonds, pour soulte de partage, & autres choses qui produisent des fruits, sont dûs depuis vingt-neuf années.

On peut de plus remarquer deux autres différences entre les intérêts & les rentes constituées. La premiere est que, quoique pour faire courir les intérêts d'un prêt il faille une assignation ou instance judiciaire, & qu'un simple commandement ne suffise pas, comme nous l'avons dit au commencement de ce Titre; néanmoins il n'est pas besoin d'un ajournement à l'égard des arrérages des rentes constituées : car un simple commandement extrajudiciaire fait dans les cinq années suffit pour interrompre cette prescription, & pour faire adjuger les arrérages de la rente constituée au-delà desdites cinq années. *Theveneau, ibid. pag.* 340.

La deuxiéme différence consiste en ce que, bien que les intérêts & les rentes constituées soient fixés sur le même taux; néanmoins à l'égard des rentes constituées elles se payent toujours suivant les anciens contrats de constitution, les Edits qui ont réduit les intérêts n'ayant à cet égard aucun effet rétroactif, & ayant au contraire réservé les constitutions de rentes antérieures; parce qu'il suffit en effet qu'elles aient pu être stipulées légitimement sur un plus haut pied, eû égard au tems du contrat, par celui qui sous cette condition aliénoit son capital, *Vid. Dolive, liv.* 1. *chap.* 6. *nouvell. addit. in fine*, *Bardet, tom.* 1. *liv.* 3. *chap.* 16. de sorte qu'il y a encore aujourd'hui des rentes constituées qui se payent au denier seize ou dix-huit, quoiqu'il ne soit plus permis d'en constituer qu'au denier vingt; au lieu qu'à l'égard des intérêts il n'en est pas de même, & les arrérages n'en peuvent être dûs aujourd'hui qu'au denier vingt.

§. 1. *Is qui non debitum accepit, ab eo qui per errorem solvit, fit obligatur, daturque propter repetitionem condictitia actio.*

Il est ici parlé de la répétition des sommes non dûes & payées, & il en est parlé encore dans le §. 6. du Titre XXVIII. de ce Livre : or sur cela voici ce qu'il faut sçavoir.

1°. On peut payer une somme qui est véritablement dûe, mais que celui qui la paye, ne doit pas; c'est alors payer pour autrui, & au nom d'autrui, ce qui est libre & permis; *infrà, quib. mod. tollitur obligat. in princip.* & si on le fait sciamment, il n'y a pas de répétition sur le créancier qui n'est pas tenu de rendre; car il n'a reçu que ce qui lui étoit dû; *& repetitio nulla est ab eo qui suum recipit*, *Leg.* 44. *ff. de condict. indebit.* & il a été libre au

tiers d'acquitter le véritable débiteur, auquel cas ce tiers n'a de recours que sur le débiteur dont il a fait la libération. *Leg.* 67. §. 1. *ff. eodem.*

Une femme elle-même, quoiqu'elle ne puisse pas s'obliger pour autrui, & qu'elle en soit relevée par le bénéfice du Velleyen, peut néanmoins payer pour autrui, & au nom d'autrui, sans pouvoir en être restituée, ni répéter du créancier ce qu'elle lui a payé, à moins qu'elle n'eût fait ce payement en conséquence d'une obligation ou intercession précédente, à laquelle elle se seroit soumise, en faveur du débiteur; auquel cas la restitution lui est accordée. *Leg.* 1. *&* *Leg.* 9. *cod. ad Senatus-Consult. Velleianum.*

2°. Pour ce qui est des payemens qu'on a fait pour soi-même & à son nom, il faut distinguer : car si l'on a payé une somme qu'on ne devoit pas, ni par aucune obligation civile, ni même par aucune obligation naturelle, on peut toujours la répéter, sans examiner si le payement a été fait par erreur de fait ou de droit : ainsi celui qui a payé par erreur, & pensant être débiteur, ce qu'il ne devoit pas, peut sans difficulté le répéter, *Leg.* 15. *ff. de condict. indebit. Leg.* 10. *cod. de jur. & fact. ignor.* & il en est de même, lorsqu'on a payé plus qu'on ne devoit, *Leg.* 26. §. 5. *ff. de condict. indebit.*

Comme aussi celui-là même qui a payé à un créancier ce qui lui étoit dû par un autre, non pas au nom du débiteur, mais à son propre nom, peut répéter ce payement dudit créancier; ainsi, par exemple, si un héritier présomptif sçachant la mort de son parent, & ignorant qu'il y eût un testament qui le prive de la succession, en acquitte une dette, croyant s'acquitter soi-même comme héritier, & y employant son argent, le créancier qui aura reçu cet argent, sera tenu de le rendre, & conservera seulement son droit sur la succession, *Leg.* 19. §. 1. *ff. de condict. indebit.* cependant si ce créancier avoit anéanti le titre de sa créance, comme si c'étoit une obligation qu'on eût déchirée, ensorte que sa dette fût perdue, ou en péril, il faudroit dire qu'en ce cas le payement subsisteroit, que celui qui l'auroit fait, devroit s'en imputer la faute, & qu'il n'auroit que son action contre l'héritier pour recevoir ce qu'il auroit payé à son acquit.

Si au contraire on a payé une somme qu'on ne devoit pas par une obligation civile, mais pour laquelle il y avoit une

L'interet des sommes pretées, n'est jamais dû que du jour de la demande qui en a été faite en justice suivant l'article 60. de l'ord. d'orl. [illegible] il meme question des interets dus aux pupille.

Les interets des sommes pretées aux marchands sont dûs legitimement, et peuvent être valablement stipulés.

Le sr marquier banquier de toulouse a été condamné les payer. serres. inst. page 438.

Un commandement de payer, ou une requisition extra-judiciaire ne suffit pas, il faut qu'il y ait eu assignation en justice. dolive. liv. 4. cap. 20. catel. liv. 6. cap. 26. ou bien une citation parce qu'elle est regardée comme un commencement d'instance. Les interets sont adjugés du jour de l'obligation, quoiqu'ils n'aient été demandés que par un libelle posterieur.

Quoique le debiteur ne soit pas tenu au payement des interets, on juge cependant qu'il ne peut les repeter s'il les a payés pourvu que l'interet n'ait pas été exigé au dela du taux des ordonnances. usurae solutae non repetuntur.

Lorsque les interets excedent le capital, ils cessent de courir. leg. 27. cod. de usuris. on excepte de ce cas les dots. 18. les legitimes. vid. graverol. sur laroche. liv. 5. verb. usures. art. 8.

[illegible]

[illegible] que l'on appelle [illegible]

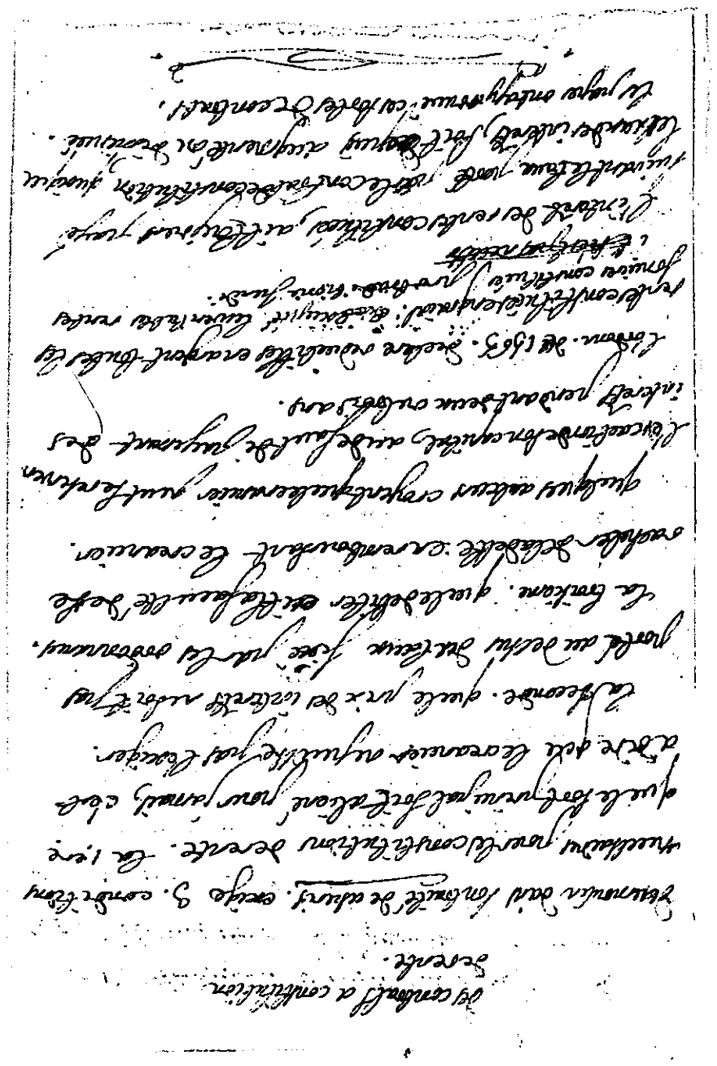
[illegible]

Et [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

[illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

[illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

[



Les conditions et constitution
de rente.

Présentation faite par Monsieur de Lalouvy, escuyer, S. conseiller du Roy en son conseil et trésorier de l'ordre de Saint Michel, pour lesdites rentes et constitution d'icelle faite par ledit seigneur roy, en faveur de Jean Jamaly, escuyer, sieur de Fontenay, pour la somme de douze cens escus d'or sol, pour en jouir par ledit Jamaly, ses hoirs et ayans cause, tant et si longuement que ledit seigneur roy en voudra faire le remboursement, ainsy que plus au long est contenu et déclaré en l'acte de constitution d'icelle rente, signé Fouquet et Ferrier, notaires royaux, au Chastelet de Paris, le 19e jour d'octobre 1663.

Ledit seigneur roy voulant et entendant que ladite rente soit payée et continuée audit Jamaly, sans en faire aucun remboursement, ainsy que plus au long est contenu et déclaré en l'acte de constitution d'icelle rente, signé Fouquet et Ferrier, notaires royaux, au Chastelet de Paris, le 19e jour d'octobre 1663.

obligation naturelle, alors on ne peut pas la répéter ; *Leg.* 10. *ff. de obligat. & actionib.* puisque ce qui est dû naturellement, ne peut pas passer pour une somme non dûe, quoique la Loi civile ne donne pas d'action pour la demander ; ainsi, par exemple, si une femme qui s'est obligée sans l'autorité de son mari, dans les Pays où cette autorisation est nécessaire, étant veuve acquitte cette obligation, elle ne pourra revenir contre le payement qu'elle aura fait, non plus qu'un fils de famille qui ayant emprunté de l'argent, contre la défense du Sénatus-Consulte Macédonien, paye la somme empruntée étant devenu pere de famille.

Il y a même des Loix & des Auteurs qui dans le cas de la simple obligation naturelle distinguent, & décident que lorsqu'on a payé ou acquitté par ignorance ou erreur de droit une obligation naturelle, on ne peut pas à la vérité répéter le payement ; mais qu'on le peut, si on l'a payée ou acquittée par simple erreur de fait, *Vid. Vinnius, Instit. de obligat. quæ quasi ex contractu*, §. 6. *n.* 3. par exemple, un fils de famille qui a emprunté de l'argent s'en acquitte après la mort de son pere, mais croyant que son pere vivoit encore, c'est-à-dire, errant dans le fait, il peut répéter ; ce qu'il ne pourroit pas faire errant dans le droit & ignorant le bénéfice du Macédonien, *Leg. ult. ff. de Senatus-Consult. Macedon.* Un héritier paye les entiers légats sans retenir la quarte, croyant qu'elle lui resteroit encore dans les biens de la succession, c'est-à-dire, errant dans le fait, il pourra répéter ladite quarte ; ce qui ne lui seroit pas permis, s'il avoit erré dans le droit, croyant que cette détraction ne lui étoit pas permise, à moins qu'il ne fût mineur, *Leg.* 9. *cod. ad Legem Falcidiam*, *Leg.* 2. *cod. si adversùs solut.* mais ces erreurs dans le fait ou dans le droit étant difficiles à distinguer & à découvrir, c'est à celui qui les allégue de les établir & d'en faire la preuve.

Sur ce que dessus on a demandé, si une dette prescrite peut être compensée avec une autre qui ne l'est pas, & qui n'a été contractée qu'après que la prescription a été accomplie, ou même si le payement fait d'une dette prescrite pourroit être répété : ces questions dépendent assez du point de sçavoir, si la prescription éteint non seulement l'obligation civile, mais encore l'obligation naturelle ; & l'on tient communément que ce qui est prescrit, n'est pas dû même naturellement, parce que la prescription

prescription a l'effet d'un véritable payement, ensorte qu'il ne sçauroit y avoir lieu alors à la compensation.

Du reste, j'ai parlé d'une dette contractée après que la prescription se trouve déja accomplie, parce que si elle avoit été contractée avant la prescription complette, & qu'elle fût liquide & compensable, on déclareroit la compensation s'en être faite avec l'ancienne dette du jour dudit contrat, & à concurrence, comme nous l'expliquerons ci-après sur le §. 39 du Titre *de actionibus.*

Il y a plus de difficulté encore pour ce qui est de la répétition du payement d'une dette qui étoit prescrite : car bien que plusieurs Auteurs pensent qu'il peut y avoir lieu à la répétition, ils conviennent néanmoins que cette répétition doit être refusée toutes les fois que le débiteur qui a payé la dette prescrite, avoit connoissance de la prescription ; ils ajoutent même qu'il est presqu'impossible qu'il n'ait pas eu cette connoissance, & qu'ainsi ce seroit une injustice de lui permettre de répéter un payement qu'il a fait volontairement pour satisfaire à sa conscience & à la bonne foi, si ce n'est qu'il parût que le créancier l'a surpris & trompé ; ce qu'on ne doit jamais présumer, s'il n'y a une preuve manifeste.

J'ai décidé en l'année 1743, nonobstant une Sentence qui avoit jugé le contraire, qu'un créancier dont la dette se trouvoit prescrite, n'étoit pas recevable à demander que le prétendu débiteur fût tenu de jurer s'il n'étoit vrai que même depuis la prescription acquise il lui avoit plusieurs fois promis de le payer ; & cela avec raison, parce que la prescription tenant lieu du payement, l'aveu même du débiteur n'auroit pu aboutir à rien d'utile.

Du reste, en répétant une somme non dûe qu'on a payée, on ne peut en prétendre les intérêts que du jour de l'instance en répétition, lorsque la somme a été payée volontairement, *Leg.* 1 *cod. de condict. indebit.* mais si on l'avoit payée par contrainte, on seroit alors en droit d'en prétendre tous les intérêts ; comme aussi quand il s'agit d'un fonds baillé mal-à-propos & par erreur, ou d'autres choses de cette espèce qui produisent des fruits, alors on a droit de répéter le fonds & les fruits, *Leg.* 15. & *Leg.* 65. §. 5. *ff. eodem* ; & de plus on peut répéter les intérêts qu'on auroit payé mal-à-propos d'une somme non dûe, parce qu'ils tiennent lieu de principal, *Leg.* 18. *cod. de usuris.*

§. 2. *Item is cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur; re obligatur.*

Le *commodat*, que nous appellons prêt à usage, est lorsqu'on prête un meuble ou autre chose de cette espèce à quelqu'un gratuitement, pour s'en servir & la rendre après un certain tems; & cette convention est différente d'un prêt d'argent & des autres choses qui se consument entiérement, quand on en use : car dans le *commodat* le bailleur demeure le maître de la chose, de sorte qu'elle périt pour son compte, quand elle vient à périr par un cas purement fortuit, ou par une force majeure à laquelle le commodataire n'ait pas pu résister : car du reste, comme le *commodat* est entiérement pour l'utilité du commodataire, il est responsable de sa faute, quelque légere qu'elle soit, étant tenu d'apporter à la conservation de la chose prêtée toute la diligence qu'un pere de famille très-attentif y pourroit apporter lui-même, & c'est pourquoi il ne peut se servir de la chose qu'à l'usage qui lui en a été permis; on présume même dans le doute que lorsque la chose ou l'animal prêté vient à périr, c'est par la faute de celui qui l'a emprunté, s'il ne prouve évidemment le contraire.

De-là vient aussi que si le commodataire a baillé la chose prêtée à quelqu'un, pour l'apporter & la rendre au prêteur, & qu'elle se soit perdue entre les mains d'un tel porteur, il en est responsable, quand même ce porteur seroit venu dire faussement qu'il étoit envoyé de la part du maître à l'effet de la recevoir, parce qu'il devoit exiger un écrit ou une lettre du prêteur, à moins que cet homme ne fût un serviteur ou un agent auquel le prêteur eût accoûtumé de confier ses propres biens. *Leg.* 10. 11. & 12. *ff. commodati.*

Le commodataire est au surplus tenu des cas fortuits, lorsqu'il s'y est par exprès obligé, *Leg.* 1. *cod. de commodato*, ou que la chose lui a été baillée estimée, & qu'il a promis d'en rendre l'estimation. *Leg.* 5. §. 3. *ff. eodem.*

Le commodataire est encore tenu aux dommages, s'il ne rend pas la chose prêtée au tems où il devoit la rendre; il doit au surplus rendre, s'il se peut, la même chose qui lui a été prêtée, sans qu'il puisse la prescrire par aucun tems, & sans qu'il puisse s'en dispenser, sous prétexte qu'elle est à autrui; *Leg.* 16. *ff. commodati*, ou sous prétexte qu'il lui est dû quelque somme par le prêteur, en un mot, sans qu'il puisse opposer aucune compensation. *Leg. ult. cod. eodem.*

§. 3. *is apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi.*

Il est ici parlé du dépôt volontaire qui se fait à loisir & avec liberté, différent par conséquent du dépôt nécessaire que l'on fait à la hâte & sans choix, dans les cas d'incendie, ruine, naufrage, tumulte, & autres événemens imprévus.

Le dépôt, soit volontaire, soit nécessaire, étant fait gratuitement entre les mains d'un particulier, il n'oblige le dépositaire qu'à raison de son dol ou de sa grande faute, ensorte qu'il n'est pas responsable de la perte ou détérioration du dépôt survenue par cas fortuit, ou autrement, comme il est dit dans ce paragraphe; mais les dépositaires publics, comme sont les receveurs des consignations, & autres, sont non seulement tenus de leur dol, mais encore de la perte arrivée par leur seule négligence, parce qu'ils sont payés, au moyen des droits qui leur sont attribués, de la garde des sommes & choses déposées.

La nature du dépôt est d'être fait en espèces & non en une quantité; de-là vient aussi que le dépôt doit être rendu en mêmes espèces, & ne peut pas être changé : car si un dépôt étoit fait en quantité, par exemple, d'une somme de 1000 liv. qui n'eût pas été baillée dans un sac cacheté, le dépositaire ne seroit tenu qu'à rendre la même somme, cela seroit regardé plutôt comme un prêt que comme un dépôt, *Leg.* 31. §. 1. *ff. locati*, & par cette raison ce dépositaire pourroit être tenu des diminutions survenues dans l'intervale, comme il a été jugé en effet par un Arrêt du Parlement de Toulouse du premier Septembre 1731; au lieu que dans le cas du dépôt fait en espèces, les diminutions, tout comme les augmentations naturelles, sont au profit ou à la perte du déposant. *Vid. Maynard, liv.* 3. *chap.* 31. *La Roche & Graverol, liv.* 2. *verb. dépôt, art.* 3.

De-là vient encore que le dépositaire n'étant que gardien du dépôt, il ne peut s'en servir à ses propres usages, & s'il s'agit d'une somme d'argent qu'il ait employé à son profit, il en doit les intérêts.

Le dépositaire ne peut pas non plus prescrire le dépôt, & si la chose déposée existe & se trouve en nature, & que le dépositaire ou son successeur ne puissent pas montrer qu'ils la possédent par autre titre, ils doivent la rendre même après mille ans;

mais si le dépôt n'existe plus, on présume après trente ans qu'il a été rendu, & l'héritier du dépositaire n'est tenu qu'à se purger par serment sur son ignorance du dépôt. *Graverol sur La Roche, dict. loc.*

Il faut dire du dépôt ce que nous avons dit du prêt à usage, sçavoir, qu'un dépositaire ne peut jamais retenir le dépôt sous prétexte de compensation, ni opposer aucunes autres exceptions au déposant. *Leg.* 11. *cod. depositi.*

Au surplus, nous avons déja parlé sur le §. 25. *suprà de legatis*, de ces dépôts irréguliers ou secrets, faits pour être remis après la mort du déposant à une tierce personne, & nous n'y reviendrons pas.

Le dépôt volontaire ne peut être prouvé, si on le dénie, que par un écrit public ou privé, & on n'en recevroit pas la preuve par témoins au-dessus de la somme ou valeur de 100 liv. à moins qu'il n'y en eût déja quelque commencement de preuve par écrit; au lieu qu'à l'égard des dépôts nécessaires ou forcés, faits en cas d'incendie, ruine, naufrage, & autres accidens imprévus; la preuve par témoins en est admise, quand même il n'y auroit pas de commencement de preuve par écrit, & à quelque somme qu'ils puissent se porter, suivant l'Ordonnance de 1667, titr. 20. art. 2. & 3. bien plus, en fait de dépôt nécessaire, le dépositaire peut être contraint par corps à la restitution, suivant la même Ordonnance de 1667, titr. 34. art. 4.

Il y a une autre espèce de dépôt nécessaire, dont il est parlé dans la même Ordonnance de 1667, titr. 20. art. 4. qui est le dépôt fait, en logeant dans une hôtellerie, entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse, ou dans leur logis, & cette Ordonnance permet aux Juges d'en ordonner ou admettre la preuve par témoins, suivant la qualité des personnes & les circonstances du fait.

Là-dessus il faut sçavoir, qu'un hôte est responsable des effets, argent, ou autres choses portées par les voyageurs dans son logis, & qui ont été volées ou perdues, quand même lesdits effets ne lui auroient pas été baillés en garde, ni déposés entre ses mains, & qu'il ne s'en seroit pas chargé expressément; & il est aussi responsable civilement du fait de ses domestiques, ou autres personnes logées dans son hôtellerie, même quelquefois du vol qui pourroit en avoir été fait par d'autres voyageurs

au passans, ce qui est un peu dur: la nécessité qu'il y a de s'en fier aux hôtes & la sûreté publique l'ont ainsi établi; & on n'excepte guère que les cas où le vol & la perte des effets seroient arrivés par des accidens purement fortuits, ou dont le soupçon ne peut tomber ni sur l'hôte, ni sur ses domestiques, ou enfans, ni sur ceux qu'il a reçu dans son hôtellerie; ce qui est assez conforme à la disposition du Droit dans le titre du Digeste, *nautæ, caupones, stabularii, &c.*

Il y a un Arrêt du Parlement de Toulouse du 27 Février 1698, par lequel le nommé Plaigne, hôte de la ville de Saint Gaudens, fut condamné de payer à Bonnes, Marchand-Gantier de Toulouse, la valeur de ce qui lui avoit été volé de nuit dans son hôtellerie, quoique Plaigne ne s'y trouvât pas cette nuit que le vol avoit été commis: & néanmoins il y a un autre Arrêt du 5. Juin 1696, qui en pareil cas mit Jeanne Descolé, hôtesse du logis du Cygne à Montpellier, hors de cour & de procès, quoique le voleur fût un domestique du logis; mais cet Arrêt ne doit pas être tiré à conséquence: cette matiere dépend souvent des circonstances. *Vid. Maynard, liv.* 8. *chap.* 82. & 83. *Papon, liv.* 23. *titr.* 6. *art.* 4. *Journal du Palais, tom.* 1. *pag.* 624. *Le Prestre, centur.* 1. *chap.* 19. *Danty, de la preuve par témoins, part.* 1. *chap.* 3. *n.* 16. *& suiv.*

Maynard, liv. 8. *chap.* 83. décide que l'hôte est même responsable des vols faits dans son hôtellerie par des larrons étrangers venus de dehors durant la nuit, & en cite des Arrêts, de même que *La Roche, liv.* 6. *titr.* 57. ce que je ne sçaurois admettre que dans les cas où les portes ou murs du logis n'auroient pas été en bon état, ou qu'il y auroit quelque soupçon d'intelligence contre l'hôte.

Lorsqu'il n'y a pas de preuve, soit par écrit ou par témoins, de la valeur, qualité ou quantité des effets volés dans le logis, on donne même quelquefois contre l'hôte le serment *in litem*, jusqu'à une certaine somme, à celui qui se prétend volé; mais sur-tout si c'est un homme d'une réputation entiere, & qu'il s'agisse de peu de chose; tout cela ne doit être fait qu'avec beaucoup de précaution, & dépend de la qualité des personnes, & des circonstances du fait. *Vid. le Journal des Audiences, tom.* 1. *liv.* 8. *chap.* 2. *Le Prestre, centur.* 1. *chap.* 19. *Danty sur Boisseau, loc. cit. n.* 29. *& suiv.*

Ce que nous avons dit des hôtes, s'applique aussi aux aubergistes des villes, de même qu'aux messagers & voituriers tant sur terre que par eau, maîtres des coches & carrosses, qui sont responsables du vol ou perte des balots, paquets & marchandises; mais s'il y avoit de l'argent dans lesdits balots, il faut le leur avoir déclaré, & en avoir fait charger leur régistre, sinon ils n'en seroient pas responsables.

Il faut appliquer encore ce que dessus, aux meûniers pour les grains apportés dans leurs moulins, où il se commet mille volleries; & en un mot, à toutes les personnes qui exercent un commerce public, & auxquelles on a accoûtumé de confier quelque chose sur la bonne foi publique.

Nous ne parlons néanmoins que du dépôt nécessaire: car hors de-là le dépositaire n'est pas tenu du vol, comme il fut jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 5 Juillet 1726 en faveur d'un Procureur audit Parlement, dans l'espèce suivante. Le député d'une Communauté lui avoit apporté 380 liv. pour faire expédier certain Arrêt, mais cet argent ne suffisant pas, il lui laissa ladite somme pour aller chercher le surplus; ce Procureur mit ladite somme dans un coffre ferré de sa maison, où il tenoit son propre argent, & où il avoit aussi de l'argent appartenant à quelques autres parties, & s'en étant allé passer les Vacations, comme il est d'usage, à sa maison de campagne, tout cet argent fut volé, les larrons ayent enfoncé la porte de la maison, celle des appartemens, & brûlé le bois du tour de la serrure, pour ouvrir ledit coffre: la Communauté l'actionna en payement, mais il fut relaxé par ledit Arrêt, plaidant Me. Astruc & Me. Bastard.

§. 4. Creditor quoque qui pignus accepit, re obligatur.

Le terme de gage s'applique proprement à une chose mobiliaire, & celui d'engagement à un immeuble, qui sont baillés & délivrés par le débiteur à son créancier pour la sûreté de sa créance; au lieu que l'hypothéque, que l'on confond quelquefois avec le gage, s'entend particulierement des immeubles que le débiteur oblige ou affecte pour le payement de ce qu'il doit, en en conservant néanmoins devers soi la possession, comme nous l'avons déja remarqué sur le Titre *quibus alien. licet, vel non*, §. 1.

L'Empereur ne parle ici que du gage des choses mobiliaires, au sujet duquel on peut observer en passant qu'il n'en est pas du gage comme du dépôt, en matiere de distributions de biens: car le dépôt, s'il est en nature, passe avant toutes les créances, & l'on en accorde la distraction à celui qui le réclame; au lieu que dans les déconfitures générales le créancier qui est saisi d'un gage, n'a aucune préférence sur les autres créanciers, du moins dans le Ressort du Parlement de Toulouse, ensorte que la vente en est ordonnée, & le prix en est distribué aux créanciers, chacun suivant l'ordre & le privilège de leurs hypothéques, tout comme en matiere d'engagement des immeubles, & celui qui a prêté sur le gage & qui l'a en son pouvoir, n'y est alloué que du jour de son contrat de prêt, *Cambolas, liv. 4. chap. 4.* la raison en est, que le gage ne sert au créancier que contre le débiteur lui-même, pour qu'il ne puisse le recouvrer qu'en payant; mais le gage ne sert pas contre les autres créanciers, d'autant que *pignus in bonis debitoris manet. Leg. 35. §. 1. ff. de pignerat. actione.*

On juge au contraire au Parlement de Paris, que le créancier saisi d'un gage, a droit de rétention & de préférence sur ledit gage dans les distributions générales, même contre les autres créanciers, parce qu'à Paris on ne regarde pas les meubles comme susceptibles d'hypothéque; au lieu que dans cette Province de Languedoc on tient qu'ils en sont susceptibles, tandis que le débiteur en conserve la propriété: car s'ils avoient été aliénés, & que la propriété en eût été transportée à un tiers, on convient qu'ils n'auroient point de suite par hypothéque. *Maynard, liv. 3. chap. 8. La Roche, verb. hypothéque, art. 5.*

On distingue pourtant dans cette Province, à l'égard des meubles & effets mobiliers, le cas des distributions générales d'avec la simple exécution ou saisie: car, quoique dans les distributions ou saisies générales il n'y ait aucune préférence sur les meubles pour les créanciers, mais qu'au contraire chacun d'eux soit colloqué sur le prix, tant des meubles que des immeubles, suivant son rang & ordre d'hypothéque, *Maynard, dict. loc. Cambolas, liv. 4. chap. 4.* il en est autrement en matiere de simple exécution de meubles, ou même des sommes dûes à un débiteur: car entre plusieurs créanciers qui auroient saisi les meubles d'un débiteur, ou usé d'arrestation sur les sommes dûes à ce débiteur, le créancier premier saisissant est préféré aux au-

tres, & l'emporte sur eux, quoiqu'antérieurs en hypothéque.

On peut remarquer en passant, que l'Ordonnance du Commerce de 1673, titr. 6. art. 8. a défendu de prêter sur gages, à moins qu'il n'y en ait une reconnoissance publique, ou acte passé pardevant Notaire, qui contienne la somme prêtée & les gages qui auront été délivrés, à peine de restitution des gages, avec contrainte par corps, & de déchéance de tout privilège sur lesdits gages; ce qui n'a été ordonné que pour empêcher les abus qui peuvent se commettre, lorsque le débiteur vient à faire faillite, les créanciers pouvant alors frauduleusement se faire payer de leur dette, indépendamment des gages, au moyen desquels ils se trouveroient déja payés, & les rendre même clandestinement au failli.

Quand il est question de l'engagement d'un immeuble, le créancier ne peut sans doute le faire vendre que d'autorité de Justice & par décret; mais lors même qu'il s'agit d'un meuble ou d'effets mobiliers, le créancier, faute de payement dans le tems marqué, ne peut non plus les faire vendre que publiquement par la permission de Justice, partie présente ou dûement appellée, comme nous l'avons déja dit ailleurs.

La perte ou les détériorations du gage sont au détriment du débiteur, parce qu'il en est demeuré le maître & le propriétaire, pourvu qu'il n'y ait point de faute de la part du créancier qui le possède: car ce créancier n'est tenu qu'à une exacte diligence, & n'est pas responsable des cas fortuits, comme il est dit dans le paragraphe que nous expliquons.

Au surplus, un engagiste non plus qu'un dépositaire ne peuvent jamais prescrire le gage, *quia non sibi sed domino possident*, *Leg.* 13. *ff. de usurpationib.* mais un acheteur, ou autre, qui tiendroit le gage des mains de l'engagiste, pourroient le prescrire contre le véritable propriétaire par trente années, comme ayant joui de bonne foi, *& suo nomine.*

D'un autre côté, la prescription ne court pas non plus contre l'engagiste qui possède, *quia pignori inhæret*; on ne peut pas même prescrire contre l'engagiste les sommes qui peuvent lui être dûes au-delà du prix de l'engagement, quoiqu'il ait demeuré plus de trente ans sans les demander, & il est en droit de s'en faire payer, avant que de délaisser le gage, comme nous l'avons dit au Liv. II. Tit. VIII. *quibus alien. licet, vel non*, §. 1. *in fine.*

L'engagement

L'engagement ressemble assez à un autre contrat, qu'on appelle anticrese, dont il est parlé dans la Loi 11 §. 1. *ff. de pignor. & hypoth.* mais il y a quelque différence: car dans le simple bail à engagement d'un fonds, l'engagiste n'a que le droit de prendre des fruits à concurrence des intérêts de sa créance, sur le pied de l'Ordonnance; il doit rendre compte du surplus, & imputer l'excédant desdits fruits sur le capital à lui dû; ensorte que quelquefois par-là il peut se trouver payé de son capital même. *Catellan, liv. 5. chap.* 1.

Et à ce propos, j'ai vu soûtenir par quelques Avocats, que l'engagiste ne prescrivoit pas même par trente années les fruits qu'il doit rendre, & dont il doit donner compte au-delà de ses intérêts; ce qui est pourtant une erreur, & il est évident que le créancier qui a pris un fonds en engagement, ne doit rendre compte de l'excédant des fruits que depuis vingt-neuf années, quoique lui ou ses auteurs en eussent joui plus long-tems: car en matiere d'intérêts, ou de restitution de fruits, chaque année se prescrit à l'échéance de trente ans; de sorte que, quand le débiteur répéte son fonds engagé, la trentiéme année desdits fruits est toujours prescrite: il est vrai que l'engagiste ne prescrit pas le fonds, parce qu'il ne posséde pas *animo domini*; mais cette raison n'est pas applicable aux fruits qu'il perçoit pour soi, & comme maître.

L'anticrese différe de l'engagement, en ce que l'anticrese est un contrat par lequel le débiteur baille à son créancier un fonds à jouir, avec pacte que les fruits lui tiendront lieu d'intérêts, & qu'il s'en fera une compensation absolue de part & d'autre; ensorte qu'il n'y a point de restitution ni d'imputation à faire des fruits sur le capital, quoiqu'ils excédent les intérêts ordinaires, *Catellan, liv. 5. chap.* 1. il suffit même, suivant *Vedel, ibid.* que le contrat porte que le fonds a été baillé en anticrese, sans qu'il soit besoin d'ajouter que les fruits demeureront compensés avec les intérêts.

On voit par-là qu'au moyen de l'engagement, ou de l'anticrese d'un fonds, ou autre chose qui produit des fruits, on peut prendre des intérêts d'un simple prêt, du moins dans cette Province, parce que les fruits perçus, de même que les intérêts payés, ne se payent, *quatenùs legitimum modum non excedunt*, quoiqu'il en soit autrement par le Droit canonique & par la Jurisprudence

du Parlement de Paris, comme nous l'avons observé au commencement de ce Titre ; mais dans cette Province cela est toléré, & est valable : ainsi le créancier engagiste ne doit rendre les fruits par lui perçus, ou les imputer, qu'à concurrence de l'excédant des intérêts sur le pied de l'Ordonnance ; & même lorsqu'il s'agit d'un contrat d'anticrese, il ne rend pas compte des fruits, mais il s'en fait une compensation absolue avec les intérêts, toutes les fois qu'il paroît que les fruits n'excédent pas de beaucoup annuellement le montant desdits intérêts au taux de l'Ordonnance, & cela ; *propter incertitudinem fructuum.*

Cependant quand il est question d'un fonds ou d'une maison baillés à anticrese, & que le créancier a ensuite baillé à ferme ou à loyer à un tiers pour un certain prix ou pension, comme il n'y a pas alors incertitude des fruits, le créancier est tenu d'imputer sur le capital ce qui excéde annuellement l'intérêt de l'Ordonnance.

Il n'est pas non plus permis de pactiser, que le gage, soit meuble ou immeuble, baillé à engagement ou à anticrese, sera acquis au créancier, si sa créance ne lui est remboursée dans un certain tems ; ce pacte, qu'on appelle pacte commissoire, est réputé usuraire, & par cette raison il est réprouvé dans les engagemens ou anticreses ; ensorte qu'il n'empêche pas que le débiteur ne puisse toujours, en remboursant ce qu'il doit, reprendre la chose engagée, *Ferrieres, in quæst. 6. de Guypap.* Le pacte commissoire est néanmoins reçu dans les ventes & dans les locateries perpétuelles, comme nous le dirons ci-après.

Il y a un autre contrat, qu'on appelle pignoratif, parce que ce n'est qu'un engagement déguisé ; & au moyen duquel les usuriers prennent des intérêts excessifs, en feignant une vente à eux faite sous faculté de rachat, & toutes les fois que ce déguisement peut être connu ou présumé, on oblige à imputer l'excédant des fruits, au dessus du taux de l'Ordonnance, sur le capital ; mais cette fraude n'est pas facile à reconnoître. Les marques ordinaires d'un contrat pignoratif sont la vilité du prix de la vente faite sous faculté de rachat, le pacte qu'on ne pourra exercer le rachat qu'après un certain tems, la prorogation ou renouvellement réitérés de la faculté de racheter, le bail à ferme des biens achetés fait incontinent par l'acheteur au vendeur sous une rente excessive, la coûtume ordinaire où est l'acheteur de prêter à usure

& autres circonstances de cette espèce, sans lesquelles les ventes faites à faculté de rachat ne sont pas présumées être des contrats pignoratifs & usuraires, & l'acheteur à pacte de rachat gagne les entiers fruits, sans être tenu d'en rien imputer sur le capital, quoiqu'ils excédent de beaucoup le taux de l'Ordonnance. *Vid. Graverol sur La Roche, liv. 5. lettre V. titr. 5. art. 10.*

Par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 2 Mars 1723, rendu en la troisiéme Chambre des Enquêtes, il avoit été jugé qu'après trente années on n'étoit pas recevable à faire déclarer qu'une vente sous faculté de rachat étoit un contrat pignoratif & usuraire, quoiqu'il y eût des raisons suffisantes pour décider que c'en étoit un, ni à obliger l'acheteur de délaisser le fonds ; mais le contraire a été jugé avec raison en la même Chambre par un autre Arrêt du 30 Mars 1725, au rapport de M. de Célès, entre Coulomb, Lomagne, & autres. Et en effet, toutes les fois qu'un contrat ne paroît visiblement être qu'un contrat pignoratif & d'engagement, les trente années ne sçauroient rendre le prétendu acheteur possesseur incommutable, ni acquérir à lui ni à ses successeurs la propriété, par quelque tems qu'ils aient possédé le fonds, parce que nul ne peut prescrire contre son titre, & qu'un engagiste, quoique déguisé, ne peut sous aucune couleur prescrire la propriété.

TITRE XVI.

De verborum Obligationibus.

Verbis obligatio contrahitur, interrogatione & responsione.

IL vient d'être parlé dans le Titre précédent de ces obligations, qui, outre le consentement des parties, requiérent la tradition, & qui sont, le prêt, le *commodat*, le dépôt & le gage ; les autres se forment par le seul consentement, & nous ne reconnoissons point en France ces conventions simples, appellées chez les Romains *pacta nuda*, qui ne produisent point d'action, non plus que les solemnités de la stipulation, qui seule rendoit les conventions parfaites, & qui consistoit, comme il est dit dans ce texte, en une interrogation précédente, & une réponse sub-

Du dépôt.

il y a deux sortes de dépôt.
le volontaire et le nécessaire.

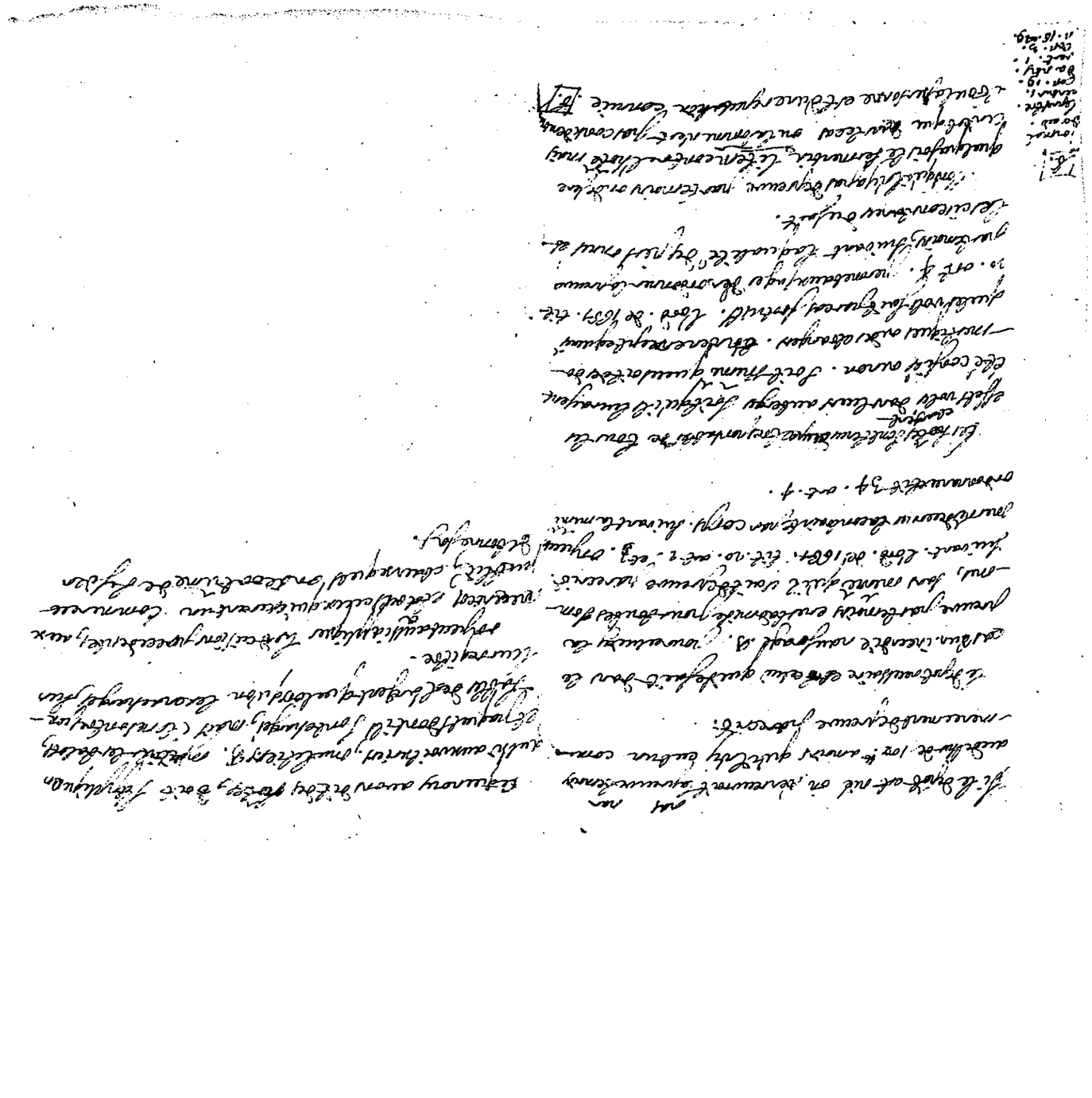
le volontaire est celui qui se fait par mutuelle convention entre les mains d'un particulier. Il s'appelle dépositaire, quia ratione de bonde, ou de la bonne foy grande faute. Il dépositaire des deniers publics, bellipreu les greffiers receveurs de consignation. Chambre. 8 Sont pourtant tenus des fautes commises par leur greffier.

Il dépôt doit être fait en espèces et non en nuement [a] quantité. Il seroit alors un prêt. et le dépositaire seroit alors tenu de diminutions qui pourroient survenir au lieu qu'il reste jusqu'au dépôt faite en espèces [a]

Il dépositaire étant dépositaire, il ne peut le servir du dépôt, et si c'est une somme d'argent dont il se sert, il en doit les intérêts.

Il dépôt n'est point, et ne peut être mis en nature, Il dépositaire ordre seriez sont tenus de le rendre même après nullement. on prétend aussi ment qu'il ne peut être rendu et on a mal. Il dépositaire ou se sert ier au terme. grave. de dito loco.

[a] magnus cap. 91. Brunem. lib. 2. tit. 3. art 3.



séquente & convenable : en un mot, dans ce Royaume toutes les conventions sont valables, obligatoires & irrévocables, pourvu qu'elles aient été faites sérieusement, sans dol ni surprise, & qu'elles n'aient rien de contraire aux Loix ni aux bonnes mœurs ; le consentement réciproque des parties qui traitent, est suffisant pour cela, bien entendu néanmoins que ce consentement & le traité fait par les parties soient constatés par écrit, ou qu'en défaut d'écriture les parties avouent en Justice la vérité du fait, conformément à ce qui est dit dans la Loi 5. *cod. de transactionib.* ou bien que la preuve en soit recevable & puisse s'en faire par témoins, comme quand il s'agit de choses qui n'excédent pas la somme ou valeur de 100. liv. ou qu'il y a déja un commencement de preuve par écrit, suivant l'Ordonnance de 1667, titr. 20, des faits qui gissent en preuve, art. 2. & 3.

Au surplus, nous confondons presque dans l'usage les termes de pacte, convention, stipulation & contrat, comme des termes synonymes, ou qui signifient à peu-près la même chose.

§. 1. *Nihil interest utrum latinâ, an græcâ, vel qualibet aliâ linguâ, stipulatio concipiatur.*

Il faut observer qu'il n'est plus permis dans ce Royaume, depuis l'Ordonnance du Roi François I. de 1539, art. 6, de se servir dans les actes & procédures, d'autre langue que la langue françoise ; ce qui n'empêche pas que les actes passés dans les Pays étrangers, avec les formalités & dans la langue qui y ont lieu, ne puissent & ne doivent valoir en France, d'autant que chaque Souverain ayant autorisé la langue dont on se sert dans ses Etats, il paroît que la Loi doit être égale entr'eux, & s'il en étoit autrement, le François étant dans des Pays étrangers se trouveroit souvent privé de contracter & de disposer, faute de trouver des Greffiers ou Notaires & des témoins qui entendissent la langue françoise : car ces personnes doivent entendre sans contredit la langue en laquelle les actes sont dressés.

§. 2. *Ne eo quidem ipso die in quem stipulatio facta est, peti potest.*

Lorsqu'il n'y a point de terme apposé ou de jour fixé pour faire un payement, ou pour satisfaire à une obligation, la chose est censée dûe & exigible d'abord, ou du moins *post modicum*

intervallum, suivant les circonstances & l'arbitrage du Juge ; mais lorsqu'il y a un terme ou jour apposé, il est présumé mis dans le doute en faveur de l'obligé, *Leg.* 17. *ff. de regul. jur.* & la chose ne peut même être exigée, que l'entier jour de l'échéance ne soit expiré, suivant cette maxime, que *dies termini non computatur in termino*, dont parle *Guypape*, *quæst.* 270. & conformément à laquelle l'Ordonnance de 1667, titr. 3, art. 6, veut même que dans les délais des assignations & des procédures les jours des significations des exploits & actes, ni les jours auxquels les assignations échoient, ne soient pas compris.

Du reste, quelquefois même après les termes ou les délais des obligations échus, les Juges par équité accordent de nouveaux délais ou surséances aux débiteurs, & l'Ordonnance de 1669, titr. 6, des répis, art. 1, veut que les Juges, en condamnant au payement de quelque somme, puissent donner jusqu'à une surséance de trois mois de délai à l'exécution de la condamnation ; il y a même des Auteurs qui prétendent que les Juges peuvent le faire d'office & sans demande, & je l'ai vû pratiquer ainsi quelquefois au Parlement de Toulouse.

§. 3. *Si ita stipuleris, decem aureos annuos, quoad vivam, dare spondes.*

Il est parlé dans ce texte, des rentes, pensions, ou prestations annuelles, qui ne sont que viageres, & ne passent pas aux héritiers ; au lieu qu'il y en a d'autres qui sont perpétuelles & transmissibles.

Or il y a au sujet de ces rentes ou pensions, deux observations à faire.

Premiérement, sur la prescription des pensions ou rentes annuelles, soit viageres, ou autres, c'est-à-dire, sur la prescription du droit de les exiger, quelques Auteurs, & entr'autres *Boutarit* en cet endroit, ont voulu distinguer celles qui sont établies par contrat, d'avec celles qui sont léguées par testament : ils disent à l'égard des rentes ou prestations annuelles stipulées par contrat, qu'elles sont sujettes à la prescription trenténaire, & que si on a négligé de les demander pendant trente ans, le droit de les exiger est éteint, parce que la stipulation ou convention des parties *una est, & unam solummodò parit actionem* ; au lieu, disent-

ils, que les pensions ou rentes établies par testament sont imprescriptibles, & qu'on a droit de les exiger toujours, quand bien on auroit négligé de le faire pendant trente ans, parce que le legs d'une pension *non est unum, sed multiplex, & singulis annis nascitur actio* : cependant *Cujas*, sur la Loi *cùm notissimi, cod. de præscrip. triginta vel quadraginta annorum*, & sur la Loi 5. *ff. de annuis legatis*, a très-bien montré que cette distinction étoit erronée, & condamnée par le §. 6. de la Loi du Code déja citée.

Martin, ancien Glossateur, a voulu distinguer les rentes ou pensions qui dépendent d'un sort principal, & qui en sont l'accessoire, d'avec celles qui subsistent par elles-mêmes, & il tient en conséquence que les rentes, pensions, ou prestations annuelles, soit en argent, vins, grains, ou autres espèces qui ne dépendent pas d'un sort principal, sont imprescriptibles par quelque tems que ce soit, quant au droit de les exiger, sauf pour les arrérages de vingt-neuf années avant l'instance, tout comme si c'étoit des censives ou des rentes foncieres ou obituaires, & cela sans distinguer les contrats d'avec les testamens ; parce que les stipulations annuelles produisent chaque année une nouvelle action, aussi-bien que les légats annuels : *Duperier, liv. 4. chap. 27.* soûtient fortement aussi cette opinion.

Mais les meilleurs Auteurs ont décidé avec raison, qu'après trente années de silence & d'inaction, non seulement les arrérages des rentes, pensions, ou prestations annuelles, mais le droit même de les exiger à l'avenir, demeuroient prescrits, soit qu'elles se trouvent établies par contrat ou par testament, & soit qu'elles dépendent d'un sort principal, ou non ; parce qu'il est vrai de dire en effet que les rentes ou prestations annuelles dépendent toujours d'une obligation ou action contre laquelle on peut prescrire, si celui à qui elles sont dûes, a négligé d'agir dans le tems déterminé par les Loix : ce qui paroît aussi conforme à la décision de la Loi, *eos qui, cod. de usuris, Vid. Dunod, des prescript. pag.* 306. & 307. & c'est à quoi il faut s'en tenir, en n'exceptant de cette régle, comme nous l'avons déja dit ailleurs, que les rentes foncieres ou obituaires.

La seconde observation que nous avons à faire, est que les pensions & prestations annuelles ou viageres peuvent toujours être exigées & demandées au commencement de l'année, soit

qu'elles soient établies par contrat, ou par disposition de derniere volonté, si le contraire n'a été dit.

Là-dessus les Auteurs conviennent, que lorsqu'une pension ou rente annuelle & viagere a été léguée par un acte de derniere volonté, elle est dûe pour toute l'année ou le semestre, quoique le légataire n'en ait reçu qu'une partie, *Leg. 5. ff. de annuis legatis*, ensorte que ses héritiers peuvent l'exiger, si elle n'a pas été payée, & que si elle a été payée, on ne peut la répéter de ses héritiers ; mais quelques-uns, & entr'autres *Boutaric* en cet endroit d'après *Despeisses*, prétendent qu'il en doit être tout autrement, lorsque la pension a été établie par un contrat, de façon qu'en ce dernier cas elle ne soit dûe que pour le tems que le pensionnaire a vécu, & qu'elle puisse même être répétée pour le tems qu'il n'a pas vécu.

Néanmoins il faut décider que la différence que ces Auteurs veulent faire, concernant les rentes dûes par contrat, est très-mauvaise, aussi ne l'appuyent-ils d'aucune autorité, & n'en donnent d'autre raison, si ce n'est que les contrats ne sont pas si favorables que les testamens ; mais cette prétendue différence n'est pas conforme à l'analogie du Droit : car toutes les fois qu'on est forcé de convenir, que la rente viagere établie, soit par testament, soit par contrat, est dûe au commencement de l'année ou du semestre, il s'ensuit que le pensionnaire, en la recevant, n'a reçu que ce qui lui étoit dû, & sa mort survenue peu après ne peut donner aucun titre au débiteur pour la répéter, le droit étant acquis au pensionnaire dès le commencement de l'année ou du semestre par la loi du contrat ou du testament ; il est frivole de dire que le testament est plus favorable, & que dans le contrat le pensionnaire auroit dû s'expliquer plus clairement : car il suffit sans doute que la pension ou rente y aient été stipulées payables au commencement de l'année ou du semestre, & d'avance ; d'où l'on peut aussi conclure, que si la pension n'a pas été payée, le débiteur ne peut se dispenser de la payer aux héritiers du pensionnaire, quoique décédé, d'abord après le commencement de l'année, d'autant que la stipulation d'une rente annuelle & viagere produit une action qui se transmet même aux héritiers, & qui ne leur devient inutile que pour les années qui ont suivi la mort de celui qui l'avoit stipulée, le Droit accordant en ce cas une exception au débiteur, ainsi qu'il

est dit dans le §. que nous expliquons, & par les Interprétes; *ibid.* sans compter qu'on ne peut pas comparer le pensionnaire à un simple usufruitier.

§. 4. *Ex conditionali stipulatione, tantùm spes est debitum iri, eamque spem in hæredem transmittimus.*

Une convention ou promesse faite sous condition ne donne qu'une espérance, laquelle n'est effectuée que lorsque la condition arrive; mais cette espérance étant acquise par un contrat, se transmet aux héritiers même de celui qui a contracté & traité, comme il est dit dans ce texte, & dans le §. dernier, *infr. de inutilib. stipul.* la raison en est que, *in contractibus tam nobis quàm hæredibus nostris cavemus*, *Leg.* 9. *ff. de probationibus.*

Ceci s'applique aussi aux institutions ou substitutions que le Droit François permet de faire en contrats de mariage, & que l'on appelle contractuelles: car on décide que ces institutions ou substitutions ne sont pas rendues caduques par le décès de l'institué ou du substitué avant l'événement de la condition, mais qu'ils en transmettent l'espérance à leurs héritiers même étrangers.

Il n'en est pas de même des légats ou des fidéicommis portés par un testament: car l'espérance du legs ou d'une substitution testamentaire ne se transmet pas aux successeurs ou héritiers du légataire ou substitué décédé avant l'événement de la condition dudit legs ou fidéicommis; mais ce legs ou la substitution demeurent caducs: il est vrai que par un motif d'équité, & contre les vrais principes du Droit, on jugeoit au Parlement de Toulouse que la transmission du fidéicommis conditionnel testamentaire avoit lieu en faveur des enfans du substitué prédécédé descendans du testateur; mais cette Jurisprudence a été même condamnée par l'article 20 du titre 1 de l'Ordonnance des Substitutions: nous avons déja expliqué tout cela sur le §. 2. du Titre *de fideicom. hæredit. suprà.*

Au sujet des stipulations ou obligations conditionnelles, il faut observer que quand la condition vient à arriver, on lui donne un effet rétroactif au jour du contrat, parce que le droit est acquis dès ce jour, & que *illud tempus spectatur quo contrahimus*, *Leg.* 78. *ff. de verbor. obligat.* ainsi par l'Arrêt qu'on lit dans *Dolive, liv.* 4. *chap.* 8. il fut jugé que dans la donation faite par un homme

homme marié, de ses biens présens seulement, devoit être compris le gain nuptial qu'il pouvoit gagner par le prédécès de sa femme, cette femme étant ensuite morte avant lui, quoique longtems après la donation.

Ainsi on juge tous les jours que celui auquel il n'est dû que sous une condition casuelle, doit être alloué, lorsque la condition est arrivée avant un second créancier qui auroit contracté purement dans l'intervale avec le même débiteur & avant l'événement de ladite condition, suivant la Loi 11. *ff. qui potiores in pign. hab. Catellan, liv.* 6. *chap.* 10.

§. 7. *Si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri, in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere.*

Le conseil que donne ici l'Empereur Justinien, est assez inutile dans notre usage: car malgré les clauses & stipulations pénales qui sont insérées dans les conventions, à défaut d'exécution, les Juges qui les regardent presque toujours comme comminatoires, donnent le plus souvent à la partie quelque délai pour purger la demeure *celeri præstatione*, ou bien ils réglent les dommages & intérêts, suivant les circonstances. *Catellan, liv.* 5. *chap.* 20. *Louet & Brodeau, lettre P. chap.* 3. 4. & 50.

Il convient d'observer encore, que la peine du dédit dans les compromis & les arbitrages n'a pas lieu dans le Ressort du Parlement de Toulouse, & qu'on ne condamne jamais à la payer, quand même la somme auroit été déposée & consignée en mains tierces; cela a été jugé par plusieurs Arrêts, & entr'autres par un Arrêt rendu à l'Audience de la Grand-Chambre le 8 Janvier 1714, entre les sieurs Lambert & Arnaud. Il en est autrement à Paris, à Bordeaux, & ailleurs, où celui qui refuse de souscrire la Sentence arbitrale, est soumis à la peine du dédit, & doit la payer, avant de pouvoir être reçu appellant, suivant l'Ordonnance du Roi François II. du mois d'Août 1560, qui n'a pas été vérifiée au Parlement de Toulouse. *Vid. Maynard, liv.* 2. *chap.* 66. *Louet & Brodeau, lettre C. chap.* 4.

TITRE XVII.

De duobus reis stipulandi & promittendi.

Duo pluresve rei promittendi ita fiunt, &c.

CE qui est dit dans ce texte, qu'il y a solidité entre deux ou plusieurs personnes qui promettent la même chose, a été entiérement changé par la Novelle 99., d'où a été prise l'authentique, *hoc ita*, *cod. de duobus reis*, que nous suivons dans l'usage, & suivant laquelle il n'y a jamais d'obligation solidaire, si la solidité n'a été par exprès stipulée dans l'acte; de sorte que, si Pierre & Jean s'obligent de payer cent pistoles à Jacques, sans ajouter qu'ils s'y obligent solidairement chacun d'eux ou un seul pour le tout, c'est comme si chacun d'eux ne s'étoit obligé que pour cinquante pistoles.

Cette Novelle a encore voulu que ceux qui se sont même solidairement obligés, puissent opposer au créancier le bénéfice qu'on appelle *de division* & *de discussion*, c'est-à-dire, l'obliger de diviser son action & sa créance, de maniere qu'il ne puisse agir contre chacun d'eux pour le payement de l'entiere dette, qu'en cas que les autres se trouvent insolvables; qu'en un mot, le créancier ne puisse s'en prendre à un seul pour l'entiere dette qu'après avoir discuté les autres, & justifié ainsi leur insolvabilité, à moins que dans l'acte d'obligation les coobligés solidaires n'aient renoncé par une clause précise au bénéfice de division & de discussion, ou qu'on ait ajouté ces termes, *sans division*, *&c.* ou autres équipollens: car autrement ces clauses ne se suppléent pas, si elles ont été omises, quoiqu'en aient pensé certains Auteurs; & de-là vient que dans les contrats où plusieurs personnes entrent dans une même obligation, on ne manque pas d'y insérer, qu'ils s'obligent solidairement, & un seul pour le tout, l'un pour l'autre, sans division, ni discussion, &c. ou renonçant au bénéfice de division & de discussion. *Vid. Maynard*, *liv.* 4. *chap.* 14. *&* *liv.* 8. *chap.* 97.

L'Ordonnance du Commerce de 1673, titr. 4. art. 7, a excepté de la régle, qui veut qu'il n'y ait pas de solidité sans expression, les obligations qui sont contractées par des personnes associées en quelque négociation de marchandise, banque, ou autre trafic; ensorte que, si l'une d'elles signe seule, pourvu qu'elle signe aussi pour la compagnie, elle oblige solidairement tous les autres associés, soit à cause que cela est de l'intérêt de la société même, afin de faciliter les emprunts & le crédit dont elle peut avoir besoin, soit parce que les associés sont regardés entr'eux comme agens & facteurs respectifs les uns des autres: la Jurisprudence des Arrêts a suppléé aussi dans ces obligations contractées par des associés, la clause de renonciation au bénéfice de division & de discussion. *Vid. Maynard*, *liv.* 4. *chap.* 14. *in fine.*

Au surplus, lorsqu'un créancier reçoit de l'un de ses débiteurs solidaires la part de la dette qui le concerne, sans réservation ni protestation, la Loi *creditores*, *cod. de pactis*, veut qu'il soit censé avoir entendu renoncer à la solidité, & diviser son action à l'égard des autres coobligés; mais il faut, pour être dans le cas de cette Loi, que les termes de la quittance puissent conduire à cette présomption, comme s'il y est dit que le créancier a reçu d'un tel une telle somme pour sa part & portion de la somme contenue en l'obligation, ou qu'en recevant dudit tel, il l'ait déchargé du surplus de l'obligation: c'est ainsi que les Arrêts ont interprété cette Loi, comme on le voit dans *Maynard*, *liv.* 8. *chap.* 39. *Loüet & Brodeau*, *lettre R. chap.* 6.

Par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 14. Juillet 1715, au rapport de M. Lacarry, en la cause de Periés, Martin, & autres, il fut même jugé que quoique le créancier eût libéré & affranchi de la clause solidaire l'un des coobligés, cela n'empêchoit pas qu'il ne pût agir solidairement contre les autres coobligés, sauf à ceux-ci leur droit, comme ils l'avoient déja, de recourir sur le coobligé libéré.

§. 1. *Ex hujusmodi obligationibus & stipulationibus solidum singulis debetur.*

Nous avons déja dit qu'il n'y a point de solidité entre plusieurs débiteurs ou obligés, si elle n'a été exprimée; mais il n'y en a pas non plus, si cela n'a été dit expressément, entre plusieurs créanciers, *inter correos credendi & stipulandi*: car, par exemple, si je m'oblige simplement de payer cent pistoles à Pierre & à Jean, l'un ou l'autre seul pourra-t-il recevoir l'entiere som-

me, & en payant à un seul serai-je libéré envers l'autre ? les Arrêts ont jugé que non, & que la Novelle 99 devoit avoir également lieu à l'égard de plusieurs créanciers, quoiqu'elle n'en parle pas, c'est-à-dire, qu'il falloit que dans l'obligation il fût dit par exprès que les créanciers étoient solidaires, & qu'en payant le tout à l'un d'eux le débiteur seroit valablement libéré, sans quoi le payement que le débiteur fait à un seul, ne le décharge pas envers les autres, chacun ne pouvant agir que pour sa part. *Cambolas, liv. 5. chap. 15. in fine.*

Vel alter solvendo omnes liberat.

Le payement fait au créancier par l'un des débiteurs ou coobligés solidaires, de la dette en entier, éteint sans contredit l'obligation, & libére tous les autres coobligés ; mais attendu que les coobligés solidaires sont regardés comme cautions entr'eux, *licèt de hoc nihil dictum sit*, il s'ensuit que celui qui a payé l'entiere dette, a de droit son recours contre les autres pour son remboursement, cependant sur la maniere dont il peut prétendre son remboursement, on distingue : car si le coobligé qui a payé ou a été contraint de payer toute la dette, n'a point pris la cession & subrogation à l'hypothéque du créancier, il ne peut agir contre chacun des autres coobligés que séparément pour leur portion, la sienne déduite, & en supportant sa part de la portion des insolvables ; s'il y en a quelqu'un ; laquelle portion doit être régalée & supportée également par tous les solvables ; si au contraire il a pris la subrogation du créancier, comme on ne manque presque jamais de le faire, alors il peut agir solidairement contre chacun des coobligés, sa portion déduite, & dans ce cas pareillement la portion de l'insolvable, s'il y en a, doit être supportée *æqualiter* par tous les solvables. *Vid. Catellan & Vedel, liv. 5. chap. 49. Duperier, liv. 3. chap. 15.*

Il paroît même juste, sans trop s'attacher à la distinction ci-dessus, que les coobligés étant cautions entr'eux, celui qui a payé toute la dette, puisse obliger le créancier, *etiam ex intervallo*, à le subroger à son hypothéque, comme *Boutaric* l'observe en cet endroit ; & cela est en effet conforme à la doctrine de *Duperier, dict. loc.*

Du reste, quoiqu'il soit vrai que la perte arrivée par l'insolvabilité de l'un des coobligés solidaires doive être supportée également par

tous les autres, comme nous venons de le dire, à cause de la société qui est toujours présumée entre plusieurs coobligés solidaires, si néanmoins il conste que la somme n'a pas été reçue *æqualiter* par tous les coobligés qui ont emprunté, mais que les uns en aient reçu plus & les autres moins, la portion de celui qui se trouve insolvable, ne doit pas être supportée également par tous, mais par chacun à proportion de ce qu'il a touché ou profité de ladite somme empruntée ; comme aussi celui des coobligés qui n'a rien reçu du prêt, & qui a un relief des autres portant qu'il n'a rien reçu & que le prêt ne le regarde pas, ne doit pas tremper en la perte survenue par l'insolvabilité de quelqu'un des autres. *Catellan, liv. 6. chap. 50.*

Nous remarquerons, en finissant ce Titre, que l'interpellation judiciaire & les poursuites faites, ou la condamnation obtenue par le créancier contre l'un des coobligés solidaires, interrompt la prescription à l'égard des autres, *Leg. ult. cod. de duobus reis*, ce qui s'entend, pourvu que le créancier ait agi contre un seul pour le tout, car s'il ne lui avoit demandé que sa quote-part taxativement, on pourroit dire qu'il auroit divisé sa dette, & il y auroit à craindre qu'il n'y eût pas alors d'interruption à l'égard des autres coobligés : de même l'instance formée pour l'entiere dette contre un des coobligés solidaires fait courir les intérêts à l'égard des autres, quoique non appellés, & nuit à tous ; & le payement des intérêts, fait même annuellement par un seul d'entr'eux, empêche les autres de prescrire.

Il n'en est pas de même au sujet des cohéritiers, c'est-à-dire, que les poursuites faites contre l'un des successeurs d'un débiteur n'interrompent pas la prescription, ni ne font pas courir les intérêts à l'égard des autres, parce que l'obligation personnelle se divise entr'eux *ipso jure. Leg. 2. cod. de hæredit. actionib. Leg. 1. cod. si unus ex pluribus, &c.*

TITRES XVIII. XIX.

De Stipulatione servorum.

De divisione Stipulationum.

CES deux Titres ne sont d'aucun usage parmi nous.

TITRE XX.

De inutilibus Stipulationibus.

§. 2. *Idem Juris est, si rem sacram quam humani Juris esse credebat, &c. dari quis stipuletur.*

LES obligations concernant une chose qui n'est pas dans le commerce, soit que les parties le sçachent ou l'ignorent, sont inutiles & de nul effet, sans même qu'il doive y avoir lieu à des dommages & intérêts, *Vinnius* sur ce texte & sur le §. dernier, *infr. de emptione*, n'excepte que la vente des choses hors du commerce, où l'acheteur qui l'ignoroit, peut prétendre ses dommages & intérêts, & les stipulations faites à titre onéreux à l'égard de ces mêmes choses, où il y a lieu également auxdits dommages.

§. 3. *Si quis alium daturum facturumve quid promiserit, non obligabitur; quod si effecturum se ut alius daret, spoponderit, obligatur.*

En promettant qu'un tiers fera telle chose ou donnera telle chose, on ne s'oblige pas, parce qu'on promet *factum alienum*, à moins qu'en promettant ainsi le fait d'autrui, on ne se soit en même tems soumis à une peine, en cas de refus de la part du tiers, ou à des dommages & intérêts envers celui à qui on a fait cette promesse, *nisi pœnam ipse promiserit*, & c'est une exception marquée par exprès dans le §. 21. de ce Titre; mais quand on promet, ou qu'on s'oblige de faire faire ou de faire donner par un tiers, *effecturum se ut alius det vel faciat*, on ne promet pas tant le fait d'autrui que son propre fait, on est donc obligé à la garantie &

aux dommages & intérêts, en cas de refus ou d'inexécution de la part de ce tiers : ainsi on lit dans *Catellan*, *liv.* 5. *chap.* 7. un Arrêt qui condamna à la pleine garantie une homme qui avoit promis de faire ratifier par sa femme certaine transaction, à peine de tous dépens, dommages & intérêts; & il auroit fallu également l'y condamner, quand même la transaction n'auroit pas contenu la peine des dommages & intérêts, parce que ce mari, en s'obligeant de faire ratifier, avoit promis son propre fait : il est vrai qu'il y a un Arrêt rapporté par *Cambolas*, *liv.* 3. *chap.* 25. dans l'espèce duquel un pere lors du mariage de son fils, ayant promis de lui faire donner la moitié des biens de sa femme, & cette femme ayant refusé de donner, le pere fut relaxé de la demande en dommages & intérêts pour l'inexécution de sa promesse; mais c'est un Arrêt qui paroît singulier, & contraire aux principes.

§. 4. *Si quis alii, quàm ei cujus Juri subjectus sit, stipuletur, nihil agit.*

Régulierement on ne peut pas stipuler ni acquérir pour autrui, parce que les stipulations & obligations n'ont été introduites qu'afin que chacun puisse faire son profit ou son avantage, & que celui qui stipule pour un tiers, n'a souvent aucun intérêt que la chose stipulée soit acquise à ce tiers, *cæterùm si alii detur, nihil interest stipulatoris*; comme il est dit dans le §. 18. de ce Titre : cela n'empêche pas néanmoins, suivant la remarque de *Mornac* sur la Loi 6. *cod. si quis alteri vel sibi*, qu'on ne puisse valablement en France stipuler & acquérir pour autrui, soit en qualité de Procureur fondé, soit même sans cette qualité, si celui pour qui on a traité, accepte ensuite & ratifie le contrat; ce qui est encore conforme à l'article 5 de l'Ordonnance des Donations de 1731.

Il y a d'ailleurs plusieurs personnes qui peuvent valablement stipuler & acquérir pour d'autres, sans qu'il soit même besoin de ratification, comme, par exemple, le pere pour son fils, le tuteur, le curateur, ou l'administrateur, pour ceux dont il régit les biens.

Commune die Iouis 17. Decembris anni Domini
millesimi quingentesimi septuagesimi secundi ad horam 1. vel circiter
post meridiem.

Cum ad quendam Dominum Franciscum Sarmiento, et Petrum
Quintanilla, Deputatos Ciuitatis Burgensis, per ciuitatem Burgensem
ad Illustrissimum Dominum Ferdinandum de Velasco, Constabulum Castellæ
et Burgensem, ad petendum ut Illustrissimus Dominus Dux Burgensis
Dominus Ciuitatis Burgensis, ipsam ciuitatem ab omni
seruitute et dominio, quod habebat in ipsa ciuitate, liberaret
et liberam ac libera ciuitas Burgensis, ab omni seruitute
et dominio, ut ante, esset, Ciuitatem Burgensem, ad
Ciuitatem Regiam, et Ciuitatem Regiam, ad Ciuitatem
Burgensem, ad Ciuitatem Regiam, et Ciuitatem Regiam, ad
Ciuitatem Burgensem, et Ciuitatem Regiam, ad Ciuitatem
Burgensem, et Ciuitatem Regiam, ad Ciuitatem Burgensem.

créanciers ou non. Dans le premier cas il peut agir contre chacun de ses cofidéjusseurs pour son remboursement; dans le second il sera tenu de diviser son action.

Les coobligés solidaires sont tenus de l'hypothèque [illegible] de l'entière dette. mais ils [illegible] entre eux non pas également mais à proportion de ce qu'ils ont tiré chacun de la somme prêtée.

La poursuite faite contre l'un des coobligés solidaires interrompt la prescription à l'égard des autres, ~~tant~~ [illegible] solidairement, mais on exige que la demande soit formée pour le total, et non pour la quote part d'un chacun.

Le créancier qui reçoit d'un des coobligés solidaires la portion de la dette est censé renoncer à la solidité; mais les contestations qui s'élèvent dans ce cas se décident d'après la quittance qu'il a fournie dans laquelle on voit s'il a prétendu renoncer à la solidité, ou s'il n'a voulu que rendre service à un des coobligés.

Sommaire du titre 20. De inutilibus stipulationibus.

On ne peut pas s'obliger pour des choses qui ne sont pas dans le commerce, soit que les parties contractantes le sachent ou l'ignorent. mais il semble juste de donner ~~[illegible]~~ des dommages à celui qui aurait contracté pour une chose qui ne serait pas dans le commerce, ce qu'il ignorait, contre celui avec qui il aurait traité et qui le savait.

En promettant qu'un tiers fera une chose on ne s'engage à rien à moins qu'on ne se soit soumis à une peine en cas d'inexécution, nisi poenam promiserit. Si au contraire on promet de faire faire à un tiers quelque chose on devient garant de celui-ci.

On ne peut valablement contracter pour autrui.

Le fils de famille majeur peut s'obliger par toute sorte de contrat excepté pour celui du prêt d'argent qui est prohibé par le sénatusconsulte macédonien. Ainsi les obligations contractées par un fils de famille pour des achats de marchandises &c. sont valables, excepté qu'elles ne soient faites en fraude de la loi.

Le fils de famille doit se pourvoir dans les dix ans contre l'obligation pour argent prêté, à quelle époque le délai de dix ans doit-il courir, depuis l'obligation, ou depuis son émancipation ou la mort de son père: on se réunit à croire que c'est depuis son émancipation ou la mort de son père.

Les conditions contre les bonnes mœurs apposées dans les contrats les annullent. celles apposées dans les testaments ne le sont pas censées écrites. dans les contrats vitiantur et vitiant, dans les testaments vitiantur.

On ne peut pas admettre la preuve par témoins pour des objets de valeur de plus de 100# et on ne peut la recevoir outre et contre le contenu aux actes.

On peut attaquer les contrats par la voie du faux et par la preuve de l'alibi qui tombe dans le moyen de faux. pour que la preuve de l'alibi soit concluante il faut qu'il y ait eu impossibilité naturelle à cause de la distance et de l'éloignement pour que la partie se trouvât dans le lieu où on prétend qu'elle a contracté ou délinqué.

La caution est celui qui s'oblige pour un autre. On peut cautionner pour toutes sortes d'obligations. et la caution se trouve tenue de remplir l'obligation quoique l'obligé soit relâché.

La caution ne peut jamais être obligée pour une somme plus considerable que l'obligé, parce que elle n'est que l'accessoire de l'obligation principale.

La caution peut obliger après lui ses heritiers pour payer et tenir le debiteur principal a payer et le liberer par consequent. La caution est decharge de son obligation par la novation quoique elle soit insuffisante pour liberer l'obligé.

On peut prendre des cautions avant ou apres l'obligation principale indifferemment. et meme dans le cours du procès. Les cautions qui étoient solvables deviennent insolvables, le creancier peut forcer le debiteur a le payer ou a en fournir de nouvelles.

Les cautions sont reputées obligées solidairement et indivisiblement quoique la clause de solidité n'ait pas été marquée expressément dans l'acte. on a introduit en leur faveur l'obligation de division qui contribue a obliger le creancier de diviser son action contre les differentes cautions s'il y en a plusieurs et le benefice de discussion d'ordre qui consiste a forcer le creancier a s'adresser a la caution qui a pris la discussion et l'avente des biens du debiteur principal. Les cautions ordinairement accompagnent toujours les cautions judiciaires de jouissent point de ce benefice.

Les cautions ne doivent pas être de difficile condition, et l'on prefere les cautions bourgeoises.

Si quis ita ſtipuletur, mihi aut Titio dare ſpondes, obligatio ſtipulatori acquiritur.

C'eſt ici une ſuite de la régle qui veut qu'on ne puiſſe ſtipuler pour autrui, lors même qu'on ſtipule auſſi pour ſoi; ainſi l'obligation eſt entiérement acquiſe à Jean, par exemple, qui a ſtipulé pour ſoi ou pour Pierre : il eſt vrai que l'obligé peut alors, à cauſe de la particule disjonctive, *ou*, payer à Pierre ou lui délivrer la choſe promiſe, moyennant quoi il demeure libéré; mais Pierre ne peut pas, comme il eſt dit dans ce texte, profiter du payement ou de la choſe, & il eſt obligé de les rendre à Jean qui a contracté; ſi celui-ci ne veut lui délaiſſer le tout ou partie, auquel cas c'eſt entr'eux un nouveau contrat qui n'a rien de commun avec le premier.

Quòd ſi quis ſibi & alii cujus Juri ſubjectus non ſit, dari decem aureos ſtipulatus eſt, placuit non plus quàm dimidiam partem ſtipulatori acquiri.

C'eſt toujours une ſuite de la même maxime : car lorſqu'on ſtipule pour ſoi & pour un autre, il eſt bien vrai qu'alors, à cauſe de la particule conjonctive, *&*, la promeſſe ſe diviſe, & l'obligation n'eſt acquiſe que par moitié à celui qui a ainſi ſtipulé; mais il eſt vrai auſſi que l'autre moitié eſt inutilement ſtipulé pour le tiers, & n'accroît pas au ſtipulant, ni n'augmente pas ſa portion, & il en eſt de même, quand ce ne ſeroit pas des deniers, mais un corps ou un effet qui eût été ſtipulé, c'eſt-à-dire, qu'il n'en ſeroit dû que la moitié à celui qui auroit ſtipulé, ſi l'obligé ne vouloit bien lui délaiſſer le tout. Cependant il faut prendre garde que lorſque la choſe ſtipulée ne ſouffre pas de diviſion, elle eſt même acquiſe en entier au ſtipulant dans le cas dont nous parlons, comme s'il étoit queſtion d'une ſervitude qu'on eût ſtipulé pour ſoi & pour un tiers, *Leg.* 5. *ff. communia prædior.* il en ſeroit encore de même, dans le cas d'un fonds ou d'un achat d'un fonds ou d'un domaine qu'on auroit fait pour ſoi & pour un tiers, parce qu'il ne ſeroit pas juſte que le vendeur fût obligé de n'en vendre qu'une partie, comme il eſt dit dans la Loi 64. *ff. de contrah. empt.* en ces termes : *fundus ille ſit mihi & Titio emptus, reſpondi perſonam Titii ſupervacuo accipiendam, ideòque totius fundi emptionem ad me pertinere.*

Au

Au reſte, lorſqu'il eſt queſtion d'une donation faite à deux différentes perſonnes, & qui n'a été acceptée que par l'une d'elles, tant pour ſoi que pour l'autre donataire abſent, cette acceptation eſt ſans contredit inutile pour l'abſent, d'autant, diſons-nous, qu'on ne peut ſtipuler pour autrui : la donation eſt donc nulle par rapport à l'abſent, puiſqu'à ſon égard le donateur n'eſt pas engagé, comme il eſt dit dans l'article 5 de l'Ordonnance des Donations, qu'il peut révoquer la donation à l'égard de cet abſent juſqu'à ſon acceptation, & qu'après la mort du donateur l'acceptation de la part du donataire ſeroit inutile aux termes des Ordonnances; mais de plus, la portion du donataire qui n'a pas accepté, ne peut pas appartenir par droit d'accroiſſement au codonataire qui a accepté, d'autant que ſi-gulierement le droit d'accroiſſement n'a pas lieu dans les contrats. *Brodeau & Loüet, lettre D. chap.* 4. *Ricard, tom.* 1. *part.* 3. *chap.* 4. *ſect.* 4. *n.* 479.

Il arrive rarement qu'on ſtipule, qu'on traite, ou qu'on achete pour autrui, ſans un pouvoir ou une procuration; mais lorſqu'on la fait, ſi celui pour lequel on a traité, ne ratifie pas le contrat, ou ne veut pas l'approuver & le tenir, la ſtipulation devient même inutile pour celui qui l'a faite, & il ne peut pas en profiter, puiſqu'il n'a pas traité pour ſoi; *Leg.* 6. *in fine, cod. ſi quis alteri, &c.* à moins que l'obligé n'y conſente, comme nous l'avons déja dit.

Il arrive encore rarement qu'on traite & qu'on achete pour ſoi, & de ſes deniers, mais ſous le nom d'une autre perſonne; cependant dans ce cas, ſi l'on a pris ſoi-même la poſſeſſion de la choſe achetée, on en devient le véritable maître : ainſi ſi un mari fait une acquiſition, quoique ſous le nom de ſa femme, & qu'il ſe mette en poſſeſſion, l'effet acquis lui appartiendra, le nom de la femme *cenſebitur ſimulatè appoſitum*, & la femme n'y aura aucun droit. *Leg.* 4. 5. & 6. *cod. ſi quis alteri vel ſibi, &c.*

Mais il arrive quelquefois qu'on fait des acquiſitions pour ſoi avec un argent qui ne nous appartient pas, & ces acquiſitions ſont valables pour celui qui les fait, ſauf qu'il eſt obligé ſans contredit de rendre les deniers à celui à qui ils appartenoient; ainſi une femme peut acheter avec l'argent de ſon mari, & l'effet acquis appartient à la femme; il en eſt de même du mari qui achete avec les deniers de ſa femme, *Leg.* 1. & 5. *cod.*

eodem, & il faut en dire tout autant de toutes autres personnes, parce qu'en effet ce n'est pas l'argent, mais bien la convention des parties, ou même quelquefois la tradition de la chose vendue, qui en acquiert la propriété à l'acheteur; ainsi la chose achetée ne doit être délivrée qu'à celui qui a fait l'achat en son nom, s'il ne l'a déja reçue, & non à celui à qui appartenoit l'argent du prix, qui ne peut demander que la restitution de ses deniers. *Leg.* 6. *cod. de rei vindicat. Leg.* 8. *cod. si quis alteri, &c.*

On n'excepte de cette décision que les achats faits des deniers des pupilles ou mineurs, ou de l'Eglise, par leurs tuteurs, curateurs, ou autres administrateurs, en leur nom : car on donne au pupille ou mineur, & à la cause pie, le choix de révendiquer l'héritage acquis, ou de demander leurs deniers avec les intérêts. *Leg.* 2. *cod. quando ex facto tutoris, Leg.* 3. *cod. arbitrium tutelæ, Ranchin & Bornier, verb. emptio, art.* 32. & 33.

On excepte encore les acquisitions faites par le mari des deniers de la dot de sa femme, du moins en ce que dans le cas de l'insolvabilité du mari, tant seulement, le fonds acheté par le mari des deniers de la dot devient subsidiairement dotal, c'est-à-dire, que la femme peut le révendiquer, si les héritiers ou autres créanciers du mari ne la payent : car hors de ce cas le fonds que le mari achete des deniers de la dot de sa femme, n'est pas dotal; il n'appartient pas à la femme, & elle ne peut le révendiquer, n'y ayant tout au plus qu'une hypothéque privilégiée. *Leg.* 54. *ff. de jure dotium, Leg.* 12. *cod. eodem.*

Suivant ces principes, il a été rendu un Arrêt au Parlement de Toulouse le 2 Septembre 1746, après partage fait en la seconde & troisiéme Chambre des Enquêtes, qui a jugé que Me. Merle, Procureur, ayant fait une surdite sur les biens du sieur Brun, son beaupere, dont la vente avoit été ordonnée au profit de ses créanciers, & ses biens lui ayant été adjugés sur cette surdite, quoique faite par lui en qualité de mari & maître des biens dotaux, & remplie au moyen des hypothéques dotales de la demoiselle Brun, sa femme, donataire de la demoiselle Azemar, sa mere, lesdits biens dont le sieur Merle avoit pris lui-même la possession, lui appartenoient en propre, qu'ils n'étoient point dotaux, & qu'il avoit pu quelques années après les vendre à Me. Bruilhé. Avocat, sans que celui-ci fût en droit de demander la rescision de cette vente, sous prétexte que les biens vendus étoient dotaux & inaliénables.

§. 6. *Item, inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris, qui Juri tuo subjectus est, vel si is à te stipuletur.*

Il suit de ce texte, par un argument des contraires, que le fils de famille majeur, s'il est émancipé, peut faire toute sorte de traités & de contrats avec son pere; il peut même, quoiqu'il ne soit pas émancipé, traiter & contracter avec son pere au sujet de ses biens castrenses ou quasi-castrenses, s'il y en a, parce qu'en ces choses il est réputé pere de famille; il peut encore valablement traiter & contracter société avec son pere, sous la puissance duquel il est, non seulement de ses biens castrenses ou quasi-castrenses, mais même de la propriété de ses biens adventifs, ou de ce qu'il a gagné par son travail & industrie, parce que cette propriété & ce gain lui appartiennent indépendamment de son pere.

Enfin, le pere peut même donner valablement & irrévocablement en contrat de mariage à son fils, quoique non émancipé & mineur, ou encore à naître; parce que les contrats de mariage sont susceptibles parmi nous de toute sorte de conventions entre toutes personnes, lorsque lesdites conventions ne vont pas contre l'honnêteté publique, ni contre les dispositions prohibitives du Droit.

Sur quoi on peut noter en passant, que, suivant le Droit, le pacte stipulé dans le contrat de mariage, de ne pas répéter la dot ou partie de la dot, ou la convention que le mari gagnera la dot en tout ou en partie, sont nuls & de nul effet, lorsque le mariage vient à être dissous par le prédécès du mari, soit qu'il y ait des enfans existans dudit mariage, ou qu'il n'y en ait pas, *Leg.* 12. *ff. de pactis dotalib. Leg.* 3. *cod. de pactis convent.* parce que *interest rei publicæ dotes mulieribus salvas fore*; mais cette convention est bonne au profit du mari, lorsque le mariage vient à se dissoudre par le prédécès de la femme, parce que la même raison n'y est pas, *dict. Leg.* 12. *ff. de pactis dotalib.* quoique du reste le mari soit obligé de conserver cette dot pour les enfans nés du mariage, s'il y en a, *Novell.* 98. *cap.* 1. tout comme quand il y a un Statut local qui fait gagner la dot au mari par le prédécès de la femme.

Mais on a demandé, si ayant été stipulé que, quoique le mari

vint à mourir le premier sans enfans, néanmoins la dot appartiendroit aux héritiers du mari après la mort de la femme, qui n'en auroit que la jouissance durant sa vie, ce pacte étoit valable; & ayant été consulté depuis peu sur un pareil contrat de mariage, j'ai répondu que ce pacte étoit nul de toutes les façons, & qu'il l'étoit encore davantage, attendu que la femme étoit venue à se remarier.

Filii verò familiarum aliis obligari possunt.

Les enfans de famille majeurs peuvent contracter & s'obliger encore envers toute sorte de personnes étrangeres, comme feroit un pere de famille, *Leg.* 39. *ff. de obligat. & actionib.* on n'en excepte que le cas du prêt d'argent; ainsi le fils de famille majeur peut cautionner valablement pour un étranger, & même pour son pere, sans espoir de restitution, comme on le voit dans *Catellan, liv.* 5. *chap.* 15. bref, toutes les obligations qu'il contracte, hors le prêt d'argent, sont bonnes, & peuvent être exécutées sur ses biens, après que l'usufruit du pere a fini, ou même sur ses biens castrenses ou quasi-castrenses, tandis que le pere vit.

Il n'est pourtant pas libre au fils de famille de vendre, aliéner, ou donner ses biens à lui appartenans, dont son pere a l'usufruit par droit de puissance paternelle, sans le consentement de son pere, de façon même que cette aliénation ne devient pas valable après que l'usufruit du pere a pris fin; ainsi cette vente demeure toujours nulle, quand même le fils de famille y auroit réservé l'usufruit à son pere, la Loi derniere, §. *filiis autem*, *cod. de bonis quæ liberis*, prohibant par exprès l'aliénation desdits biens; mais le fils famille majeur peut vendre valablement les biens que son pere lui a donné en le mariant, quoique le pere dans le contrat de mariage s'en fût réservé l'usufruit, & cette aliénation est bonne, quoique faite sans le consentement du pere, auquel on réserve cet usufruit sa vie durant, parce qu'il n'est pas question alors d'un usufruit dû au pere *jure patriæ potestatis*, mais par la réservation qu'il en a fait, comme tout étranger donateur eût pu faire, & que la Loi citée ne prohibe l'aliénation que des biens dont le pere a l'usufruit par le droit naturel de la puissance paternelle. *Catellan, liv.* 5. *chap.* 28.

Quant au prêt d'argent fait aux fils de famille, soit majeurs,

ou mineurs, il est nul & défendu par le Sénatus-Consulte Macédonien, *toto titul. ff. de Senatus-Consult. Maced. & infrà, liv.* 4. *titr.* 7. §. 7. ensorte que le fils de famille n'en est pas obligé ni tenu, & se fait restituer envers l'emprunt en venant par Lettres royaux dans les dix années, à compter du jour de son émancipation, ou depuis qu'il a cessé d'être sous la puissance paternelle: ce Sénatus-Consulte est observé dans tous les Pays de Droit Ecrit où la puissance paternelle a lieu; mais du reste, à l'exception de l'argent comptant, le fils de famille peut valablement emprunter des marchandises, grains, meubles, ou autres choses de cette espèce, à moins qu'il ne parût que ces choses ou effets lui eussent été baillés en fraude de la Loi, pour les revendre & se servir des deniers, *Leg.* 7. §. 3. *ff. de Senatus-Consult. Maced.* on peut même lui bailler de l'argent pour ses études ou ses besoins pressans, pourvû que la somme ne soit pas excessive, & qu'il n'y ait point de fraude, *dict. Leg.* 7. §. 3. & *Leg.* 5. *cod. codem.*

Vinnius sur le Livre IV. ci-après, titr. 7. §. 7. remarque que le fils de famille ne peut pas valablement renoncer dans l'acte d'emprunt au bénéfice du Macédonien, mais qu'étant devenu *sui juris*, il ne peut pas se servir du Macédonien *in foro conscientiæ*, à moins que le créancier ne lui eût prêté sciamment pour la dissipation & la profusion.

§. 7. *Mutum neque stipulari, &c.*

Les muets & sourds, les furieux ou les imbéciles ne pouvant contracter ni régir leurs affaires, on leur donne des curateurs, en la maniere que nous l'avons expliqué sur le §. 3. du Titre *de curatoribus*, au Livre premier.

§. 9. *Pupillus omne negotium rectè gerit; ita tamen, &c.*

Le pupille qui a déja quelque connoissance, peut s'obliger *tutore tamen autore*, comme il est dit ici; mais, suivant nos usages, ce sont les tuteurs qui en cette qualité contractent eux-mêmes pour leurs pupilles, ainsi que nous l'avons remarqué ailleurs; & du reste, quoique l'Empereur ajoute que l'impubére qui est en la puissance de son pere, ne peut pas même s'obliger, *patre autore*: il est néanmoins vrai, conformément à la Loi derniere, §. 4. *cod. de bonis quæ liberis*, qu'un pere, comme légitime

administrateur de la personne & biens de ses enfans, même impubéres, peut s'obliger en cette qualité valablement pour eux & pour leur intérêt, ou les faire obliger eux-mêmes sous son autorité : car le pere à l'égard de ses enfans est toujours regardé par les Loix comme leur legitime Procureur ou administrateur, ainsi que dit *La Roche, liv. 6. titr.* 40. *art.* 3. ce qui n'empêche pas que les enfans ne puissent dans la suite se faire restituer envers le traité, s'ils se montrent lésés.

§. 11. *Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur ; nihil valet stipulatio.*

Dans les contrats & les obligations la condition impossible ou contre les bonnes mœurs qui y est apposée, rend l'obligation nulle, parce qu'on présume qu'en l'insérant dans un acte qui ne peut subsister sans le consentement des deux parties, elles n'ont pas entendu traiter sérieusement ; ce qui s'entend pourtant des conditions impossibles conçues en termes affirmatifs, comme, *si l'on touche le ciel avec le doigt, si l'on boit toute l'eau de la mer*, &c. au lieu que quand la condition impossible ou contre les bonnes mœurs est conçue par une négative, par exemple, *si in cœlum non ascenderis, si hominem non occideris*, on présume en ce cas que l'intention des parties a été d'entretenir le contrat, puisqu'elles ont voulu qu'il ne fût révoqué, & de nul effet, que sous une condition qui ne peut ou ne doit jamais arriver ; ainsi l'acte demeure alors dans sa force, & l'exécution n'en est pas différée.

Pour ce qui est des testamens & dispositions de derniere volonté, comme c'est l'acte d'une seule partie, on raisonne différemment : la condition impossible ou contre les bonnes mœurs, quoique conçue en termes affirmatifs, comme, *je légue à Pierre, s'il boit toute l'eau de la mer*, &c. est de nul effet, & tenue pour non écrite, comme étant présumée échapée par inadvertance, & la disposition ou le legs ne laisse pas d'être valable ; si néanmoins il paroissoit clairement que le testateur a cru la condition possible, bien qu'en effet elle ne le fût pas, en ce cas le legs seroit nul, & devroit demeurer sans exécution.

Henrys, tom. 2. *liv.* 1. *quest.* 14. *de l'édition de* 1708. pose l'espéce d'un testateur qui avoit légué aux Prêtres de sa Paroisse une certaine somme ou pension payable à chaque Fête

de Toussaints, à la charge de dire douze Messes le premier Lundi de chaque mois pour le salut de son ame, tant & si longuement qu'elle demeureroit en Purgatoire : il ne regarde pas ce legs ou cette fondation comme nulle, mais il dit qu'il ne faut pas aussi la regarder comme perpétuelle, & qu'on doit la limiter à dix ou douze ans ; parce qu'autrement ce seroit diminuer le mérite de tant de sacrifices.

§. 12. *Non præsentes fuisse se vel adversarios suos contendentibus.*

Quoique l'Ordonnance de 1667, titr. 20, en prohibant la preuve par témoins dans les choses excédant la somme ou valeur de 100 liv. ait défendu en même tems de recevoir aucune preuve par témoins contre & outre le contenu aux actes, ni sur ce qui seroit allégué avoir été dit avant, lors, ou après lesdits actes, encore qu'il fût question de moins de 100 liv. cela n'empêche pas qu'on ne puisse attaquer les actes ou contrats par la voie de faux, en la maniere prescrite par l'Ordonnance du mois de Juillet 1737 concernant le faux principal ou incident, & même par la preuve de l'*alibi*, dont il est ici parlé, qui tombe dans les moyens de faux ; mais il faut prendre garde que la preuve de l'*alibi* ne peut être concluante & utile, que lorsqu'il y a une impossibilité naturelle, à cause de la distance & de l'éloignement que la partie ait pu se trouver dans le lieu le jour qu'on prétend qu'elle y a contracté ou qu'elle y a délinqué. *La Peyrere, lettre S. n.* 40.

§. 13. *Sive post mortem, sive pridiè quàm moriatur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit, valeat.*

Tout cela est conforme à nos usages, de même qu'à la Loi *scrupulosam, cod. de contrah. & committ. stipul.* & à la Loi unique, *cod. ut actiones ab hæredib. & contra hæred. incipiant* ; & en effet, puisqu'il suffit du seul consentement des parties pour rendre les obligations valables, on peut donc en contractant n'obliger que ses héritiers envers celui qui stipule, tout comme s'obliger soi-même simplement envers les héritiers du stipulant, ensorte que l'obligation ne commence à prendre force qu'au jour du décès de l'une ou de l'autre des parties.

On tient même en général que lorsque l'on vend des effets, ou que l'on prête des deniers pour être payés, *Prêtre, mort*, ou

marié, ces obligations sont valables, & bonnes dès l'événement de l'une de ces conditions ; il est vrai que comme ces ventes sont faites ordinairement à un fort haut prix, & que ces mêmes obligations sont aussi présumées usuraires, on les réduit au juste prix du prêt ou de la vente, quand il peut être connu. *Vid. Maynard, liv. 7. chap. 67. La Roche & Graverol, liv. 6. titr. 69. art. 1. Loyseau, du déguerpissement, liv. 4. chap. 3. n. 13.*

§. 17. *Si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem, perindè habetur, atque si interrogatione præcedente responsum sit.*

On conclut avec raison de ce paragraphe, que les actes portent en soi une présomption de vérité & même de solemnité, & qu'il faut supposer que les formalités qui sont requises pour la validité de l'acte, y ont été observées, comme il est répété dans le §. 8. du Titre suivant ; mais cela ne doit pas s'entendre des solemnités dont les Loix, Coûtumes, ou Ordonnances, ont exigé que l'acte fît une mention spéciale, d'autant mieux que, comme nous l'avons dit ailleurs, on ne recevroit pas une partie à prouver par témoins que ces formalités ont été observées, lorsque l'acte n'en dit rien : ainsi les Ordonnances d'Orléans, art. 84. & de Blois, art. 165. &c. veulent que les Notaires, lors des actes, requiérent non seulement les parties & les témoins de signer, mais qu'il soit fait mention encore de cette requisition & de la réponse de ceux qui n'ont pu ou sçu signer, à peine de nullité ; on ne présumeroit donc pas que le témoin ou la partie qui n'auroient pas signé, n'eussent sçu ou n'eussent pu le faire, à cause de quelque indisposition : ainsi l'Ordonnance de 1735 concernant les Testamens, art. 5. veut que dans les testamens nuncupatifs il soit fait mention de la lecture que le Notaire doit en faire au testateur ; on ne présumera donc pas si le testament n'en parle point, que cette lecture ait été faite, &c. mais j'ai vu décider que la clause, *fait & récité, &c.* mise à la fin du testament, étoit suffisante pour remplir cette formalité.

TITRE

TITRE XXI.

De Fidejussoribus.

§. 1. *Ac nec illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor.*

CE qui est dit ici, que l'on peut cautionner pour toute sorte d'obligations, & pour les personnes mêmes qui ne sont tenues que d'une obligation naturelle, laquelle ne produit contre eux aucune obligation en Justice, fait voir qu'il y a des cas, où, quoique le débiteur principal soit restitué envers son obligation, la caution demeure obligée, & où cette restitution ne lui profite pas, bien que l'obligation de la caution ne soit que l'accessoire de l'obligation principale.

Il y a plusieurs Loix sur cette matiere qui paroissent contraires, mais on les concilie par une régle qui fait dépendre la restitution de la caution, de la connoissance qu'elle a eu, ou qu'elle n'a pas eu, du vice de l'obligation principale : ainsi celui qui a cautionné pour un fils de famille qui emprunte de l'argent, ou pour un prodigue interdit, lesquels ne sont obligés que naturellement, ou pour un mineur, sera déchargé de son cautionnement, & la restitution que ces personnes obtiendront, lui profitera ; s'il n'a pas connu la qualité du fils de famille, du prodigue, ou du mineur, &c. pour lesquels il a cautionné ; mais s'il l'a connue ou pu connoître, il demeurera obligé, parce qu'on présumera alors qu'il a voulu cautionner & s'obliger envers le créancier *animo donandi, &c. Vid. Vinnius hic, n. 4. Cujas en ses Paratitles du Code, & sur le titre du Code, de fidejussoribus minor. & le §. 4. infrà, de replicationibus.*

§. 2. *Fidejussor non tantùm ipse obligatur, sed etiam hæredem relinquit obligatum.*

L'obligation de la caution passe à ses héritiers sans difficulté, ainsi qu'il est dit dans ce texte ; cependant la caution elle-même, après avoir demeuré un assez long tems obligée, par exemple, pendant dix années, peut agir contre le débiteur principal, afin

qu'il paye, & qu'il la libére par-là du cautionnement : car c'est par ce tems de dix ans que les Arrêts ont interprété le *diu*, ou le long tems, dont il est parlé dans la Loi 38. §. 1. *ff. mandati. Catellan*, *liv.* 5. *chap.* 21.

Il en est autrement de la caution d'une rente constituée : car elle ne peut pas contraindre le débiteur principal de payer le capital, & de la libérer, tandis qu'il paye exactement la rente, *Catellan*, *ibid.* mais soit qu'il n'y ait pas dix années depuis le cautionnement, soit qu'il s'agisse même de la caution d'une rente constituée, elle peut agir contre le débiteur principal, toutes les fois que celui-ci dissipe ses biens, ou ne paye pas les arrérages de la rente, suivant la Loi déja citée.

Les cautions sont encore déchargées de leur obligation par une novation, quoiqu'imparfaite & insuffisante pour éteindre la premiere obligation du débiteur : car quoiqu'en celui-ci & son créancier il ne puisse pas y avoir de novation parfaite, s'ils n'en ont convenu expressément, suivant la Loi derniere, *cod. de novationib.* comme nous l'observerons ci-après, en parlant de la novation, cependant l'obligation des cautions demeure éteinte, lorsque, par exemple, après le terme de la premiere obligation expiré, le créancier par une seconde convention proroge le tems au débiteur, sans la participation de la caution ; lorsqu'il convertit l'obligation principale qui étoit à jour, en un contrat de constitution de rente ; lorsqu'il est fait un second bail, ou une reconduction tacite, & autres cas semblables, pour lesquels il est évident que la caution n'a pas entendu s'obliger.

§. 3. *Fidejussor & præcedere obligationem & sequi potest.*

Non seulement on peut prendre des cautions, soit avant, soit après une obligation principale, comme il est dit ici, mais on juge encore que le créancier qui a prêté sous des cautions solvables, qui deviennent ensuite insolvables, en peut demander de nouvelles, ou d'être payé, & on n'excepte que le cas de la caution d'une rente constituée, lorsque le débiteur est exact à payer la rente ; parce qu'autrement le créancier, en alléguant l'insolvabilité de la caution de la rente, en pourroit prendre un prétexte trop aisé pour exiger le remboursement de son capital. *Catellan*, *liv.* 5. *chap.* 62.

§. 4 *Si plures sint fidejussores, singuli in solidum tenentur ; itaque liberum est creditori à quo velit, solidum petere.*

L'on trouve dans cette décision la différence qu'il faut faire entre plusieurs débiteurs d'une même somme & plusieurs cautions : les premiers ne sont pas solidairement obligés, s'il n'y a une clause expresse de solidité, ainsi qu'il a été dit ci-devant sur le Titre XVII. de ce Livre ; mais plusieurs cautions sont toujours solidairement obligées envers le créancier, quoiqu'il n'en ait été rien dit dans le contrat, parce qu'elles sont toujours censées s'obliger chacune pour l'assurance de l'entiere dette, & que la Novelle 99 n'a fait aucun changement à leur égard.

Cependant les cautions ont deux petits avantages, lorsqu'elles n'y ont pas renoncé ; l'un, dont il est parlé dans ce paragraphe, & qu'on appelle le bénéfice de division, qui consiste en ce que deux ou plusieurs cautions peuvent obliger le créancier à diviser son action contr'elles, & à ne le poursuivre chacune que pour leur part, pourvu que lorsqu'elles demandent cette division, elles soient toutes solvables, & cette exception de leur part peut même être proposée en tout état de cause, suivant la Loi 10. *cod. de fidejussoribus* ; l'autre est le bénéfice d'ordre ou de discussion, qui leur a été accordé par la Novelle 4. *cap.* 1. & & par l'authentique, *præsente*, *cod. de fidejussoribus*, & qui consiste à ne pouvoir être poursuivies par le créancier qu'après qu'il a discuté & fait vendre tous les biens du débiteur principal, s'il y en a, sans pouvoir en être payé : ce bénéfice d'ordre ou de discussion peut aussi être proposé en tout état de cause, suivant *Dolive*, *liv.* 4. *chap.* 22. mais on ne manque jamais dans les actes de faire renoncer les cautions à l'un & à l'autre de ces bénéfices, & cette renonciation est valable.

Les cautions même judiciaires, c'est-à-dire, qui ont été ordonnées par Justice, ne jouissent point de ces bénéfices, comme, par exemple, quand il est ordonné que le payement d'une somme sera fait, à la charge que celui qui le reçoit, baillera caution ; mais ces cautions judiciaires ne sont guère reçues qu'elles n'aient des immeubles suffisans pour répondre de la somme dont il s'agit, comme on peut le voir dans *Loüet*, *lettre C. chap.* 9. & dans l'*Ordonnance de* 1667. *titr.* 28.

Au surplus, les cautions ne doivent pas être de difficile convention : ainsi par un Arrêt du 17 Juillet 1716 le cautionnement de M. le Comte du Poujol, comme Seigneur de Place, quoique très-riche, offert par un dévolutaire pour la somme de 500 liv. fut rejetté, & ordonné que le dévolutaire donneroit caution bourgeoise.

Les Présidens & Conseillers en Cour Supérieure ne peuvent pas non plus être cautions judiciaires, moins par la difficulté de s'en prendre à eux, que comme s'assujettissant en cela à la contrainte par corps ; & par un Arrêt du 23 Mai 1729, dans dans la cause de M. de Brossier, Conseiller au Parlement de Bordeaux, contre M. de Segur, Président, j'ai vu accueillir l'appel d'une Ordonnance qui avoit reçu M. de Segur, Conseiller audit Parlement, pour caution de M. de Segur, Président, son neveu, & il fut ordonné que devant un autre Commissaire il seroit procédé à la réception d'une nouvelle caution.

Il faut dire à peu-près la même chose des Prêtres & autres personnes constituées ès Ordres sacrés, d'autant plus qu'ils sont exempts de la contrainte, suivant l'Ordonnance de Blois, art. 57, & la Déclaration du 30 Juillet 1710, & que le cautionnement leur est même défendu par les saints Canons ; ce qui n'empêche pas pourtant qu'ils ne puissent se rendre cautions volontaires, & qu'alors ils ne soient tenus & obligés, en vertu de leur cautionnement, sur les biens de leur patrimoine & les fruits de leurs Bénéfices.

Si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is pro quo fidejussit, solvendo non sit.

Lorsqu'une des cautions a payé l'entière dette, elle ne peut pas sans doute, quoique le débiteur principal se trouve insolvable, rien répéter du créancier ; mais elle peut, lorsqu'elle fait le payement, obliger le créancier à lui céder ses actions contre les autres cautions, c'est-à-dire, à la subroger à son lieu & place, & c'est encore un autre avantage accordé à la caution, qu'on appelle en Droit, *beneficium cedendarum actionum*, moyennant quoi & lorsque la caution a ainsi pris la cession & subrogation du créancier, elle peut agir contre les autres cautions pour en exiger le payement, sa portion déduite, de la même maniere que

le créancier auroit pu le faire ; mais quand l'une des cautions a tout payé sans cession ni subrogation, il n'y a plus de difficulté : car suivant ce paragraphe, suivant la Loi 39. *ff. de fidejussoribus*, & la Loi 11. *cod. eodem*, de même que suivant *Catellan*, *liv.* 5. *chap.* 49. la caution ne peut alors agir contre les autres cautions pour répéter d'elles leur part de la dette, & ce qu'il a payé, bien qu'à leur libération est perdu pour lui, par cette raison, dit-on, que quoique les cautions soient toujours solidaires envers le créancier, elles ne sont pas pourtant cautions entr'elles ; cela paroît néanmoins trop dur, & plus encore ce que *Catellan* ajoute, qu'après le payement une fois fait, la caution ne peut plus contraindre le créancier à lui céder ses actions : aussi *Maynard*, *liv.* 2. *chap.* 49. dit que tout cela est plus fondé en subtilité qu'en raison & en équité, & rapporte un Arrêt en faveur de la caution qui n'avoit pris la subrogation du créancier qu'après le payement ; ce qui est aussi conforme à la doctrine de *Vinnius* sur ce texte. *Dolive* va même plus loin, *liv.* 4. *chap.* 31. *de ses Arrêts* : car il dit qu'on ne doit pas faire difficulté de suppléer la subrogation, comme étant de droit & sousentendue en faveur de la caution qui a payé le créancier, pour lui donner action contre les autres cautions qu'il a libérées de la dette commune ; & cela est juste.

§. 5. *Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quàm debet is pro quo obligantur.*

Quoique la caution ne puisse être obligée à plus que le débiteur principal, parce que son engagement n'est que l'accessoire de l'obligation principale, elle peut néanmoins s'obliger pour une moindre somme, comme il est dit dans ce paragraphe.

Au surplus, la caution qui s'est obligée pour une somme principale, sans parler des intérêts, ne l'est pas, dans les régles, des intérêts de ladite somme, soit qu'elle portât intérêt de sa nature, ou non, *Leg.* 68. *ff. de fidejussoribus*, *Leg.* 10. *cod. eodem*, & ne l'est tout au plus que pour les intérêts qui ont couru depuis l'instance formée contre le débiteur ou contr'elle : c'est ce que *Boutaric* semble n'avoir pas bien expliqué ; la caution n'est pas même tenue des dépens qui auroient été fait contre le débiteur lui seul, d'autant mieux que les dépens sont personnels.

§. 6. *Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causâ, habet cum eo mandati judicium.*

Il est certain que la caution qui paye le créancier, acquiert en le payant tous les droits & actions du créancier contre le débiteur principal, & y est subrogé d'une maniere tacite & légale par l'effet du seul payement, quoique sans cession ni subrogation expresse, *Catellan*, *liv.* 5. *chap.* 49. mais la Jurisprudence des Arrêts a encore passé plus avant, en ce que les intérêts que la caution a payé, soit volontairement, ou par contrainte, lui sont alloués au même rang que le capital, c'est-à-dire, du jour du contrat de cautionnement, par cette raison que ces intérêts lui représentent en effet un capital, *Catellan*, *liv.* 6. *chap.* 8. Il a même été jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 15 Décembre 1715, en la cause de M. de Rochemaure contre le sieur de Calvisson, que celui qui a accedé après coup comme caution à une obligation contractée long-tems auparavant, devoit avoir hypothéque sur les biens du débiteur principal, du jour de la premiere obligation, quoiqu'il n'y fût pas compris, parce qu'en payant le créancier qui avoit hypothéque dès ce jour-là, il avoit succédé à sa place, & les intérêts lui furent alloués aussi au même rang.

On adjuge même à la caution les intérêts des intérêts, parce que ces intérêts sont regardés à son égard comme un capital, suivant *Dolive*, *liv.* 4. *chap.* 32. *in fine*, & *Catellan*, *liv.* 6. *chap.* 8. comme il a été dit ailleurs; mais par rapport à ces intérêts des intérêts que la caution a payé, on distingue, pour sçavoir si ces intérêts des intérêts doivent lui être alloués également du jour du contrat, & adjugés depuis le terme des payemens; ou bien s'ils doivent être adjugés seulement du jour de l'introduction de l'instance qu'elle a formé contre le débiteur, & alloués en dernier rang: car si la caution a payé des intérêts par force & par contrainte, on lui adjuge les intérêts de ces intérêts depuis le jour de chaque payement, & on les alloue aussi du jour du contrat de cautionnement, & au même rang que le capital; mais au contraire si la caution a payé des intérêts volontairement, on ne lui adjuge les intérêts de ces intérêts que depuis l'instance, & on ne les alloue qu'après tous les capitaux, *Catellan*, *liv.* 6.

chap. 8. encore faut-il, je pense, entendre ceci des intérêts que la caution auroit payée pour un capital qui fût capable d'en produire légitimement: car s'il n'étoit question que des intérêts d'un prêt, qui eussent été payés par la caution volontairement, il semble juste de ne lui adjuger ni ces intérêts, ni les intérêts de ces intérêts; cependant *Catellan*, *loc. cit.* ne distingue pas, & paroît même parler des intérêts d'un prêt.

Quand la caution n'a payé que le capital, on suit la même distinction: car si elle l'a payé par contrainte, on lui en adjuge les intérêts depuis le jour du payement, & on les alloue au rang du principal; au lieu que si elle l'a payé volontairement & sans interpellation, on ne lui en accorde les intérêts que depuis l'instance, en les allouant au dernier rang, & après tous les capitaux dûs aux autres créanciers. *Dolive*, *liv.* 4. *chap.* 21. *Catellan*, *liv.* 6. *chap.* 8.

Il y a deux ou trois autres observations à faire. La premiere, que l'instance formée contre le débiteur principal produit & fait courir non seulement les intérêts contre la caution, mais qu'elle interrompt aussi la prescription à l'égard de la caution, du moins lorsqu'elle s'est obligée solidairement & sans discussion. *Catellan*, *liv.* 7. *chap.* 12.

La seconde, que quoique les payemens faits par la caution au créancier d'une partie de la créance ou des intérêts, prorogent l'action de ce créancier contre le débiteur principal au-delà de trente années, tout comme contre la caution; néanmoins on juge que la caution doit agir, & demander au débiteur le remboursement de ce qu'elle a payé pour lui dans les trente années, à compter du jour de chaque payement, sans quoi le débiteur peut opposer à la caution la prescription trentenaire. *Catellan*, *liv.* 7. *chap.* 18.

La troisiéme observation est au sujet des femmes & des filles, qui ne peuvent valablement cautionner ni s'obliger ou intercéder pour autrui, & qui sont relevées de ces obligations par le bénéfice du Sénatus-Consulte Velleyen, que nous observons dans les Pays de Droit Ecrit, nonobstant l'Edit du Roi Henri IV. de l'année 1606, qui a donné cette permission au sexe, & qui n'a lieu que dans les Pays Coûtumiers; le Velleyen est même observé dans la ville de Toulouse, malgré un article de la Coûtume de cette ville, qui porte qu'il ne doit pas avoir lieu, *Catellan*,

liv. 4. *chap.* 49. quoi qu'il en soit dit dans *La Roche & Graverol, liv.* 6. *verb. caution, art.* 2. mais régulierement la femme qui dans les Pays de Droit Ecrit a cautionné ou s'est obligée pour autrui, doit, pour jouir du bénéfice du Velleyen, se pourvoir par Lettres royaux en restitution dans les dix années, du jour de l'acte d'obligation.

Les femmes & filles sont également restituées, quand même elles se seroient obligées pour leur pere : ainsi par un Arrêt du 21 Août 1731, rendu au Parlement de Toulouse après partage, la Dame de Gudanes fut restituée par le Velleyen envers son obligation de 700 liv. pour la moitié de celle de 1400 liv. qu'elle avoit emprunté solidairement avec son pere, attendu que ce bénéfice est accordé même à la femme qui s'oblige solidairement avec un autre, pour la moitié qui est en ce cas regardée comme un cautionnement, *Leg.* 17. *ff. ad Velleianum*, *Leg.* 11. *ff. de duobus reis*, & on n'eut point d'égard à ce que la Dame de Gudanes avoit sollicité cet emprunt par plusieurs lettres missives qu'on rapportoit ; auquel cas *Papon*, *liv.* 12. *titr.* 5. *art.* 2. dit que le Velleyen doit cesser : on n'eut pas égard non plus à ce que cette Dame n'avoit pris ses Lettres en restitution que treize années après l'acte, vû que c'étoit néanmoins dans les dix années depuis la mort de son pere, pendant la vie duquel elle disoit qu'elle n'avoit pu agir.

La mere, quoique tutrice, qui cautionne ou s'oblige sur ses biens propres pour ses enfans, en est également relevée par le Velleyen, *Dolive, liv.* 4. *chap.* 13. *Catellan, liv.* 4. *chap.* 49. & les obligations que la femme contracte pour son mari, sont encore plus particulierement réprouvées, soit qu'il s'agisse d'un cautionnement ou d'une autre obligation, & soit qu'on l'ait induite à accepter des cessions de dettes contractées par son mari insolvable, ou autrement ; jusques-là que, quoique les femmes majeures, lorsqu'elles ont ratifié l'obligation après deux années de sa date par une seconde, ne puissent plus, dans les régles, être restituées par le bénéfice du Velleyen, suivant la Loi 22. *cod. ad Velleianum*, néanmoins ces ratifications fussent-elles réitérées & faites par la femme déja veuve, ne lui nuisent pas, & elle peut nonobstant cela se servir toujours du Velleyen, lorsqu'il est question d'une obligation ou cautionnement contractés par le mari. *Authent. si qua mulier, cod. ad Velleian. Vedel sur Catellan, l.* 5. *c.* 17.

Cependant

Cependant si la femme s'est obligée pour son mari ou pour son fils détenus en prison, soit pour crime, soit même pour une dette, pourvû que si c'est pour dette, le mari ou le fils fussent d'une condition noble & relevée qui ne leur permît bonnement, sans se faire tort, de recourir à la cession de biens, l'obligation ou le cautionnement de la femme est alors valable, & elle n'en est pas relevée. *Catellan & Vedel, liv.* 4. *chap.* 1. *& liv.* 5. *chap.* 16.

Par un Arrêt du 29 Avril 1737 rendu au Parlement de Toulouse, au rapport de M. de Palamini, il a été jugé que Marie Teyssier ne pouvoit pas être relevée par le Velleyen de l'obligation de 600 liv. qu'elle avoit consenti pour Pierre Blanc son fils, en faveur du sieur Dupuy, Marchand de bois, pour délivrer ledit Blanc des poursuites que Dupuy avoit commencées contre lui pour vol de bois, dans le tems qu'il étoit son apprentif.

Du reste, les creanciers de la femme, comme exerçant ses actions ne peuvent malgré elle se servir du bénéfice du Velleyen ; & les héritiers de la femme ne peuvent pas même s'en servir, quand la femme a vécu sans se plaindre, ou a témoigné ne vouloir pas en user. *Catellan, liv.* 4. *chap.* 49.

TITRE XXII.

De Litterarum Obligationibus.

Si quis debere se scripserit quod sibi numeratum non est, &c.

NOUS avons déja dit ailleurs que nous ne connoissons pas en France cette espèce d'obligation qui se contractoit jadis chez les Romains par la seule écriture, *& quæ nominibus fieri dicebatur*, laquelle n'étoit même plus en usage du tems de Justinien ; cependant il est ici parlé encore d'une autre espèce d'obligation par la simple écriture : car il paroît par ce paragraphe & par la Loi 14. *cod. de non numeratâ pecuniâ*, que l'exception de pécune non comptée devoit être opposée dans les deux ans, à prendre du jour de l'acte, auquel cas le créancier étoit obligé de prouver la numération ; au lieu qu'après les deux années cette exception ne pouvoit pas être opposée par le débiteur,

en prouvant même le défaut de numération, ou en déférant sur ce point le serment au prétendu créancier ; le débiteur ne demeuroit obligé après ces deux années qu'en vertu de sa simple écriture, suivant ces paroles de ce texte, *sic fit ut & hodiè dum quæri non potest, scripturâ obligetur.*

Il en est tout autrement dans ce Royaume : car on juge que c'est toujours à celui qui dit que l'argent qu'il a reconnu ou confessé avoir reçu, ne lui a pas été compté, à prouver ce fait, soit que cette exception soit proposée dans les deux années ou après, & cette exception de pécune non nombrée ou le défaut de numération peuvent même être opposés & prouvés en tout tems par le débiteur ; ce qu'il faut entendre & restraindre à dix années, parce que c'est la durée & le terme de toutes les actions rescisoires. *Catellan & Vedel, liv. 5. chap. 57.*

Mais la difficulté est de sçavoir, quelle preuve l'on doit admettre : il est vrai que lorsqu'il n'y a dans l'acte qu'une simple confession d'avoir auparavant reçu, on peut admettre la preuve par écrit du contraire, & même celle par témoins, s'il y a déja quelque commencement de preuve par écrit, que l'argent n'ait pas été compté & délivré ; mais autrement on ne peut être reçu à prouver l'exception *pecuniæ non numeratæ*, que par le serment déféré à la partie.

Si même l'acte est public & porte la réelle numération & réception au vû du Notaire & témoins, il semble qu'on ne peut prouver le contraire qu'en recourant à l'inscription de faux, & qu'on ne doit pas être admis à déférer dans ce cas le serment à la partie, ni à l'obliger de jurer, à moins qu'on ne se restraigne à dire que l'argent a été repris ou rendu.

Au reste, quand nous disons que la preuve doit être demandée ou le serment déféré dans les dix années, cela doit s'entendre du serment ou de la preuve qui sont demandés par voie d'action : car on croit que quand ce n'est que par voie d'exception, ils peuvent l'être durant trente ans.

Il y a un Arrêt du Parlement de Toulouse du 8 Juin 1735, au rapport de M. de Juin, qui condamna le sieur Brandouin de Fregefon à payer & rembourser à la demoiselle Pontier, sa fiancée, la somme de 15000 liv. qu'il lui avoit reconnue dans le contrat des fiançailles pour argent ci-devant reçu, quoiqu'il opposât l'exception *non numeratæ pecuniæ*, vû qu'il n'offroit pas

d'en faire la preuve, ni de s'en rapporter au serment de ladite Pontier, prétendant seulement qu'attendu qu'il venoit dans les deux années depuis le contrat, cette demoiselle devoit elle-même prouver la numération, suivant les Loix 3. & 14. *cod. de non numeratâ pecuniâ.*

On tient aussi communément que le mari faisant quittance de plus grande somme qu'il n'a reçu en dot ou de ce qu'il n'a pas reçu, ou rendant après le contrat de mariage partie de la dot, ne peut pas après les dix années opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ vel dotis*, ni déférer le serment là-dessus au constituant ou à sa femme, mais qu'il peut les obliger à jurer, quand il vient dans les dix ans : il est vrai qu'il fut donné un Arrêt, il y a quelques années, qui déchargea M. de Cambolas, Conseiller au Parlement, de jurer, sur ce que M. de Saget, Avocat général, prétendoit qu'il lui avoit promis verbalement une plus grande dot ; mais ce cas est particulier, puisqu'il s'agissoit d'augmenter une dot, sous prétexte d'une promesse verbale.

Au surplus, lorsqu'il s'agit d'une contre-lettre formelle à un contrat de mariage, faite & constatée par un acte fait à part, on peut en faire déclarer la nullité durant trente ans, quoique l'on vienne par voie d'action.

TITRE XXIII.

De Obligationibus ex consensu.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus, &c.

TOUTES les obligations en France sont valables par le seul consentement des parties, ainsi que nous l'avons observé ci-devant ; de sorte que ce qui est dit ici en particulier concernant la vente, le louage, les sociétés, & le mandat, est commun parmi nous à toutes les autres conventions.

La caution qui a payé solidairement le créancier peut l'obliger a lui céder son action, et elle peut agir pour lors contre les autres cautions; mais si elle ne se fait pas subroger il ne peut agir contre elles parceque les cautions quoique solidaires ne sont pas caution entre elles.

La caution qui a payé le créancier est subrogée de droit seulement contre le debiteur principal.

On adjuge a la caution les interets des interets pourvu qu'elle ait été contrainte a les payer autrement on ne les lui adjuge que depuis l'introduction de l'instance.

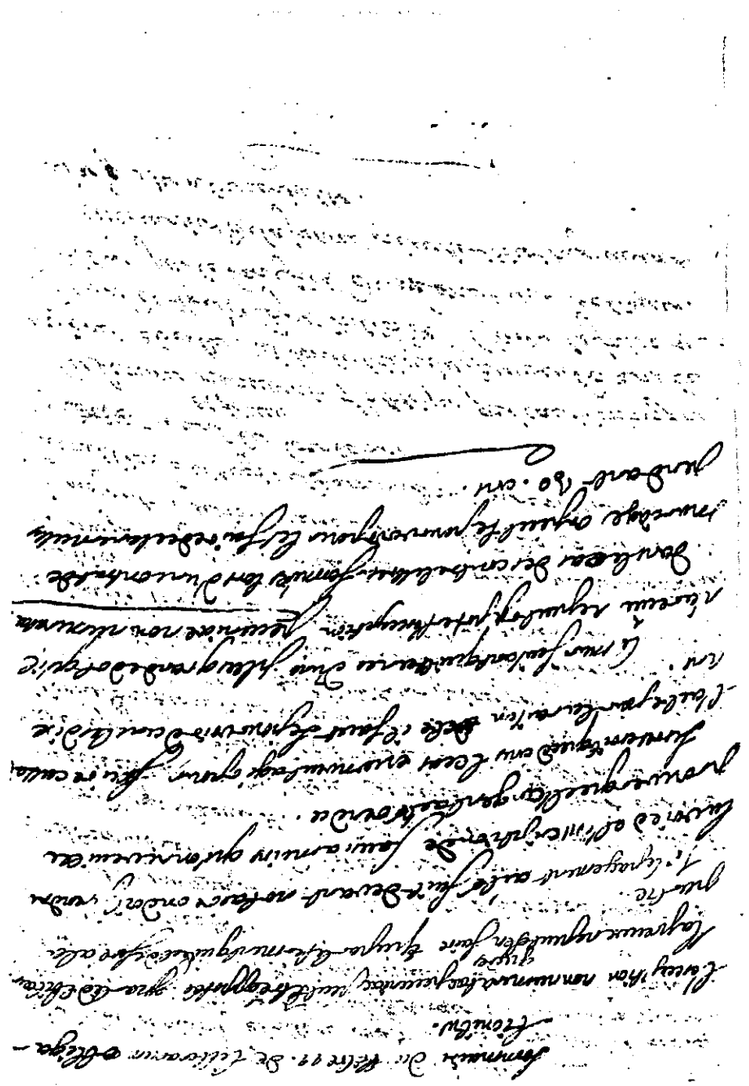
il en est de meme pour les capitaux.

L'instance formée contre le debiteur principal fait courir les interets contre la caution et interrompt la prescription contre elle si elle s'est obligée solidairement et sans discussion.

Les payements faits par le debiteur au creancier principal au dela de 30 ans ne prorogent l'action du creancier [illegible] la caution doit agir et demander [illegible] a ~~[illegible]~~ avant les trente ans.

Les femmes ne peuvent et si elles s'obliger pour cautions pour autrui et celles qui sont obligées peuvent dans les dix ans de ~~[illegible]~~ la publication de l'acte se faire restituer par le benefice du senatusconsulte velleyen.

Les creanciers de la femme ni ses heritiers ne peuvent user du senatusconsulte.



TITRE XXIV.

De Emptione & Venditione.

Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scripturâ consistunt.

LES achats & ventes peuvent se faire sans écriture, aussi-bien que par un écrit, soit privé ou public, & la vente est parfaite, dès que les parties ont convenu de la chose & du prix, quoique le prix n'ait pas été compté ni la chose délivrée, comme nous l'avons dit au Livre II. Titre premier, §. 41. Il n'est donc pas nécessaire qu'un traité de vente ait été rédigé par écrit pour le rendre valable : car quoique les Ordonnances de nos Rois aient défendu d'admettre la preuve par témoins de toutes les choses excédant la somme ou valeur de 100 liv. néanmoins si le traité peut être prouvé autrement, comme par l'aveu & la confession des parties en Justice, elles peuvent être obligées à exécuter la convention, conformément à ce qui est dit dans la Loi 5. *cod. de transactionib. si de fide contractus confessione tuâ constet, scriptura quæ probationem rei gestæ continere solet, non est necessaria*, & il n'y a proprement en France d'autre contrat que la donation entre-vifs, dans laquelle non seulement l'écriture, mais même le contrat public sont requis, à peine de nullité, depuis l'Ordonnance des Donations du mois de Février 1731.

In iis autem quæ scripturâ conficiuntur.

Quelquefois les parties ont intention de ne contracter & de ne vendre ou acheter que par écrit, & alors il est certain, comme dit ici l'Empereur, que la vente n'est point parfaite, & que l'on peut s'en départir impunément jusqu'à ce que le traité de vente, s'il se fait par écriture privée, ait été signé par les deux parties, & s'il se fait par acte public, jusqu'à ce qu'il ait été achevé en tous ses points, & signé par les parties, le Notaire & les témoins. *Leg. 17. cod. de fide instrument.*

Il arrive aussi quelquefois que bien que des parties passent un traité de vente de main privée, leur intention est pourtant qu'il

en soit fait un contrat public, & qu'autrement la vente ne soit pas valable ; & ce cas est très-difficile à distinguer, si les parties ne s'en sont pas expliquées, d'avec celui où elles n'ont désiré le contrat pardevant Notaires & témoins, que pour une plus grande assurance ou authenticité de la vente, quoique d'ailleurs parfaite : dans le premier cas, on convient que la vente n'est pas parfaite ni irrévocable que le contrat public n'ait été passé, au lieu que dans le second elle est irrévocable avant même la passation du contrat public ; mais dans le doute on présume toujours que les parties n'ont parlé de la rédaction de l'écrit privé de vente en acte public, que pour assurer plus authentiquement la preuve de la vente, sans entendre par-là donner aucune atteinte à sa perfection. On peut voir *Catellan, liv. 5. chap. 4.*

Emptor perdit quod dedit, venditor duplum restituere compellitur.

Il est ici parlé des erres qui se donnent quelquefois en matiere d'achats & de ventes. La dation ou réception des erres est une preuve le plus souvent de la perfection de la vente, quoiqu'elles ne soient pas d'ailleurs nécessaires pour cette perfection, *quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ*, comme il est dit au commencement de ce Titre ; ainsi ce qui est ajouté en cet endroit de la perte ou du doublement des erres, ne doit s'entendre que lorsqu'elles ont été données pour une promesse ou simple projet de vente, & pour une vente encore imparfaite, ainsi qu'il s'évince des termes de la Loi 17. *cod. de fide instrument.* comme il arrive encore *in locatione operarum promissa* : car autrement, & s'il s'agit d'une vente qui se trouve déja parfaite *de præsenti*, par le consentement des parties, *super re & pretio*, il ne seroit pas juste qu'une telle vente pût être résolue, ou qu'on pût s'en départir en perdant ou en doublant les erres ; mais au contraire on oblige alors celle des parties qui refuse, à exécuter la vente & à l'accomplir : *Boutaric, pag. 474. à la note marginale*, en rapporte un Arrêt.

§. 1. *Sin autem ille qui nominatus est, vel noluerit vel non potuerit pretium definire, pro nihilo esse venditionem, &c.*

Le prix de la vente doit être certain, & c'est pourquoi il est dit ici que lorsque la fixation du prix a été mise à la disposition

d'un tiers qui n'a pas pu ou voulu en faire l'estimation, la vente est nulle ; & cela a été ainsi jugé par l'Arrêt que cite *Automne* sur la Loi 15. *cod. de contrah. empt.* qui décida que l'acheteur d'un cheval, au dire d'une personne qui mourut avant d'en régler le prix, ne pouvoit contraindre le vendeur à convenir d'une autre personne pour faire cette estimation.

Que si l'estimation a été faite & le prix réglé par la personne qui a été choisie, la vente est bonne, & vaut *omnimodò secundùm ejus æstimationem*, comme il est dit dans ce paragraphe, d'où quelques Interprétes ont conclu, qu'on ne pouvoit pas même en réclamer, quoique l'estimation fût tout-à-fait injuste ; cependant on trouve dans le *nouvel Albert* un Arrêt qui jugea qu'une vente ayant été faite au dire d'Experts, le vendeur pouvoit revenir contre leur estimation, & en demander une seconde à ses frais, quoiqu'il n'y eût pas eu lésion d'outre-moitié dans la premiere.

§. 2. *Item pretium in pecuniâ numeratâ consistere debet.*

Régulierement le prix de la vente doit consister en deniers ou argent monnoyé, autrement ce seroit plutôt un échange qu'une vente ; mais ce n'est guère que par rapport aux lods ou droits seigneuriaux, ou par rapport au retrait lignager, qu'il peut être important de sçavoir si un acte doit être considéré comme une vente ou comme un échange, & l'on comprend qu'en échangeant un fonds avec des effets mobiliers qui peuvent facilement être revendus, il seroit aisé de frauder le droit de lods ou de prélation qui dans plusieurs lieux n'est pas dû au Seigneur pour les échanges & permutations, ou d'éviter le rétrait lignager établi dans ce Ressort pour le Quercy & le Rouergue, qui n'a pas lieu non plus en matiere d'échange.

Cette question peut venir encore en matiere de lésion d'outre-moitié du juste prix : car le choix qui est donné à l'acheteur en matiere d'achat, de suppléer en ce cas le juste prix, n'a pas lieu en fait d'échange, on n'y reçoit pas le supplement du juste prix, mais le contrat d'échange est rescindé, s'il y a lésion d'outre-moitié ; par cette raison que chacun des copermutans n'a pas eu intention d'avoir des deniers, mais seulement des choses de valeur à peu-près égales à celles qu'il bailloit. *Vid. Maynard, liv. 3. chap. 59.*

§. 3. *Cùm venditio contracta sit, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi res emptori nondùm tradita sit.*

On suit exactement dans l'usage la décision de ce texte : car dès que la vente est parfaite, le péril ou la perte, le dépérissement, ou l'augment & accroissement de la chose vendue, regardent uniquement l'acheteur, quoique la chose ne lui ait pas été délivrée & soit encore entre les mains du vendeur, à moins que celui-ci ne soit en faute ou en demeure, *vel custodiam rei susceperit*, car alors le peril ou la perte retomberoient sur lui ; on excepte seulement la vente ou achat des choses qui consistent en nombre, poids, ou mesure, lorsqu'elle a été faite, non à un seul prix pour le tout, mais à certain prix pour chaque poids, nombre, ou mesure, qu'il se trouvera y avoir ; parce que cette vente n'est alors censée faite que sous condition, & n'est regardée comme parfaite qu'après que les choses vendues ont été nombrées, pesées, ou mesurées, suivant la Loi 35. §. 5. *ff. de contrah. empt.* & la Loi 2. *cod. de pericul. & commod. rei venditæ.*

Utiquè tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori, &c.

Lorsque la vente est parfaite, le péril de la chose vendue regarde, disons-nous, l'acheteur, bien que la chose ne lui ait pas encore été délivrée, & qu'il n'en ait pas payé le prix, la perfection de la vente est suffisante pour cela, quoiqu'elle n'ait pas été encore exécutée ou consommée ; cependant, comme il est ajouté dans ce texte, on ne peut pas dire absolument, avant la tradition de la chose vendue, que l'acheteur en soit le véritable maître : & c'est pourquoi il est dit ici que c'est au vendeur que compéte durant cet intervale l'action de vindication & de condiction, laquelle il est tenu de céder & de transporter à l'acheteur ; mais je ne vois pas que nos usages admettent ces subtilités & ce circuit : ainsi la maxime qui dit que *traditionibus & non pactis dominia rerum transferuntur*, devient encore assez inutile, soit parce que la tradition feinte ou civile, dont nous avons parlé ailleurs, suffit pour le transport de la propriété, soit parce que dans les contrats qui demeurent parfaits par la seule volonté & convention des parties, tels que la vente, la donation, & autres,

on a sans difficulté une action, en vertu du traité, pour se faire délivrer la chose, lorsqu'elle ne l'a pas été.

§. 4. *Emptio tam sub conditione, quàm purè, contrahi potest.*

Il y a des ventes qui ne laissent pas d'être pures, simples & parfaites, quoiqu'elles puissent se résoudre sous condition, comme, par exemple, la vente qui est faite sous faculté de rachat, ou de reprendre les biens vendus, & celle qui est faite sous le pacte appellé en Droit pacte commissoire, sçavoir, qu'à faute de payement dans un certain délai, la vente sera pour non avenue & nulle; & delà vient que les lods sont dûs tout d'abord de ces sortes de ventes, comme étant parfaites, quoiqu'il n'en soit point dû de leur résolution. *Vid. Graverol sur La Roche, des droits seigneuriaux, chap.* 38. *art.* 4.

On peut observer, en passant, au sujet de la faculté de rachat, qu'elle dure trente ans, à compter du jour de l'acte de vente, ou autre acte passé peu de tems après, dans lequel elle auroit été convenue, & cela, quand même elle n'auroit été stipulée que pour un moindre délai, suivant *Catellan, liv.* 7. *chap.* 3. mais aussi quand elle auroit été stipulée pour avoir lieu à perpétuité, elle se prescrit par trente années; & s'il étoit convenu que le vendeur ne pourroit user du rachat qu'après un certain tems, cette clause n'est pas regardée comme obligatoire, & n'empêche pas qu'il ne puisse exercer le rachat avant ledit terme, suivant le même Auteur, *liv.* 5. *chap.* 5.

Pour ce qui est du pacte commissoire, il a lieu, & est observé en fait de ventes & de locateries perpétuelles; il a même été jugé que le bailleur devoit rentrer dans la possession de son fonds, & le reprendre, à faute de payement, dans un brief délai qu'on accorde pour purger la demeure, & cela sans être obligé de le faire décréter, & sans autres formalités: ainsi par un Arrêt du Parlement de Toulouse du premier Juillet 1737, il fut ordonné que le bail à locaterie perpétuelle d'une Métairie, fait par le sieur Dupuy au sieur Regniez, demeureroit résolu, faute de payement de la rente depuis deux années, sauf si Regniez payoit les arrérages dans trois mois, passé lequel délai il fut permis au sieur Dupuy de reprendre sans autre formalité cette Métairie.

La même chose fut jugée par un autre Arrêt du 9 Septembre 1743, rendu au rapport de M. Bastard, dans cette espèce: Teyssier

Teyssier avoit baillé un fonds à locaterie à Delaise, avec clause qu'à défaut de payer la rente pendant deux années, il rentreroit dans son bien; le cas étant arrivé, il y eut un premier Arrêt qui condamna Delaise à délaisser le fonds, sauf s'il payoit les arrérages de la rente dans un mois: cet Arrêt fut signifié, & faute de satisfaire au commandement, Teyssier se fit mettre en possession par un verbal d'Huissier; Delaise ayant voulu reprendre la possession, & offert par acte le payement de ce qu'il devoit, Teyssier demanda la réintégrande devant le Juge des Conventions de Nismes, qui la lui accorda: le Sénéchal de Nismes réforma ce Jugement; mais sur l'appel le Parlement confirma la réintégrande en faveur de Teyssier.

Au reste, le pacte commissoire est réprouvé dans les contrats d'engagement, comme nous l'avons déja dit ci-devant sur la fin du § 4. du Titre *quibus modis re contrahitur obligatio.*

§. 5. *Loca sacra, religiosa, item publica, frustrà quis sciens emit.*

Non seulement la vente ou l'aliénation des choses qui ne sont pas dans le commerce, est nulle & inutile, mais même les Communautés, soit ecclésiastiques, ou laïques, ne peuvent valablement vendre les biens qui leur appartiennent, qu'avec plusieurs formalités, sans lesquelles on ne sçauroit les acheter d'une maniere sûre.

Les formalités ordinaires en cette matiere sont la délibération & le consentement de ceux qui y sont intéressés; l'approbation du Supérieur ou de l'Evêque diocésain, quand il s'agit d'un bien d'Eglise; l'enquête *de commodo & incommodo*; après un Jugement ou Arrêt qui l'ait ordonnée: car la cause, nécessité, ou utilité de l'aliénation est un des points le plus à considérer; la publication & proclamation des biens par affiches & enchères d'autorité du Juge royal, après un Arrêt ou Jugement qui l'ait ordonné; l'adjudication des biens faite en Justice au dernier surdisant, ou autorisée par un Jugement ou Arrêt: on exige même des Lettres-Patentes de permission ou d'homologation du Roi, toutes les fois qu'il s'agit d'une aliénation importante; mais lorsqu'il est question d'une chose de peu de valeur, ou d'un fonds onéreux, on se dispense souvent de la plûpart des formalités dont il vient d'être parlé.

De Electis ecclesiarum.

Lib. 24. tit. 3.

Illustrissimae ecclesiae Constantiensis pastori Ho-
-norabili. et Religioso multiorum Deo acceptorum
amicis. quantum honorabile munus mihi Religio
Christiana Christi gratia vestri omnis amicitiae
ac iocis. Pie Lectiones, quae Libri Electionum
Dilectis fratribus et filiis Ecclesiae Sua verae
Lib. 5. cap. ubi de Electionibus.

J. Gerson consodalibus. Thesaurariae Ecclesiae
Nuntiis Laetis usque ad omnes Fratres Canonicos Ecclesiae
Beatae Virginis Constantiensis Dominis Reverendissimis
Patres Sodali. Quod ad Electionem Episcopi
Ecclesiae Sua Constantiensis.

dès que la vente est parfaite le peril la perte, l'augmentation ou la diminution de la chose vendue regarde l'acheteur, quoiqu'elle ne lui ait pas été encore livrée. on excepte de cela les choses qui consistent en nombre poids ou mesure, parceque dans ce cas là la vente n'est censée parfaite qu'après que les choses vendues ont été nombrées, pesées. &.

on peut vendre avec la faculté de rachat. mais cette faculté prescrit après 30 ans. quand même on auroit convenu qu'elle dureroit toujours. ou qu'elle dureroit moins de temps. V. Catellan liv 7. cap. 3. 5.

il faut les plus grandes formalités pour acquerir des communautés laïques. ou ecclesiastiques. on ne doit pas oublier l'enquête de commodo et incommodo. Serres instit. page 497.

Lorsqu'un acheteur se trouve evincé il a droit non seulement de demander la garantie contre l'acheteur, mais même les dommages et interets qui consistent en ce que la chose evincée vaut au temps de l'eviction au delà du prix de l'achat.

Souvent aussi outre les formalités ci-dessus, l'acheteur desdits biens est obligé de veiller à l'emploi de son argent ; comme quand le bien est vendu pour payer d'anciennes dettes, ou pour faire des réparations, &c. & alors il doit retirer des quittances des créanciers ou des entrepreneurs, & justifier de l'emploi de ses deniers : autrement il seroit exposé à être recherché & à voir casser l'aliénation.

De plus, comme les emprunts faits par les Bénéficiers sont des aliénations indirectes des biens de l'Eglise, il y faut, pour la sûreté du prêteur, la délibération des intéressés, l'approbation de l'Evêque ou Supérieur, la cause & legitimité de l'emprunt, & c'est à celui qui prête, de l'examiner & de prendre des quittances ou actes justificatifs de l'emploi de ses deniers, pour être en état de le prouver, en cas de contestation.

Si deceptus à venditore quis emerit, habebit actionem ex empto.

Lorsqu'un acheteur se trouve évincé, il a droit de demander contre le vendeur ou ses héritiers, non seulement la restitution du prix de son achat, mais même la pleine garantie, c'est-à-dire, ses dommages & intérêts, qui consistent en ce que la chose évincée vaut au tems de l'éviction pardessus le prix de l'achat.

Tous les contrats de leur nature portent même garantie ; soit la vente, la cession, l'échange, &c. encore qu'elle n'y soit ni exprimée ni réservée ; car elle est dûe de droit & sans stipulation. *Leg. non dubitatur, cod. de evinctionibus.*

Cependant quand on a acheté une chose qu'on sçavoit n'appartenir pas au vendeur, on distingue : car si la garantie a été stipulée par l'acheteur, on lui accorde même ses dommages & intérêts ; & on ne les refuse qu'à celui qui auroit acheté sciemment d'un héritier grévé des biens substitués, les Loix ayant voulu favoriser la conservation des fidéicommis, & regardé cet achat comme une espèce de fraude, *Leg.* 3. §. 4. *cod. communia, ff. de legatis* ; si au contraire la garantie n'a pas été par exprès stipulée par ledit acheteur, il ne peut prétendre aucuns dommages & intérêts, mais seulement la restitution du prix qu'il a payé, *Catellan, liv.* 5. *chap.* 7. Il y a néanmoins des Auteurs qui soûtiennent que la connoissance que l'acheteur a eu par le contrat de vente, comme quoi la chose n'appartenoit pas au vendeur,

le constitue toujours en mauvaise foi, soit qu'il s'agisse de l'achat de biens substitués, ou de biens dotaux, ou autres ; ensorte qu'il ne peut prétendre alors que la seule restitution du prix contre le vendeur, sans aucuns dommages & intérêts, quoiqu'il eût stipulé expressément la garantie. *Vid. Vedel sur Catellan, liv.* 5. *chap.* 7. *& chap.* 47. *in fine.*

Mais lorsqu'un acheteur, sans être évincé, se trouve néanmoins trompé & léſé en la qualité de la chose vendue, par exemple, quand on lui a vendu comme allodial ou libre, un fonds qui est sujet à quelque censive ou rente, ou à quelque servitude cachée, il y a du doute s'il faut lui accorder seulement l'action de *quanti minoris*, ou de moins value du fonds vendu, ou bien s'il faut l'indemniser pleinement ; & lui accorder même l'action redhibitoire, qui consiste en la résolution de la vente, par la présomption que si cet acheteur avoit connu le vice du fonds, il ne l'auroit pas acheté : les anciens Arrêts prononçoient le plus souvent la résolution de la vente ; mais aujourd'hui on se contente d'adjuger à l'acheteur la moins value, à moins qu'il ne paroisse évidemment par les circonstances que l'acheteur n'auroit pas acheté, *Vid. Dolive, liv.* 4. *chap.* 23. *Catellan, liv.* 3. *chap.* 18. *& Vedel, ibid.* & cela paroît dans le cas de la vente d'un domaine, dont une partie des possessions vient à être évincée : car l'acheteur peut alors faire résoudre la vente pour le total, *eò quòd partem emptura non fuisset. Leg.* 47. §. 1. *ff. de minoribus.*

L'action redhibitoire n'a donc guères lieu que dans la vente de choses mobiliaires, encore alors faut-il la proposer & agir peu de tems après la vente : *Albert, verb. marchands, art.* 4. parle d'un délai de quatre mois. *Duperier, liv.* 4. *quest.* 10. *in fine*, dit aussi que l'action redhibitoire, en fait de choses mobiliaires, ne dure que six mois ; mais tout cela dépend des circonstances.

Par un Arrêt du 7 Août 1715, rendu en la Grand-Chambre du Parlement de Toulouse, il fut jugé pour le sieur Comte de Vezins, qui avoit vendu un mulet au nommé Albrespy, muletier, au prix de 250 liv. que celui-ci n'étoit pas recevable après trente jours depuis cette vente, à la faire rescinder, & à demander la restitution de son argent, sous prétexte, disoit-il, que le mulet étoit morveux ; il est vrai que c'étoit un muletier qui auroit pu

connoître mieux qu'un autre la qualité du mulet, & qu'il en avoit même fait trois voyages avant de former son action.

On peut observer, en finissant ce Titre, qu'il est libre à un des cohéritiers, ou autres personnes qui ont quelque fonds ou autres biens en commun, d'en aliéner, céder, ou vendre sa portion avant le partage, soit à l'un de ses consorts; soit à un étranger, sans que les autres consorts aient droit de révoquer cette vente, en remboursant l'acheteur du prix de son achat, *Leg. 1. & 4. cod. de commun. rerum alienat.* cependant si l'un de ceux qui ont des biens en commun, vendoit en entier un des fonds communs, cette vente ne vaudroit tout au plus que pour la portion dudit fonds, à moins qu'elle ne fût faite avec le consentement ou l'approbation des autres parsonniers; & ceux-ci pourroient révendiquer leurs portions de ce fonds des mains de l'acheteur. *Leg. 1. & 2. cod. eodem.*

Il en est autrement à l'égard d'un donateur, c'est-à-dire, qu'une personne qui auroit fait donation entre-vifs, de la moitié, par exemple, ou d'une autre portion de ses biens à un autre, peut, à cause de la faveur de sa qualité de donateur, vendre, aliéner, ou donner en entier à un tiers, un des fonds qui sont communs entre lui & le premier donataire, & celui-ci alors est tenu de se contenter d'être indemnisé sur l'autre portion des biens que le donateur s'étoit réservé, ensorte toutefois qu'il ne perde rien & soit sans intérêt, *Guypape, quest. 602. & Maynard, liv. 6. ch. 72.* & néanmoins lorsqu'il arrive qu'un donateur, en faisant donation de ses biens, s'est réservé seulement de disposer d'une certaine somme sur lesdits biens donnés, il ne peut pas ensuite en vendre une partie pour le payement de ladite somme, & le donataire est en droit de déposséder l'acquéreur, en le remboursant. *Maynard, ibid. chap. 73.*

TITRE XXV.

De Locatione & Conductione.

ON sçait assez que le louage ou bail à loyer est une convention par laquelle on baille à une personne pour un certain tems, l'usage ou les fruits & l'utilité de quelque chose à un certain prix; ainsi on baille à loyer ou à ferme les immeubles, soit fonds de terre, ou maisons, même les immeubles & effets mobiliers: on peut même louer ses œuvres, son travail & son industrie, pour un certain tems, mais non pas à perpétuité ou à vie: car un tel traité seroit nul, comme sentant la servitude & l'esclavage.

Il est pourtant permis par l'article 7 du titre 34 de l'Ordonnance de 1667, aux Fermiers des terres & héritages situés à la campagne, de s'assujettir par les baux à la contrainte par corps pour le payement du prix de la ferme, & ils ne sont pas même alors reçus à faire cession de biens; parce qu'ils sont régardés comme coupables de vol, d'avoir diverti à leur profit les fruits de l'héritage, sans en avoir payé le prix au propriétaire, *Louet & Brodeau, lettre C. chap. 57.* mais s'il est libre à ces Fermiers de s'assujettir à la contrainte, il s'ensuit que quand la contrainte n'a pas été stipulée par le bail à ferme, elle n'a pas lieu, & ne sçauroit être suppléée, jusques là que, suivant les Auteurs, après le terme du bail expiré, & dans la réconduction tacite, la contrainte qui avoit été stipulée lors du bail, ne dure plus.

§. 2. *Neque locati neque conducti competit actio, verùm præscriptis verbis agendum est.*

Chaque action avoit son nom & sa formule particuliere dans le Droit Romain, comme nous le dirons dans la suite, voilà pourquoi il étoit nécessaire de sçavoir dans chaque affaire quelle étoit l'action à laquelle on devoit recourir; mais en France toutes les actions y sont les mêmes quant au nom & à la forme, & il suffit qu'elles soient intentées devant le Juge qui est compétent pour en connoître.

§. 3. *Lex Zenoniana lata est, quæ emphiteuzeos contractûs propriam statuit naturam, &c.*

Le terme d'emphitéose vient du grec, il signifie amélioration; & c'est en effet un contrat par lequel le propriétaire d'un héritage, d'un fonds, ou d'une maison, en céde à un tiers le domaine utile, à la charge par celui-ci de le méliorer, ou du moins de ne pas le détériorer, & de lui payer une rente ou redevance annuelle, en reconnoissance de la Seigneurie directe qu'il se réserve.

Ce bail à emphithéose ou sous une censive est différent du bail à fief, en ce qu'on ne peut bailler à fief qu'un fonds que l'on possède noblement, & exempt de tailles; au lieu que pour pouvoir bailler un fonds à emphitéose, il suffit de le posséder en franc-aleu, c'est-à-dire, indépendant de toute Seigneurie directe, quoiqu'il soit d'ailleurs rural & sujet au payement des tailles; mais ce n'est-là presque qu'une différence de nom, puisque les droits du bail à fief & du bail à cens ou à emphitéose sont à peu-près les mêmes.

Un bien noble étant baillé sous une rente ou censive, il devient même roturier & sujet à la taille, suivant la Déclaration du 9 Octobre 1684, art. 10. & 14.

Aussi les fiefs sont-ils des biens nobles, tenus & possédés sous la condition de la foi & hommage envers le Seigneur qui les a originairement baillés, appellé pour ce sujet Seigneur féodal, *quasi à fide & fidelitate*, & ces possesseurs sont appellés vassaux ou sujets; d'où il résulte que la foi & l'hommage sont de l'essence du fief, qui de sa nature est noble, de même que gratuit, c'est-à-dire, sans rente ni censive, puisqu'autrement ce seroit une emphitéose ou un bail à cens; ainsi dans cette Province on confond improprement dans l'usage du discours, les mots de fief & d'emphitéose, d'emphitéote & de vassal; il y a pourtant des fiefs où quelquefois le vassal, outre l'hommage & le serment de fidélité, dois encore quelque prestation honorable, comme des gans, une lance, des épérons, &c.

Le contrat d'emphitéose est susceptible de toutes les conventions qu'il plaît aux parties d'y insérer, comme il est dit dans ce paragraphe; les Loix Romaines au titre du Code, *de jure*

emphiteutico, y en suppléoient même trois en défaut de convention contraire.

La premiere, qui est la seule observée parmi nous, consiste en ce que non seulement l'emphitéote est toujours soumis au payement de l'entiere rente, quand même tous les fruits se trouveroient absorbés par des cas fortuits, mais que la perte même ou dépérissement du fonds en partie ne le déchargent point du payement de la rente en entier, à moins qu'elle n'eût été établie à tant par arpent, ou par septérée, ou mesure de terre; il n'y a que la perte totale du fonds qui l'exempte de payer la rente à laquelle il s'est soumis.

La seconde consiste en ce que si l'emphitéote laisse écouler trois ans sans payer la redevance à laquelle il est assujetti, il perd l'héritage baillé à emphitéose, & le Seigneur en profite; mais cela n'est pas observé en France, ni dans le bail emphitéotique, ni dans le bail à fief, quand même la chose auroit été ainsi stipulée, cette stipulation n'étant regardée que comme comminatoire, & l'emphitéote ou le vassal ne pouvant être dépossédés que par les voies de la Justice. *La Roche & Graverol, des droits Seigneuriaux, chap.* 19. *art.* 4. *Catellan & Vedel, liv.* 3. *chap.* 7.

La troisiéme est que l'emphitéote ou le vassal ne peut pas vendre le fonds sans en avertir le Seigneur, & lui dénoncer le prix de la vente, à peine de perte du fief; ce qui n'est pas non plus observé dans ce Royaume, *Boissieu, traité des fiefs, chap.* 45. car le Seigneur a tout au plus le droit de prendre les lods de la vente, suivant qu'ils sont fixés par le bail ou par la Coûtume, lesquels il peut demander durant trente ans, à compter du jour du contrat de vente, soit qu'il lui ait été notifié, ou non, *Graverol sur La Roche, des droits Seigneuriaux, chap.* 38. *art.* 9. ou bien il peut prendre & rétraire par droit de prélation les biens que l'emphitéote ou le vassal a vendus, & ce durant trente ans depuis le jour de la vente, ou dans une année depuis le jour que la vente lui a été notifiée par écrit & par un acte signifié. *Catellan & Vedel, liv.* 3. *chap.* 10. *Ferrieres, in quæst.* 411. *de Guypap.*

Hors le cas de cette signification, il n'y a que le laps de trente ans ou le payement des lods qui puisse exclure le Seigneur du retrait. Il y a un Arrêt de ce Parlement du mois de Septembre

1711, qui jugea que le Seigneur qui avoit demandé les lods, & plaidé sur cette demande pendant plus de trente ans, l'emphitéote refusant de le reconnoître, ne pouvoit pas ensuite demander le retrait, que ce droit étoit prescrit, & qu'il étoit obligé de s'en tenir à la demande des lods, quoique l'emphitéote n'eût jamais offert de les payer.

Il y a un autre Arrêt du 5 Juin 1720, rendu après partage, qui a jugé que le Seigneur pouvoit demander le retrait quelques mois après avoir assigné l'acquéreur en payement des lods, quoique le Seigneur eût lui-même dans le cours du procès communiqué le contrat de vente; & enfin il y a un troisiéme Arrêt du 10 Juillet 1732, qui a jugé que le Seigneur pouvoit demander à rétraire, quoiqu'il eût offert de prendre les lods, tandis que cette offre n'avoit pas été acceptée par l'emphitéote.

Il y a un contrat que nous appellons bail à loyer à perpétuité, & qui est différent du bail à emphitéose, en ce que pour bailler un fonds à emphitéose ou à cens, il faut en avoir la pleine propriété, c'est-à-dire, le posséder allodialement & indépendamment de toute Seigneurie directe, au lieu que pour le bailler à titre de loyer perpétuel, il suffit d'en avoir le domaine utile, *Catellan*, *liv.* 3. *chap.* 41.

Le bail à loyer à perpétuité ne transporte point la propriété, & c'est pourquoi il n'est pas dû des lods au Seigneur de ce contrat, à moins qu'il n'y eût eu quelque argent baillé pour droit d'entrée, ou autrement, car alors les lods seroient dûs à concurrence de la somme payée, *Graverol sur La Roche*, *des droits Seigneuriaux*, *chap.* 38. *art.* 2. Il est dû aussi des lods au Seigneur, tant de la vente du fonds ou subrogation faite par le preneur à son bail à loyer, que de la vente de la rente que le bailleur à loyer perpétuel s'est réservée sur le fonds, *Dolive*, *liv.* 2. *chap.* 15. & *Graverol*; *ibid.* & il lui en est pareillement dû du rachat que le locataire fait de la rente établie par le bail à loyer perpétuel, *Catellan*, *liv.* 3. *chap.* 17. le Seigneur même est en droit de demander tout d'abord les lods du rachat qui a été stipulé *certo pretio* dans le bail par le locataire perpétuel, ou même le retrait, & cela, sans attendre que le rachat soit fait ou exercé; la question a été ainsi jugée par plusieurs Arrêts. *Vid. Brodeau sur Louet*, *lettre L. chap.* 15. & 18.

§. 4.

§. 4. *Si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo annulos ei faceret, placuit emptionem & venditionem contrahi.*

Il paroît d'abord plus curieux qu'utile de sçavoir si le contrat ou le traité dont il est ici parlé, est un contrat de vente plutôt que de louage; cependant cette question n'est pas indifférente, par rapport aux conséquences & à la lésion d'outre-moitié qui peut s'y rencontrer: car si c'est une vente, elle peut être rescindée par la lésion d'outre-moitié; au lieu que si c'est un louage la lésion d'outre-moitié n'y peut pas avoir lieu. L'Empereur décide ici que c'est une vente; parce que l'Artisan devoit fournir la matiere *de suo*; & qu'autrement ce ne seroit qu'un louage. C'est aussi sur le fondement de ce texte, qu'on a jugé, selon les Arrêts de *Dolive*, *liv.* 4. *chap.* 12. qu'un Maçon ou Architecte pouvoit être restitué par la lésion d'outre-moitié envers un contrat de prix fait pour la construction d'un bâtiment, s'étant obligé de fournir les matériaux outre son travail, & cela ne paroît pas contraire aux Arrêts rapportés par *Cambolas*, *liv.* 3. *chap.* 18. & dans *le nouvel Albert*, *lettre L. chap.* 14. où il s'agissoit d'entreprises pour des ouvrages publics délivrés à la moins dite; cependant en matiere même d'adjudications des ouvrages publics délivrés à la moins dite, l'entrepreneur ou ouvrier peut être restitué, suivant le Président *Faber*, *Cod. lib.* 4. *titr.* 30. *definit.* 4. lorsque la lésion est énorme & beaucoup au-delà de la moitié du juste prix, quoiqu'il ne s'agisse que d'un louage plutôt que d'une vente: ce qui est encore plus juste, lorsque l'ouvrier est obligé de fournir les matériaux, outre sa main & son travail; & c'est à cela, je pense, qu'il faut s'en tenir.

§. 5. *Ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet.*

Non seulement le locataire ou fermier est obligé d'exécuter entiérement les termes de son bail, mais même s'il y avoit été omis quelque chose d'essentiel, il ne doit pas laisser d'y satisfaire, comme il est dit dans ce paragraphe; & au surplus, on exige de lui, à l'égard de la chose louée, la même vigilance & le même soin qu'un bon pere de famille y apporteroit, faute de quoi il est

responsable du dommage qui y peut survenir, & n'est exempt que des cas fortuits.

De là vient qu'un locataire est tenu aussi de l'incendie de la maison qu'il a pris à louage & qu'il occupe, & la Loi 3. §. 4. *ff. de offic. præfect. vigil.* décide même que l'incendie est toujours censé arriver par sa faute ou celle de ses gens, & qu'il en est parconséquent responsable, s'il n'est en état de prouver que l'incendie est survenu par un cas purement fortuit, & autrement que par sa négligence, ou que le feu est venu d'ailleurs. *Catellan, liv. 5. chap. 3. Albert, verb. incendie, art. 1.*

Le maître est pareillement responsable de l'incendie causé dans une maison étrangere, soit par lui, ou par son domestique qui y étoit avec lui, suivant l'Arrêt rapporté dans le *Journal des Audiences, tom. 2. liv. 5. chap. 9.* & comme il fut jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouse du mois d'Avril 1725, dans un procès où j'avois écrit contre le sieur Mahieu de la ville de Béziers, dont le valet avoit mis imprudemment le feu à l'appartement qu'il occupoit dans le logis du Cygne à Montpellier.

Il a été même jugé par un Arrêt du même Parlement du mois d'Août 1708, au rapport de M. de Burta, que deux particuliers ayant loué conjointement par le même acte une maison, sans l'avoir divisée dans cet acte, bien que sans clause de solidité, & une partie de ladite maison ayant été brûlée par la faute de l'un d'eux, ils étoient l'un & l'autre responsables des dommages causés par cet incendie, comme co-locataires & coobligés.

Un locataire est aussi responsable de l'incendie ou de la démolition & ruine de la maison louée, lorsque ces accidens sont survenus à raison des inimitiés qu'il y avoit contre lui. *Catellan, dict. loc. in fine.*

Le locataire de la maison incendiée est encore tenu des dommages causés par l'incendie aux maisons voisines, tout comme il l'est envers le propriétaire de celle qu'il habitoit; mais lorsque ce locataire se trouve insolvable, les propriétaires desdites maisons voisines n'ont pas de recours à exercer contre le propriétaire de la maison où le feu a commencé, à moins qu'il n'y eût de la faute de la part de ce propriétaire, comme si le feu étoit survenu faute par lui d'avoir fait les réparations à la maison ou au four qu'il avoit donné à louer, suivant l'Arrêt rapporté par *Boutaric* en cet endroit.

Le locataire est également tenu des dommages, quoiqu'il eût reloué la maison à un autre, & qu'il ne l'habitât pas, & le propriétaire peut s'en prendre directement à lui.

Du reste, ceux dont les maisons ont été abattues par nécessité, afin d'arrêter le progrès du feu, n'ont aucun recours ni dommages à prétendre contre ceux dont les maisons ont été conservées par le moyen de cette démolition, quand même ce seroit ceux-ci qui auroient fait la démolition, principalement si elle a été faite par autorité des Magistrats & Officiers de Justice ou de Police. *Leg. 49. ff. ad Legem Aquiliam, & Leg. 3. §. 7. ff. de incendio.*

§. 6. *Mortuo conductore intrà tempora conductionis, hæres ejus eodem jure in conductione succedit.*

Les héritiers ou successeurs universels, soit du locateur, soit du locataire ou fermier, succédent au bail à loyer, & sont, tout comme leurs auteurs, obligés d'entretenir le bail dont le terme n'est pas encore expiré, *Leg. 10. cod. de locatio*; le bail subsiste même après la mort du locateur, non seulement lorsque celui qui l'a fait, étoit propriétaire absolu de la chose baillée à ferme ou à loyer, mais même quelquefois lorsqu'il n'en avoit que l'usufruit & la jouissance: ainsi dans la plûpart des Coûtumes les femmes sont obligées d'entretenir les baux consentis par leurs maris de leurs biens dotaux, & suivant le Droit elles y doivent être aussi obligées, *arg. Leg. 25. §. si vir, ff. soluto matrim.* n'en étant pas du bail passé par un mari, comme il en est du bail passé par un simple usufruitier, dont il est parlé dans la Loi *si quis omnis, ff. locati domum 9. §. 1. ff. locati*, ou du moins si la femme veut expulser le fermier, elle doit l'indemniser entiérement; ainsi les pupilles & les mineurs sont tenus, après l'administration finie, d'entretenir les baux passés par leurs tuteurs ou curateurs, le tout pourvu qu'ils ne soient pas passés pour trop longues années, ou à vil prix & en fraude; ainsi les Bénéficiers qui succédent au Bénéfice par résignation, sont obligés d'entretenir les baux passés par le résignant, quoiqu'il en soit autrement de ceux qui sont pourvus du Bénéfice par mort ou sur démission pure & simple, *Catellan & Vedel, liv. 5. chap. 63.* mais hors de là les successeurs du locateur à titre particulier, comme par achat, legs,

Tonnaskau f. 8r. a.5. So Eestadom ontwikkeld.

Eerste aanwinsten van kruiden en medicijnen,
krijg, afkomstig van de Heer de Jong, het muskus, et
cetera aanbieden.

De Heer van Quickenborne onderdeel in Batavia en wenst
Bataafse autoriteiten te zijn te overhandigen. Ontvangst
van de Heer van Quickenborne erkend en aan de Heer van Coenen
Gezondheid wordt gewenst.

Ik ben de Heer van Hanum van de Oostindische Bataafse
Republiek.

Eerste kennis van de Engelsen van de Bataafse
Republiek en de Engelsen van de Bataafse Republiek en
de Engelsen van de Bataafse Republiek en de Engelsen van de
Bataafse Republiek.

Eerste kennis van de Engelsen van de Bataafse Republiek
en de Engelsen van de Bataafse Republiek.

Eerste kennis van de Engelsen van de Bataafse Republiek
en de Engelsen van de Bataafse Republiek.

Eerste kennis van de Engelsen van de Bataafse Republiek
en de Engelsen van de Bataafse Republiek.

Eerste kennis van de Engelsen van de Bataafse Republiek
en de Engelsen van de Bataafse Republiek.

Longuement j'ai cherché après l'honneur de mes pères et de mes ancêtres inconnus : Tenue, indépendance qui éblouissent, lumière équivoque.

Et voici que je rencontrai mes ancêtres dans l'ombre. Ils étaient pauvres, sans honneur, sans tenue, sans indépendance. Ils étaient serviteurs, ils étaient esclaves, ils étaient ignorants. Et ils étaient heureux.

Et j'ai compris que l'honneur, la tenue, l'indépendance et la lumière étaient des pièges.

Mais je ne suis pas le premier à avoir cherché mes ancêtres. Beaucoup de hommes avant moi, qui étaient aussi esclaves, ont cherché leurs ancêtres. Et ils ont trouvé des hommes qui étaient aussi esclaves, mais qui étaient heureux.

Et ils ont compris que le bonheur d'un homme ne dépend pas de ses ancêtres, mais de lui-même.

Et ils ont compris que le bonheur d'un homme ne dépend pas de ses ancêtres, mais de lui-même.

donation, ou autrement, ne sont pas obligés d'entretenir les baux à loyer passés par leur devancier pour le tems qui reste à courir, *Catellan & Vedel, ibid.* & pour ce qui est du substitué, on tient communément qu'il y est obligé, *Vedel, dict. loc.*

Tous successeurs, soit à titre universel ou particulier, peuvent néanmoins, s'ils le veulent, obliger les locataires ou fermiers, ou leurs héritiers, à exécuter les baux jusqu'à la fin, *Leg.* 9. *& Leg.* 11. *cod. de locato*, par cette raison, que la résolution du bail n'a été introduite en faveur de certains successeurs du locateur, que pour leur intérêt particulier, & que le locataire qui jouit de la chose louée, n'a aucun intérêt quel en soit le propriétaire.

Suivant ce que nous venons de dire, la vente rompt le louage ou ferme, puisque l'acheteur de la chose louée n'est pas obligé d'en entretenir le bail; ce qui s'entend non seulement de la vente ou aliénation du fonds baillé à loyer, *Leg.* 25. §. 1. *ff. locati*, *Leg.* 9. *cod. de locato*, mais même de la vente des fruits du fonds loué ou affermé, faite pour quelques années, sur-tout s'il s'agit des baux à ferme de biens de la campagne, *Vid. Catellan & Vedel, liv.* 5. *chap.* 44. cela est du moins sans difficulté à l'égard du bail à loyer à perpétuité, car il rompt le bail à tems; & je l'ai vu juger ainsi par un Arrêt rendu en la Grand-Chambre du Parlement de Toulouse du 12 Mars 1726, entre le sieur Lespinasse, Marchand, & les Peres Trinitaires de ladite ville, qui après avoir baillé à loyer pour six années audit sieur Lespinasse une maison leur appartenant, en avoient deux années ensuite passé un bail à loyer perpétuel avec les formalités accoûtumées en faveur de la veuve du sieur Passet, Marchand; la Cour jugea que ce dernier bail avoit rompu le premier, & adjugea seulement audit Lespinasse 400 livres pour ses dommages & intérêts, payables avant qu'il pût être contraint de vuider la maison dont il étoit question.

Toutes les fois en effet que par la vente ou autre aliénation quelle qu'elle soit, le bail à loyer ou à ferme se trouve résolu, le locataire ou fermier est en droit de demander ses dommages & intérêts contre le locateur ou ses héritiers, *Leg.* 33. *ff. locati*: car il est juste que quand le locataire est privé de sa jouissance par le fait ou la faute du vendeur, non seulement il soit déchargé des loyers du tems qu'il n'a pu jouir, lesquels il ne doit même

pas, quoique la non jouissance soit causée par un cas purement fortuit, mais qu'il obtienne encore son indemnité; c'est pourquoi le locateur qui vient à vendre ou à aliéner la chose louée pendant le bail, a ordinairement la précaution de se décharger sur l'acquéreur des dommages & intérêts dûs au locataire, si ledit acquéreur veut l'expulser.

Ces dommages & intérêts se réglent arbitrairement, selon la qualité & profession du locataire, & eû égard au tems qui reste à courir du bail, *Brodeau sur Louet, lettre L. ch.* 4. & lorsque le locataire a un contrat public qui lui donne hypothéque, il ne peut pas même être expulsé jusqu'à ce que ses dommages & intérêts lui aient été payés par le vendeur ou par l'acheteur, ayant jusqu'alors droit de rétention, ainsi qu'il a été jugé par l'Arrêt dont je viens de parler, au lieu que s'il n'a qu'un acte privé de bail, n'ayant alors aucune hypothéque, il n'a pas ce droit de rétention. *Vid. Guypape & Ferrieres, quæst.* 480.

On peut encore observer à l'égard du bail à loyer des maisons, que le propriétaire peut en expulser le locataire, sans être même tenu ordinairement envers lui d'aucuns dommages, & rompre ainsi son bail, lorsqu'il veut y habiter lui-même, & que cette habitation lui devient absolument nécessaire, *si eam domum propriis usibus necessariam demonstraverit*, suivant la Loi 3. *cod. de locato*, comme pour un cas imprévu de mariage, de quelque dignité acquise, ou pour quelqu'autre cause semblable. *Vid. Louet & Brodeau, lettre L. chap.* 4. *Peresius, Cod. lib.* 4. *tit.* 65. *n.* 32.

Nous pouvons remarquer en outre, que les fermiers obtiennent diminution ou rabais de leur ferme, & doivent être indemnisés par le propriétaire des biens, toutes les fois que par quelque cas fortuit & extraordinaire ils n'ont pu jouir de l'effet de leurs baux, comme en cas de guerre, peste, stérilité, sécheresse, inondation, & autres semblables, & cette diminution se fait au dire d'Experts, eû égard au cas fortuit & au *pro ratâ* du dommage, pourvû néanmoins qu'il y ait eu une notable perte des fruits, *si plusquàm tolerabile est, læsi fuerint fructus*, *Leg.* 25. §. 6. *ff. locati*; bien plus, la renonciation même générale du fermier à tous cas fortuits, ne le prive pas d'obtenir son indemnité, cette renonciation étant par un motif d'équité regardée comme inutile pour tous les cas extraordinaires qui arrivent